

L'argument de droit comparé en droit administratif français

Extrait de l'ouvrage collectif *L'argument de droit comparé en droit administratif français*,
Bruylant, 2007.

S'interroger sur l'argument de droit comparé en droit administratif pourra sembler, au moins pour un juriste français, largement incongru.

D'abord parce que sa conception du métier de juriste se réduit parfois à une posture exclusivement technique. Or la recherche ici menée amène inévitablement à opérer une sorte de discours sur le discours des acteurs juridiques et une telle posture est souvent tenue pour vaine voire vaniteuse par une doctrine française davantage charmée par la seule analyse normative et technique. S'interroger sur les sources d'inspiration de tel ou tel projet de réforme, d'un arrêt, d'une loi ou éventuellement d'une construction doctrinale est indéniablement une opération de nature différente de celle consistant à offrir une présentation ordonnée de la jurisprudence ou du droit écrit. Bref, en n'étudiant pas uniquement des normes du point de vue de la stricte technique juridique, on sortirait pour certains du champ réservé à la « science » du droit. On ne ferait plus du droit mais autre chose souvent tenue pour négligeable. Cet ouvrage repose sur une conviction diamétralement opposée, fermement exprimée par Duguit en son temps : « Si le rôle du professeur de droit devait se borner à commenter les lois positives, il ne vaudrait pas une minute d'effort et de travail. La mission des Facultés de droit va encore plus loin. Elles sont, elles doivent être des Facultés de sciences sociales »¹.

Ensuite, parce que l'administrativiste français est...français et qu'il est indéniable que l'argument de droit comparé (entendu comme l'invocation d'un ou plusieurs exemples étrangers pour justifier une évolution du droit positif, un projet de réforme ou même l'adoption d'une construction

¹ *Leçons de droit public général*, De Boccard, 1926, p.27-28.

doctrinale) a joué un rôle historiquement très faible dans l'élaboration du droit administratif français sauf peut-être pour servir de repoussoir. Or, autant un juriste allemand (qu'on songe à la manière dont Otto Mayer² a importé et adapté en Allemagne à la fin du XIX^{ème} siècle les constructions françaises avant que le droit allemand ne suive une voie différente et ne serve aujourd'hui de modèle), ou mieux encore un juriste italien, espagnol, grec ou belge sont culturellement habitués à étudier ce qui se passe à l'extérieur de leurs frontières pour éventuellement s'en inspirer, autant les administrativistes français, parce que leur droit était historiquement en avance sur celui des autres pays comparables et correspondait bien aux besoins du moment (assurer le bon fonctionnement d'un Etat fort en offrant aux administrés des garanties minimales), n'ont jusqu'à il y a quelques années pas eu besoin ou plus exactement très peu eu besoin d'aller voir ailleurs³ sauf pour constater l'influence de leur droit national ou critiquer les lacunes des droits étrangers.

Les temps ont toutefois bien changé, les imitations de modèles étrangers se multipliant⁴. Et sans qu'il soit ici question de participer au très discuté chœur contemporain des « déclinologues » prédisant l'affaiblissement de notre modèle social, de notre Etat (et donc de notre droit administratif tant ce dernier est avant tout « l'ombre de l'Etat éclairé par la lumière du siècle »⁵), il convient d'évaluer ce phénomène et d'en proposer une étude. Tel est l'objet de cet ouvrage issu d'un séminaire organisé par le Centre d'Etudes et de Recherches Comparatives sur les Constitutions, les Libertés et l'Etat (CERCCLÉ) en septembre 2005 dans le cadre de la semaine du droit comparé de l'Université Montesquieu-Bordeaux IV. S'y mêlent études

² Francine Graff, *Otto Mayer et la théorie du droit administratif français en Allemagne*, thèse Strasbourg III, 1989.

³ Voir cependant les exemples étudiés par Roger Errera, *The use of comparative law before the french administrative law courts*, in Guy Canivet, Mads Andenas et Duncan Fairgrieve, dir., *Comparative law before the courts*, The british institute of international and comparative law, 2004, p.153-163. Voir également l'analyse de Jean Rivero, *Droit administratif français et droits administratifs étrangers*, in *Livre du centenaire de la société de législation comparée*, 1969, spécialement p.206-209.

⁴ Voir la recension incomplète opérée in Fabrice Melleray, *L'imitation de modèles étrangers en droit administratif français*, AJDA, 2004, p.1224.

⁵ Jean Boulouis, *Supprimer le droit administratif ?*, Pouvoirs, 1988, n°46, p.12.

générales et analyses thématiques plus précises afin d'évaluer les ressorts, les canaux et la pertinence du recours au droit comparé en matière administrative.

Il ne s'agit nullement de dresser un réquisitoire contre l'utilisation du droit comparé ou de développer une forme de gallicanisme juridique en considérant sans nuance à la manière de Larnaude⁶ qu'il n'y a « rien de plus dangereux que les emprunts au droit étranger pour le droit public »⁷. Bien au contraire, l'élaboration de ce séminaire repose sur l'idée suivant laquelle le droit comparé peut être une source essentielle d'inspiration pour améliorer le droit français⁸. Il ne s'agit pas davantage de regretter le temps révolu où le « modèle » français de droit administratif était quasi exclusivement un produit d'exportation et de constater qu'il importe désormais plus volontiers des constructions étrangères. Cela n'aurait aucun sens pas plus que d'affirmer que l'on assisterait aujourd'hui au triomphe du droit anglo-saxon. Bien au contraire, et comme le démontre un récent ouvrage⁹, l'heure n'est pas au triomphe d'une tradition juridique sur les autres mais bien davantage au métissage des systèmes juridiques. Il n'y a donc ni nostalgie ni dénonciation d'un prétendu impérialisme étranger dans le projet à l'origine de cet ouvrage. Mais il y a par contre la conviction qu'il convient de ne pas tomber dans un excès qui consisterait, par effet de mode ou par calcul, à tenir pour vérité d'évangile tout argument comparatiste. Une chose est en effet de s'apercevoir que les pouvoirs publics, les groupes de pression ou encore la doctrine citent de manière de plus en plus fréquente des exemples étrangers pour justifier une réforme (qu'il s'agisse d'une simple proposition ou d'un projet mené à terme), une autre est de s'interroger sur la pertinence de ces références. Autrement dit, s'agit-il suivant les cas d'un argumentaire reposant sur une

⁶ Qui était d'ailleurs, mais c'est une autre question, beaucoup plus nuancé et beaucoup plus ouvert au droit comparé que ne le laisse supposer la citation qui suit.

⁷ Ferdinand Larnaude, *Droit comparé et droit public*, RDP, 1902, volume XVII, p.5.

⁸ Et ce d'autant plus que l'on assiste à une croissance exponentielle de l'information disponible. Voir Amandine Gardé et Michael Haravon, *La circulation de l'information juridique en Europe : plus de moyens pour appréhender les différences*, D., 2006, p.405.

⁹ Bernard Stirn, Duncan Fairgrieve et Mattias Guyomar, *Droits et libertés en France et au Royaume-Uni*, Odile Jacob, 2006.

réelle analyse comparative et sur la démonstration qu'une « greffe juridique » est possible ou s'agit-il au contraire d'une analyse naïve, superficielle voire abusive ? Bref, assiste-t-on simplement à une instrumentalisation croissante du droit comparé afin de donner à un argumentaire une légitimité supposée accrue ou cet emploi est-il le plus souvent pertinent, maîtrisé et judicieux ?

Dès lors oui, cent fois oui au droit comparé mais non, mille fois non, à une utilisation mal maîtrisée, gadgétisée du droit comparé chose aujourd'hui (peut-être plus qu'hier) trop sérieuse pour être utilisée sans précautions. Mais il faut pour arriver à cette conclusion mesurer l'importance d'une évolution historique où l'on est assez brutalement passé du droit comparé comme moyen de célébrer le droit administratif français au droit comparé comme vecteur de sa remise en cause.

Croire que le droit administratif comparé est en France une absolue nouveauté serait d'ailleurs une erreur grossière et ne révélerait rien d'autre qu'une méconnaissance de la littérature juridique classique. Pour autant, on ne fait assurément pas du droit comparé de la même manière aujourd'hui qu'hier ou avant hier. On peut, au risque d'être exagérément schématique et en s'en tenant à la doctrine administrativiste moderne (autrement dit à partir de Laferrière et Hauriou¹⁰), distinguer trois étapes, trois temps.

I. Le temps de la justification

Il s'agit au départ pour la plupart des auteurs utilisant la démarche comparative de s'en servir pour expliquer l'originalité du droit administratif français, c'est-à-dire historiquement la dualité de juridictions et la place occupée par le Conseil d'Etat et par le droit que ce dernier a très largement façonné.

¹⁰ Voir en ce sens René Chapus pour qui Laferrière « a fondé l'étude scientifique du contentieux administratif (ainsi que celle du droit administratif) » (*Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} éd., 2006, n°5).

Il suffit pour s'en convaincre de relire le *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* d'Edouard Laferrière dont la première édition en deux tomes date de 1887-1888¹¹. Après un chapitre premier d'une vingtaine de pages où le vice-président du Conseil d'Etat¹² présente quelques « notions générales » relatives au système français de justice administrative, il consacre 80 pages à l'étude de la « législation comparée » et ce avant même d'étudier ensuite longuement l' « histoire de la juridiction administrative en France ». Il y distingue les pays se rapprochant le plus de la France puis ceux où n'existent pas de tribunaux administratifs avant de réserver un sort particulier au cas des pays de *Common law*. Et Laferrière de conclure que chaque cas est différent, que la situation française n'est nullement exceptionnelle et que les différents systèmes identifiés « doivent être vus à l'œuvre dans le milieu pour lequel ils sont faits. Déplacés de ce milieu, transportés de toutes pièces dans une législation qui s'est formée en dehors d'eux, ils peuvent produire de graves mécomptes et diminuer les garanties de bonne justice là où l'on espérait les accroître »¹³. Bref, l'argument de droit comparé serait en matière de contentieux administratif (donc de droit administratif tant le contentieux a été la matrice du développement de la discipline toute entière) une fausse bonne idée.

Maurice Hauriou use quant à lui du droit comparé sur un mode à la fois plus superficiel, moins systématique, mais aussi beaucoup plus incisif. La onzième édition de son *Précis de droit administratif et de droit public*, publiée chez Sirey en 1927 et dont la préface relative aux rapports entre les notions de puissance publique et de service public est restée fameuse, commence par un titre préliminaire sobrement intitulé « définitions ». Et la première définition est celle du « régime administratif » et consiste en une opposition frontale entre les modèles français et britannique. Dès la première page le lecteur y apprend que « L'Angleterre est le type le plus

¹¹ Berger-Levrault, réimpression LGDJ, 1989 avec une préface de Roland Drago.

¹² Ce rôle éminent occupé par la doctrine « organique » est une vraie spécificité, historique comme contemporaine, du droit administratif français.

¹³ Tome 1, p.106.

achevé de ces Etats sans régime administratif ; il y existe des services administratifs faiblement centralisés, tous les agents sont placés sous le contrôle des tribunaux judiciaires et, par là même, soumis aux lois ordinaires comme les simples citoyens ». Puis page suivante la France est présentée comme « le type le plus achevé » des Etats à régime administratif : centralisation, pouvoir exécutif distinct du pouvoir judiciaire, juridiction administrative, règles exorbitantes (décision exécutoire...) ¹⁴. Et Hauriou justifie ensuite « l'avènement du régime administratif en France à partir du XVI^{ème} siècle » par des raisons politiques, sociales et techniques.

Un dernier exemple est fourni par le très remarquable ouvrage publié en 1934 par Roger Bonnard sur *Le contrôle juridictionnel de l'administration* ¹⁵. Ce livre propose une (re)construction théorique extrêmement fine du contentieux administratif avant d'offrir plus de 130 pages de développements de droit comparé sur « les organes du contrôle juridictionnel de l'administration dans les législations administratives » et d'y distinguer le système anglo-américain, le système français et les systèmes intermédiaires. Le droit comparé sert ici à décrire, expliquer, justifier, élaborer et tester une théorie générale mais certainement pas à inviter à une réforme du droit français.

II. Le temps de la satisfaction

Vient ensuite, deuxième période identifiable, le temps de la satisfaction où les travaux comparatistes aboutissent régulièrement au constat de la supériorité du modèle français et à la célébration de ce dernier, révélant « une autosatisfaction naïve » et une « absence de modestie » ¹⁶. Le droit français serait ainsi tellement admirable qu'il ne pourrait que s'exporter et que l'on ne pourrait que célébrer son « rayonnement » pour reprendre le

¹⁴ Sur la « mauvaise » lecture de Dicey par Hauriou voir Sabino Cassese, *La construction du droit administratif. France et Royaume-Uni*, Montchrestien, 2000, spécialement p.61.

¹⁵ Sous-titré *Etude de droit administrative comparé*, l'ouvrage paraît aux éditions Delagrave. Il a fait l'objet d'une récente réimpression par les éditions Dalloz, 2005 avec un avant-propos de Bernard Pacteau.

¹⁶ Jean Rivero, *Le droit administratif en droit comparé : Rapport final*, RIDC, 1989, p.921.

titre d'une partie du *Livre jubilaire du Conseil d'Etat* paru chez Sirey en 1952. C'est aussi l'époque où l'on affirme l'influence du droit français sur le tout récent droit communautaire, le titre d'une chronique de Jean L'Huillier publiée au Recueil Dalloz en 1953 prêtant aujourd'hui à sourire : *Une conquête du droit administratif français : le contentieux de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*¹⁷. C'est pourtant à la période même où cette célébration est opérée sans retenue que l'influence du droit français commence à décliner, même si le cas des anciennes colonies françaises permettra de faire encore illusion, à mesure en particulier que se développe un droit administratif allemand beaucoup mieux adapté aux aspirations contemporaines et qui fait rapidement office de concurrent du droit français dans la construction du droit administratif communautaire¹⁸.

La conviction la plus répandue, qui n'a d'ailleurs peut-être pas encore disparu de tous les esprits¹⁹, est probablement résumée de manière critique par Jean Rivero, dont les abondants travaux de comparatiste (notamment ses cours de doctorat photocopiés) mériteraient assurément d'être publiés et mieux étudiés, dans un article publié en Uruguay en 1975 et intitulé *Droit administratif français et méthode comparative*²⁰. Evoquant l'administrativiste français, il écrit : « Parce que le droit auquel il s'est consacré doit aux circonstances historiques une priorité dans le temps par rapport aux droits administratifs des autres Etats, parce que, dès la première moitié du XIX^{ème} siècle, il était enseigné dans les chaires et systématisé dans les ouvrages doctrinaux, parce que, aujourd'hui encore, nombre d'auteurs étrangers veulent bien s'inspirer de certaines de ses constructions, le spécialiste français a longtemps été tenté de voir, dans le droit administratif de son pays, une sorte de prototype construit en

¹⁷ D., 1953, Chr., p.53. Voir également, sur un mode nettement plus mesuré, André de Laubadère, *Traits généraux du contentieux administratif des communautés européennes*, RCADI, tome 111, 1964, p.527.

¹⁸ Voir déjà Michel Fromont, *L'influence du droit français et du droit allemand sur les conditions de recevabilité des recours en annulation devant la CJCE*, RTDE, 1966, p.47.

¹⁹ Voir ainsi l'analyse d'Antoine Garapon, *Nous devons bâtir une stratégie de défense de notre droit*, LPA, 30 avril 2004, p.6 : « Nous disposons (...) d'un excellent système de droit administratif parce que nous avons un Etat très fort et un Conseil d'Etat qui réunit la quintessence de l'intelligence de notre haute fonction publique ».

²⁰ Revista de la facultad de derecho y ciencias sociales de Montevideo, 19875, n°3-4, p.375.

fonction des impératifs de la réalité administrative, répondant à la nature des choses, et d'imaginer qu'il en retrouvera, peu ou prou, les traits caractéristiques dans les droits des autres pays. Certes, il n'ignorait pas l'exception de taille qu'apporte, à cette vision, le monde anglo-saxon. Mais elle ne le troublait guère : cas aberrant, reflet de toutes les singularités britanniques, et d'ailleurs en voie de résorption : la Grande-Bretagne ne s'écarte-t-elle pas, dans les faits et dans les esprits, de la tradition de Dicey, pour s'engager progressivement dans la voie d'un droit administratif de type continental ? ». Jean Rivero mettait immédiatement en cause « cette optique étroitement nationale » aboutissant « à masquer la réalité, c'est-à-dire le caractère singulier du droit administratif français, et son isolement dans le monde des droits administratifs » et rappelait qu'il s'agit non pas d'un « prototype, reproduit en série » mais d'un « archétype, expression extrême d'une certaine tendance, et prestigieux parce que solitaire ». Etait-il pour autant entendu de la majorité ? On peut en douter.

III. Le temps du doute

Le troisième temps est celui du doute. Par un violent mouvement de balancier, la perspective s'est récemment inversée. Certes, le droit administratif français continue à inspirer les anciennes colonies françaises et différents pays émergents, certes encore il résiste peut-être mieux que d'autres branches du droit mais il est indéniable que l'influence juridique française décline²¹. Il n'est tout simplement plus la source essentielle du droit commun européen en formation et semble très largement inadapté aux aspirations contemporaines. Notre droit correspondait en effet à la logique d'un Etat fort, au libéralisme autoritaire si bien décrit par Lucien Jaume²². Or l'heure est à la promotion des idées libérales (croire qu'elles constituent la fin de l'histoire serait toutefois sans nul doute une erreur

²¹ Conseil d'Etat, *L'influence internationale du droit français*, La documentation française, 2001.

²² *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, Fayard, 1997.

grossière) et, dans cette perspective, nombre de réformes semblent s'imposer. Or des modèles libéraux existent justement, qu'il s'agisse de l'Allemagne pour le volet politique du libéralisme et la défense des droits fondamentaux ou du droit anglo-saxon pour le volet économique du libéralisme. Il suffit sur ce dernier point de mentionner l'exemple du contrat de partenariat, étudié dans cet ouvrage et sur le premier le renouveau de la théorie des droits publics subjectifs, également traité *infra*.

Le psychodrame du rapport *Doing Business 2004* de la Banque Mondiale est à bien des égards très révélateur du doute s'étant emparé de la doctrine et plus largement de nombre d'acteurs juridiques. Le droit administratif n'y est nullement visé. Pourtant les administrativistes se sentent remis en cause et c'est le Conseil d'Etat qui prend la tête du mouvement de réplique ! Nul doute que ce rapport soit imparfait, discutable, orienté. Mais on l'aurait traité il y a encore vingt ans avec une certaine condescendance. Ce n'est plus possible aujourd'hui, les juristes français mesurant les carences de leur droit à l'aune des standards libéraux et ayant pleinement conscience que l'heure n'est plus uniquement à l'exportation du droit français mais aussi et peut-être surtout à l'importation de modèles étrangers.

Le droit comparé change ainsi de sens. D'instrument de célébration du droit français, il est brutalement devenu instrument de contestation de ce dernier. Et cela ne va pas sans entretenir une certaine illusion d'optique²³. Cette dernière est simple et comprend deux facettes. La première tient au fait qu'une partie de la doctrine n'a peut-être pas encore pleinement mesuré que le droit administratif comparé avait changé de nature. La seconde a trait au fait qu'elle n'a sans doute pas perçu que toutes les traditions nationales, au moins en Europe, étaient actuellement remises en cause.

²³ Cette dernière étant assurément avivée par les interprétations possibles de la globalisation décrites par Marie-Claire Ponthoreau, *Trois interprétations de la globalisation juridique. Approche critique des mutations du droit public*, AJDA, 2006, p.20.

Le droit comparé change de nature et de fonction. Cela est écrit et démontré par d'autres que nous dans cet ouvrage et d'une manière que nous ne saurions prétendre égaler. On se contentera donc de citer deux spécialistes pour convaincre de l'étendue de ce changement. Horatia Muir Watt tout d'abord : « l'internationalisation ne veut pas dire que le rôle du comparatiste disparaît. Bien au contraire, pour la première fois peut-être, il lui revient un rôle qui n'est pas purement décoratif ! »²⁴. Jacqueline Dutheil de la Rochère ensuite : « Le droit comparé connaît aujourd'hui une conjoncture particulièrement favorable. Il se trouve – s'il en était besoin – d'une certaine façon « dépolvérisé », parce qu'il est devenu utile, voire indispensable pour comprendre les règles qui s'appliqueront à nous, non pas seulement dans leur orientation générale, mais dans leur spécificité technique »²⁵.

On peut être aussi bref sur le dernier point tant il a été parfaitement mis en évidence par Jean-Bernard Auby. Contrairement à ce que l'on imagine trop souvent, les évolutions contemporaines n'épargnent personne. En effet, la globalisation juridique, inséparable de ses homologues économique et politique, a pour effet « un mouvement de perméabilisation des systèmes juridiques, un mouvement de compétition de ces systèmes et un mouvement d'harmonisation »²⁶. Et, au moins dans le champ du droit public, « ce sont les juristes de *common law* qui ont le sentiment d'avaler constamment des couleuvres publicistes continentales »²⁷.

Le droit comparé est donc devenu²⁸, du point de vue de l'analyse du droit positif, un enjeu majeur aux incidences pratiques souvent essentielles (qu'on songe à nouveau au retour en France du METP via les contrats de

²⁴ *Le droit comparé et l'internationalisation du droit*, in Jean du Bois de Gaudusson, dir., *Le devenir du droit comparé en France*, PUAM, 2005, p.101.

²⁵ *Le droit comparé et la politique de la recherche*, in Jean du Bois de Gaudusson, dir., *Le devenir du droit comparé en France*, précité, p.213.

²⁶ *La globalisation, le droit et l'Etat*, Montchrestien, 2003, p.78.

²⁷ Jean-Bernard Auby, *Quand la common law perd du terrain devant le droit continental*, DA, avril 2004, repères n°4.

²⁸ Pour un panorama des débats méthodologiques récents entre comparatistes voir Marie-Claire Ponthoreau, *Le droit comparé en question(s) entre pragmatisme et outil méthodologique*, RIDC, 2005, p.7.

partenariat présentés sous la forme prétendument magique de la PFI britannique). Mais est-il toujours utilisé de manière convaincante ?

Au risque de paraître exagérément abrupt, et de tomber dans l'un des travers précédemment dénoncés, il nous semble qu'en l'état actuel des choses le recours à l'argument de droit comparé par les acteurs juridiques (spécialement les groupes de pression ou leurs relais politiques mais aussi parfois la doctrine) est souvent très contestable. Cette constatation n'est d'ailleurs nullement propre au seul cas du droit administratif. Le rapport *doing business 2004* a ainsi pu faire l'objet de remises en cause aussi convergentes que convaincantes²⁹. Et un administrateur français à la Banque Mondiale résume une des clés du problème lorsqu'il affirme à ce propos que « Sous une apparence scientifique, on a fait circuler des informations partisans pour forcer les décisions des politiques »³⁰.

Et comment ne pas conclure avec une once de provocation en citant le baron de La Brède qui écrit à propos des lois politiques et civiles de chaque nation : « Elles doivent être tellement propres au peuple pour lequel elles sont faites, que c'est un très grand hasard si celles d'une nation peuvent convenir à une autre »³¹.

Fabrice Melleray

Professeur à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV (CERCCLE)

²⁹ Voir spécialement Frédéric Rouvillois, *Le modèle juridique français : un obstacle au développement économique ?*, Dalloz, 2005 et Michael Haravon, *Le rapport Doing Business de la Banque mondiale : mythes et réalités d'un rapport sans nuances*, JCP E, 2005, 1478.

³⁰ *Le modèle juridique français : un obstacle au développement économique ?*, précité, p.47.

³¹ De l'esprit des lois, 1^{ère} partie, livre 1, chapitre 3.