

L'avenir du modèle français de droit public en Europe

Conclusions du Colloque organisé par la Chaire MADP de Sciences Po, sous le patronage du Conseil d'Etat, avec le soutien de la Mission de Recherche Droit et Justice, Paris, 11 mars 2011.

par

Sabino Cassese

Membre de la Cour constitutionnelle de la République d'Italie

- I. Le modèle français dans le cadre européen : les questions**
- II. Le modèle historique français de droit public**
- III. « Les deux voies de l'État en Occident » (Voltaire)**
- IV. Le modèle français intégré**
- V. L'avenir du modèle français intégré**

I. Le modèle français dans le cadre européen : les questions

J'essaie de répondre à quatre questions :

1. comment le modèle historique français de droit public s'est-il formé et comment a-t-il influencé les autres systèmes juridiques européens ?
2. comment le concept d'un modèle français de droit public s'est-il formé?
3. comment le modèle français de droit public a-t-il changé sous l'influence du droit européen et de la globalisation, et que reste-t-il de ce modèle ?
4. le modèle français de droit public peut-il encore enseigner quelque chose à l'Europe ?

II. Le modèle historique français de droit public

Le modèle historique français de droit public s'est formé sous l'influence à la fois de l'Ancien Régime et de la Révolution. Selon Tocqueville, la centralisation et la tutelle administrative

sont le « produit de l'Ancien Régime »¹, tandis que la Révolution a cherché à « accroître la puissance et les droits de l'autorité publique »².

Les composantes essentielles du modèle historique étaient les suivantes :

- a. suprématie de la constitution et du droit écrit
- b. « étatismes », c'est-à-dire prépondérance du rôle de l'État
- c. centralité des principes d'égalité et de mérite (« la carrière ouverte aux talents »)
- d. séparation entre droit public et droit privé et dualité de juridictions
- e. bonapartisme : concentration des pouvoirs dans l'exécutif et développement d'une haute fonction publique ; vaste pouvoir réglementaire de l'exécutif
- f. grands écoles et grands corps ; rôle central du Conseil d'État (il rédige les textes normatifs, exerce des fonctions de haute administration, résout des différends administratifs)
- g. centralisation, uniformité administrative et contrôles sur les pouvoirs intermédiaires
- h. garantie des fonctionnaires, dont découle la soumission partielle de l'administration aux juges
- i. développement des sciences du droit public : droit constitutionnel par Constant et droit administratif par Gérando, Cormenin, Macarel et Vivien
- j. approche nationaliste : le droit public considéré comme lié aux traditions nationales, étant le produit de l'histoire de chaque État - nation ; pas d'intégration du modèle français dans d'autres modèles.

Malgré son approche nationaliste, le modèle historique français de droit public a exercé une double influence : il a été imposé et imité dans d'autres pays. Il est devenu, avec Napoléon, un modèle d'exportation (mais il a aussi beaucoup changé : « ces gouvernements du midi de l'Europe, qui semblent ne s'être emparés de tout que pour laisser tout stérile » : Tocqueville³).

Le modèle historique français de droit public a donc fait l'objet d'une expansion extranationale, est devenu *universel*.

III. « Les deux voies de l'État en Occident » (Voltaire)

Il faut distinguer modèle historique français de droit public et concept d'un modèle français de droit public. Le premier s'est formé au début du XIX siècle, le deuxième dans la seconde moitié du XIX siècle, par opposition au modèle anglais.

¹ Ancien Régime P. 98

² Ancien Régime P. 79

³ Ancien Régime, chap. II, livre II

C'est dans la deuxième partie du XIX siècle que s'affirme l'idée d'une opposition entre modèle français de droit public et modèle anglais de « droit commun ». Le premier était conçu comme un modèle caractérisé par le pouvoir absolu de l'exécutif, la centralisation, la prépondérance de l'égalité sur la liberté. Le modèle anglais, au contraire, se distinguait par la tradition libérale, la prédominance du Parlement, le « self-government », le progrès de l'égalité en accord avec la liberté.

On considérait comme composantes essentielles du modèle anglais:

- a. l'absence d'une constitution écrite (donc, constitution « fluide ») et importance de la coutume
- b. une société sans État
- c. le rôle central des libertés
- d. le monisme juridique (le droit public n'est pas reconnu) et juridictionnel (il y a un seul juge, pour le droit civil et pour le droit administratif)
- e. l'importance du Parlement
- f. le gouvernement local confié aux collectivités locales
- g. le refus d'une science juridique appliquée à l'étude de l'État (le terme même d'Etat est presque inconnu ; le professeur de droit constitutionnel anglais Albert Venn Dicey refusait en 1885 de traduire en anglais l'expression « droit administratif »).
- h. l'ouverture du modèle vers l'extérieur.

On peut dire alors que le modèle anglais est un modèle de « droit commun ». Il ne s'agit pas par là de traduire l'expression anglaise « common law », mais seulement d'indiquer l'absence d'une branche spéciale du droit pour régler les affaires de l'État.

Modèle français de droit public et modèle anglais de « droit commun » ont évolué au cours du XXe siècle vers la convergence. Tandis que le modèle français développait une composante libérale, le modèle anglais, surtout à cause de l'essor de l'État-Providence, a dû reconnaître l'existence d'un droit administratif (l'un des premiers a été William A. Robson, de la « London School of Economics »).

IV. Le modèle français intégré

Au cours de soixante ans de participation à l'édification de l'Union européenne, le modèle français de droit public a changé. Les facteurs de sa transformation ont été non seulement le conditionnement d'en-haut par l'Union (mais l'Union n'est pas complètement étrangère, car la France fait partie de l'Union et elle joue un rôle important dans l'Union), mais aussi le mouvement de convergence, l'ouverture latérale des différents ordres juridiques nationaux (les influences réciproques) et l'imitation spontanée, car le droit européen est un droit composite, en partie « communautaire », en partie national.

Un deuxième ensemble de facteurs de changement découle de la globalisation et du développement d'un droit administratif mondialisé, dans lequel certains droits sont universellement reconnus (droit de participation à la procédure décisionnelle, transparence, droit au juge).

On peut qualifier le modèle français actuel d'intégré, ou de modernisé ou d'enrichi, car aux traits originaires se sont ajoutés de nouveaux caractères, tant du fait – je le répète – de la participation de la France à l'Union européenne que sous l'influence de la globalisation.

Il convient alors de se demander comment le modèle français de droit public a changé et ce qui reste de ses traits originaires.

Les composantes essentielles du modèle français intégré sont les suivantes :

- a. la souveraineté partagée, qui découle de la suprématie du droit européen et de l'ouverture de la fonction publique aux ressortissants communautaires, avec pour conséquence la désétatisation du droit de l'État
- b. les nouveaux droits des citoyens : concurrence, participation, transparence ; rôle arbitral de certaines autorités dans un rapport trilatéral entre autorités, producteurs et consommateurs, ou entre autorités, gestionnaires de services publics et usagers
- c. une double soumission de l'administration au droit : droit national et droit européen ; suprématie du second (Arrêt Nicoló, 1989)
- d. la déstabilisation de la séparation entre droit public et droit privé, et l'identification fonctionnelle de l'État (par exemple, organisme de droit public) : hybridation entre droit public et droit privé, pénétration du droit privé dans l'État et bipolarité du droit public ; perte de spécificité et mutation du droit public
- e. le polycentrisme de l'appareil étatique (ministères, autorités administratives indépendantes, régions) et ancrage partiel de l'administration à l'exécutif (le gouvernement peut « disposer de l'administration » ministérielle, non pas des autorités administratives indépendantes d'autant plus que plusieurs autorités sont reliées en réseau au niveau européen (l'Union comme garant d'indépendance)
- f. la décentralisation : un pouvoir accru à la périphérie (régions et collectivités locales)
- g. des modules conventionnels comme moyens de l'action publique ; rôle décroissant des privilèges de l'administration
- h. plusieurs niveaux de protection des droits et des libertés (Paris - Strasbourg - Luxembourg)
- i. la réinvention d'une identité constitutionnelle nationale pour se défendre, mais en même temps, pour permettre des invasions contrôlées des droits supranationaux dans le droit national ; ce qui confirme les conclusions des historiens : les identités nationales ne sont presque jamais un donné, mais plutôt un construit. On a besoin d'établir une identité quand l'identité est mise en question.

La convergence des modèles en Europe et la banalisation du droit public ont également eu un résultat au plan scientifique : on s'est rendu compte que, par le passé, les différences entre les systèmes juridiques avaient été surévaluées à cause du nationalisme juridique. On s'est aperçu que les différents systèmes avaient été considérés comme étrangers les uns aux autres pour des raisons culturelles. L'eupérisation du droit a donc entraîné une perte de spécificité des systèmes juridiques nationaux.

V. L'avenir du modèle français intégré

Le modèle français intégré peut-il enseigner quelque chose à l'Europe, c'est-à-dire aux différents ordres juridiques européens et à l'Union européenne ?

- a. il faut – pour commencer – abandonner l'examen contrastif (comme celui qui a opposé Hauriou, qui exaltait le régime administratif à la française, à Dicey, qui portait aux nues le « règne de la loi » à l'anglaise): il existe, désormais, un espace juridique européen, dans lequel plusieurs greffes ont été pratiquées entre systèmes juridique nationaux
- b. nous devons aussi prendre en compte le fait que la construction européenne a renforcé certains traits originaires du modèle français, et notamment l'étatisme, la constitution écrite e la concentration « bonapartiste » des pouvoirs. L'étatisme : l'Europe impose des limitations aux États (ils doivent partager leurs pouvoirs) ; en revanche, elle leur donne un pouvoir d'influence qui déborde leur territoires et leurs champs d'action et les met en concurrence. La constitution écrite : elle peut interposer un écran efficace entre les deux ordres juridiques supranationaux (Union européenne et Conseil de l'Europe) et l'ordre juridique national (l'absence de cet écran au Royaume-Uni soulève de nombreux problèmes). La concentration des pouvoirs : la participation aux organes collégiaux au sommet de l'Union européenne exige qu'à son tour le sommet des États soit en mesure d'imposer sa force.
- c. troisièmement, il faut reconnaître la diffusion du droit public comme un apport typique du système juridique français, dont se dégagent trois caractères. D'une part, une certaine homogénéité : par le passé, on constatait une différence de portée du droit public selon les pays, de sorte que ce qui était droit public dans un pays ne l'était pas dans un autre ; à présent cette incertitude de l'objet a disparu. D'autre part, le champ du droit public qui s'est imposé en Europe est couvert par un droit mixte, car le droit public a perdu sa marque d'origine exclusivement étatique. Enfin, il y a un contenu intrinsèque commun : subsidiarité, proportionnalité, participation aux processus de décision administrative, obligation de motiver
- d. en quatrième lieu, le modèle français de haute fonction publique s'est répandu lorsque l'Union européenne a imposé, comme une nécessité, de faire dialoguer les différents systèmes juridiques. La coopération entre systèmes politico-administratifs nationaux – spécialement dans les comités de comitologie – requiert une haute fonction publique bien sélectionnée et douée d'une bonne capacité de gestion
- e. cinquième point : le modèle français continue à donner un apport substantiel aux droits nationaux des pays d'Europe et au droit européen, à propos des notions de service public et de puissance publique ; instrumentalisées, elles se transforment, s'adaptent, résistent, et contribuent au progrès du droit en Europe. Par exemple, la notion de service public s'élargit (service universel, service d'intérêt général), est redéfinie, mais reste toujours présente (article 14 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne)
- f. en sixième lieu, le modèle français de droit public participe à la construction d'un droit commun européen de la procédure administrative, ayant développé les droits de la troisième génération (participation de la société civile) : par exemple, enquête publique
- g. enfin, le modèle français peut suggérer comment étudier le droit public selon un approche qui ne soit pas seulement systématique – à l'allemande – ou seulement casuistique – à l'anglaise. Enseignement essentiel, en période de formation d'un espace européen de recherche juridique.