

# La Perversité De La Permissivité Normative En Droit Public Camerounais

*The perversity of the norm in Cameroonian public law*

AZANTSA TSOPFACK Rubens, Doctorant en droit public à l'Université de Dschang,

tsopfackrubens@gmail.com

## Résumé

*La perversité de la norme permissive en droit public camerounais* ne pourrait s'appréhender qu'autour d'un double pendant.

Le premier pendant est relatif à la norme permissive comme vecteur d'inégalité : le risque de rupture inhérent à la norme permissive doit être relativisé : si la simple faculté ouverte favorise une différenciation dans la mise en œuvre de la norme, c'est bien cette phase, et non l'édiction de la norme permissive elle-même, qui est à l'origine de la rupture d'égalité. Cela atteste donc du caractère essentiellement factuel de cette dernière. De même, le droit et la jurisprudence démontrent que loin d'exclure l'idée d'égalité, le recours à la norme permissive peut être un moyen de contribuer à en assurer la réalisation. Les risques d'ordre théorique ainsi soulignés ne constituent donc pas des motifs dirimants de critique de la norme permissive.

Le second pendant tient aux effets pervers de la liberté de détermination : bien qu'elle participe de l'intérêt et de la spécificité de la norme permissive, la libre détermination qu'elle implique au profit de son destinataire fonde aussi certaines lacunes de cette norme. Cette liberté donne en effet, prise à l'influence de considérations de fait sur l'exercice des facultés ouvertes, qu'elle rend par ailleurs aléatoire. Toutefois, ces inconvénients sont une conséquence, certes regrettable, mais relativement normale de la simple ouverture d'une faculté dans le droit. Il appartient aux autorités publiques de veiller à ce que les sujets de droit puisse librement et effectivement faire

usage de leur liberté de détermination, et de recourir avec prudence à des mécanismes permissifs dans la conduite de politiques publiques.

*In fine*, la norme permissive organise le non-droit au cœur du droit. Cela permet la juridicisation du non-droit et la clôture de l'ordre juridique.

Mots clés : **Perversité normative; Norme permissive ;liberté de détermination.**

## Abstract

“The perversity of the norm in Cameroonian public law” could only be understood around a double pendant.

The first counterpart relates to the permissive norm must be put inequality the risk of rupture inherent in the permissive norm must be put into perspective if the simple open faculty favors differentiation in the implementation of the norm, it is indeed this phase and not the enactment of the permissive norm itself, which is at the origin of the breach of equality. This therefore attests to the essentially factual nature of the latter likewise the law and case law show that far from excluding the idea of equality, recourse to the permissive norm can be a means of helping to ensure its realization. The underlined risks of a theoretical for criticism nature therefore do not constitute compelling grounds of the permissive norm.

The second counterpart is due to the perverse effects of freedom of determination although it participates in the interest and

specificity of the permissive norm, the free determination that it implies for the benefit of its addressee also founds norm, the free norm. Freedom gives, in fact hold to the influence of factual considerations on the exercise of open faculties which it otherwise makes random; However, these disadvantages are a consequence, certainly regrettable, but relatively normal, of the simple opening of a faculty in the law belongs to the public authorities to ensure that subjects of law can freely and effectively make use of their freedom of determination and to cautiously use permissive mechanisms in the conduct of public policies.

Ultimately the permissive norm organizes lawlessness at the heart of the law. This allows in legalization of lawlessness and the closure of the legal order.

**Key words: perversity of the norm; permissive norm; freedom of determination.**

## I. INTRODUCTION

L'intérêt que présente la norme permissive du point de vue de l'adaptabilité de la règle de droit aux divers contextes où elle doit s'appliquer, et aux besoins de ses destinataires. Il convient de souligner les effets inhérents à une telle technique normative. La flexibilité du droit permissif ne constitue pas qu'un atout, mais des risques. Les vertus d'un droit flexible n'occultent pas complètement les inconvénients qu'il peut néanmoins présenter. La norme permissive émerge dans un contexte de crise généralisée du droit, aux fins d'adapter le droit aux faits et à la politique. La flexibilité d'instaurer ladite norme dans l'ordonnement juridique n'est pas sans effet.

A ce titre, afin de présenter les effets de « *La perversité de la permissivité normative en droit public camerounais* », il semble au préalable utile d'apporter quelques précisions d'ordre terminologique. Pour un meilleur éclairage sémantique du sujet objet de la

présente étude, il est de définir les expressions clés de l'étude à l'instar du droit public et la permissivité normative.

Le droit public s'entend comme un ensemble de règles concernant l'organisation, le fonctionnement, et les relations des Etats et des collectivités qui les regroupent ou les constituent<sup>1</sup>. Il faut ainsi entendre par droit public le droit de l'Etat, c'est-à-dire le droit applicable à tous les rapports humains ou sociaux dans lesquels l'Etat entre directement en jeu<sup>2</sup>. De ce qui précède, on peut retenir que le droit public est l'ensemble des règles (juridique et jurisprudentielle) qui régissent les rapports de droit dans lesquels interviennent l'Etat (ou une autre collectivité publique) et ses agents, et par ricochet, l'exercice de la compétence, tant par les personnes publiques que privées.

Relativement à la seconde expression, les termes permissif ou permissivité connaissent des acceptions plus spécifiques, plus techniques<sup>3</sup>. En droit, la permissivité peut ainsi être appréhendée dans un sens technique : c'est alors le « caractère de ce qui est permis, par absence d'empêchement normatif – c'est-à-dire une prohibition ou une obligation – qui fasse obstacle à une action ou à une abstention, ou la réduise<sup>4</sup> ». Pour la logique déontique, c'est-à-dire la logique qui se rapporte aux normes juridiques, la permissivité correspond à la « possibilité normative de faire quelque chose et de s'abstenir de le faire (permission bilatérale) ». Cette acception déontique est donc retenue dans le cadre de cette recherche. Elle permet d'identifier

<sup>1</sup> G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 8<sup>e</sup> édition, Paris PUF, 2009, p.742.

<sup>2</sup> Raymond Carré De Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, Dalloz, 2004, p.1

<sup>3</sup> Not. en virologie, avec la notion de permissivité cellulaire : v. par ex. Paul Becquart, *Etude de la permissivité des cellules transformées aux parvovirus autonomes*, thèse, Lille 1, 1993.

<sup>4</sup> « Permissivité » (sens 1) in André-Jean Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie Du droit*, LGDJ, 1993.

plus objectivement la norme permissive dans le droit et exclut toute appréciation en termes de jugement de valeur.

Dans cette optique, **quels sont les effets pervers de la permissivité normative en droit public camerounais ?** Ces effets pervers ne peuvent mieux s'appréhender qu'en indiquant les méthodes mobilisées dans le cadre de ladite recherche.

Le présent travail se déploie dans le champ juridique. Il s'agit précisément de l'exégèse des textes en procédant à l'analyse holistique des différents textes en la matière. Cet exercice commande de s'orienter par une approche analytique et critique de l'objectif. En prenant appui sur le droit comparé, notamment le droit français, aux fins de s'inspirer, en tirant parti de ce qui se fait mieux dans cet ordre juridique. Dans cet ordre juridique, comme au Cameroun, la permissivité normative revêt des effets pervers qui irriguent le droit public sous divers angles.

En cela, les effets de la permissivité normative se rapporte tant à la mise en œuvre de la norme permissive édictée, à leur exécution, qu'au recours à cette norme par l'autorité normatrice. Deux effets essentiels apparaissent à cet égard, et qui rendent compte des effets liés à des formes de droit flexible, non contraignant. En premier lieu, comme un vecteur potentiel d'un droit inégalitaire **(I)** ; en second lieu, la liberté de détermination concédée par la norme permissive révèle des effets pervers difficiles à contenir **(II)**.

### **I- La norme permissive comme vecteur d'un droit inégalitaire**

La mise en œuvre de la norme permissive ne s'inscrit pas dans un cadre monolithique comme en matière d'exécution de dispositions impératives. Le destinataire d'une injonction ou d'une prohibition n'a en effet d'autre choix que

de se soumettre à l'ordre qui lui est adressé. L'exécution de la norme impérative suppose un seul comportement valable, de nature à satisfaire le commandement donné<sup>5</sup>. Et par conséquent, la voie de l'exécution forcée n'a d'autre effet que celui d'assurer, sous la contrainte, la réalisation, en nature ou en équivalent, du comportement requis par l'ordonnancement juridique.

Au contraire, lorsqu'elles ouvrent une faculté, la norme permissive ne requière aucun comportement déterminé ; elles laissent à leur destinataire la liberté d'apprécier l'opportunité de leur usage. Aussi plusieurs sujets de droit peuvent-ils faire une application différente d'une même disposition permissive ; le fondement juridique de leur action est unique, mais cette action pourra être diversifiée.

Or, cette caractéristique de la mise en œuvre de la norme permissive<sup>6</sup> est susceptible de mettre en cause la notion d'égalité : la différenciation qui peut naître de l'exercice des facultés ouvertes dans le droit est avérée et constitue une contrepartie de l'adaptabilité de la norme permissive : une certaine rupture d'égalité en résulte alors **(A)**, qui s'avère toutefois, dans une large mesure, relative **(B)**.

### **A – La rupture d'égalité impliquée par la norme permissive**

La variabilité de l'exercice des facultés ouvertes par la norme permissive est une conséquence de la libre détermination qu'elles impliquent de la part de leurs destinataires. En soi, la norme permissive ne rompt pas nécessairement avec l'idée d'uniformité de la règle de droit – elle est la même pour tous ceux à

<sup>5</sup> Cédric GROULIER, Norme permissive et droit public, Thèse de doctorat en droit public, Université de Limoges, 2006, p. 340.

<sup>6</sup> Cette caractéristique existe aussi s'agissant de la mise en œuvre des normes d'habilitation, qui ne déterminent pas nécessairement par avance le contenu des mesures que l'autorité habilitée pourra prendre.

qui elle s'applique – mais en se limitant à proposer, à rendre possible, elle ouvrela voie à une rupture d'unité dans la mise en œuvre du droit. Or, de cette différenciation peut résulter une atteinte au principe d'égalité<sup>7</sup>. Un domaine en rend particulièrement compte: le droit des collectivités territoriales, en raison même des mécanismes permissifs censés renforcer l'autonomie locale.

Relativement à la rupture d'égalité dans le droit des collectivités territoriales : deux illustrations du recours à la norme permissive témoignent du risque de rupture d'égalité impliqué par l'exercice indéterminé des facultés ouvertes aux collectivités territoriales.

En premier lieu, l'unité paraît particulièrement sensible à la faculté de financement et d'incitation fiscales. Illustrative est à cet égard l'article 4 du Code Général des Collectivités Territoriales Décentralisées (CGCTD) au Cameroun qui dispose que « des mesures d'incitation fiscales et économiques spéciales peuvent, en tant que de besoin, être accordées à certaines Régions, en fonction de leur contexte, par des textes particuliers ». Permissive en son principe, cette nouvelle prérogative accordée à d'autres collectivités territoriales pourrait mettre en danger l'unité de la République. Ce d'autant plus que, aucun critère ou des critères objectifs n'est formulés par la loi à l'égard notamment les collectivités qui seront habilitées à en bénéficier. La dimension permissive de la prérogative reconnue est susceptible d'induire une distorsion non seulement de développement économique

<sup>7</sup>V. not. **François Luchaire**, « *Un Janus constitutionnel, l'égalité* », RDP 1986, p. 1229ets. ; **Gilles Pellissier**, *Le principe d'égalité en droit public*, LGDJ, 1996 ; Conseil d'Etat, « *Considérations générales sur l'égalité* », Rapport public 1996, Etudes et documents, n° 48, La Documentation française, p.114 ; Ferdinand Mélin Souscramanien, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica-PUAM, 1997.

entre les collectivités territoriales, mais surtout l'égalité existant entre les collectivités territoriales. D'autant plus que les collectivités territoriales sont d'égale dignité<sup>8</sup>. Autrement dit, temporairement, existera une rupture d'égalité entre les collectivités territoriales s'agissant des règles relatives à l'exercice de leurs compétences.

En France, cette atteinte à l'égalité a d'ailleurs clairement été relevée par le Conseil d'Etat s'agissant de la faculté d'expérimentation législative et réglementaire pouvant être mise en œuvre par les autorités de l'Etat, selon l'article 37-1 de la Constitution : « La loi et le règlement peuvent comporter, pour un objet et une durée limités, des dispositions à caractère expérimental ». Dans un avis non publié, rendu le 11 octobre 2002, à propos du projet de loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République, qui introduisait cette faculté en son article 2, le Conseil proposait une rédaction différente selon laquelle il aurait été disposé que le droit à l'expérimentation déroge au principe d'égalité. Ne se bornant pas, comme le projet d'article 37-1, à rappeler, de manière d'ailleurs imprécise, la jurisprudence administrative et constitutionnelle en matière d'expérimentation, cette rédaction alternative avait le mérite d'éviter la censure du Conseil constitutionnel, en écartant d'emblée le principe d'égalité. Le Gouvernement n'a toutefois pas tenu compte de l'avis du Conseil d'Etat<sup>9</sup>.

Néanmoins, pour compenser les atteintes à l'égalité générées par la faculté d'expérimentation locale, le législateur organique a posé un certain nombre de règles qui concrétisent l'exigence constitutionnelle de circonscription de l'expérimentation quant à son

<sup>8</sup> Cf. article 2 alinéa 3 du CGCTD.

<sup>9</sup> V. **Florence Crouzatier-Durand**, « *Réflexions sur le concept d'expérimentation législative (à propos de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République)* », op. cit., p. 694.

objet et à sa durée<sup>10</sup>. L'expérimentation est donc nécessairement provisoire : un terme doit être prévu *ab initio* et à son échéance, le législateur doit décider du sort des dispositions expérimentales. Soit elles sont généralisées à l'ensemble des collectivités territoriales, et l'égalité se trouve restaurée par la création d'une nouvelle situation normative uniforme, soit les dispositions expérimentées sont abandonnées, et l'égalité se trouve à nouveau assurée par le retour à l'ancien état du droit. En d'autres termes, l'expérimentation ne doit ouvrir qu'une parenthèse à l'égard du principe d'égalité.

La création éventuelle d'une collectivité à statut particulier qui maintiendrait l'application de dispositions expérimentales satisfaisantes, mais non généralisables, procède elle aussi du souci de respecter le principe d'égalité, puisqu'en ce cas, une différence de situation, traduite par une différence de nature statutaire, justifierait un traitement normatif différent. De même, l'éventuelle « rénovation » du pouvoir réglementaire local, qui consisterait à ouvrir aux collectivités territoriales la faculté d'adopter ou non les dispositions expérimentées, ne contreviendrait pas non plus, en soi, à l'exigence d'égalité, toutes les collectivités bénéficiant de la même alternative<sup>11</sup>.

En second lieu, le statut spécial consacré par l'article 3 du CGCTD aux régions du nord-ouest et sud-ouest en ses termes : « (1) Les Régions du Nord-Ouest et du Sud-Ouest bénéficient d'un statut spécial fondé sur leur spécificité linguistique et leur héritage historique.

-(2) Le statut spécial visé à l'alinéa 1 ci-dessus se traduit, au plan de la décentralisation, par des spécificités dans l'organisation et le fonctionnement de ces deux Régions.

<sup>10</sup> L'exigence, qui figure d'ailleurs aussi dans l'article 37-1 de la Constitution, est présente à l'article 72 al. 4.

<sup>11</sup> **Cédric GROULIER**, Norme permissive et droit public, Thèse de doctorat en droit public, Université de Limoges, 2006, p. 379.

-(3) Le statut spécial se traduit également par le respect des particularités du système éducatif anglophone, et la prise en compte de spécificités du système judiciaire anglo-saxon basé sur la Common Law ».

L'idée d'égalité catégorielle, est influencée et bouleversée par la norme permissive introduite par le CGCTD dans la gestion des collectivités territoriales. Les nombreuses facultés ouvertes rendent possible une différenciation statutaire marquée, susceptible de mettre en cause le principe d'égalité. Ainsi, l'exercice par les de la faculté d'adapter le droit au particularisme de la région du nord-ouest et au sud-ouest pour tenir compte de leurs « caractéristiques et contraintes particulières » implique-t-il, mécaniquement, une atteinte à l'uniformité des règles applicables résultant du principe d'identité normative, en rupture avec l'ancien état du droit. Mais, l'existence d'un droit adapté pour les régions du nord-ouest et sud-ouest, différent du droit des autres huit régions du pays, n'est qu'un visage de cette « désuniformisation ». En effet, au sein de la République, la mise en œuvre des facultés reconnues est susceptible d'induire une rupture d'égalité supplémentaire.

Or, cette seconde rupture n'est pas uniquement imputable au fait que la norme de droit commun se verrait adaptée aux contraintes et particularismes de ces régions ; elle procède précisément du caractère permissif de la prérogative accordée à ces collectivités. En effet, l'exercice de la faculté d'adaptation aura nécessairement un caractère contingent, variant d'une collectivité à l'autre, selon leur volonté de se doter ou non de règles adaptées, dès lors qu'elles y auront été habilitées par la loi.

Un même raisonnement vaut évidemment s'agissant de la faculté de dérogation au droit commun, pour tenir compte des « spécificités » des régions du nord-ouest et sud-ouest du pays : une telle collectivité, qui déroge à une règle

nationale, n'adoptera pas forcément les mêmes règles locales qu'un autre collectivité ayant mis en œuvre cette prérogative ; elle sera du reste dans une situation bien différente de la collectivité ayant préférée conserver les règles édictées par la République.

Au demeurant, c'est précisément en raison du risque d'atteinte à l'égalité, intolérable dans certaines matières régaliennes et lorsque sont en cause l'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti, que la faculté de dérogation a été fermée par le constituant. L'idéal de liberté, d'égalité dans lequel la République reconnaît les populations du pays, semble donc s'accommoder de l'introduction dans le texte constitutionnel de normes permissives qui conduisent précisément à remettre en cause un traitement égalitaire. Le conditionnement des facultés ouvertes – le constat de particularismes et contraintes particulières pour l'une, et la prise en compte de spécificités pour l'autre – tend peut-être à reconnaître, à défaut de véritables différences de situations entre ces collectivités et celles des autres régions du pays, certaines différences à la marge qui justifient une inflexion du principe d'égalité<sup>12</sup>. L'identité normative connaît en effet, des limites qui imposent de traiter différemment les questions qui rendraient l'assimilation illusoire, ces particularismes, contraintes et spécificités qu'a retenus le constituant.

Mais l'apport des mécanismes permissifs mis en place tient sans doute au fait qu'ils portent plus loin les termes de la différenciation en permettant aux régions du nord-ouest et sud-ouest de se différencier des autres collectivités territoriales de la République. La rupture d'unité engendrée rapproche ces collectivités des autres collectivités, pour lesquels l'égalité suppose un traitement qui, loin de l'uniformité, « [tienne] compte des intérêts propres de chacune

d'elles auseinde la République ». La rupture d'unité induite par le CGCTD semble donc réaliser un véritable renouvellement de la notion d'égalité, pour en faire un principe moins formel. L'absence d'unité normative et l'approche catégorielle de la notion d'égalité deviennent ainsi des caractéristiques structurelles du droit des régions du nord-ouest et sud-ouest, marqué par le souci d'adaptation territoriale.

Le principe d'égalité est donc susceptible de se trouver mis en cause, dans le droit des collectivités territoriales, par certaines normes permissives qui ouvrent aux autorités locales la faculté de rompre l'unité et de favoriser la différenciation normative. Il s'agit alors de répondre aux attentes d'adaptabilité de la règle de droit aux particularismes locaux.

Toutefois, il ne faut sans doute pas conclure trop vite à une contrariété absolue entre norme permissive et égalité.

## **B – La rupture d'égalité relative**

Bien que la norme permissive porte en elle les germes de la différenciation et de la rupture d'égalité, il convient d'observer que cette rupture n'est consommée qu'au moment de la mise en œuvre de la faculté ouverte. Dans un certain sens, elle présente un caractère extranormatif (1), en étant liée non pas à la règle elle-même mais au comportement de son destinataire à l'égard de la latitude qui lui est reconnue. La rupture d'égalité impliquée par la norme permissive est donc relative. D'ailleurs, la recherche d'égalité réelle, effective, entre les sujets de droit, n'exclut pas, bien au contraire, le recours à la norme permissive (2).

### **1-La rupture extranormative d'égalité**

La rupture d'égalité que semble engendrer la norme permissive ne tient pas à son édicition même dans l'ordonnement juridique. Ouvrant une faculté comme une virtualité saisissable par les sujets de droit, elle se

<sup>12</sup>Cédric GROULIER, Norme permissive et droit public, Thèse de doctorat en droit public, Université de Limoges, 2006, p. 345.

cantonne à poser le principe d'une action. En revanche, la mise en œuvre de cette faculté par les destinataires de la norme est plus particulièrement susceptible d'introduire l'atteinte à l'égalité<sup>13</sup>. Son exercice, et les modalités de cet exercice, sont en effet, seuls à induire une différenciation qui peut conduire à rompre une situation égalitaire préalable : l'application des mêmes dispositions.

Seul l'exercice de la faculté ouverte, ainsi que les modalités de celles-ci, vont engendrer la rupture d'égalité ; le choix du destinataire de la norme permissive à l'égard de l'alternative qui lui est offerte est déterminant. Ainsi, si plusieurs sujets de droit se voient reconnaître une même faculté, mais décident tous de ne pas la mettre en œuvre positivement, aucune rupture d'égalité n'apparaîtra entre eux. Par exemple, si aucune collectivité territoriale habilitée par la loi ne décide d'exercer la faculté qui lui est reconnue, le droit commun continuera à régir l'exercice des compétences de ces collectivités, qui seront dans une situation égalitaire sur ce point.

La rupture d'égalité peut résulter de deux situations, bien qu'une seule soit réellement liée à la technique normative permissive : une première, élémentaire, apparaît lorsque certains destinataires d'une norme permissive exercent positivement la faculté qui leur est ouverte, et qu'une autre partie s'abstient, c'est-à-dire en fait un usage négatif. Ce cas de figure correspond à la rupture d'unité provoquée par le recours de certaines.

De même, la faculté reconnue aux communes dotées d'un plan local d'urbanisme d'instaurer un droit de préemption<sup>14</sup> urbain

connaît une mise en œuvre variable : toutes les communes pour lesquelles l'article 87 de la loi n° 2004/003 du 21 avril 2004 régissant l'urbanisme au Cameroun énonce que « Etat et les collectivités territoriales décentralisées peuvent exercer un droit de préemption sur tout immeuble pour la réalisation de certaines opérations répondant à des objectifs tels que: La restructuration urbaine;

- L'organisation ou le développement d'activités économique ;
- La réalisation d'équipements collectifs ;
- La mise en place d'une politique globale de l'habitat ;
- La stabilisation des prix immobiliers ».

Permissif, s'applique, ne vont pas recourir à cet instrument de maîtrise foncière. Il en résulte une rupture d'égalité entre les propriétaires des immeubles situés dans les communes ayant décidé de l'instaurer et ceux des immeubles localisés dans des communes n'ayant pas recouru : lorsqu'ils souhaiteront vendre leur bien, les propriétaires de la première catégorie de communes devront se soumettre aux formalités liées à l'existence d'un droit de préemption (notamment la déclaration d'intention d'aliéner). L'entrave administrative viendra, non pas paralyser leur abus mais néanmoins l'affecter. La rupture d'égalité ainsi entraînée par la mise en œuvre de la faculté ouverte est donc bien liée à la nature permissive de la norme simplifiée posée : sans elle, aucune liberté de détermination n'existerait, qui génère une mise en œuvre hétérogène<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> **Cédric GROULIER**, Norme permissive et droit public, Thèse de doctorat en droit public, Université de Limoges, 2006, p. 399.

<sup>14</sup> Cf. article 86 de la loi n° 2004/003 du 21 avril 2004 régissant l'urbanisme au Cameroun « Le droit de préemption est un droit qui permet à la puissance publique de se porter acquéreur prioritaire d'un bien immobilier qu'un propriétaire désire vendre. S'applique dans les zones où la puissance publique souhaite s'assurer de la maîtrise

du sol, veut contrôler l'évolution des prix fonciers ou acquérir certains immeubles bâtis ou non bâtis, sans toutefois avoir recours à la procédure d'expropriation ».

<sup>15</sup> Néanmoins, la rupture d'égalité entre les propriétaires des communes où le droit de préemption est institué et celles où il ne l'est pas se justifie par la différence de situation dans laquelle ils se trouvent, différence fondée sur la mise en œuvre, par les autorités municipales, d'une simple norme permissive.

Cette situation de rupture d'égalité doit être distinguée de celle qui s'observe lorsque l'exercice d'une faculté est insuffisamment déterminé et qu'il laisse au destinataire de la norme une liberté dans les modalités de son action. Le droit des expérimentation locales prévoit, certes, que les collectivités territoriales devront être habilitées par l'Etat, pour un objet limité, et à l'égard de dispositions juridiques identifiées, mais il demeure une inconnue, tenant à la manière dont les collectivités vont mettre en œuvre le pouvoir normatif qui leur est confié temporairement : les dérogations qu'elles apporteront aux règles régissant l'exercice de leurs compétences n'auront probablement pas la même nature ni la même portée.

Toutefois, dans cette hypothèse, ce n'est pas tant la nature permissive de la norme qui induit la rupture d'égalité que l'habilitation conférée aux collectivités territoriales. L'effet de la permissivité normative se limite à l'opportunité de l'action ou de l'inaction – il correspond à la question : la collectivité va-t-elle agir ou non ? –, tandis que l'habilitation s'accompagne d'un pouvoir normatif qui appelle une autre question : comment la collectivité va-t-elle agir ?

Enfin, en droit positif français, les solutions jurisprudentielles retenues à l'égard des dispositions – permissives – reconnaissant une faculté de dérogation à une règle générale démontrent également que la rupture d'égalité tient non pas à l'édiction de la norme permissive elle-même. Cela condamnerait toute perspective de dispositifs dérogatoires, mais dans sa mise en œuvre. La question qui se pose au juge est celle de savoir s'il convient que l'autorité pouvant accorder une dérogation adopte une même solution à l'égard de pétitionnaires différents.

Il ressort de la jurisprudence que l'existence d'un pouvoir discrétionnaire n'impose pas à l'administration d'accorder aux

uns ce qu'elle a accordé à d'autres<sup>16</sup>. Certains arrêts attestent toutefois d'annulations de refus d'accorder une dérogation sur le fondement d'une rupture d'égalité entre les administrés<sup>17</sup>; mais une telle solution doit rester marginale, précisément en raison du caractère par principe permissif de l'octroi de dérogations. En imposant un traitement égalitaire entre les pétitionnaires, le juge contribuerait à priver l'autorité compétente de son pouvoir discrétionnaire et à dénaturer la faculté de dérogation en devoir d'exception. Mais en tout état de cause, cela atteste bien que la question de la rupture d'égalité se situe dans la mise en œuvre de la norme permissive.

La proposition du commissaire du gouvernement Kessler, dans ses conclusions sur l'arrêt du 7 février 1994, Duchêne<sup>18</sup>, d'imposer l'égalité dans les décisions prises au même moment, par le même agent, à l'égard de mêmes demandes, alors même que cet agent jouit d'un pouvoir discrétionnaire, le confirme<sup>19</sup>. En conditionnant ainsi la décision de l'autorité compétente, serait contrainte, au nom de l'égalité, l'exercice de la faculté ouverte. La rupture d'égalité procédant de la norme permissive est donc essentiellement de caractère factuel, dans la mesure où elle est susceptible de naître du choix opéré par son destinataire quant à l'exercice de la faculté qui lui est ouverte. La censure du juge n'est pas envisageable puisque d'un point de vue purement normatif, l'égalité règne, et plus particulièrement l'égalité devant la loi, en

<sup>16</sup> V. par ex. : CE, 10 décembre 1969, Consorts Fourel, Rec., p. 572 ; CE, 12 juin 1986, Commune de Gaillac, n° 78335 ; CE, 19 mai 1995, Mesnay, n° 133225.

<sup>17</sup> CE, 10 juillet 1995, Contre moulin, Rec., p. 213 ; AJDA 1995, p. 925, concl. Y. Aguila : rejet d'une demande de dérogation de secteur scolaire présentée pour le motif d'une proximité entre le lieu de travail d'un parent d'élève et l'école en question, alors que des dérogations avaient été accordées à d'autres parents pour un même motif.

<sup>18</sup> Rec., p. 55.

<sup>19</sup> Le fait que l'égalité de décision soit imposée à l'agent montre que cette proposition ne reprend pas le mécanisme déjà existant de la directive administrative.

l'occurrence la loi permissive. La norme permissive est égalitaire quant au principe d'action qu'elle pose.

En cela, elle s'inscrit parfaitement dans la conception française selon laquelle « le principe d'égalité siège essentiellement dans la généralité de la règle<sup>20</sup> ». Il n'est pas mis en doute que les dispositions de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen reconnaissant la liberté d'expression – de nature permissive – soient égalitaires ; pourtant, elle reconnaît la faculté de s'exprimer ou de se taire.

## 2 – Les liens de la norme permissive avec la recherche d'une égalité réelle

L'égalité constitue surtout un concept de philosophie politique qui s'est trouvé peu à peu juridicisé par le droit positif. Le Conseil d'Etat sera le premier à en faire une application implicite, notamment dans l'arrêt Roubeau et autres, du 9 mai 1913<sup>21</sup>. La consécration de principes généraux du droit fournira ensuite une assise plus explicite au principe d'égalité, que le juge déclinera dans de nombreux domaines<sup>22</sup>.

Le Conseil constitutionnel à son tour consacrera le principe dans sa décision n° 73-51 DC du 27 décembre 1973, Taxation d'office<sup>23</sup>, en censurant une discrimination entre les citoyens contraire au « principe d'égalité devant la loi contenu dans la Déclaration des droits de l'homme et de 1789 et solennellement réaffirmé par le préambule de la Constitution ». A cet égard, la doctrine a souligné combien « les sources textuelles du principe d'égalité possèdent une richesse sans équivalent par rapport aux autres droits fondamentaux » : en

effet, la Déclaration de 1789 (articles 1er, 6 et 13), le préambule de la Loi n°96/06 du 18 janvier 1996 Portant révision de la Constitution du 02 juin 1972, modifiée et complétée par la loi n°2008/001 du 14 avril 2008 (Tous les hommes sont égaux en droits et en devoirs).

Il est par ailleurs notable que l'appréciation du respect du principe d'égalité, tant par le juge administratif que par le juge constitutionnel, ne demeure pas purement formelle. En effet, l'égalité est appréhendée d'une manière concrète, pragmatique, par la jurisprudence, qui concilie les exigences de ce principe théorique et universaliste avec la diversité des situations de la vie réelle. S'il existe une égalité de droit entre les hommes, pour être effective, elle doit tenir compte des inégalités de fait existant entre eux, et des exigences de la vie en société<sup>24</sup>.

Or, cette « connection » inspire précisément la jurisprudence, comme en témoigne la formule désormais classique du Conseil constitutionnel, selon laquelle le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit<sup>25</sup>.

Le Conseil d'Etat retient une solution similaire en considérant que des « différences de situations appréciables » peuvent justifier des

<sup>20</sup> Conseil d'Etat, Rapport public 2006, op. cit., p. 37.

<sup>21</sup> Rec. p. 521. Pour d'autres applications, v. Conseil d'Etat, Rapport public 1996, op. cit., p. 26.

<sup>22</sup> CE Ass., 26 octobre 1945, Aramu, Rec., p. 213.

<sup>23</sup> Par ex., égalité des usagers du service public (v. not. CE Ass., 25 juin 1948, Société du journal L'Aurore, Rec., p. 289) ou égalité d'accès de tous les Français aux emplois publics (CE Ass., 28 mai 1945, Barel, Rec., p. 308).

<sup>24</sup> Néanmoins, il existe des discriminations qui, par principe, sont interdites, et ne sauraient trouver de justification: discriminations fondées sur la religion, l'origine ethnique, distinction d'une peuple corse au sein du peuple français. Conseil d'Etat, Rapport public 1996, Etudes et documents, n° 48, La Documentation française, pp. 39-41.

<sup>25</sup> V. les décisions n°87-232 D C du 7 janvier 1988, Mutualisation de la caisse nationale de crédit agricole (Rec. CC, p.17) et n° 96-375 DC du 9 avril 1996, Diverses dispositions d'ordre économique et financier (RJC I-668) ajoutant la précision du rapport direct.

différences de traitement entre les administrés<sup>26</sup>. Cette conception réaliste de l'égalité<sup>27</sup> fonde tout particulièrement la notion de discrimination positive<sup>28</sup>. Cette dernière semble toutefois dépasser les termes de la simple prise en compte d'une différence de situation ; la discrimination positive a une dimension active, en ce qu'elle vise à réduire une inégalité de fait. Il s'agit d'une « différenciation juridique de traitement, créée à titre temporaire, dont l'autorité normative affirme expressément qu'elle a pour but de favoriser une catégorie déterminée de personnes physiques ou morales au détriment d'une autre afin de compenser une inégalité de fait préexistante entre elles<sup>29</sup> ».

Or, il est remarquable que le Conseil d'Etat, comme le juge constitutionnel, estiment que l'introduction de discriminations positives dans le droit positif soit simplement facultative<sup>30</sup>. Autrement dit, il existerait une norme jurisprudentielle permissive ouvrant au législateur et aux autorités administratives, la simple faculté de prévoir des discriminations

positives, même si la formule type du juge constitutionnel n'évoque qu'une absence d'interdiction de traiter différemment des situations différentes – ce qui ne fonde pas expressément et positivement une faculté – et qu'une telle solution est affectée par le caractère évolutif de la jurisprudence.

La thèse d'une obligation de traitement différencié a pu être soutenue<sup>31</sup>, nourrie par les positions des juges européens. En effet, adoptant une approche matérielle du principe d'égalité, la Cour de justice des communautés européennes considère qu'il impose de traiter de manière différente des situations différentes<sup>32</sup>; la simple faculté de traitement différencié pourrait produire, dans sa conception, une discrimination si une même règle juridique était appliquée à deux situations différentes. Réciproquement, l'égalité suppose, pour les juges de Luxembourg, de traiter de la même manière des situations identiques. Le juge constitutionnel allemand retient notamment le même principe d'une obligation d'introduire des discriminations positives<sup>33</sup>. Dans cette perspective, toute inégalité de traitement doit être justifiée par une différence de situation objective<sup>34</sup> ou par des objectifs d'intérêt général poursuivis par la Commission, sous réserve que la rupture de traitement soit proportionnée au but recherché.

De même, s'agissant du principe d'égalité, le risque de rupture inhérent à la norme

<sup>26</sup> V. l'arrêt classique : CE Sect., 10 mai 1974, Denoyez et Chorques, Rec., p. 274 ; AJDA 1974, p. 298, chron.

M. **Franc et M. Boyon** ; D 1975, p. 393, note P. Tedeschi ; RA 1974, p. 440, note F. Moderne ; RDP 1975, p.

467, note M. **Waline**. V. not. **Jean-François Lachaume**, « Péage sur les ouvrages d'art et principe d'égalité des usagers devant le service public », note sous TA Poitiers, 7 mai 1996, Dumas, RFDA 1996, p. 983.

<sup>27</sup> Parallèlement et à titre subsidiaire, une rupture d'égalité peut être justifiée par l'intérêt général, à condition qu'elle soit en rapport avec la réglementation en cause : CE, 12 novembre 1958, Syndicat de la raffinerie de soufre française, Rec., p. 544 ; CC, décision n° 87-232 DC du 7 janvier 1988, Mutualisation de la caisse nationale de crédit agricole, préc.

<sup>28</sup> **Gwénaële Calvès**, *Les politiques de discrimination positive*, La Documentation française, n° 822, 1999 ;

**Jean-François Flauss**, « Discrimination positive et convention européenne des droits de l'homme », Mélanges **Mourgeon, Bruylant**, 1999, p. 415 ; Danièle Loschak, « Réflexions sur la notion de discrimination », Dr. soc. 1987, p. 778.

<sup>29</sup> **Louis Favoreu et a.**, *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., n° 430.

<sup>30</sup> CE, 22 mars 1950, Société des ciments français, Rec., p. 175 ; CC, décision n° 80-128 DC du 21 janvier 1982, Loi relative au travail à temps partiel, Rec. CC, p. 29.

<sup>31</sup> V. not. **Gilles Pellissier**, Le principe d'égalité en droit public, op. cit., p. 36 : le traitement différent de Situations différentes serait le pendant logique du traitement identique de situations semblables.

<sup>32</sup> V. par ex. : CJCE, 17 juillet 1963, Gouvernement de la République italienne c/ Commission, aff. 13/63, Rec.

CJCE, p. 355 ; CJCE, 20 septembre 1988, Espagne c/ Conseil, aff. 203/86, Rec. CJCE, p. 4597 ; CJCE, 14

février 1995, Finanzamt Köhl-Altstadt c/ R. Schumacker, C-279/93, Rec. CJCE, p. I-225, point 30 ; CJCE, 13

février 1996, Gillespie et a., C-342/93, Rec. CJCE, p. I-475, point 6 ; CJCE, 30 juin 1998, Brown c/ Rentokil Ltd,

C-394/96, Rec. CJCE, p. I-4185, point 30.

<sup>33</sup> V. not. Olivier Jouanjan, Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand, *Economica*, 1992.

<sup>34</sup> CJCE, 24 octobre 1973, Merkur c/ Commission, aff. 43/72, Rec. CJCE, p. 1055.

permissive doit être relativisé : si la simple faculté ouverte favorise une différenciation dans la mise en œuvre de la norme, c'est bien cette phase-ci, et non l'édiction de la norme permissive elle-même, qui est à l'origine de la rupture d'égalité. Cela atteste donc du caractère essentiellement factuel de cette dernière.

Par ailleurs, le droit et la jurisprudence démontrent que loin d'exclure l'idée d'égalité, le recours à la norme permissive peut être un moyen de contribuer à en assurer la réalisation. Les risques d'ordre théorique ainsi soulignés ne constituent donc pas des motifs dirimants de critique de la norme permissive.

En revanche, les risques induits par la pratique liée à ces normes méritent sans doute plus de réserves quant à leur usage.

## **II – Les effets pervers de la liberté de détermination**

La liberté d'appréciation est inhérente aux facultés ouvertes par la norme permissive. Elle favorise l'adaptabilité de la règle de droit et permet de reconnaître une certaine autonomie aux sujets de droit. Mais, cette marge d'appréciation n'est pas sans présenter certains inconvénients s'agissant de la mise en œuvre de la règle de droit. D'une part, elle donne prise à l'influence d'éléments de fait sur les conditions d'application de la norme permissive (A). D'autre part, elle légitime l'inaction de leurs destinataires et montre les limites de l'action d'effectivité à l'égard de cette norme (B).

### **A – L'influence d'éléments de fait sur l'exercice des facultés ouvertes**

Cette influence peut conduire à dissuader le destinataire d'une norme permissive de faire un usage positif de la faculté qui lui est reconnue (1), voire donner prise à une véritable négociation de l'application de la règle (2).

#### **1 – Une influence dissuasive**

L'exécution de la norme permissive témoigne d'une certaine perméabilité au contexte factuel dans lequel elle doit avoir lieu, en ce sens que des déterminants de fait peuvent avoir un effet sur les modalités d'exercice des facultés ouvertes. Cette influence est directement liée à la liberté d'appréciation reconnue au destinataire de la norme permissive, qui allège, voire supprime, le poids du droit qui s'exerce sur lui, et le rend plus sensible à celui des faits.

Par principe, une norme impérative implique au contraire sur son destinataire une pression juridique forte : à défaut de se conformer à l'injonction formulée ou de respecter la prohibition posée, celui-ci encourt en général une sanction. Face à la menace juridique, l'influence des faits est particulièrement diminuée ; elle peut éventuellement ressurgir lorsque la sanction n'est pas jugée suffisamment dissuasive par les sujets de droit pour les convaincre de ne pas violer l'impératif du droit : par exemple, lorsqu'elle est symbolique ou trop modique, ou encore lorsque l'ordre de valeurs que représente le droit n'est pas accepté par certains de ses sujets qui y substituent un autre ordre, extrajuridique, mais à leurs yeux tout aussi impératif<sup>35</sup>. Mais de manière classique, la pression plus forte du droit sur le fait constitue un ressort de l'organisation de la société, de la régulation des rapports humains<sup>36</sup>.

La pression des faits, ou du moins leur influence, sur le destinataire d'une norme permissive peut d'abord fausser le jeu de la libre

<sup>35</sup> Par ex. les « lois du milieu » dans la mafia, certains codes d'honneur, ou encore l'omertà – ou loi du silence – en Corse, qui peut primer sur l'obligation de dénonciation des infractions. L'emprunt au vocabulaire proprement juridique est d'ailleurs significatif d'un véritable ordre normatif alternatif. V. les théories culturalistes sur le phénomène de délinquance : Renaud Fillieule, *Sociologie de la délinquance*, PUF, 2001, p. 177.

<sup>36</sup> La pression ne s'entend pas nécessairement d'une forme de menace, de la dimension comminatoire du droit, mais peut simplement tenir à l'intérêt qu'ont les sujets de droit à adopter certains comportements ; il en est ainsi à l'égard de dispositifs juridiques incitatifs, la « pression » du droit n'ayant pas une visée dissuasive.

appréciation de ce dernier. Non contraint par le droit, n'ayant pas plus de raison juridique de faire une action donnée plutôt que l'action contraire – cette raison s'entend de la crainte d'une éventuelle sanction – le bénéficiaire d'une faculté risque d'être plus sensible aux déterminants de fait pouvant accompagner sa mise en œuvre.

Cette influence des faits peut d'ailleurs poursuivre un but légitime, comme les messages des autorités publiques visant à combattre l'abstentionnisme électoral, et scandant que voter est un droit, mais aussi un devoir : incapables d'exercer une pression de droit sur les titulaires du droit de vote – liberté se matérialisant en une simple faculté, sauf dans les hypothèses de vote obligatoire –, elles n'ont d'autre recours qu'une pression dont les ressorts résident hors du droit : campagnes de sensibilisation dans les médias, instruction civique.

Mais dans d'autres cas, la perturbation des faits peut être plus dommageable pour l'exercice de la faculté ouverte ; elle risque d'en supprimer l'intérêt. Ainsi, le projet de loi modifiant et complétant le statut de la collectivité territoriale de Corse de 2002 prévoyait-il, en son article 7-I, que « la langue corse [serait] enseignée dans le cadre de l'horaire normal des écoles maternelles et élémentaires à tous les élèves, sauf volonté contraire des parents ou du représentant légal de l'enfant ». En d'autres termes, cette disposition posait le principe d'un enseignement obligatoire de la langue corse, assorti d'une faculté, pour les parents ou représentants légaux des élèves concernés, d'en faire dispenser leur enfant. A priori, la norme permissive incluse dans ce projet d'article rendait l'enseignement de la langue corse facultatif. Or, dans son avis du 8 février 2001, le Conseil d'Etat a considéré que ces dispositions « contraignant, à la différence de la procédure d'inscription applicable à tous les autres enseignements optionnels, les représentants légaux de l'enfant à

accomplir une démarche expresse pour faire dispenser l'élève de l'obligation de suivre cet enseignement, reviendraient à instituer dans les faits un enseignement obligatoire de la langue corse<sup>37</sup> ».

C'est donc bien en raison d'une considération de fait – la démarche expresse de dispense à accomplir – que le Conseil a estimé qu'il était préférable d'introduire l'enseignement de la langue corse comme une option supposant une démarche positive d'inscription et non comme un enseignement de principe auquel il pouvait être renoncé. L'obligation d'entreprendre une démarche de dispense constituait une pesanteur dans l'exercice de la faculté ouverte ; en outre, il n'est peut-être pas interdit de penser que certains parents, moins diligents que d'autres, n'auraient fait qu'un choix théorique, leur inaction passant pour un choix consenti pour l'enseignement de la langue corse.

Enfin, il n'est pas non plus impossible qu'une démarche positive de dispense ait été difficile à accomplir dans le contexte politique et social particulier de l'île ; si le choix d'inscrire son enfant à l'enseignement de la langue corse est perçu comme un attachement à l'identité corse, la démarche inverse risque d'être moins bien perçue et plus péjorativement connotée. Face à la pression de la situation de fait en Corse, la libre détermination des parents aurait pu être illusoire.

De manière générale, de nombreuses facultés reconnues aux individus par le droit peuvent trouver dans les faits des obstacles à leur mise en œuvre. Par exemple, la reconnaissance du droit d'ester en justice pour faire valoir ses droits est une chose, mais l'action concrète en justice en est une autre. Entre la prérogative théorique et son exercice effectif, il y a une

<sup>37</sup> Conseil d'Etat, Section de l'Intérieur, des Finances et des Travaux publics, avis n°365726 (NOR : INTX0000188L).

distance qui tient aux démarches à accomplir et à l'investissement qu'une action en justice représente en temps et sur le plan pécuniaire. L'instauration de l'aide juridictionnelle est ainsi une réponse à l'artificialité du droit d'ester en justice des personnes les plus démunies. La garantie des droits a motivé la prise de mesures permettant de libérer l'exercice d'une faculté de certaines contingences de fait.

De manière analogue, la reconnaissance par la Constitution d'un droit de pétition, permettant aux électeurs d'une collectivité qu'une question soit inscrite à l'ordre du jour de son assemblée<sup>38</sup> est, sur le plan théorique, un progrès significatif de la démocratie participative. Toutefois, l'exercice de la faculté ouverte en est une autre, comportant son lot d'obstacles matériels, d'autant que la loi du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, qui concrétise ce droit en matière de consultation locale, prévoit des seuils pour l'initiative populaire : seul un cinquième des électeurs inscrits sur les listes d'une commune dans le cadre d'une consultation communale, et un dixième s'agissant des autres collectivités, peuvent ainsi demander que soit inscrite à l'ordre du jour de l'assemblée délibérante l'organisation d'une consultation sur toute affaire relevant de la décision de cette assemblée. Cette exigence impose donc, de manière très prosaïque, de réunir un nombre d'électeurs suffisant ; cela implique nécessairement d'y consacrer du temps, des moyens financiers, et surtout de contacter, informer et convaincre les électeurs qui manifesteront de l'intérêt pour la démarche. Comme le craint Mme **Belloubet-Frier**, cela pourrait réserver, de fait, l'exercice du droit de pétition à des groupements politiques ou des groupes d'intérêts ayant les moyens financiers de se faire entendre<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> Art. 72-1 al. 1 de la Constitution.

<sup>39</sup> **Nicole Belloubet-Frier**, « *Les référendums municipaux* », op. cit., p. 173.

La mise en œuvre de la norme permissive se révèle donc particulièrement sensible au contexte d'exercice des facultés ouvertes, l'influence des faits pouvant être dissuasive, voire paralysante. Il convient également de noter qu'il n'est pas impossible que cette influence des faits sur l'appréciation du destinataire de la norme permissive donne prise à une éventuelle négociation de l'application de la règle de droit.

## 2 – La norme permissive comme règle potentiellement négociable

Cette dérive est susceptible d'être le fait des administrés comme de l'administration elle-même. L'exercice de leurs compétences par les autorités administratives apparaît en effet comme un lieu non négligeable de tentatives de négociation de l'application de la règle de droit, a fortiori permissive. Le pouvoir d'appréciation reconnu à ces dernières peut constituer le point focal de bien des tentatives des administrés ayant pour finalité un exercice de la norme permissive en cause qui leur soit favorable. Comme il a été écrit, toute norme est « un enjeu de négociation et de compromis entre les acteurs, portant sur les conditions de son application<sup>40</sup> ».

La remarque vaut à l'égard de la norme permissive, précisément en raison de la marge d'appréciation laissée dans leur application : la part d'indétermination de ces règles, qui fonde le choix en opportunité de l'autorité administrative, donne prise à une certaine négociabilité qui échappe au contrôle du juge. Tant qu'elles ne se manifestent pas sous une forme extrême<sup>41</sup>, ces « manœuvres » restent à la lisière de la légalité,

<sup>40</sup> **Jacques Chevallier et Danièle Loschak**, « *Rationalité juridique et rationalité managériale dans l'administration française* », op. cit., p. 719.

<sup>41</sup> Sur la corruption, v. par ex. : Yves Mény, « *Corruption : l'explosion d'un phénomène endémique* », Mélanges en l'honneur de Guy Braibant, Dalloz, 1996, pp. 227-236 ; « La décennie de la corruption », *Le Débat*, n° 77, 1993, pp. 15-25 ; La corruption de la République, Fayard, 1992 ; Eric Peuchot, « *La corruption des fonctionnaires devant la justice* », *Pouvoirs*, 1981, n°31, pp. 37-53.

exploitant les virtualités de la zone de discrétionnalité reconnue par la norme permissive à l'autorité chargée d'en assurer l'application. Illustrative est à cet égard, l'article 328 du CGCTD alinéa 2 et 3 qui dispose : « (2) Les Régions du Nord-Ouest et du Sud-Ouest peuvent être consultées sur les questions liées à l'élaboration de politiques publiques de la justice dans le sous-système de la Common Law. (3) Elles peuvent être associées à la gestion des services publics implantés dans leurs territoires respectifs.

Pour l'administré, l'enjeu est alors de faire plier une règle impérative générale en obtenant une dérogation ou une dispense : contrairement à la tolérance administrative, qui suppose l'absence de sanction d'une entorse à une disposition impérative, et donc une bienveillance de l'administration à l'égard d'un comportement irrégulier provenant de l'administré, dérogation et dispense émanent d'une décision de l'autorité administrative. Si la seconde vise de façon plus contestable à écarter une règle impérative alors que le droit ne l'a pas expressément prévu, la faculté de dérogation est parfaitement ancrée dans la légalité, ce qui n'exclut cependant pas l'existence d'une marge d'opportunité sur laquelle se concentrent les démarches des administrés.

En dépit du contrôle juridictionnel instauré en la matière, il existe rarement une seule solution dérogatoire légale pour chaque caset il est légitime que le pétitionnaire cherche à tirer le meilleur profit du procédé. De même, lorsqu'une norme permissive, en dehors des hypothèses de dérogation, ouvre une alternative à l'autorité administrative, il est dans l'ordre des choses que l'administré en attende un choix qui épouse sa vision de l'opportunité, dès lors que les deux solutions sont légales.

Au demeurant, l'influence des administrés sur la mise en œuvre de certaines facultés de l'administration est sans doute moins

contestable que celle de déterminants de fait propres à l'autorité administrative, qui affectent en réalité les conditions dans lesquelles elles font usage de la liberté que leur reconnaissent les normes permissives. Intégrant la logique de négociation de l'application de la règle, l'autorité administrative peut en profiter pour renforcer sa position face à l'administré: elle utilise alors « la faculté qu'elle a d'adapter la règle générale, voire de consentir certaines violations mineures de la législation en vigueur, pour renforcer sa position dans les relations de pouvoir informelles qu'elle entretient avec ses interlocuteurs<sup>42</sup> ».

Or, cette tendance ne joue pas forcément en défaveur de l'administré, ainsi que l'explique M. **Chevallier** : lorsqu'il est en relation avec le public, l'agent chargé d'appliquer une réglementation tend à s'écarter de la stricte légalité et à interioriser le point de vue de ses interlocuteurs ; « de manière générale [...], la relation au public est pour le fonctionnaire un atout qu'il s'efforce de valoriser : elle lui donne en effet une marge de manœuvre vis-à-vis de la hiérarchie, en créant une zone d'incertitude que celle-ci ne peut maîtriser ; et en prenant ses distances avec la règle pour satisfaire l'administré, le fonctionnaire tout à la fois affirme sa puissance et améliore la qualité de ses relations<sup>43</sup> ».

La liberté que lui consent une norme permissive se concrétisera donc surtout en pouvoir et en latitude d'action dans l'échange administration/administré. Il faut toutefois veiller à ce que cette position dominante de l'autorité qui peut ne fasse pas le lit de manœuvres clientélistes, ou d'un certain arbitraire. M. Livet soulignait un des risques inhérents à la technique de l'autorisation administrative préalable : selon

<sup>42</sup> **Danièle Loschak**, « Le principe de légalité, mythes et mystifications », AJDA 1981, pp. 387-391.

V. aussi **Jacques Chevallier** et **Danièle Loschak**, « Rationalité juridique et rationalité managériale dans l'administration française », op. cit., p. 719.

<sup>43</sup> **Jacques Chevallier**, *Science administrative*, PUF, 3<sup>ème</sup> éd. refondue, 2002, p. 400.

lui, il existe un risque d'arbitraire « reposant sur le fait que l'autorisation est réclamée "intuitu personae" et qu'elle peut être accordée ou refusée en fonction du seul critère de la personnalité du requérant [...] qui n'apparaît pas dans l'hypothèse d'une réglementation par essence générale et impersonnelle<sup>44</sup> ».

Cette opinion doit être relativisée, notamment en ce qu'elle n'est pas appropriée aux hypothèses de compétence liée où l'administration est tenue par des règles impératives. Toutefois, s'agissant de la mise en œuvre de la disposition permissive (ce qui est très souvent le cadre de l'autorisation préalable), il n'est pas exclu qu'un usage déviant et défavorable à l'administré puisse être fait de la zone de libre appréciation reconnue. M. **Givaudan** se montre d'ailleurs très critique à l'égard des nombreuses normes permissives édictées dans le droit de l'urbanisme : « le subjectivisme, qui s'exprime dans le droit par le verbe "peut" si commode puisqu'il permet de refuser ou de permettre à la tête du client, semble bien se porter [...]. Il faut craindre que le droit local de l'urbanisme devienne de plus en plus un moyen de rançonner celui à qui l'on permet d'utiliser ou d'occuper le sol et, de moins en moins, une technique d'organisation ordonnée de l'espace<sup>45</sup> ».

La liberté d'appréciation impliquée par la nature permissive de certaines règles rend donc la mise en œuvre de ces dernières particulièrement perméable à des considérations extrajuridiques qui peuvent nuire à un exercice serein et objectif des facultés ouvertes. Mais la mise en œuvre de la norme permissive révèle aussi une autre limite de cette technique normative, également liée à la liberté consentie, et qui tient à l'inaction de leur destinataire.

<sup>44</sup> **Pierre Livet**, *L'autorisation préalable et les libertés publiques*, op. cit., p. 17.

<sup>45</sup> **Antoine Givaudan**, « Pourquoi la règle juridique suscite-t-elle tant de mécontentement ? », *La règle de l'urbanisme*, ADEF, 1987, pp.314-317.

## **B – La liberté de ne pas agir comme limite de la notion d'effectivité rapportée à la norme permissive**

Pour la logique déontique, une norme permissive ouvre une faculté bilatérale dont il découle que ce qu'il est permis de faire peut tout aussi valablement ne pas être fait. Cette indifférence normative, obstacle à une appréhension intuitive de l'exécution de la norme permissive, implique donc que l'usage négatif d'une faculté ouverte par une norme juridique participe aussi de son exécution ; l'idée d'usage positif et négatif se rapporte à l'expression phénoménale de la norme permissive : cette dernière suppose théoriquement une alternative légale qui n'est généralement pas formulée *in extenso*.

Le droit positif énonce en général une seule des deux branches de l'alternative, l'autre se déduisant implicitement. L'usage positif d'une faculté correspond donc à la mise en œuvre de cette seule branche expresse, qu'elle énonce une possibilité de faire ou de ne pas faire, l'usage négatif de la faculté se rapportant à la face tacite de l'alternative. Par exemple, dans la norme: Le permis de construire peut être refusé si les constructions projetées sont de nature à porter atteinte à une perspective monumentale, l'usage positif consiste à exercer la branche de l'alternative permettant de refuser le permis de construire, l'usage négatif à mettre en œuvre la branche implicite laissant la liberté de ne pas refuser l'autorisation.

Cette précision permet de prendre conscience des limites de la notion d'effectivité du droit, rapportée à la norme permissive. D'un strict point de vue normatif, il n'y a jamais d'ineffectivité d'une règle permissive, puisque son non usage apparent n'est autre que la mise en œuvre de la branche implicite de la faculté qu'elle ouvre. Le doyen **Carbonnier** l'a fort bien exprimé : « on ne saurait pousser la notion d'effectivité, pour les lois permissives, jusqu'à

cette conséquence que tout ce qui est permis devrait être effectivement pratiqué. L'effectivité de la loi qui consacre une liberté d'agir se situe non dans l'action, mais dans la liberté même, c'est-à-dire dans le pouvoir de choisir l'inaction aussi bien que l'action. Une telle loi a toujours d'ailleurs, une effectivité invisible, par son influence psychologique, psychothérapeutique. C'est comme une fenêtre ouverte : même si l'on n'a pas la tentation de s'évader, on respire mieux<sup>46</sup> ». Une norme permissive n'est donc théoriquement jamais inappliquée et jamais frappée de désuétude.

Ainsi, l'inaction du bénéficiaire d'une faculté ouverte par le droit positif n'est pas nécessairement sans conséquence : l'application de la norme permissive n'est un jeu à somme nulle qu'en théorie. Pour les autorités publiques chargées de mettre en œuvre des politiques publiques, des réformes, le droit est un instrument privilégié d'action sur les comportements et les activités. Le recours à la norme permissive révèle bien moins souvent une indifférence quant à l'application qui en sera faite qu'une volonté politique plus ou moins explicite. Souvent, en effet, la norme permissive est l'expression d'un droit finalisé.

En arrière-plan de la faculté d'adoption de règles dérogatoires dans les régions du nord-ouest et sud-ouest, réside la volonté du Gouvernement de conférer plus d'autonomie normative aux collectivités anglo-saxonnes, et de favoriser le pluralisme au sein de la République. Si aucune de ces collectivités ne vient à exercer ces prérogatives, cela peut à la rigueur révéler leur satisfaction quant au cadre juridique actuel – ce qui serait curieux et paradoxal.

L'inaction des acteurs juridiques qui se voient reconnaître des facultés se révèle donc déterminante quant au succès ou à l'échec de

<sup>46</sup> Jean Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, op. cit., p.136.

politiques publiques construites sur des mécanismes permissifs. La question est d'autant plus sensible que l'époque est au recours à de tels instruments. « Dès lors que le droit est conçu désormais autant comme un système de ressources, que comme un ensemble de commandements, apparaît le rôle essentiel des « usagers » du droit dans la mobilisation de ces potentialités juridiques. Le sort de beaucoup de politiques publiques dépendra ainsi des initiatives prises par les usagers, dans le sens de l'amplification des normes juridiques qui les traduisent, ou, au contraire, de la résistance à celles-ci<sup>47</sup> ».

Du reste, l'influence de l'inaction des bénéficiaires de facultés reconnues par des règles permissives sur l'effectivité du droit se constate également en marge de la conduite de politiques publiques. L'organisation des pouvoirs publics constitutionnels en livre un exemple significatif. En 1996, l'adoption de la nouvelle Constitution visait à restaurer l'importance du pouvoir exécutif : le texte constitutionnel est construit de telle manière que le pouvoir législatif se trouve davantage discipliné, sous surveillance. Pour consolider ce renversement institutionnel, le constituant a reconnu un ensemble de pouvoirs à l'exécutif, lui permettant de garantir sa suprématie et le cantonnement du législateur dans son domaine restreint. La souveraineté qui s'attache aux plus hautes fonctions explique sans doute le caractère permissif de la plupart des dispositions qui reconnaissent de tels pouvoirs au Gouvernement. Or, force est de constater que la pratique n'a pas vraiment fait un usage de ces facultés qui soit conforme à l'esprit de la Constitution.

Ainsi, l'article 36 alinéa 1 de la Constitution du Cameroun dispose : « Le

<sup>47</sup> François Ost, « Le rôle du droit : de la vérité révélée à la réalité négociée », in Gérard Timsit, Alain Claisse et Nicole Belloubet-Frier (dir.), *Les administrations qui changent. Innovations techniques ou nouvelles logiques?* PUF, 1996, pp.73-84, spéc. p. 79.

Président de la République, après consultation du Président du Conseil Constitutionnel, du Président de l'Assemblée Nationale et du Président du Sénat, peut soumettre au référendum tout projet de réforme qui, bien que relevant du domaine de la loi, serait susceptible d'avoir des répercussions profondes sur l'avenir de la Nation et les Institutions Nationales.

Il en sera ainsi notamment :

1- des projets de loi portant sur l'organisation des pouvoirs publics ou sur la révision de la Constitution ;

2- des projets de loi tendant à la ratification des accords ou des traités internationaux présentant, par leurs conséquences, une importance particulière ;

3- de certains projets de réforme portant sur le statut des personnes et le régime des biens, etc....

(2) Le projet de loi est adopté à la majorité des suffrages exprimés.

(3) La loi détermine les procédures du référendum ».

Par ailleurs, en France, l'article 37 alinéa 2 de la Constitution ouvre au gouvernement la faculté<sup>48</sup> de faire constater par le Conseil constitutionnel qu'une loi comporte des dispositions à caractère réglementaire, c'est-à-dire que le législateur est sorti du cadre de l'article 34 et a empiété sur le domaine du règlement. Or, cette faculté de faire procéder au « déclassement » ou à la « délégalisation » de

<sup>48</sup> Les auteurs des Grandes décisions du Conseil constitutionnel rappellent que M. **René Capitant**, intervenant en 1967 dans un rapport fait au nom de la Commission des lois de l'Assemblée nationale, soulignait le caractère facultatif de la procédure de l'article 37 al. 2 (ainsi que de l'art. 41, v. infra) (GDCC, Dalloz, 13<sup>ème</sup> éd., 2005, n°33, § 6). Le Conseil constitutionnel n'a pas eu une autre interprétation dans sa décision n° 82-143 DC du 30 juillet 1982, Blocage des prix et des revenus, cons. 11 (préc.).

dispositions législatives n'a pas donné lieu à l'usage défensif qui pouvait en être attendu<sup>49</sup>; le Conseil d'Etat parle de « usage exagérément modéré<sup>50</sup> » de cette prérogative permissive<sup>51</sup>. Aussi, le déclassement « préventif » de dispositions législatives à caractère réglementaire, opéré de sa propre initiative par le Conseil constitutionnel à l'occasion de l'examen de la loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école<sup>52</sup>, apparaît-il comme particulièrement remarquable et de nature à compenser la carence de l'exécutif, au nom d'une plus grande orthodoxie constitutionnelle. Le Gouvernement pourra déclasser ces dispositions sans avoir à saisir à nouveau le Conseil ; cette attitude inédite du juge constitutionnel se veut sans doute incitative à l'égard du Gouvernement – elle est en tout cas davantage dissuasive, voire stigmatisante, pour le Parlement<sup>53</sup>. Néanmoins, elle ne doit pas conduire à priver le Gouvernement et les présidents des Assemblées de leur liberté d'exercice<sup>54</sup>.

Bien qu'elle participe de l'intérêt et de la spécificité de la norme permissive, la libre détermination qu'elle implique au profit de son destinataire fonde aussi certaines lacunes de cette norme. Cette liberté donne en effet, prise à l'influence de considérations de fait sur l'exercice des facultés ouvertes, qu'elle rend par ailleurs aléatoire. Toutefois, ces inconvénients sont une conséquence, certes regrettable, mais relativement normale de la simple ouverture

<sup>49</sup> V. not. **Philippe Ardant**, Institutions politiques et droit constitutionnel, op. cit., p. 568.

<sup>50</sup> Rapport public 2006, op. cit., p. 316.

<sup>51</sup> Cela étant, sur le principe, la décision du Gouvernement de ne pas user de la procédure de délégalisation peut faire l'objet d'un recours : CE Sect., 3 décembre 1999, Association ornithologique et mammologique de Saône-et-Loire, Rec., p. 379, concl. Lamy.

<sup>52</sup> Décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, préc.

<sup>53</sup> V. **Jean-Bernard Auby**, « L'avenir de la jurisprudence Blocage des prix et des revenus », CCC n° 19, 2005, pp. 105-108.

<sup>54</sup> Sur l'hypothèse, inadmissible, d'une dépossession par le Conseil constitutionnel, v. Guillaume Drago, « Le Conseil constitutionnel, la compétence du législateur et le désordre normatif », RDP 2006, pp. 45-64, spéc. p. 62.

d'une faculté dans le droit : il appartient aux autorités publiques de veiller à ce que les sujets de droit puissent librement et effectivement faire usage de leur liberté de détermination, et de recourir avec prudence à des mécanismes permissifs dans la conduite de politiques publiques.

### **Conclusion**

« *La perversité de la norme permissive en droit public camerounais* » ne pourrait s'appréhender qu'autour d'un double pendant.

Le premier pendant est relatif à la norme permissive comme vecteur d'inégalité : le risque de rupture inhérent à la norme permissive doit être relativisé : si la simple faculté ouverte favorise une différenciation dans la mise en œuvre de la norme, c'est bien cette phase-ci, et non l'édition de la norme permissive elle-même, qui est à l'origine de la rupture d'égalité. Cela atteste donc du caractère essentiellement factuel de cette dernière.

De même, le droit et la jurisprudence démontrent que loin d'exclure l'idée d'égalité, le recours à la norme permissive peut être un moyen de contribuer à en assurer la réalisation. Les risques d'ordre théorique ainsi soulignés ne constituent donc pas des motifs dirimants de critique de la norme permissive.

Le second pendant tient aux effets pervers de la liberté de détermination : bien qu'elle participe de l'intérêt et de la spécificité de la norme permissive, la libre détermination qu'elle implique au profit de son destinataire fonde aussi certaines lacunes de cette norme. Cette liberté donne en effet, prise à l'influence de considérations défait sur l'exercice des facultés ouvertes, qu'elle rend par ailleurs aléatoire. Toutefois, ces inconvénients sont une conséquence, certes regrettable, mais relativement normale de la simple ouverture d'une faculté dans le droit : il appartient aux autorités publiques de veiller à ce que les sujets

de droit puissent librement et effectivement faire usage de leur liberté de détermination, et de recourir avec prudence à des mécanismes permissifs dans la conduite de politiques publiques.

*In fine*, la norme permissive organise le non-droit au cœur du droit. Cela permet la juridicisation du non-droit et la clôture de l'ordre juridique. Mais dans cette perspective, c'est la pertinence même de la norme permissive qui fait question.