

I. PRÉSENTATION DU CHAPITRE

A. Médecine et droit : des rapports difficiles

- *« On peut, à la rigueur, admettre que plus il y aura de médecins en France, mieux les Français se porteront (encore l'assertion devrait-elle être vérifiée de plus près, et beaucoup soutiendront qu'à une certaine pléthore du réseau médical sont d'ores et déjà imputables les pharmacopées ruineuses, les chirurgies téméraires, et tant de prétendues prolongations de la vie qui ne sont que des comas à titre onéreux). Mais de la multiplication des juristes, qu'est-il permis d'espérer ? [...] Par de successives interactions, si le droit suscite des juristes, les juristes suscitent le droit – c'est-à-dire le contentieux, la réglementation et la sourde résistance à tout allègement du fardeau juridique. Des juristes en excès, ce n'est pas un phénomène neutre, qui ne poserait qu'une question d'emploi se limitant aux intéressés eux-mêmes. C'est dans le corps de la société une injection supplémentaire de droit qui se retrouvera en chicane et bureaucratie, inhibitions, prétentions, contentions, tensions¹. »*
- Ces phrases du doyen Jean Carbone, qui renvoient dos à dos le juriste et le médecin, illustrent à merveille les incompréhensions entre les deux mondes. Passons sur la critique de la médecine par le juriste qui, quelque soit son fond de vérité, n'est pas ici le sujet. Quant à la critique du droit, menaçant car foisonnant, elle aurait certainement pu être exprimée par un médecin. De tout temps, le corps médical s'est indigné de l'intrusion du droit dans son art. Cette indignation ne lui interdit pas cependant, et paradoxalement, de réclamer toujours plus de textes pour gouverner son exercice. Il est, à cet égard, en harmonie avec l'ensemble du corps social qui se plaint de l'abondance des lois, mais ne cesse d'en réclamer de nouvelles pour résoudre les moindres difficultés. C'est là une tendance profonde des relations entre le droit et la médecine : le juridisme croissant (1). Ce que le médecin supporte encore moins, c'est l'intrusion du juge dans son exercice. Il n'a pas de mots trop forts pour exprimer son ressenti à cet égard : c'est pour lui au moins une « judiciarisation » de la médecine (2) ou encore une « dérive à l'américaine ».

1. Le juridisme croissant en médecine

- Le foisonnement des réglementations en médecine n'est plus à démontrer. Il suffit pour s'en convaincre de feuilleter un code de la santé publique. Les dispositifs de « vigilance » se sont multipliés. Les comités, commissions, conseils – « supérieurs » ou non –, « conférences » tracent un inextricable lacis. L'évaluation, l'accréditation, la certification se banalisent. Dans le domaine de l'exercice quotidien de la médecine, deux illustrations particulièrement symptomatiques peuvent être choisies : la « permanence des soins » et l'anesthésie. Naguère la participation à la garde médicale était une simple obligation déontologique, allant de soi, sorte d'obligation naturelle assumée spontanément par les médecins sans le secours d'aucune sorte de réglementation. Aujourd'hui, pour diverses raisons, démographiques, sociologiques et psychologiques, elle est organisée – inorganisée ? – avec une tatillonne et inefficace minutie par la loi et le règlement. Quant à l'anesthésie, il a paru indispensable d'inscrire dans le code de la santé publique, entre autres choses, l'obligation d'une consultation préalable, l'obligation de l'établissement d'un tableau opératoire, l'obligation d'une surveillance continue clinique et paraclinique au cours de l'acte et dans ses suites, comme si ces mesures de précaution n'alliaient pas de soi, comme si leur absence n'était pas évidemment constitutive de fautes, eu égard aux règles de l'art et aux données acquises de la science médicale. Cette façon d'enfoncer des portes ouvertes en se servant du bélier de la réglementation se retrouve dans certaines des références médicales opposables, prévues par les conventions médicales et l'article L. 162-12-15 du Code de la sécurité

1. J. Carbone, *Flexible droit*, LGDJ, 1983.

sociale, telle que celle qui énonce que chez un patient asymptomatique, sans antécédent pathologique ou facteur de risque particulier, sans signes d'appel évocateurs et dont l'examen clinique est normal il est inutile de prescrire les examens biologiques dont une liste suit. Molière l'avait suggéré avec plus de talent, un bien portant n'est pas toujours un malade qui s'ignore ! Qu'il faille transposer cette évidence en norme montre bien à quel point se propage l'épidémie du juridisme.

- Et c'est probablement dans ses formes cliniques larvées, mineures, que cette épidémie fait les plus grands ravages. Car le corps médical ne se satisfait pas des normes authentiques d'origine législative, réglementaire ou conventionnelle qui lui sont imposées, souvent d'ailleurs après qu'il les ait réclamées. Il s'en trouve d'autres, quasi coutumières – au sens vrai puisque nées spontanément et auxquelles il se sent juridiquement tenu, encore que l'ancienneté leur manque pour être de vraies coutumes (cf. infra : la notion de coutume) : les recommandations des conférences de consensus et les données de « *evidence-based medicine* ». Le danger est ici précisément de hisser abusivement les unes et les autres – sources utiles d'information – au rang de normes, ce qu'elles ne sont pas. Et le danger est réel. Il suffit pour s'en convaincre de constater que, de plus en plus, experts et magistrats recourent à ces pseudo-normes comme à des données décisives non susceptibles de discussion.

2. La « judiciarisation » de la médecine ?

- Le thème fait flores. Il est omniprésent dans les milieux médicaux, et au-delà. Recouvre-t-il une réalité ? Il y a fort à en douter. Les études objectives semblent plutôt aller dans le sens d'une relative stabilité du contentieux de la responsabilité médicale, et le médecin d'aujourd'hui, réserve faite de certaines spécialités, ne risque guère plus d'aller devant le juge que celui d'hier. S'il y a évolution, c'est incontestablement affaire de montants indemnitaires alloués aux victimes. Plus généreux qu'hier, ils sont sans doute plus équitables. Qui pourrait s'en plaindre ? Il n'en demeure pas moins que le sentiment de cette « judiciarisation » fait des ravages. Les aspects les plus délétères, pour tous, sont indiscutablement les biais qu'il introduit dans la prise de décision diagnostique et thérapeutique. Poser l'indication d'un examen complémentaire ou d'un acte thérapeutique en considération du risque de recherche en responsabilité – et pas seulement sur les données médicales – est une aberration, hélas parfois rencontrée. Cela, ajouté au fait que la défiance du médecin vis-à-vis du patient, quelques fois vu comme un potentiel plaideur, ne peut qu'engendrer, par réaction, celle du patient vis-à-vis du médecin et l'inciter à la chicane. Pour éviter que ce cercle vicieux ne s'installe, l'un des remèdes consiste certainement à mieux informer les médecins sur le droit médical, à dédramatiser et à lutter contre le fantasme de la « judiciarisation ».

B. Le droit médical

- Qu'est-ce que le droit médical ? Sans chercher à en donner une définition savante, on peut dire que c'est l'ensemble des connaissances juridiques applicables à l'exercice de la médecine. Ainsi entendu, le champ d'étude du droit médical est vaste. Il inclut les rapports juridiques entre médecin et patient – notamment au plan des responsabilités –, ceux qui se nouent entre les médecins, entre ceux-ci et les autres professionnels de la santé et les établissements de santé, donc le droit des contrats qui régissent ces rapports, les statuts des médecins agents publics, la législation et la réglementation de l'exercice médical, etc. Deux questions méritent d'être soulevées à propos de la définition du droit médical : ses rapports avec le droit de la santé (1) et sa place au sein des branches du droit (2).

1. Droit médical et droit de la santé

- Les auteurs font généralement du droit médical un élément du droit de la santé. L'objet de ce dernier est en effet plus vaste que celui du droit médical. Il inclut le droit de l'ensemble des professions de santé, médicales ou non (chirurgiens-dentistes, sages-femmes, pharmaciens, auxiliaires médicaux), mais aussi, à suivre le plan du code de la santé publique, l'ensemble de la législation et de la réglementation de la protection de la santé et de son environnement (sécurité sanitaire des eaux et des aliments, prévention des risques sanitaires liés à l'environnement et au travail, prévention des intoxications), les dispositions relatives à l'administration générale de la santé, celles qui ont trait à la santé de la famille, de la mère et de l'enfant (protection et promotion de la santé maternelle et infantile, établissements, services et organismes...), ce qui concerne les produits de santé, médicaments, autres produits et substances pharmaceutiques réglementés, dispositifs médicaux, l'organisation des établissements et services de santé, etc. Ce vaste ensemble a été défini par le doyen Auby comme « *l'ensemble des règles juridiques applicables aux actions de santé*¹ ». Le professeur Lemoyne de Forges le qualifiait comme « *l'ensemble des règles applicables aux activités dont l'objet est de restaurer la santé humaine, de la protéger et d'en prévenir les dégradations* ». Cette dernière définition montre bien que le droit médical est certes un élément du droit de la santé – la médecine contribuant à restaurer et à protéger la santé et à en prévenir les dégradations – mais qu'il ne le résume pas, car bien d'autres actions, à côté de celles propres à la médecine, ont le même but et y concourent d'une manière au moins aussi cruciale.

2. Le droit médical au sein des branches du droit

- Tel que défini, le droit médical emprunte sa substance à toutes les branches du droit. Le droit civil y occupe une place centrale parce que la médecine fut longtemps, de manière prépondérante, une profession libérale. Le droit des obligations, issu du Code civil – droit des contrats mais aussi droit des obligations qui se forment en dehors d'un contrat – y trouve naturellement à s'appliquer : contrat de soins entre le médecin et son patient, contrats d'exercice entre médecins, contrats liant un médecin et des établissements de soins privés, etc. Le droit pénal y est présent. Les infractions commises par un médecin sont jugées selon les règles de fond et de procédure du droit pénal. Le droit administratif y occupe une place croissante, à la mesure de la place occupée par les établissements publics de santé dans notre système de soins (aujourd'hui, parmi les quelques 200 000 médecins en exercice, environ 90 000 exercent des fonctions à temps plein ou partiel dans des hôpitaux publics). Il est inutile d'insister sur la place du droit de la sécurité sociale dans l'exercice de la médecine. Le droit disciplinaire – ordinal ou statutaire – s'inscrit dans le cadre du droit administratif, les juridictions disciplinaires étant des juridictions administratives spécialisées. Les règles de l'exercice du médecin salarié d'un établissement privé relèvent pour beaucoup du droit du travail. Etc. Il n'est guère de branche du droit qui n'apporte sa pierre à l'édifice du droit médical, et on risquerait sans doute de lasser, certainement d'être lacunaire, si on tentait de citer les sources textuelles du droit médical tant elles sont éparpillées au sein de notre arsenal législatif et réglementaire.
- C'est la raison pour laquelle beaucoup, à juste titre sans doute, refusent d'y voir une matière autonome. Mais ce refus ne condamne pas à l'inexistence. Résultat de synthèses, le droit médical existe bien car la médecine existe. La preuve en est apportée par les multiples ouvrages de juristes qui lui sont consacrés. Nous n'en citerons aucun – de peur d'en oublier – à l'exception de l'ouvrage princeps du doyen

1. J.-M. Auby, *Le Droit de la santé*, PUF, Thémis, 1981, 13.

Savatier¹. Le droit médical fait l'objet d'enseignements, de plus en plus nombreux, dans les facultés de droit.

- Sans entrer dans le débat de la définition du droit, et des divers aspects philosophiques et sociologiques de cette définition, on peut retenir que sa manifestation la plus évidente est qu'il est fait d'un ensemble de règles qui constituent ce qu'on peut appeler les « sources du droit » (II). Le respect des règles de droit est généralement assuré au quotidien par le simple sentiment que chacun éprouve d'y être tenu. Mais il arrive que cela ne suffise pas et que l'intervention du juge, dont la fonction est de veiller au respect des règles de droit, soit nécessaire. Qui est ce juge, quelle est l'organisation judiciaire (III) de notre pays ?

II. LES SOURCES DU DROIT

- L'ensemble des règles de droit, ou « sources formelles » du droit, constitue le droit « objectif », par opposition aux droits « subjectifs » qui sont les droits propres à chaque « sujet », les droits dont chaque personne est, ou n'est pas, titulaire. La règle de droit (A) ou norme juridique est caractérisée par certains traits qu'il convient de décrire. Les règles de droit sont organisées selon une hiérarchie (B) qui fonde une cohérence d'ensemble d'architecture pyramidale. L'interprétation qui est faite de la règle (C) est aussi importante dans son application que la règle elle-même. Elle fonde ce qu'il est convenu d'appeler le « droit positif », c'est-à-dire le droit applicable, à un instant donné, à une situation donnée.

A. La règle de droit

- Les règles de droit, telles que conçues aujourd'hui dans notre pays, ont en commun certains caractères généraux (1). Mais le droit « interne », c'est-à-dire le droit né par le jeu de nos institutions nationales, n'est plus isolé. Se superposent et s'imposent à lui des règles de droit international (2) qui trouvent souvent une application immédiate devant les juridictions françaises.

1. Caractères généraux

- La règle de droit se distingue d'autres normes ou règles de conduite (telles que les règles morales, la bienséance, etc.) par certains caractères communs à toutes les catégories qui en sont l'expression.

a. *Caractère impersonnel*

- La règle de droit est impersonnelle. Elle a vocation à s'appliquer à tous, indistinctement sans considération de la personnalité de tel ou tel. Il ne faudrait cependant pas en déduire que toutes les règles de droit concernent tous les personnes quelles qu'elles soient. C'est vrai pour beaucoup (ex. art. 222-19 du Code pénal : répression des blessures par imprudence), mais pas pour toutes (ex. art. 441-8 alinéa 3 du Code pénal : répression de faux certificat médical). Mais lorsqu'elles ne concernent qu'une catégorie de citoyens (en raison de sa profession – médicale par ex., de ses fonctions – élu par ex., de son statut familial – parent par ex., etc.) elles concernent tous les citoyens de cette catégorie sans distinction. C'est en ce sens qu'elle est impersonnelle.
- Le caractère impersonnel de la règle de droit actuelle est au mieux mis en lumière par des contre-exemples : Après les invasions barbares et la chute de l'Empire romain, prévalait un système de « personnalité des lois ». Sur le même territoire, le droit applicable était différent selon qu'on était un ancien citoyen romain ou d'une

1. R. Savatier, J.-M. Aubry, J. Savatier, H. Pequignot, *Traité de droit médical*, Librairies techniques, Paris, 1956.

province romaine, soumis au droit romain ou, au contraire, d'origine «barbare», soumis aux lois propres à l'une des tribus nouvellement installées. Progressivement les mariages mixtes et les enfants qui en étaient issus, à qui on ne savait quel droit appliquer, montrèrent les limites de l'exercice et ce système fut abandonné. Dans l'Ancien Droit (avant la Révolution de 1789), le droit applicable était parfois différent selon que l'on appartenait à la noblesse, au clergé ou au tiers état. C'était vrai, chacun le sait, pour le droit fiscal, mais aussi pour d'autres aspects du droit, y compris le droit pénal. L'égalité devant la loi, et donc «l'impersonnalité des lois» fut l'une des conquêtes révolutionnaires.

b. *Généralité dans l'espace*

- La règle de droit est générale dans l'espace. Elle a vocation à s'appliquer en tous lieux indistinctement. Ceci ne signifie pas que toutes les règles de droit sont faites pour s'appliquer uniformément sur tout le territoire français. Un arrêté municipal ne vaut que pour le territoire de la commune où il a été pris. La loi «littorale» ne concerne que les zones riveraines de la mer, etc. Mais lorsqu'une règle de droit n'est applicable que pour un secteur géographique déterminé, elle s'applique uniformément à ce territoire.

c. *Permanence dans le temps*

- La règle de droit est permanente dans le temps. Ceci ne signifie pas qu'elle a existé de tout temps et qu'elle existera pour toujours. Une règle de droit est marquée par une date «de naissance» et elle peut être abrogée à une autre date. Mais, entre ces deux instants elle a vocation à s'appliquer de manière continue.

d. *Expression de la volonté de l'État*

- La règle de droit est marquée par la volonté de l'État. Lui seul a le pouvoir d'instituer des règles de droit, selon des modalités que définit sa «loi fondamentale», la constitution. L'État doit ici être entendu au sens large, car l'autorité centrale peut déléguer à ses ramifications le pouvoir de créer des règles de droit (arrêtés préfectoraux, municipaux, décisions d'administrations déconcentrées, etc.). C'est donc de la volonté des «pouvoirs publics» dont il s'agit, par opposition à des règles d'origine privée qui s'imposent dans la sphère privée, parfois sous peine de sanctions, mais qui à l'origine ont été librement acceptées (règlement d'un club sportif par exemple).
- Le caractère général dans l'espace et dans le temps et la marque de la volonté de l'État, permettent de distinguer la règle de droit moderne de la coutume. La coutume est une règle de droit d'origine populaire forgée par le temps (ancienneté), par la continuité de son application («une fois n'est pas coutume»), sans que la volonté de l'État soit intervenue mais à laquelle on se sent juridiquement tenu. Sous l'Ancien Régime lorsque le domaine royal était en expansion, l'une des revendications des provinces annexées était que le pouvoir royal ne touche pas aux «anciennes coutumes», c'est-à-dire respecte les particularismes des droits régionaux. Schématiquement, la France était divisée en deux parties : le nord, pays de droit coutumier, le midi, pays de droit écrit. Mais cette expression ne doit pas tromper, une coutume même écrite restait une coutume et la rédaction des coutumes avait commencé très tôt au début du Moyen Âge.
- De ces distinctions il résulte qu'une coutume n'a pas de «date de naissance» déterminée; qu'une coutume peut tomber en «désuétude» dès lors qu'elle n'est plus appliquée, contrairement à la règle de droit moderne qui ne cesse d'être applicable que par une abrogation voulue.
- La coutume garde une place très circonscrite dans notre droit. Lorsque, parfois, le Code civil se réfère dans certains domaines «aux usages du lieu» ou «aux usages

de la profession », c'est bien à la coutume qu'il délègue le détail de l'application de la règle qu'il institue.

e. *Force contraignante*

- La règle de droit a force contraignante. Chacun a l'obligation de se conformer à ses prescriptions. Ne pas le faire expose à s'y voir contraint par divers mécanismes, administratifs, civils ou répressifs.
- Il faut se garder, lorsqu'on évoque le caractère contraignant de la règle de droit, de ne penser qu'aux mécanismes répressifs du droit pénal. C'est la contrainte suprême, mais ce n'est pas la seule. Notre quotidien est fait de beaucoup plus de contraintes administratives et civiles, destinées à faire respecter la règle de droit, que de contraintes pénales. L'étudiant qui se présente en retard dans une salle d'examen ne pourra pas composer. La réglementation universitaire l'en empêche. Un testament rédigé par une personne atteinte de démence est nul. La loi empêche qu'il porte atteinte aux intérêts des héritiers naturels.
- Précision de vocabulaire : une règle de droit comporte des dispositions, elle dispose. Elle ne stipule pas. Un contrat ou un testament stipulent. De même un traité, une convention, fut-elle internationale et d'application obligatoire et directe dans notre droit, stipule ; c'est la marque qu'avant de devenir une règle de droit ils n'ont été qu'une intention, une volonté d'accord.

2. Droit interne et droit international

- Les règles de droit qui gouvernent nos actions sont de plus en plus nombreuses à ne pas être marquées par la volonté directe de l'État mais par celle d'institutions supranationales. Certes c'est parce que l'État y a consenti à l'origine, mais il se trouve ensuite contraint même si le résultat dépasse ses prévisions. Ces normes supranationales peuvent être examinées sous deux catégories : celle du droit international public « classique », résultant des traités internationaux, et celle du droit communautaire européen.

a. *Les traités internationaux*

- La constitution de la V^e République, par son article 55, confère aux traités une autorité supérieure à nos lois internes. Pour cela il faut qu'ils aient été régulièrement ratifiés et publiés au Journal officiel. La négociation des traités et leur ratification sont de la compétence du Président de la République. Cependant, lorsqu'un traité touche à une matière régie par l'une de nos lois, la ratification ne peut intervenir sans qu'une loi l'autorise. Par ailleurs, lorsque le traité comporte une clause contraire à la constitution, la ratification ne peut pas intervenir avant une révision de celle-ci. On peut noter, au demeurant, qu'un intervalle de temps très long peut exister entre la signature d'un traité et sa ratification. Ainsi, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) a été signée en 1950 et ratifiée 24 ans plus tard, en 1974.
- Dès lors que la ratification est acquise, les règles de droit que contient un traité deviennent directement applicables en droit français et priment sur les lois internes avec lesquelles elles pourraient être en contradiction. Après de multiples hésitations, la jurisprudence de nos juridictions suprêmes – la Cour de cassation et le Conseil d'État – donnent désormais toute sa force à ce principe. En effet, elles acceptent aujourd'hui, d'une part, de juger, au regard des stipulations des traités, de la compatibilité, et donc de l'applicabilité, de nos lois internes même si celles-ci ont été publiées postérieurement à la ratification de ces traités, d'autre part – lorsqu'il en est besoin – de rechercher quelle interprétation doit être donnée au contenu des traités. Elles se reconnaissent également la compétence de vérifier que la procédure

de ratification a bien été respectée, ce qui revient à un contrôle de constitutionnalité et ce qui conditionne l'intégration dans notre droit interne.

- Parmi les multiples traités internationaux qui engagent la France, et notamment parmi ceux qui ont trait aux droits de l'homme, souvent conclus sous l'égide de l'Organisation des Nations Unies, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), conclue sous l'égide du Conseil de l'Europe (à ne pas confondre avec les institutions de l'Union européenne) a un impact particulièrement important sur notre droit interne. Tout d'abord, tout plaideur peut l'invoquer directement devant une juridiction française. À cet égard, l'article 6 de cette convention, qui énonce le principe du droit à un procès équitable, a eu un retentissant succès. Il est la vedette des prétoires. En outre, la Convention a installé une juridiction, la Cour européenne des droits de l'homme. Cette juridiction, qui siège à Strasbourg, est compétente pour accueillir les requêtes des citoyens qui estiment que leurs droits ont été violés et qui n'ont pas obtenu satisfaction devant les juridictions de leur pays après avoir épuisé toutes les voies de recours. Si la Cour juge leur requête bien fondée, elle fait le constat de la violation de l'un des articles de la Convention et peut condamner l'État à verser une indemnité au requérant, sans que pour autant et généralement, cela n'entraîne une remise en cause des décisions judiciaires rendues par la justice du pays condamné, ou l'annulation de l'acte ou de la loi cause de la violation. Ce n'est qu'en matière pénale, depuis une loi du 15 juin 2000 devenue l'article 626-1 du code de procédure pénale, qu'existe un mécanisme permettant une révision du procès lorsque la Cour européenne a condamné la France. De plus, la Cour se reconnaît un très large pouvoir d'interprétation des stipulations de la Convention, d'où l'émergence de règles de droit « prétorienne », issues de sa jurisprudence, autonomes dans une large mesure. Ces règles s'imposent aux États parties à la Convention. Elles échappent à leur contrôle.

b. *Le droit communautaire européen*

- Les phénomènes décrits ci-dessus sont amplifiés en ce qui concerne le droit communautaire européen. À l'origine se trouvent les traités institutifs : traités instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA) signé à Paris en 1951, puis la Communauté économique européenne (CEE) et la Communauté européenne de l'énergie atomique (CEEa) signés à Rome en 1957. Diverses réformes furent engagées par la suite qui ont modifié le cadre institutionnel, créé l'Union économique et monétaire, élargi le champ de compétence de la Communauté à de nombreux domaines initialement non concernés (éducation, culture, santé publique par ex.), posé le principe d'une politique étrangère et de défense commune et d'une coopération en matière de justice et d'affaires intérieures.
- Les organes de l'Union européenne qui jouent un rôle dans la production du droit communautaire sont : le Parlement européen, élu au suffrage universel direct depuis 1979, le Conseil des ministres, composés des ministres compétents de chaque État eu égard aux sujets examinés, la Commission, où siègent des commissaires indépendants proposés par les États membres, et la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) qui siège à Luxembourg, composée de juges nommés d'un commun accord entre États membres.
- Le droit communautaire est fait du « droit originaire » et du « droit dérivé » auxquels s'ajoute le droit jurisprudentiel. Le droit originaire est celui qui résulte des traités institutifs. Le droit dérivé est celui des normes créées par les organes de l'Union européenne. Le droit jurisprudentiel découle des arrêts de la CJUE. L'originalité découle essentiellement de la production du droit dérivé qui échappe dans une très large mesure au contrôle des États et du droit jurisprudentiel qui leur échappe totalement. L'élaboration du droit dérivé emprunte des « circuits » d'une extrême complexité qui font intervenir le Conseil des ministres, la Commission et le Parlement de manière

variable selon la nature et l'objet de la norme. Schématiquement, cela aboutit à des « règlements » et à des « directives ».

- Par principe, le droit communautaire est d'application immédiate et directe en droit interne et prime sur celui-ci, avec toutefois une distinction à établir entre le règlement et la directive. La directive est une sorte d'injonction faite aux États de légiférer dans un certain délai en respectant certains principes dans un domaine particulier. Elle ne s'intègre donc pas immédiatement au droit interne. Mais si l'État tarde à se plier à cette injonction ou s'il légifère en ne respectant pas les principes édictés par la directive, il s'expose à une condamnation par la CJUE. En revanche, le règlement sitôt publié s'intègre au droit interne, sans procédure préalable. Il a un effet direct et peut donc être immédiatement invoqué devant les juridictions nationales. Il prime sur le droit interne antérieur qui ne peut plus être appliqué s'il lui est contraire, même en l'absence d'une abrogation explicite. Il y a de fait une abrogation implicite de la norme nationale antérieure. Et bien entendu, la CJUE veille par sa jurisprudence au respect de ces règles et, par ses interprétations des normes communautaires, crée, à son tour, du droit.

B. La hiérarchie des règles de droit

- Les règles de notre droit interne ne sont pas toutes sur un pied d'égalité. Il existe entre elles une hiérarchie qui leur donne une cohérence, une forme d'ensemble pyramidale. Trois niveaux sont à décrire. Au sommet il y a la constitution (1). Subordonnée à la constitution il y a la loi (2). Subordonnée à la loi, vient le règlement (3), lui-même offrant à décrire plusieurs niveaux.

1. La constitution

- La notion de constitution découle de celle de « charte fondamentale » ou de « pacte social » tel que le concevaient les philosophes du siècle des Lumières, destiné à limiter l'absolutisme du pouvoir monarchique. C'est la norme suprême à laquelle sont subordonnées toutes les autres normes, outre qu'elle définit les règles de dévolution et d'exercice du pouvoir, c'est-à-dire la forme de l'État, les organes de celui-ci, leurs attributions, mais aussi les droits fondamentaux des citoyens. Cela implique un mode d'élaboration et de révision spécifique (a). Cela implique également un mécanisme de contrôle de la constitutionnalité des normes qui lui sont inférieures (c), contrôle qui s'exerce en référence aux textes et principes à valeur constitutionnelle (b).

a. Mode d'élaboration et de révision

- Le rôle de norme suprême joué par une constitution rend nécessaire qu'elle soit distincte d'une loi ordinaire dans sa forme, c'est-à-dire dans son mode d'élaboration et de révision. En effet, si elle n'était qu'une loi ordinaire, empruntant le même mode d'élaboration qu'elle, une loi nouvelle pourrait à tout moment la modifier, et le but recherché, une certaine stabilité et une certaine sécurité juridique, serait manqué.
- Initialement, l'élaboration d'une constitution succède toujours à un vide juridique, naissance d'un nouvel État, révolution, guerre, période troublée donnant lieu à un gouvernement de fait. Le processus d'élaboration et d'adoption varie selon les circonstances : élaboration par l'exécutif en place ou par une assemblée constituante, adoption par une telle assemblée ou par le suffrage populaire...
- De même les règles de révision d'une constitution peuvent varier, mais en tout cas elles doivent être prévues par la constitution elle-même. Dans la constitution de la V^e République, la révision peut emprunter soit la voie parlementaire soit la voie référendaire soit une voie mixte. La voie uniquement parlementaire nécessite que le projet de révision de la constitution soit d'abord voté en des termes identiques par les deux assemblées (Assemblée nationale et Sénat), puis qu'il soit voté à une