



*Que
sais-je?*



LE DROIT PUBLIC

Didier Truchet

puf

QUE SAIS-JE ?

Le droit public

DIDIER TRUCHET

Professeur à l'université

Panthéon-Assas (Paris II)

Troisième édition mise à jour

11e mille

Introduction

Cette présentation du droit public repose sur six partis pris. Le lecteur doit en être informé : d'autres auteurs présenteraient le droit public de manière différente.

A) C'est sur l'État que nous fondons le droit public

Nous définissons ce dernier comme **l'ensemble des règles juridiques relatives à l'existence, à l'organisation, au fonctionnement et aux relations de l'État**, auquel nous ajouterons, chemin faisant, d'autres personnes morales telles que les organisations internationales gouvernementales ou les collectivités territoriales. Cette définition est d'essence organique : elle repose sur des institutions qui sont à la fois les principaux auteurs et les principaux sujets du droit public. D'autres auteurs adoptent des définitions matérielles ou fonctionnelles et voient le droit public comme le droit du pouvoir politique ou celui de la puissance publique.

B) Le deuxième parti pris est celui du positivisme juridique

Il consiste à présenter les règles qui s'appliquent effectivement dans l'ordre juridique. Nous ne parlerons pas de droit naturel : source philosophique importante d'inspiration et de critique du droit positif, il n'apporte à ce dernier aucune règle immédiatement applicable. Personne ne peut invoquer utilement la loi naturelle pour se soustraire à la loi civile. La question, vieille comme Antigone, de la **résistance à l'oppression** est délicate : la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 en fait l'un des « *droits naturels et imprescriptibles de l'homme* », à côté de la liberté, de la propriété et de la sûreté. Pourtant, la règle de droit positif s'impose à tous, même à ceux dont elle blesse la conscience : ils peuvent certes désobéir mais en s'exposant à en

payer le prix. C'est par l'engagement politique ou l'action juridictionnelle qu'ils doivent obtenir la disparition de la loi scélérate. Cette affirmation exprime l'espoir et la conviction que, dans une société démocratique tout spécialement, le progrès nécessaire du droit passe par le droit, non par le rejet du droit.

C) Troisième parti pris, l'ouvrage présentera le droit public comme un ensemble de règles

L'**analyse juridique** y sera privilégiée. D'autres approches existent : elles montrent le droit comme un phénomène social, politique ou économique ; elles étudient son impact sur la société et l'économie ou le voient comme le produit de rapports de force. La tendance actuelle est de comparer l'efficacité économique et sociale des différents systèmes juridiques nationaux. Ces approches permettent de n'être pas dupe de la technique juridique et de l'idéologie qui la sous-tend.

D) Le quatrième parti pris est aussi un aveu de faiblesse

Notre propos porte sur le droit public tel qu'on le voit **en France**, un pays qui l'a développé plus qu'ailleurs. La taille de ce petit ouvrage ne permet pas, sauf en quelques occasions, d'y introduire des développements de droit comparé.

En revanche, nous étudierons évidemment l'un des phénomènes les plus marquants du dernier demi-siècle : comme ses homologues étrangers, le droit public français est de plus en plus irrigué par des sources extranationales qui contribuent à le former. Quoique distincts, l'**ordre juridique international** (le système juridique qui régit la société internationale), l'**ordre juridique de l'Union européenne ou communautaire** (le système juridique qui repose sur les traités relatifs à l'Union) et l'**ordre juridique interne** (celui qui s'applique dans un État) ne sont pas – ou plus – des espaces clos : ils s'interpénètrent. Ce mouvement contribue à donner une ampleur et une densité nouvelles au droit public.

E) Le cinquième parti pris conduit à reconnaître une lacune

Nous parlerons beaucoup des **règles**, et guère des techniques du droit public, de l'interprétation par exemple qui joue un si grand rôle en droit, ou de la qualification juridique qui est une étape essentielle de tout raisonnement juridique. Si nous n'en parlons pas, c'est certes par manque de place. C'est surtout que ces techniques, communes à l'ensemble du droit, ne sont pas spécifiques du droit public.

F) Quant au dernier parti pris, il tombe sous le sens

C'est de parler du **droit public dans son ensemble**. Curieusement, il est le plus difficile à assumer ! Le droit public existe, bien sûr, ne serait-ce que par son opposition au droit privé. Il a un esprit particulier et poursuit une fin propre, l'intérêt général (le bien commun, selon l'expression de saint Thomas d'Aquin au xiii^e siècle). Mais il est peu étudié dans sa globalité.

Le droit public est en effet divisé en branches (droit international public, droit constitutionnel, droit administratif, droit fiscal et finances publiques), auxquels il convient d'ajouter le droit européen de l'Union européenne et le droit européen des droits de l'homme (dit « droit conventionnel »). Toutes présentent des traits communs qui les rattachent au droit public, chacune présente des spécificités importantes, plus apparentes que les précédents, et auxquelles s'attache très majoritairement la littérature.

Nous essaierons d'offrir au lecteur une vision synthétique qui fasse ressortir l'**unité** et la **diversité** du droit public. La première réside dans ses liens avec l'État : le droit public est le droit de l'État (Première partie). Son effectivité juridique mêle unité des instruments et diversité de leur mise en œuvre (Deuxième partie). Et c'est la diversité qui inspire l'étude de ses diverses branches (Troisième partie).

Première partie

Le droit de l'état

En droit positif contemporain, le droit public est le droit de l'État. Il en dit l'existence, les droits et les devoirs. C'est là qu'il trouve son unité fondamentale.

Il faut donc s'interroger sur cette personne et ce pouvoir singulier qu'est l'État, point de passage entre les différents ordres juridiques (chapitre I).

Mais la phénoménologie juridique ne coupe pas le droit public de l'ensemble du droit : elle le pense et le construit par référence au droit privé. C'est une distinction fondamentale (chapitre II).

Le droit public est situé dans le temps et dans l'espace. Plus développé en France qu'ailleurs, il n'a pas toujours existé ; il n'existera peut-être pas toujours et il n'est pas à l'abri de la critique (chapitre III).

Chapitre I

L'état

Le droit public procède de l'État et s'applique à lui. Il en est l'auteur et le sujet principal, mais pas le seul.

I. – Présentation de l'État

1. La personnalité de l'État. – L'État est une fiction juridique qui repose sur des faits.

C'est une fiction puisque l'État n'existe pas comme réalité matérielle : invisible, il n'est ni un être vivant ni une chose. Et cependant, sur la scène internationale, il conclut des traités, participe à des organisations, fait la guerre, etc. ; à l'intérieur de ses frontières, il prend des décisions qui s'imposent aux habitants, lève des impôts, rend la justice, est condamné à réparer les dommages qu'il cause, etc. Donc, il existe dans le monde du droit, comme une personne : on dit, en droit international, qu'il a la personnalité internationale, en droit interne qu'il a la personnalité morale. Il est un sujet de droit, c'est-à-dire qu'il est un titulaire autonome de droits et d'obligations.

Il repose sur des faits. Selon la trilogie classique du droit international public, on identifie l'État à partir de données matérielles qu'il convient de constater.

En premier lieu, l'État suppose un **territoire**, délimité par des frontières.

Le deuxième élément nécessaire à l'existence d'un État est la **population**. Doit-elle nécessairement former une nation ? La tradition française est celle de l'« État-nation » ; le peuple français forme une seule nation. Le

mouvement des nationalités, si tumultueux dans l'Europe du xixe siècle, a connu son aboutissement avec les traités qui ont suivi la fin de la première guerre mondiale et notamment démantelé l'Autriche-Hongrie en autant d'États que cet empire comptait de nations différentes, ou presque. À la même époque, a été créée une organisation internationale qui, quoique composée d'États, portait significativement le nom de Société des Nations ; après la seconde guerre mondiale, l'Organisation des Nations unies lui a succédé. Mais population et nation ne coïncident pas nécessairement : un peuple se considérant comme formant une nation peut être divisé entre plusieurs États ; certains États sont plurinationaux, ce qui peut conduire à leur éclatement, parfois dans des conditions dramatiques (ainsi de l'ex-Yougoslavie à la fin du xxe siècle).

Enfin, il faut à l'État un **gouvernement**, c'est-à-dire une structure d'organisation et de direction de la population sur le territoire, normalement définie par une constitution (écrite ou non écrite).

Cette présentation stylisée est parfois critiquée, mais elle est commode. Sa mise en œuvre relève de choix politiques, en particulier lorsque la présence des trois éléments ou leur coïncidence ne sont pas évidentes (ainsi lorsque plusieurs gouvernements se disputent le contrôle d'un même territoire) : la reconnaissance d'État ou de gouvernement par les autres États représente souvent un enjeu politique très discuté.

2. La souveraineté

La souveraineté est l'attribut essentiel de l'État. C'est à travers elle que se rejoignent l'ordre international et l'ordre interne : ainsi apparaît l'unité juridique de l'État qui fonde celle du droit public.

Réduite à sa plus simple expression, la souveraineté désigne l'aptitude à se donner à soi-même ses propres règles et à décider seul. Elle attribue au souverain la « compétence de sa compétence », selon une expression d'un auteur allemand du xixe siècle, Jellinek, c'est-à-dire la capacité de déterminer lui-même les matières dont il s'occupera. Elle désigne donc un pouvoir initial (ou originaire) et supérieur à tout autre (du moins dans l'ordre du droit positif, car il est intellectuellement et moralement possible d'attribuer le rang

suprême à Dieu ou au droit naturel).

Une fois admise cette idée simple, la souveraineté est une des notions les plus controversées et les plus polysémiques du droit. Les juristes, les politistes, les philosophes en débattent depuis des siècles.

On se bornera à dire qu'en droit international, souveraineté est synonyme **d'indépendance**, selon la jurisprudence des juridictions internationales. La souveraineté s'accommode de limites en principe librement consenties mais parfois imposées par d'autres États ou par la communauté internationale. Dans une fédération, seul l'État fédéral est considéré comme souverain. Le Conseil constitutionnel français a jugé que la France pouvait ratifier des traités portant atteinte aux « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » au bénéfice de l'Union européenne (décision rendue le 9 avril 1992 à propos de ce que l'on nomme les accords de Maastricht – et plusieurs fois répétée par la suite) (v. p. 51).

En **droit interne**, l'État n'est souverain que par une sorte de délégation. De qui ? Sous l'Ancien Régime, du roi : mais on assimilait alors monarque, État et République. Après la Révolution, deux écoles se sont opposées, selon que la souveraineté était attribuée au peuple (« souveraineté populaire ») ou à la nation (« souveraineté nationale »). La Constitution de la Ve République ne tranche pas : son article 3, alinéa 1, dispose : « *La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum* ». Quoi qu'il en soit, l'État personnifie seul la souveraineté qui lui permet d'imposer sa volonté aux citoyens.

Dans tous les cas, la souveraineté s'exerce dans le cadre de règles de droit : tel est l'objet premier du droit public.

3. Les fonctions juridiques de l'État.

A) Selon l'analyse classique due à Locke (*Premier et second Traités du gouvernement civil*, 1690) et surtout à Montesquieu (*De l'esprit des lois*, 1748), l'État dispose de trois pouvoirs juridiques, législatif, exécutif et judiciaire.

Il lui revient d'abord de **légiférer**, c'est-à-dire de poser des règles générales qui s'imposeront à tous (et à lui-même) aussi longtemps qu'il n'y aura pas mis fin. Il doit ensuite **exécuter** ces lois : plus largement, il a une fonction d'**administration** qui consiste à procurer à lui-même et aux citoyens les prestations d'organisation, de paix ou de sécurité intérieures et extérieures, de service public que requiert la vie en société. Enfin, il doit **juger** les conflits qui surviennent, qu'il y soit partie ou pas. La justice privée est toujours le signe d'une absence, d'une immaturité ou d'un déclin de l'État. Ce propos ne vise pas l'*arbitrage* car il est prévu par la loi nationale et les conventions internationales.

C'est au droit public constitutionnel qu'il revient d'organiser ces trois fonctions. Bien entendu, il ne le fait pas partout ou toujours de la même manière : entre les modèles extrêmes que sont la séparation des pouvoirs et la confusion des pouvoirs, on trouve le plus souvent des régimes de collaboration des pouvoirs. En France, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 a vigoureusement opté pour la première, en son article 16 : « *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution* » ; le principe est aujourd'hui constitutionnel. Il implique que l'État, qui dispose des trois pouvoirs, les confie, en son sein, à des organes différents ou les délègue à d'autres personnes que lui, mais n'interdit pas les relations entre eux.

B) Mention doit être faite d'une autre présentation qui distingue des **fonctions régaliennes** parmi les fonctions de l'État. L'expression renvoie à la construction du pouvoir royal à la fin du Moyen Âge. Elle désigne des prérogatives caractéristiques de la souveraineté. Incertaine, la liste comprend en tout cas les droits de lever une armée, de battre monnaie, de rendre justice, de légiférer et de faire grâce.

Traditionnellement, les prérogatives régaliennes ne se délèguent pas. Ce n'est plus entièrement vrai : l'adoption par 16 États membres de l'Union européenne, de l'euro comme monnaie commune porte sur une prérogative régalienne.

II. – l'État, auteur et sujet du droit public

1. Approche historique

L'État moderne résulte d'un long processus de construction, qui, parti de l'Europe, s'est diffusé au monde entier. Il a peu à peu dégagé une pratique et une théorie du pouvoir qui transcendent l'autorité du chef sur une tribu, un clan, une famille. Le droit public est né de cet effort d'abstraction pour concevoir des institutions qui, d'une part, dépassent la personne de celui qui les dirige et d'autre part, lui survivent (« le Roi est mort ; vive le Roi ! » disait-on sous l'Ancien régime).

Même s'il y a des précédents (en Égypte pharaonique, par exemple), c'est à la Grèce antique que l'on doit l'apparition de l'État : la cité (*polis*) en est déjà un, très différent du nôtre et tout petit, mais fortement structuré par la loi (*nomos*) et orienté vers le **bien commun**. Cette construction est théorisée, au ve et au ive siècle av. J.-C. par des philosophes tels que Platon et Aristote. Ce dernier insistait particulièrement sur la constitution et voyait dans l'homme un « animal politique ». Il est resté une source d'inspiration ou, au moins, une référence pour la pensée politique jusqu'à nos jours.

Dans son histoire longue et tourmentée, Rome a expérimenté à peu près toutes les formes de gouvernement, ce qui permettra ultérieurement de trouver des racines romaines à chacune d'entre elles. Mais de la cité à la république, puis à l'empire, c'est bien un État qui s'établit et dure, avec ses institutions, ses lois et son droit, ses différentes catégories d'habitants au premier rang desquels figure le citoyen. Le génie romain est surtout pratique : à la tête d'un territoire immense, Rome développe des techniques d'administration étonnement modernes : armée, justice, finances, organisation territoriale, services publics... qui laisseront un souvenir durable dans la mémoire collective. Il en va de même de notions, qui, souvent extraites de leur réalité historique et mythifiées par la pensée politique ultérieure, lui serviront de modèle ou de justification : ainsi de la *res publica* (chose ou affaire publique, distinguée de la chose privée), de l'*utilitas publica*

(intérêt de l'État, justifiant ses décisions) et de l'*imperium* (pouvoir de commandement s'imposant à tous).

Avec la fin de l'empire romain d'Occident (476), s'achève la dislocation de l'État romain. Il ne survit que par quelques institutions qu'ont adoptées et transformées les « Barbares ». Il demeure surtout comme une nostalgie intellectuelle, celle du droit romain, qui inspirera les légistes pendant des siècles. Aux viii^e et ix^e siècles, une tentative de restauration par les carolingiens (et notamment par Charlemagne) est éphémère. L'ère féodale qui lui succède, est à bien des égards la négation de l'État puisque le pouvoir ne s'y exerce qu'en vertu de la fidélité personnelle et fragile du vassal envers le suzerain. C'est peut-être dans l'Église, avec son organisation temporelle, que se réfugient alors certains caractères de l'État.

À partir du xiii^e siècle, la souveraineté se glissant dans le lit de la suzeraineté, un État renaît progressivement en France mais aussi en Espagne, en Angleterre ou dans le Saint-empire romain germanique. Dans notre pays, cette renaissance au profit du roi s'appuie sur l'émergence d'une conscience nationale suscitée par la guerre de Cent ans. La couronne est progressivement distinguée de la personne du roi et le domaine royal cesse d'être considéré comme sa propriété personnelle : de l'une et de l'autre, ni lui ni personne ne peut disposer à sa guise. Ce sont là des instruments typiquement de droit public, comme le sont l'armée, la justice, les finances, l'administration que le roi prend progressivement en main.

Lente et souvent conflictuelle, cette évolution aboutit au xvi^e siècle à l'État moderne. C'est d'ailleurs à partir de cette époque que le mot « État », que nous avons employé par commodité jusqu'à présent, prend son sens actuel (Machiavel l'utilise en 1515). Devenue absolue en France au xvii^e siècle, la monarchie n'oublie jamais d'une part que le roi remplit une fonction sacrée dont il n'est que le dépositaire, d'autre part que l'exercice du pouvoir est réglé par des lois qu'il doit respecter, notamment les lois fondamentales du royaume (non écrites). C'est ce qu'avait prôné, au profit de la loi de Dieu, le théoricien de la souveraineté et de l'absolutisme que fut Jean Bodin dans les *Six livres de la République* (1576).

Pour rapide qu'elle soit, cette approche historique montre que c'est bien l'État qui fait le droit public et qu'il le fait d'abord pour lui.

2. Approche de droit positif

Il en va de même aujourd'hui : tant en droit international qu'en droit interne, l'État reste le principal auteur (il le crée) et le principal sujet (titulaire de droits et d'obligations) du droit public. « Principal », mais non exclusif.

A) Les États ont longtemps été seuls sur la scène du **droit international public**. Les règles y naissent de leur volonté, soit exprimée par leur pratique coutumière, soit formalisée dans des actes et spécialement dans des traités. Les droits et les obligations qui en découlent ne concernent qu'eux, quitte à ce qu'ils les « répercutent » sur leurs ressortissants. C'est moins vrai aujourd'hui, où ils doivent coexister avec les **organisations internationales** qui, apparues au xix^e siècle, se sont multipliées dans la seconde moitié du xxe siècle. Elles disposent aussi de la personnalité internationale, comme l'a affirmé, à propos de l'ONU, un avis rendu par la Cour internationale de justice le 11 avril 1949 (affaire de la *Réparation des dommages subis au service des Nations unies*) et sont sujets du droit international. Cependant, non souveraines et limitées aux compétences que les États leur ont conférées en les créant, elles ne peuvent leur être assimilées. Leur contribution à la création du droit international public est rarement directe : elles n'ont qu'exceptionnellement un pouvoir réglementaire s'imposant aux États ; le plus souvent leur apport est indirect, soit qu'elles élaborent des conventions ouvertes à la signature des États, soit qu'elles adoptent des actes non contraignants (déclarations, recommandations...). Mais certaines peuvent prendre des décisions obligatoires pour eux et il faut également tenir compte de la jurisprudence des juridictions internationales, elles aussi de plus en plus nombreuses.

Un mouvement se dessine pour voir dans les **individus** des sujets du droit international, auxquels ce dernier conférerait immédiatement (et non plus *via* les États) des droits ou une responsabilité : sujets actifs lorsqu'ils peuvent agir devant une juridiction internationale ; sujets passifs lorsqu'ils peuvent être poursuivis devant elle (v. p. 90). La question peut également se poser pour les **organisations non gouvernementales** qui sont des institutions privées. En outre, on dit « **transnationales** » (et non plus internationales) certaines relations entre un État et les sujets d'autres États (des investisseurs notamment).

Il faut dès maintenant signaler le cas particulier des **organisations européennes, sur lequel on reviendra**. Les organes de l'Union européenne disposent du droit d'adopter des actes (règlements et directives) qui créent des droits et des obligations non seulement pour les États membres, mais aussi, directement, pour leurs ressortissants. Par ailleurs, les personnes privées peuvent poursuivre elles-mêmes les États membres du Conseil de l'Europe (une autre organisation qu'il ne faut pas confondre avec l'Union européenne) devant la Cour européenne des droits de l'homme (v. p. 119).

B) Dans l'**ordre interne**, que l'État soit le principal auteur du droit public est évident. Mais il n'est pas le seul : d'autres entités existent sur son territoire, qui peuvent disposer aussi d'un pouvoir non seulement exécutif, mais aussi législatif, voire judiciaire.

Il en va ainsi des États fédérés dans une fédération (telle que les États-Unis d'Amérique, le Canada, le Mexique, le Brésil, la Russie, l'Inde, ou en Europe, l'Allemagne ou la Suisse...), ou des communautés, régions ou provinces autonomes dans un État unitaire (en Espagne ou en Italie, par exemple), la Belgique étant un cas intermédiaire et complexe.

En France, les pouvoirs législatif et judiciaire ne sont exercés que par des organes de l'État : c'est l'un des aspects de notre tradition unitaire et centralisée. Elle connaît depuis peu quelques nuances : le congrès de Nouvelle Calédonie et selon un régime différent, l'assemblée de Polynésie française peuvent adopter des « lois du pays » ; les collectivités territoriales peuvent déroger à titre expérimental aux dispositions législatives et réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences dans les conditions strictement fixées par l'article 72 de la constitution.

En revanche, le pouvoir administratif est partagé. L'État constitue à lui seul une catégorie de **personne morale de droit public**, caractérisée par sa compétence générale. Mais il en existe beaucoup d'autres, dotées d'une compétence spéciale : des dizaines de milliers de **collectivités territoriales** (communes, départements, régions et collectivités territoriales d'outre-mer) ; des milliers d'**établissements publics** (soit nationaux, c'est-à-dire rattachés à l'État ; soit locaux, rattachés à une collectivité territoriale), sans compter les **groupements d'intérêt public** et quelques personnes morales atypiques comme la Banque de France.

Ces personnes morales de droit public disposent du pouvoir réglementaire : il leur permet, dans le respect de la loi, d'imposer aux administrés des règles générales et impersonnelles. Elles contribuent ainsi à élaborer du droit public. Mais, nonobstant le principe de libre administration des collectivités locales que pose l'article 72 de la constitution, elles n'exercent ce pouvoir que dans la mesure que fixe l'État et sous son contrôle.

Chapitre II

Droit public et droit privé

Le droit public n'a de sens que si on le distingue du droit privé.

La distinction des deux droits est d'autant plus solide – en France, du moins – qu'elle comporte une triple dimension : le dualisme juridique est conforté par le dualisme juridictionnel et par le dualisme pédagogique.

I. – Le dualisme juridique

Cette expression désigne l'existence des deux droits, public et privé. Mais leur distinction n'exclut pas qu'ils entretiennent des rapports complexes.

1. La distinction

La distinction des droits public et privé est fondamentale en droit français. Elle court à travers tous ses secteurs, même ceux qui pourraient paraître homogènes à un observateur non-juriste : par exemple, le droit fiscal (v. p. 104), le droit économique, celui de la santé, etc. sont matériellement divisés en un droit public et un droit privé.

A) Elle procède d'abord d'une différence d'objet

Son principe est aisé à concevoir. Le droit public réunit les règles qui s'appliquent à l'État et aux autres personnes morales de droit public. Plus précisément, il régit, d'une part, leur création et leur organisation, d'autre part leur fonctionnement interne, enfin leurs relations entre elles et aussi avec les personnes privées.

Le droit privé dans ses différentes composantes (droit civil, droit commercial ou des affaires, droit social et droit pénal sur le cas duquel on reviendra) s'applique aux personnes privées et à leurs relations.

B) La distinction procède aussi d'une différence d'esprit.

Le droit public repose sur une inégalité juridique fondamentale : l'État et les autres personnes morales de droit public ont des droits et supportent des obligations qui leur sont propres et que justifie **l'intérêt général** qu'ils ont pour mission essentielle de poursuivre. Dès lors, il n'y a pas d'égalité juridique entre personnes publiques et personnes privées. Qu'elles y consentent ou pas, ces dernières doivent s'incliner devant la domination, et parfois la contrainte, des premières.

Le droit privé repose sur des principes opposés : égalité juridique des personnes privées qui poursuivent leur intérêt particulier et autonomie de leur volonté. Bien sûr, il n'ignore pas qu'elles ont en fait des positions et des moyens inégaux, ni qu'elles peuvent nouer entre elles des rapports de subordination : mais d'une part, ces situations sont réputées avoir été librement consenties par les intéressés, d'autre part, les règles de protection du faible contre le fort, très nombreuses, ont un caractère juridiquement exceptionnel et sont destinées à rétablir l'égalité de principe.

Cette différence d'esprit fait que les règles de droit public et de droit privé sont substantiellement différentes, même lorsqu'elles s'appliquent à un objet identique (contrat, responsabilité, régime des biens, emploi...).

C) La distinction procède enfin d'une différence de méthode.

Il est habituel de dire que l'on trouve les principes du droit public davantage dans la pratique coutumière et la jurisprudence que dans les textes et que la situation inverse prévaut en droit privé. Cela a été très vrai au xix^e siècle en France, en particulier parce que la codification napoléonienne n'a concerné que le droit privé (codes civil, de procédure civile, de commerce, pénal, d'instruction criminelle).

Aujourd'hui encore, un publiciste a pour premier réflexe de chercher les

principes dans le droit non écrit et un privatiste dans les codes. Mais les différences s'estompent. D'abord, certaines branches du droit public ont reposé tôt sur des textes (ainsi du droit constitutionnel et du droit fiscal). Ensuite, la tendance est à la **codification du droit public** tant en droit international (ainsi de la convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 ou de celle de Montego Bay sur le droit de la mer de 1982) qu'en droit interne (avec en France la « codification à droit constant », menée depuis la fin du xxe siècle sur des pans entiers du droit public mais aussi du droit privé). Enfin, le droit privé n'a évidemment jamais ignoré l'importance de la jurisprudence.

2. Les rapports entre droits public et privé

Pour séparées qu'elles soient, les deux matières n'entretiennent pas moins des rapports subtils et complexes qui nuancent fortement le tableau qui vient d'être dressé.

A) Les **rapports d'exclusion** viennent immédiatement à l'esprit. En effet, il n'existe pas de « tiers droit » entre les deux catégories : une relation juridique précise est gouvernée par le droit public ou par le droit privé.

L'expérience et la jurisprudence aidant, on sait le plus souvent quel droit appliquer : heureusement pour la sécurité juridique ! Il y a de grands blocs de droit privé (tels que la famille) et de droit public (tels que la fonction publique, *stricto sensu*). Mais en certains cas, le tracé de la frontière est incertain. En France, on n'a jamais pu se mettre d'accord sur un critère unique de délimitation des deux droits, tant elle est rebelle à la synthèse : le législateur n'a pas pris la peine de le déterminer, le juge ne s'en est pas soucié, la doctrine n'y est pas arrivée : au début du xxe siècle, deux grandes écoles se sont affrontées, l'une (dont le premier héraut fut Léon Duguit, à Bordeaux) affirmant que le droit administratif était le droit du service public, l'autre (due à Maurice Hauriou, à Toulouse) soutenant qu'il était le droit de la puissance publique : elles ont paru prendre tout à tour l'avantage (aujourd'hui, le balancier penche en faveur de la seconde) mais aucune ne s'est jamais imposée.

En pratique, il convient de ne jamais se fier aux apparences et de toujours

vérifier soigneusement le droit dont relève le cas dans lequel on se trouve. Cela suppose non seulement une bonne connaissance des textes et de la jurisprudence mais aussi son actualisation permanente car les glissements d'un droit à l'autre ne sont pas rares.

Le **droit pénal** appelle une remarque particulière : une tradition que personne ne remet en cause le range dans le droit privé, ce qu'atteste notamment la présence d'une chambre criminelle au sein de la Cour de cassation. Pourtant, ses caractères (et en particulier le fait que des peines y sont infligées par l'État) devraient matériellement en faire du droit public.

B) Existe-t-il **des rapports de supériorité** entre les deux droits ? La réponse est négative en termes de hiérarchie des normes : aucun droit n'est supérieur à l'autre. Chacun d'eux utilise dans sa sphère les mêmes instruments normatifs.

Mais, au risque d'indigner les spécialistes de droit privé, on peut affirmer qu'il n'existe que par une sorte de permission du droit public (ou du moins, du droit constitutionnel). Les règles de droit privé sont en effet d'origine étatique (le code civil, par exemple, est une loi de l'État) même si ce sont des personnes privées qui les mettent en œuvre en usant de la liberté qu'elles leur donnent (par exemple, celle de déterminer le contenu de leurs relations contractuelles, sous réserve de ne pas enfreindre les règles d'ordre public établies par la loi).

Il est plus usuel de tirer de l'antériorité du code civil sur les règles du droit administratif une supériorité intellectuelle sur le droit public, au risque, cette fois-ci, d'irriter les spécialistes du droit public. Fondé de manière cohérente par les codes napoléoniens, le droit privé a pu à juste titre faire figure de modèle. On a ainsi longtemps vu dans le droit administratif un **régime exorbitant du droit commun**, c'est-à-dire un droit sortant peu à peu de l'orbite du droit privé (le terme « droit commun » désigne la règle de principe, appliquée à toute situation qui ne relève pas d'une règle spéciale). L'expression est aujourd'hui vieillie : mieux vaut de considérer que chaque droit est commun dans son champ d'application. Il n'en reste pas moins que le droit public est souvent pensé par rapport au droit privé, en droit interne du moins.

C) Il existe une véritable **complémentarité** des deux droits. Souvent, une opération relève successivement de l'un et de l'autre. Par exemple, la personne qui veut construire une maison sur un terrain lui appartenant doit obtenir un permis de construire (autorisation administrative qui relève du droit public) et conclure des contrats de droit privé avec un architecte et des entreprises du bâtiment. Ces situations sont fréquentes lorsqu'une activité privée ne peut être exercée qu'avec l'accord ou sous le contrôle d'une autorité publique : elles ont connu une nouvelle extension avec l'essor de la **régulation** publique des activités économiques privées.

À cela s'ajoute en premier lieu que de nombreuses personnes privées sont chargées de missions de service public et/ou ont reçu des prérogatives de puissance publique : leur activité est alors en partie régie par le droit public. Inversement, bien des personnes publiques agissent (ici encore partiellement) sous l'empire du droit privé, par exemple lorsqu'elles sont chargées d'un service public industriel et commercial ou concluent des contrats de droit privé.

D) On constate un net **rapprochement** du droit public et du droit privé. Il tient notamment à la communauté de leurs sources internationale, européenne (sous ses deux aspects : droit de l'Union européenne et droit du Conseil de l'Europe) et constitutionnelle : elles produisent des règles qui s'intègrent aussi bien au droit public qu'au droit privé. La loi française peut faire de même : ainsi, une loi du 4 mars 2002 a unifié les règles de la responsabilité médicale et hospitalière, que le dommage soit survenu dans une clinique privée, un cabinet médical libéral ou un hôpital public. En outre, un droit (et son juge : v. *infra*) peut emprunter des règles de l'autre – ou s'en inspirer – si elles paraissent bien adaptées à la solution des problèmes qu'il rencontre.

Les droits de la concurrence et dans une moindre mesure de la consommation, de la santé, de la communication, etc. font aujourd'hui appel à des règles issues du droit public et à d'autres issues du droit privé.

II. – Le dualisme juridictionnel

Le Conseil d'État a jugé que « la justice est rendue de façon indivisible au nom de l'État » (27 février 2004, Mme Popin) mais elle l'est en France par

deux ordres de juridiction : ce dualisme juridictionnel conforte le dualisme juridique avec lequel il entretient des liens consubstantiels.

1. Les ordres de juridictions

L'ensemble du contentieux national (c'est-à-dire des centaines de milliers de litiges susceptibles d'être portés chaque année devant un tribunal français) se répartit entre l'ordre juridictionnel administratif et l'ordre juridictionnel judiciaire.

A) La **juridiction administrative** comporte à sa base des tribunaux administratifs (créés en 1953, à la place des conseils de préfecture, dont l'origine remonte à l'an VIII). Leurs jugements sont susceptibles d'un appel devant les cours administratives d'appel (créées en 1987). Les arrêts de ces dernières peuvent faire l'objet d'un pourvoi en cassation devant le Conseil d'État. Ce dernier, créé en l'an VIII, est la juridiction administrative suprême : ses décisions ne peuvent faire l'objet d'aucun recours. Pour compléter cette présentation très simplifiée, il faudrait notamment mentionner les juridictions administratives spéciales (telles que la Cour des comptes), elles aussi soumises au contrôle de cassation du Conseil d'État et préciser que ce dernier conserve d'importantes compétences de premier et dernier ressort (les affaires lui sont alors portées directement, et ne font donc l'objet que d'un seul degré de juridiction) et quelques compétences d'appel (les affaires jugées par les tribunaux administratifs ne passent alors pas par les cours administratives d'appel).

L'organisation de la **juridiction judiciaire** a été fixée dès l'Empire. Elle comporte aussi des juridictions de première instance, spécialisées par grandes matières (tribunaux de grande instance, de commerce, conseils de prud'hommes... ; en matière pénale : tribunaux de police, correctionnels, cours d'assises), des cours d'appel et une Cour de cassation, divisée en chambres spécialisées (civiles, commerciale, sociale, criminelle). Elle est la juridiction judiciaire suprême.

B) Les deux ordres de juridiction sont également souverains (statuant « au nom du peuple français ») et indépendants l'un par rapport à l'autre. Conseil d'État et Cour de cassation sont attentifs à la jurisprudence de l'autre, mais si,

sciemment ou involontairement, ils se prononcent en sens opposé (par exemple, en interprétant différemment une même loi), nul n'y peut rien. Seuls une loi nouvelle ou un revirement de jurisprudence pourraient les mettre d'accord.

Chaque ordre de juridiction a ses règles de procédure propres, contenues, pour la juridiction administrative dans le code de justice administrative et pour les juridictions judiciaires dans les codes de procédure civile et de procédure pénale. Les magistrats de l'ordre judiciaire et les juges administratifs appartiennent à des corps différents : leur formation, leurs statuts, leurs carrières et leurs traditions diffèrent. Cette situation, mal connue de l'opinion publique, est souvent source d'incompréhension entre elle et la Justice (ou, plutôt, les justices !).

C) En dehors des deux ordres de juridiction, se trouve depuis 1958 le **Conseil constitutionnel** dont les décisions « *s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et judiciaires* » (art. 62 de la constitution). Pendant longtemps, il n'a eu aucune relation avec les autres juridictions. Depuis la réforme constitutionnelle de 2008, ces dernières peuvent le saisir d'une **question prioritaire de constitutionnalité** portant sur une loi en vigueur (« qpc » : v. p. 53). Mais il n'a aucune compétence d'annulation ou de réformation des décisions rendues par le juge judiciaire ou par le juge administratif.

Ce qui précède ne concerne que le contentieux interne à notre pays : on reviendra plus loin (p. 75 et 119) sur le cas des juridictions européennes qui peuvent juger la République française.

2. La liaison de la compétence et du fond

Il s'agit là d'un principe simple et rigoureux : le juge administratif applique le droit public aux affaires qui entrent dans sa compétence ; le juge judiciaire applique le droit privé à celles qui relèvent de la sienne. Chaque juge a son droit ; chaque droit a son juge.

3. Le Tribunal des conflits

Comme la frontière entre les deux droits, celle qui sépare la compétence des deux juridictions est sinueuse et mouvante. Il arrive qu'elle suscite pratiquement des hésitations ou des désaccords. Ces derniers peuvent venir de ce qu'aucun des deux ordres de juridiction n'estime pouvoir connaître d'une affaire, au motif que l'autre lui semble compétent (on parle de conflit négatif de compétences) : ou, à l'inverse, de ce que le juge judiciaire tient à trancher un litige, alors que le préfet considère que le juge administratif est compétent (conflit positif). Dans les deux cas, il faut saisir le Tribunal des conflits (juridiction paritaire, composée de membres du Conseil d'État et de la Cour de cassation) : il désigne la juridiction compétente pour trancher l'affaire au fond et par là même, le droit selon lequel elle doit l'être.

III. – Le dualisme pédagogique

L'université reproduit fidèlement le dualisme juridique. Elle contribue ainsi à l'entretenir.

Le monde de l'enseignement et de la recherche juridiques est divisé en « publicistes » et « privatistes ». Les instances compétentes en matière de carrière universitaire et les concours de recrutement sont distincts : il existe une agrégation de droit public et une agrégation de droit privé. Cela explique que les internationalistes sont ou des spécialistes de droit international public ou des spécialistes de droit international privé ; que les communautaristes (spécialistes du droit de l'Union européenne) ou les fiscalistes sont d'abord des publicistes ou des privatistes, etc. Seuls les historiens du droit, qui ont leur propre agrégation, échappent à la distinction droit public/droit privé : leur matière porte sur les deux droits.

La licence en droit est unique (car il est nécessaire que tous les étudiants reçoivent d'abord une solide formation généraliste), mais une spécialisation apparaît avec le master et s'affirme avec le doctorat. Le rapprochement du droit public et du droit privé (v. *supra*) complique aujourd'hui l'organisation des études universitaires, surtout en master : faut-il l'articuler autour du dualisme juridique (masters de droit privé et masters de droit public) ou autour de thèmes transversaux (masters de droit social, de droit de la régulation, etc.) ? La réponse n'a rien d'évident. Cette difficulté explique que

la carte des masters ne soit pas toujours très lisible et varie d'un établissement à l'autre.

Les praticiens du droit (sauf les juges dont on a déjà noté la spécialisation) ne sont pas, en apparence, aussi enfermés dans le dualisme. Les avocats à la Cour peuvent plaider devant toutes les juridictions judiciaires et administratives, sauf devant le Conseil d'État et la Cour de cassation. Devant ces derniers, les avocats aux conseils ont le monopole de la représentation des parties, ce qui fait sans doute d'eux les plus polyvalents des juristes français. Tous les avocats peuvent présenter des observations orales devant le Conseil constitutionnel à l'occasion d'une qpc. Les juristes des entreprises et même des administrations peuvent être amenés à pratiquer tant le droit public que le droit privé. Mais leur formation initiale, leur goût personnel, leurs responsabilités et expériences professionnelles conduisent souvent les praticiens du droit à se spécialiser dans un domaine particulier du droit privé ou du droit public.

Chapitre III

Perspective critique

Le chapitre précédent a évoqué le droit public selon la présentation qui en est classiquement faite en France. Mais cette présentation ne va pas de soi. L'approche historique et comparative montre que le droit public varie dans le temps et l'espace. Son périmètre change constamment avec la politique d'intervention de l'État dans l'économie et la société. La conception que l'on a de l'État et donc du droit public évolue. L'universalité du droit public et ses valeurs sont parfois contestées.

I. – Perspective historique et comparative

1. Perspective historique

Il est intellectuellement possible de voir le droit public comme celui du pouvoir et d'en déceler au moins des traces dans toute société dès lors qu'elle est un peu structurée. Mais ce point de vue objectif serait anachronique : on ne devrait parler de droit public que là où il est pensé comme tel, par opposition à un droit privé. Son histoire est donc étroitement liée à celle de l'État, comme nous l'avons déjà dit : en réalité, elle la suit avec un certain retard, lentement et non sans hésitation.

A) Il a fallu beaucoup de temps au droit romain pour dégager des notions claires de *jus publicum* (droit public) et *jus privatum* (droit privé). La distinction embryonnaire chez Cicéron (106-43 av. J.-C.), esquissée sur des bases religieuses quatre siècles plus tard par Ulpien, ne s'affirme comme un

principe organisateur du droit qu'au Bas-Empire, notamment avec les Institutes de Justinien, au vie siècle, donc à Byzance et longtemps après la disparition en 476 de l'Empire romain d'Occident.

Pendant tout le Moyen Âge, elle se dissout dans le droit féodal : le droit public ne survit, chez des érudits romanistes, que comme un droit savant, une référence ou une nostalgie intellectuelles, sans rapport avec la réalité. C'est cependant cette influence du droit romain qui le fait lentement renaître à partir du xvie siècle, dans la foulée de l'émergence de l'État.

B) La notion même de droit public s'affirme tardivement et prudemment : sans doute, au temps de la monarchie absolue, est-il dangereux pour des auteurs (autres que les conseillers ou les précepteurs des princes) de trop s'approcher d'une matière si liée à un pouvoir de droit divin. Il faut citer certes les succès (posthumes) rencontrés par le *Droit public de la France* de l'abbé Fleury (achevé en 1679, il ne sera publié qu'un siècle plus tard) et par celui de Domat (1697), ou encore le *Droit public de l'Europe* de l'abbé Mably (1746). Mais l'influence déterminante a sans doute été celle d'auteurs étrangers (notamment protestants) : le hollandais Grotius (1583-1645), considéré, avec l'allemand Wolff (1679-1754) et le suisse Vattel (1714-1761) comme l'un des pères du droit international public ; l'allemand Pufendorf (1632-1694) ; le genevois Burlamaqui (1694-1748)...

Ce courant de pensée juridique rencontre la pensée politique des Lumières et sa réflexion sur l'origine du pouvoir (le *contrat social* : Rousseau) et son organisation (Montesquieu). C'est au xviii^e siècle que le droit public acquiert sa véritable densité doctrinale : on lit dans le tome V de l'Encyclopédie (1755) cette définition d'un avocat au parlement, Boucher d'Argis : « *le droit public est celui qui est établi pour l'utilité commune des peuples considérés comme corps politiques, à la différence du droit privé, qui est fait pour l'utilité de chaque personne considérée en particulier et indépendamment des autres hommes...* ». Sous l'influence de l'école historique, il donne lieu, tout au long du xviii^e siècle à un effort considérable de recension des ordonnances du royaume. Mais ce travail intellectuel ne débouche ni sur une organisation juridictionnelle particulière ni sur des enseignements. Alors qu'il est progressivement enseigné depuis la fin du xvii^e siècle dans toutes les grandes universités européennes (du moins, dans les pays protestants), il ne le sera

jamais sous l'Ancien Régime dans les universités françaises, sauf à Strasbourg.

C) Le paradoxe est que, malgré cet essor difficile, le droit public va prendre en France au xix^e siècle une consistance que l'on ne retrouve pas ailleurs. Le bouleversement des institutions et de l'administration provoqué par la Révolution et l'Empire en a fourni l'occasion. La naissance inattendue de l'une de ses branches, le droit administratif, a en outre joué un rôle décisif.

Ce dernier ne doit pas grand-chose à la volonté du législateur. Il procède d'une **application stricte de la séparation des pouvoirs**, appuyée sur la création en l'An VIII d'organes destinés à connaître des conflits entre administration et administrés : conseils de préfecture et surtout Conseil d'État. D'abord chargé de proposer au souverain une solution (système de la « Justice retenue »), il acquiert en 1872 la capacité de l'adopter seul (souverainement : système de la « Justice déléguée »). Mais quel droit cette juridiction nouvelle va-t-elle appliquer ? Les lois spéciales à l'administration, là où il y en a (mais, quoique de plus en plus fréquentes, elles ne seront jamais très nombreuses au xix^e siècle) ; et là, où il n'y en a pas (responsabilité, contrats...), le seul droit existant, c'est-à-dire le droit privé. Peu à peu, s'impose cependant l'idée que ce dernier n'est pas fait pour l'administration : le mouvement dure tout au long du xix^e siècle, mais il connaît une sorte d'apothéose avec l'affirmation par le Tribunal des conflits (arrêt Blanco du 8 février 1873) que : *« la responsabilité qui peut incomber à l'État pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le code civil pour les rapports de particulier à particulier »*. On reviendra plus loin (p. 97) sur le processus remarquable qui a conduit le juge à établir lui-même ces règles différentes du code civil, dans des domaines de plus en plus larges.

Parallèlement, l'enseignement universitaire du droit public est institué par une loi de l'An XII. Mais c'est en 1896 seulement que l'agrégation de droit, jusque-là unique, sera divisée en quatre « sections » : droit privé et droit criminel, droit public, histoire du droit, sciences économiques.

Dans une vision simplificatrice, on peut donc dire que le droit public trouve ses racines dans le droit romain et son terreau dans la naissance de l'État

moderne aux xvie et xvii^e siècles. Il naît intellectuellement au xviii^e, pratiquement au xix^e et s'épanouit au xx^e.

2. Perspective comparative

Elle confirme que le droit public, avec l'ampleur et la spécificité qu'il a acquises en France, ne répond pas à une nécessité absolue et universelle.

Il ne faut pas se méprendre sur la portée de ce propos. On trouve partout des règles qui couvrent matériellement, à des degrés divers, ce que nous appelons droit public. Évidente pour le droit international public et le droit constitutionnel, la remarque reste vraie pour les finances publiques et pour le droit fiscal (car tout État a un budget et perçoit des impôts) et même pour le droit administratif : il existe généralement quelques règles propres à l'organisation et aux relations de l'administration et des organes spéciaux pour trancher certains des litiges qu'elle suscite.

En revanche, aucun pays n'a, semble-t-il, poussé aussi loin que le nôtre le dualisme dans sa triple composante juridique, juridictionnelle et pédagogique, même si des États sur lesquels son influence a été forte, l'ont imité. Cela tient à la manière particulière dont en France, nous avons pensé historiquement l'État, magnifié l'intérêt général et développé l'opposition entre une sphère privée et une sphère publique.

Dans les **pays romano-germaniques** (ceux de l'Europe continentale et ceux qui, hors d'Europe, ont suivi leur influence), le souvenir du droit romain conduit à ce triple dualisme mais sous des formes atténuées : par exemple, les règles applicables aux contrats ou à la responsabilité de l'administration y sont souvent les mêmes que pour les personnes privées ; ou, même s'il existe des tribunaux administratifs, ils ne constituent pas forcément un ordre particulier, avec une juridiction suprême propre.

Dans les pays de **common law** (le Royaume-Uni, les États-Unis d'Amérique et plus largement les pays anglo-saxons), la distinction du droit public et du droit privé n'a historiquement aucun sens, bien qu'en Angleterre la *common law* soit née, au Moyen Âge, de la volonté de la Couronne de confier aux Cours royales des affaires mal ou pas jugées selon les coutumes locales. Le

principe est que l'État et les administrations locales doivent observer le droit commun et sont soumis aux mêmes actions et procédures juridictionnelles que les particuliers. Ce principe connaît des exceptions de plus en plus larges (conduisant à parler de *public law* ou d'*administrative law* ou à créer quelques juridictions administratives spéciales) mais on reste très loin du modèle français.

II. – Droit public et intervention de l'État

1. Variations du périmètre du droit public

Droit de l'État et des autres collectivités publiques, le droit public voit son champ varier constamment avec la politique qu'ils mènent. C'est aussi vrai dans l'ordre international que dans l'ordre communautaire ou l'ordre interne.

Dans les périodes de forte intervention économique et sociale de l'État (ce qui, en France, est généralement la tendance de gouvernements gaullistes et socialistes), la part du droit public s'étend au détriment du droit privé. Dans les périodes de libéralisme économique et social (ce qui, en France, est plutôt la tendance de la droite libérale), l'accroissement de la liberté accordée à l'initiative privée s'accompagne d'un reflux du droit public.

Ces fluctuations s'accompagnent de débats sur les mérites respectifs des deux droits pour atteindre l'*optimum* économique et social. Au droit public, on a reproché d'être inefficace économiquement et liberticide ; au droit privé, d'être socialement injuste.

Dans le dernier quart du xxe siècle, un mouvement mondial parti des États-Unis a desserré les contraintes publiques qui pesaient sur les entreprises en faveur de la loi du marché caractérisée par la libre concurrence et la liberté des prix ; les procédés de droit privé se sont substitués aux procédés du droit public. Celui-ci n'a pas disparu pour autant. La libéralisation économique, la fin de nombreux monopoles étatiques, les privatisations, la déréglementation

ont modifié le rôle de l'État plus qu'elles l'ont réduit : il est moins « opérateur » mais davantage « régulateur ». En cas de crise, c'est d'ailleurs vers lui que les citoyens et les entreprises se tournent pour obtenir de l'aide.

2. De nouveaux champs

Les interventions des États s'adaptent en permanence aux besoins sociaux. Elles peuvent reculer dans certains domaines mais s'étendre dans d'autres. Le droit public suit le mouvement.

L'exemple le plus spectaculaire est celui de la **protection de l'environnement**. Il l'est d'autant plus que le processus normatif s'est déroulé de manière inhabituelle. Parti du droit international (Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques, Rio de Janeiro, 1992), il a été relayé en Europe par de nombreuses directives communautaires qui ont été transposées dans la législation des États membres et notamment de la France. Or, non seulement ces instruments normatifs (traités, directives, lois) sont de droit public mais encore leur mise en œuvre fait appel – non exclusivement mais très largement – à des procédés de droit public (interdictions, obligations ou autorisations administratives, contrôles et aides publics...)

III. – Remise en cause de la vision traditionnelle de l'État

Le droit public subit le contrecoup de la remise en cause de la légitimité de la vision de l'État qui s'était imposée au xxe siècle.

1. La remise en cause de la souveraineté territoriale de l'État

L'exclusivité de la compétence de l'État sur son territoire est de moins en moins absolue. Des pouvoirs extranationaux la concurrencent sans qu'il y ait

consenti et prétendent s'affranchir de l'autorité du pouvoir politique : certaines religions, quelques organisations non gouvernementales, le pouvoir sportif international, les agences de notation, ou les forces du marché... À la différence des organisations internationales et européennes (qui n'existent que par la volonté des États), ils veulent exercer leur influence sur les citoyens ou sur les entreprises sans les États ou contre eux et donc sans le concours du droit public.

C'est en revanche en utilisant ce dernier que la communauté internationale promeut l'intervention des États sur le territoire d'autres États, en vertu d'un mandat de l'ONU ou au nom de la responsabilité de protéger (v. p. 86). En matière pénale, s'impose progressivement l'idée d'une **compétence universelle** (ou extraterritoriale) qui permet à un État de poursuivre et juger les auteurs de crimes commis sur le territoire d'un autre État ; la France s'est engagée dans cette voie avec une loi du 5 août 2010 portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale (v. p. 90).

Comment ne pas mentionner en outre l'influence de l'internet ? La « toile », en ce qu'elle est universelle et extraterritoriale, donne le sentiment d'un espace de communication qui échappe à la compétence des États. En réalité, ceux-ci ne sont pas privés de tout moyen d'action mais elle leur est particulièrement difficile.

2. La remise en cause des privilèges de l'État

On a vu que le droit public reposait sur l'idée que l'État est un sujet de droit particulier qui dispose de prérogatives et d'immunités que n'ont pas les autres sujets de droit. Un mouvement diffus d'**anthropomorphisme** conduit à les contester.

Le vocabulaire politique et médiatique le montre : il affecte à l'État des caractéristiques morales propres aux individus : « État modeste », « État voyou », « État criminel »... Comme un particulier, l'État est sommé de se plier à un « devoir de mémoire » ou d'exprimer sa « repentance » du fait d'agissements parfois si anciens que plus aucun de ses dirigeants de l'époque n'est encore en vie.

Ces aspirations ont des traductions juridiques immédiates. D'une part, ses prérogatives de puissance publique ne sont plus acceptées aussi aisément que dans le passé : au nom de considérations très variées (le respect des droits fondamentaux, l'égalité de la concurrence notamment), les opinions publiques considèrent de plus en plus que ces privilèges devraient être réduits, voire abolis. D'autre part, les immunités de juridiction des États et de leurs dirigeants reculent sans disparaître. Ainsi en France, l'État en tant que personne morale échappe aux sanctions pénales, mais celles-ci peuvent être prononcées d'une part contre ses agents individuellement à raison de faits commis dans leurs fonctions (comme l'ont montré le « procès Papon » ou l'affaire dite du « sang contaminé ») et d'autre part, depuis 1994, contre les autres personnes morales, y compris de droit public. Dans les ordres européen et international, les États et leurs dirigeants peuvent être poursuivis devant des juridictions internationales sans leur accord (v. p. 76, 90, 119).

IV. – Le droit public et les valeurs sociétales

1. Universalité du droit public ?

Le droit public est historiquement une œuvre composite des pays d'Europe et d'Amérique du Nord. La colonisation, leur influence intellectuelle, leur puissance militaire et économique ont fait que les autres pays de monde ont été incités à l'adopter. Cette propension du droit public occidental à une mondialisation avant l'heure s'est par exemple exprimée dans la Déclaration **universelle** des droits de l'homme (1948). On a pu croire à la victoire définitive de ce modèle en deux occasions historiques exceptionnelles : la victoire des Alliés sur l'Allemagne et le Japon en 1945 et la chute du mur de Berlin en 1989. Ces espoirs ont été déçus.

La conception occidentale du droit public ne fait pas l'unanimité dans le monde. Elle avait été contestée par la doctrine marxiste-léniniste qui prône le dépérissement de l'État et donc du droit public et même de tout droit (mais la pratique des pays communistes a au contraire conduit à une hypertrophie du

pouvoir d'État dominé par le parti communiste, et réduit le droit privé à peu de chose). Aujourd'hui, les pays dits « émergents » ou les pays « du Sud » ne s'opposent pas à la notion de droit public mais entendent user de leur influence nouvelle pour en adapter les règles à leur situation et à leurs intérêts. Une autre contestation – celle-là violente – du modèle occidental (et de son droit) vient hélas, du terrorisme international.

La situation actuelle est difficile à décoder. À certains égards, la globalisation du droit public est une réalité et fait apparaître des règles et des procédures à portée universelle ; à d'autres, la concurrence des modèles juridiques paraît n'avoir jamais été aussi vive

2. Des valeurs du droit public ?

On peut considérer que le droit public est purement technique et susceptible de servir des modèles de société très différents. On peut au contraire estimer qu'il doit traduire des valeurs fondamentales. C'est la tendance actuelle mais elle ne fait pas l'unanimité. Ainsi de la **démocratie** : aujourd'hui, on admet généralement que le droit public doit la poursuivre, mais les États en ont des conceptions très variées. Les relations des États et du droit public avec la religion posent toujours des problèmes difficiles : la **laïcité** suscite des pratiques divergentes, en Europe comme ailleurs. En France même, elle est redevenue conflictuelle. Et de nombreux États la récusent, par exemple au profit de l'application de la *charia* dans certains pays musulmans.

Sous l'influence du mouvement des droits de l'homme, s'exprime fortement une aspiration à une meilleure **déontologie** des pouvoirs publics : lutte contre la corruption, transparence, prévention des conflits d'intérêts... Sous celle du *new public management*, c'est à la **performance** qu'ils sont invités à s'attacher. On parle désormais de **bonne gouvernance** pour dire que l'action publique ne doit pas seulement être légale, mais aussi efficace et juste.

La conclusion de ce chapitre ne peut qu'être nuancée. Le droit public a toujours été – et reste – soumis à des tensions diverses et contradictoires. Les unes conduisent à sa remise en question, les autres à son perfectionnement. Toutes le font évoluer. Il se peut que sur l'échelle du temps, le droit public ne soit qu'un petit moment de l'histoire. À l'échelle humaine, ce petit moment

n'est pas près de s'achever, même si personne ne sait ce que seront l'État et le droit public d'après-demain.

Deuxième partie

L'effectivité du droit public

Le droit de l'État est intégralement du droit. Sa juridicité est attestée par son effectivité. Ses instruments sont unitaires : règle (chapitre I), principes (chapitre II) et respect (chapitre III) du droit public sont des phénomènes communs à toutes ses branches.

Chapitre I

La règle en droit public

Comme tout droit, le droit public est un ensemble de règles ou normes. Elles en sont la « matière première ». Nous les étudierons ici sous un aspect principalement formel, c'est-à-dire en nous attachant davantage à l'« enveloppe » de la règle qu'à son contenu (les droits et obligations qu'elle crée).

Les règles sont extrêmement diverses. Pour organiser cette diversité, il est nécessaire de les hiérarchiser. Elles doivent en outre présenter certaines qualités.

I. – Unité et diversité des règles

1. Les traits communs

Les règles de droit diffèrent des règles morales, religieuses, familiales, techniques, sportives... par un certain nombre de caractères : elles émanent de personnes qui ont une aptitude légale à les poser, selon une procédure particulière. Elles sont sources de droits et d'obligations pour les sujets de droits. Elles sont sanctionnées par des procédés qui leur sont propres et qui font appel en dernier lieu à la force de l'État.

Droits et obligations sont intimement mêlés. Lorsqu'ils imaginent le droit, beaucoup de gens ne pensent sans doute qu'aux secondes, avec leur cortège de sanctions et de procès. Cette vision serait radicalement inexacte ! Le droit est, plus fondamentalement encore, un facteur de droits et de libertés pour les personnes. Le droit public ne l'est pas moins que le droit privé.

2. Éléments de diversité

Au-delà de ces traits communs, les règles qui composent le droit public sont d'une extrême diversité.

A) *Diversité d'origine*. – **En droit international public**, l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice cite les conventions internationales, la coutume internationale (« *comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit* »), les principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées, ainsi que, à titre « auxiliaire », les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations. Généralement considérée comme incomplète, cette liste a cependant pour mérite d'être reconnue internationalement.

En droit interne, les règles peuvent venir de la constitution, de la loi, de principes généraux du droit, d'actes administratifs, mais aussi de la jurisprudence, voire de la doctrine ou avoir une origine contractuelle.

B) *Diversité de nature* : dans les deux listes, on a pu noter la présence de règles qui existent par la seule volonté de la personne qui les édicte (on les dit **unilatérales**) et d'autres (traités internationaux et contrats) qui naissent de l'accord de la volonté de plusieurs personnes (règles **conventionnelles**).

C) *Diversité de forme* : certaines règles sont écrites dans des textes eux-mêmes très variés ; d'autres ne le sont pas. Parmi ces dernières, il faut souligner l'importance des **principes généraux du droit** dans les différents ordres juridiques que nous avons présentés dans l'introduction de cet ouvrage. Ils sont affirmés par la jurisprudence qui les tire de l'esprit des lois et d'un fonds commun de civilisation, et expriment sous forme de règles à portée générale les valeurs qui inspirent le système juridique concerné.

D) *Diversité d'objet* : il y a des règles générales et des règles spéciales qui précisent les précédentes ou y dérogent ; des règles impersonnelles, qui s'adressent anonymement à un ensemble plus ou moins large de personnes, et des règles individuelles qui visent une ou plusieurs personnes précisément identifiées ; des règles d'organisation ou de compétence et des règles de fond, de comportement, de procédure.

Ces éléments de diversité s'entrecroisent et dessinent un tableau d'une grande complexité.

II. – La hiérarchie des normes

1. Une idée simple.

A) Il est indispensable d'organiser ces règles en un ensemble cohérent : c'est une exigence d'ordre, de méthode et d'efficacité du droit public. De justice et de démocratie aussi : qu'en resterait-il si, par exemple, le législateur s'affranchissait du respect de la constitution ou l'administration de celui de la loi... ?

La hiérarchie des normes est l'instrument le plus efficace pour atteindre cet objectif d'organisation. Elle repose sur une idée simple : les normes forment une pyramide au sein de laquelle chacune a une place précise, généralement déterminée par celle qu'occupe son auteur dans la hiérarchie des autorités normatives. La norme inférieure trouve un fondement dans la norme supérieure qu'elle applique et doit respecter, faute de quoi elle serait irrégulière.

Elle est de l'essence du droit public : celui-ci a toujours postulé l'existence de règles supérieures que l'on ne doit pas transgresser. On a pu les chercher dans la volonté de Dieu, dans le droit naturel ou dans des principes de droit positif. Aujourd'hui, elle est considérée comme un élément essentiel de l'**État de droit** (v. p. 71). Pourtant, l'idée d'une hiérarchie des normes, formelle et rigide, est relativement récente. Son expression la plus achevée est due au juriste autrichien Hans Kelsen (1881-1973), dont la pensée a été acclimatée en France notamment par Charles Eisenmann.

B) La **hiérarchie des normes émanant des autorités françaises** est claire. Pour s'en tenir à l'essentiel, la constitution est la norme suprême : c'est logique puisqu'elle émane de la volonté souveraine du peuple. Elle est au-dessus de la loi. Viennent ensuite les principes généraux du droit et les actes administratifs (eux-mêmes hiérarchisés : décrets, arrêtés...).

C) La **hiérarchie des normes en droit international public** est moins affirmée qu'en droit interne car la société internationale est moins structurée que les sociétés nationales. Les normes dépendent, pour l'essentiel, de la volonté d'États considérés comme égaux. Les hiérarchiser supposerait soit leur accord unanime, soit l'existence d'un véritable législateur international qui leur serait supérieur, ce qui est une utopie en l'état actuel des choses. Ainsi, il n'y a pas de hiérarchie formelle entre le traité et la coutume.

Cependant, toute idée de hiérarchie n'en est pas absente : il existe des règles générales qui doivent en principe s'appliquer sauf indication contraire ; les États doivent agir conformément à la légalité internationale ; les actes des organisations internationales doivent être pris conformément à leurs règles constitutives.

Un pas vers la hiérarchie a été fait avec l'article 103 de la Charte des Nations unies : « *En cas de conflit entre les obligations des membres des Nations unies en vertu de la présente Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront* ». Un autre a été tenté par la convention de Vienne sur le droit des traités (1969) qui évoque un **jus cogens**, droit impératif auquel il serait impossible de déroger, mais il peine à s'imposer ; la France ne l'a d'ailleurs pas accepté formellement.

D) La **jurisprudence** pose des problèmes délicats. Il est évident qu'une décision de justice doit être appliquée par les parties au litige dès lors que cette décision bénéficie de l'**autorité de chose jugée**. Cette autorité est normalement relative (la solution donnée par le juge ne s'impose qu'aux parties et ne vaut que pour le litige particulier dont il était saisi), exceptionnellement absolue (elle s'impose à tous et pas seulement aux parties).

C'est une autre question que de savoir si une décision de justice « fait jurisprudence », c'est-à-dire si elle crée une règle (dite « prétorienne ») de portée générale qui s'intègre dans la pyramide des normes juridiques. Les réponses ne sont pas identiques dans les différents systèmes juridiques. Certains (notamment dans les pays de *common law*) pratiquent le « précédent » (la décision de justice fait loi, à certaines conditions). La France le récuse : l'article 5 du Code civil prohibe l'« arrêt de règlement » par lequel un juge poserait formellement une règle générale et impersonnelle.

Les tribunaux français ne se réfèrent d'ailleurs pas à leurs décisions antérieures (contrairement à ce que font les juridictions internationales et européennes et nombre de juridictions étrangères).

Pourtant, en France même, on ne cesse de se référer à la jurisprudence comme à une véritable source de droit. Il est en effet commode et prudent pour les sujets de droit d'en suivre les orientations, car il est très vraisemblable que saisi d'une affaire identique ou voisine, le juge statuera à nouveau dans le même sens (sous réserve d'un revirement de jurisprudence). La jurisprudence offre une indication sur le sens et la portée de la règle, constamment invoquée à l'appui d'une argumentation de droit public. Et comme on l'a vu plus haut, il est admis que la jurisprudence fait œuvre normative lorsqu'elle exprime des principes généraux du droit (technique que le Conseil d'État a inaugurée en 1944).

2. Une application complexe

Une conception rigoureuse de la hiérarchie des normes supposerait que lorsque deux règles se contredisent, ce **conflit de normes** soit toujours résolu en faveur de la norme supérieure. Or, si tel est bien le principe, la réalité est différente. Cela tient en France à deux facteurs : l'intégration des normes supranationales dans l'ordre juridique interne et l'office des juges qui doivent trancher les conflits de normes.

A) La place des traités internationaux et des normes de l'Union européenne dans la hiérarchie française des normes soulève de grandes difficultés qui ne sont pas propres à notre pays : faut-il intégrer à l'ordre juridique interne les normes du droit international et celles de l'Union européenne ? Si oui, à quel niveau de la hiérarchie ? « Intégrer » signifie notamment que les sujets de droit (personnes publiques ou privées) et les juges français pourraient – ou devraient – refuser d'appliquer une règle nationale (une loi, par exemple) contraire à une règle internationale ou communautaire.

Les enjeux théoriques, politiques et pratiques sont considérables pour l'unité du droit public, la souveraineté nationale et les droits et obligations des citoyens. La prudence dont font preuve les États et les juges devant de tels

enjeux a pour conséquence des solutions particulièrement complexes. Elles oscillent entre deux systèmes qui se combinent en pratique : dans le système **dualiste**, les différents ordres sont étanches (les règles internationales ne s'imposent qu'aux États et ne créent pas directement de droits et d'obligations pour les citoyens) ; dans le système **moniste**, les différents ordres sont intégrés.

Pour un juriste français, la réponse se trouve dans l'**article 55 de la constitution** : « *Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celles des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* ». Nonobstant cette « réserve de réciprocité » (toujours un peu mystérieuse et rarement appliquée), le principe est clair : les traités occupent en droit interne une place supérieure à la loi (et par voie de conséquence, aux normes inférieures à celle-ci). En vertu du principe de primauté du droit de l'Union, européenne (v. p. 114), cette supériorité profite aussi aux règlements et directives de l'Union européenne (dites aussi « **normes communautaires dérivées** », qui émanent des organes de l'Union européenne en application des traités).

La vraie difficulté est ailleurs : le droit de l'Union européenne ne serait-il pas supérieur à notre constitution ? L'admettre serait engager l'Union dans la voie du fédéralisme, décision politique majeure qu'un juge n'est pas habilité à prendre. Pourtant, si la Cour de justice de l'Union européenne se garde d'affirmer la supériorité des traités sur les constitutions des États membres, elle juge que ceux-ci ne peuvent pas invoquer leur constitution pour échapper à leurs obligations communautaires. Pour les juridictions françaises, aucune norme n'est supérieure à la constitution (cf. l'arrêt du Conseil d'État « Sarran » du 13 octobre 1998 et l'arrêt de la Cour de cassation « Fraysse » du 2 mai 2000).

Mais c'est une position difficile à tenir. Par un « dialogue des juges », les juridictions de l'Union et nationales s'efforcent de ne pas se contredire mutuellement, ce qui les conduit à des raisonnements particulièrement subtils. En outre, la pratique française biaise jusqu'à la fiction pour maintenir la supériorité de la constitution sur les traités internationaux et communautaires. Lorsque le Conseil constitutionnel déclare qu'un traité que

la France a signé contient des stipulations contraires à la constitution, cette dernière est systématiquement révisée pour mettre fin à cette contrariété. Ainsi, les apparences sont sauves : le traité est conforme à la constitution lorsqu'il est ratifié. Mais en fait, c'est bien notre constitution qui a cédé devant les engagements internationaux souverainement acceptés par la France.

B) L'office du juge et l'effectivité de la hiérarchie des normes. Dans la meilleure des hypothèses, la hiérarchie des normes est effective du seul fait de son existence : dans un enchaînement bien huilé, chaque règle inférieure respecte la règle supérieure. De ce fonctionnement harmonieux, on ne parle jamais : on peut pourtant supposer que c'est le cas le plus fréquent !

Si une règle inférieure est contraire à une règle supérieure ou le devient parce que cette dernière a changé, des mécanismes de correction sont mis en œuvre : soit l'auteur de la norme viciée la corrige, soit un juge en est saisi et l'annule ou en constate le vice.

Cela n'a rien d'automatique ; il peut advenir que personne ne détecte ce vice ou ne s'en plaigne à un juge, auquel cas la règle irrégulière s'appliquera. Il faut ici préciser que, sauf rares exceptions, **un juge ne s'auto saisit pas**. L'effectivité de la hiérarchie des normes subit alors un accroc plus ou moins grave.

Ce n'est pas le seul. Il faut tenir compte des limites de la compétence des juges. Internationale, européenne ou nationale, chaque juridiction a un office à remplir dont elle ne peut pas sortir. En particulier, elle n'est apte à trancher que certains conflits de normes, les autres lui échappant. Certaines violations de la hiérarchie des normes ne peuvent donc pas être sanctionnées par le juge que l'on a saisi du litige auquel on est partie.

C'est une matière très compliquée et en pleine évolution dont on ne donnera qu'un seul exemple, particulièrement sensible en France, celui du contrôle de la loi. Seul le Conseil constitutionnel peut exercer pleinement **le contrôle de constitutionnalité des lois**. Il dispose de deux voies pour le faire.

La première date de 1958 (art. 61 de la constitution). Saisi par le président de la République, le premier ministre, le président de l'Assemblée nationale,

celui du Sénat, soixante députés ou soixante sénateurs, le Conseil constitutionnel peut déclarer qu'une loi est contraire à la constitution, auquel cas elle n'entre pas en vigueur. Mais cela n'est possible que dans une période très courte : il doit être saisi après le vote de la loi par le parlement et avant sa promulgation par le président de la République.

La seconde a été ouverte par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 (art. 61-1 de la constitution) adoptée pour mettre la France en harmonie avec les standards du contrôle de constitutionnalité pratiqué dans de nombreuses démocraties. À la demande d'un justiciable, le juge judiciaire et le juge administratif peuvent poser au Conseil constitutionnel une **question prioritaire de constitutionnalité** (« qpc ») portant sur une disposition législative en vigueur (parfois depuis très longtemps). Si le Conseil juge que cette disposition « porte atteinte aux droits et libertés que la constitution garantit », il l'abroge. Entrée en vigueur le 1er mars 2010, cette nouvelle procédure a connu un succès immédiat. On notera que, si les juridictions judiciaires et administratives procèdent à un premier examen de la loi pour décider de l'opportunité d'une qpc, elles n'ont pas le pouvoir de mettre elles-mêmes fin à l'application d'une loi inconstitutionnelle (pouvoir que n'ont pas davantage les juridictions européennes ou internationales).

C'est une situation inverse qui prévaut pour le **contrôle de conventionalité des lois**, c'est-à-dire de la vérification de leur conformité aux traités internationaux et aux règles de l'Union européenne. Le Conseil constitutionnel ne l'exerce pas (décision « interruption volontaire de grossesse », réaffirmée notamment dans une décision du 5 août 2010 relative à la compétence universelle de la juridiction pénale française). Ce contrôle incombe exclusivement aux juridictions administratives et judiciaires qui l'exercent abondamment. Mais elles n'ont pas le pouvoir d'abroger une loi qu'elles jugent contraire à un traité : elles se bornent à ne pas l'appliquer au litige qu'elles règlent et à faire prévaloir le traité.

Par ailleurs, la Cour de justice de l'Union européenne peut condamner la France si une loi française contrevient à une règle communautaire ; il en va de même de la Cour européenne des droits de l'homme pour une loi qui viole la Convention européenne des droits de l'homme (v. p. 119).

Ce qui précède montre qu'en droit interne français, l'office du Conseil

constitutionnel ne s'exerce que dans un segment limité de la hiérarchie des normes (Constitution/loi) et que celui des autres juridictions leur offre un espace bien plus étendu mais qui exclut la constitution (sauf *via* une qpc).

On voit aussi que les traités restent plus aisément protégés contre les atteintes du législateur que la constitution, laquelle est pourtant au-dessus d'eux dans la hiérarchie formelle des normes ! Cette situation (dont il existe d'autres exemples que l'on passe sous silence) peut paraître illogique, mais le respect impitoyable de la hiérarchie, souhaitable en théorie, n'est pas toujours opportun en pratique : la correction des règles irrégulières peut parfois créer un trouble social plus grave que leur maintien. Discipline humaine, le droit public n'a pas la rigueur des sciences exactes !

3. Conclusion

Au terme de cette présentation de la hiérarchie des normes, on peut rappeler que la hiérarchie des normes en droit public interne français est actuellement la suivante :

- constitution ;
- normes de l'Union européenne et traités internationaux ;
- lois ;
- principes généraux du droit administratif ;
- actes administratifs et contrats.

III. – La qualité de la règle

1. La normativité de la règle

Dans la tradition française, les règles sont prescriptives et précises.

Or, en raison d'une part d'influences internationale, communautaire et anglo-

saxonne, d'autre part d'un processus d'édiction de plus en plus négocié, nos règles « s'amollissent » ou « s'assouplissent » : lois et décrets s'ouvrent souvent par des dispositions déclaratoires, voire incantatoires ; les affirmations d'objectifs, déclarations d'intention, programmes d'action, protocoles d'accord, normes purement techniques, etc. se multiplient. Le droit public a du mal à les analyser et nos juges à les traiter. Faut-il les rejeter hors du droit et du contentieux en raison de leur trop faible normativité, au risque de priver de garanties juridiques un pan important de l'action des pouvoirs publics ? Faut-il les y intégrer, en raison de leurs effets pratiques ou potentiels, au risque de menacer la stabilité de nos catégories juridiques et la qualité du droit ? La question n'est pas nouvelle (elle s'est, par exemple, toujours posée pour les circulaires administratives), mais elle est plus pressante que jamais.

Elle est bien connue (mais guère mieux résolue) en droit international public, du fait de l'existence d'un abondant « **droit souple** » (*soft law*), alimenté par les ressources infiniment subtiles de la diplomatie : accords non conventionnels (ne constituant pas des traités formels), actes finaux de conférences internationales, résolutions des organisations internationales, communiqués, déclarations...

Imposées par la complexité de la société, ces règles non normatives sont un élément de souplesse et de trouble pour notre droit public. Leur traitement lui lance un défi qu'il n'a pas, à ce jour, bien relevé.

2. La clarté et l'intelligibilité de la règle

C'est un thème inépuisable ! L'ensemble des juristes déplore la mauvaise qualité technique des textes juridiques actuels, et pas seulement des textes français. Le fait est que trop d'entre eux sont difficilement lisibles, même pour des spécialistes. Il serait très optimiste de penser que l'affirmation par le Conseil constitutionnel d'un objectif de valeur constitutionnelle d'« accessibilité et d'intelligibilité de la loi » (décision du 16 décembre 1999) aurait remédié à une situation regrettable qui repose sur trop de facteurs pour être facile à corriger. Une discipline naissante en France et mieux implantée dans d'autres pays, la « légistique », s'efforce d'améliorer la rédaction de la loi, sans grand succès.

Les modestes efforts des pouvoirs publics trouvent rapidement leurs limites dans la transposition en droit français d'instruments internationaux et de directives communautaires complexes et mal écrits, l'adaptation du droit à un monde infiniment nuancé où les interrelations sont sans cesse plus nombreuses, les techniques plus sophistiquées, les demandes sociales plus multiples et contradictoires. À société complexe, droit complexe !

3. La stabilité de la norme

Autre vieux thème d'actualité ! L'expérience le montre : une norme, quelle qu'elle soit, n'est véritablement effective que dans la durée.

Ce temps, on l'a de moins en moins. L'instabilité croissante des normes menace incontestablement la sécurité juridique, avec son cortège de régimes transitoires et de remise en cause de situations que l'on pouvait croire acquises. Le monde va-t-il trop vite pour le droit public ?

Celui-ci doit accompagner les évolutions politiques, économiques, sociales ou techniques, sans trop d'anticipation ni de retard, car la bonne application d'une règle de droit dépend largement de son adaptation aux attentes de la société. Mais il est extrêmement difficile de trouver l'équilibre entre un conservatisme juridique excessif et la prolifération de règles improvisées, éphémères et mal comprises. La rapidité de la science, l'instabilité du monde, la brusquerie des évolutions économiques, l'impatience de l'opinion publique, l'impétuosité du pouvoir politique parfois aggravent l'instabilité du droit public dans toutes ses composantes. On oublie trop que l'application intelligente des principes existants permet souvent de mieux régler une difficulté que l'adoption hâtive d'une nouvelle règle spéciale !

Ce tableau pessimiste doit pourtant être nuancé : la structure du droit public, ses principes fondamentaux, ses instruments principaux évoluent à un rythme lent qui lui procure solidité et adaptation.

Chapitre II

Les principes du droit public

Le chapitre précédent a présenté les règles sous un aspect principalement formel. Celui-ci s'attachera à leur aspect matériel (ce qu'elles prescrivent). Comme il est impossible de les évoquer toutes, nous ne parlerons que des plus importantes, les principes.

Deux d'entre eux, fondamentaux, sont cependant étudiés ailleurs : le principe de **souveraineté** dans le premier chapitre du présent ouvrage, le principe de **respect du droit** dans le prochain chapitre.

I. – Difficulté de la question

1. Identification

Un principe est d'abord une règle de droit, avec tous les caractères que l'on attribue à cette dernière. Il se distingue par une place élevée (encore que variable) dans la hiérarchie des normes et par un champ d'application particulièrement large. En outre, on lui prête volontiers un caractère programmatique : plus axiologique que descriptif, il exprime souvent un objectif autant (voire davantage) qu'une réalité.

Contrairement à ce que l'on pourrait croire, identifier un principe n'est pas toujours aisé. Certains font l'unanimité : ils sont authentifiés par de véritables instruments juridiques et clairement « justiciables » (ce qui signifie qu'ils peuvent être utilement invoqués devant un juge). Mais d'autres sont en formation, discutés dans leur contenu et leurs contours ou revendiqués par des groupes divers sans avoir reçu de consécration juridique. On assiste

aujourd'hui à une **inflation de principes** : les déclarations de principes, parfois peu normatives, obéissent à une mode mondiale, européenne, française... On pourrait moquer ce qu'elle a d'excessif et d'imprécis ; on ne saurait nier qu'elle répond à une demande sociale de structuration du droit public, d'encadrement de l'action de l'État et de respect des citoyens.

Démêler l'écheveau des principes est en vérité presque impossible. On peut se tromper ou céder à des choix personnels. La liste que l'on trouvera ci-après ne prétend d'ailleurs ni à l'exhaustivité ni à l'objectivité.

2. Principes irriguant tout le droit public ?

Le lecteur doit en être prévenu : parler de principes du droit public n'est pas habituel et peut être considéré par nombre de juristes comme aventureux.

Ils préfèrent en général présenter les principes de chacune des branches du droit public : principes du droit international public, du droit administratif, du droit fiscal, etc. En recherchant ceux qui seraient communs à toutes, nous prenons le risque d'être infidèle à chacune d'elles ou d'être excessivement abstrait. Ce risque est justifié par l'ambition de présenter le droit public comme un tout et par une évolution qui va vers l'osmose des principes d'une branche à l'autre : le **principe de précaution** a migré du droit international vers le droit communautaire, puis vers le droit français (art. 5 de la charte de l'environnement adoptée par la loi constitutionnelle du 1er mars 2005). Le respect des droits de l'homme a suivi un chemin inverse.

II. – La continuité

On l'a vu plus haut (p. 16) : assurer la continuité de l'État a été l'ambition première du droit public et demeure l'un de ses objectifs principaux.

Le droit international public s'efforce ainsi de garantir la continuité de la personnalité morale de l'État en cas de changement de ses institutions ou d'assurer la « **succession d'États** », c'est-à-dire d'obtenir d'un État nouveau créé à la place d'un autre (par fusion ou démembrement) qu'il assume les obligations de son prédécesseur.

Le droit constitutionnel est en lui-même un droit de la continuité de l'État, quels que soient les aléas de la vie politique : l'article 5 de la constitution de 1958 charge le président de la République de l'assurer ; l'article 16 le dote de pouvoirs exceptionnels lorsque diverses circonstances sont réunies et que « le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu » (le général de Gaulle l'a mis en œuvre en 1961). Un changement de constitution n'affecte normalement pas la continuité de l'État.

La question a été posée de savoir si elle n'avait pas été rompue, en France, par le régime de Vichy (1940-1945) et âprement controversée : en décidant que l'État devait prendre à sa charge la moitié des indemnités que M. Papon avait été condamné à verser aux victimes d'une déportation à laquelle il avait collaboré, le Conseil d'État a, dans un arrêt du 12 avril 2002, opté pour la thèse de la continuité.

En droit administratif, le principe de **continuité du service public** est un principe général du droit, le seul auquel le Conseil constitutionnel a reconnu une valeur constitutionnelle. Il fonde des règles très nombreuses et doit être concilié – difficilement ! – avec le droit de grève (lui aussi constitutionnel) des agents.

III. – La sécurité

A) Elle est au cœur du droit public. Le « contrat social » n'est-il pas fondamentalement l'échange d'une liberté contre la sécurité ? Le premier devoir de l'État est sans doute de maintenir la paix entre les hommes.

Le droit international moderne est dominé par la recherche de la paix et de la sécurité internationales. On verra qu'il pose aujourd'hui en principe le caractère pacifique du règlement des différends (v. p. 74).

Dans l'ordre interne, le maintien de l'ordre public est l'objet de cette mission publique que l'on nomme la **police administrative**. Il a été qualifié d'« objectif constitutionnel » par le Conseil constitutionnel.

B) Le thème de la sécurité ne cesse de s'enrichir pour répondre à la demande

sociale : à la sécurité physique des personnes et des biens se sont ajoutées la sécurité sociale, la sécurité sanitaire, la protection du consommateur, celle de l'environnement, etc. Tout se passe aujourd'hui, en France du moins, comme si une obligation de sécurité non exclusive mais générale pesait sur l'État. Il lui incombe de prendre les mesures de prévention et de précaution nécessaires ; il est de plus en plus amené à supporter (ou à partager avec les auteurs de troubles qu'il n'a pas suffisamment contrôlés) la responsabilité des dommages. Le drame de la contamination transfusionnelle par le sida a été, à cet égard, un tournant.

C) L'accent est mis aujourd'hui sur la **sécurité juridique**. Ce principe vise à assurer la stabilité des situations juridiques établies et le respect des droits acquis. Il traverse tout le droit public, tout en s'exprimant de manière diverse dans ses différentes branches (notamment en droit administratif avec la décision « Société kpmg et autres » rendue par le Conseil d'État le 24 mars 2006). Ainsi, le **principe de non-rétroactivité** répond à l'idée raisonnable qu'une règle ne doit pas produire d'effets pour une période antérieure à son entrée en vigueur, mais il s'accommode d'exceptions dictées par des considérations réalistes.

Le droit de l'Union européenne associe la sécurité juridique à un **principe de confiance légitime**, issu des droits allemand et suisse, qui impose aux pouvoirs publics de respecter les engagements (éventuellement irréguliers) dans lesquels les citoyens ont légitimement pu avoir confiance. Le droit français ne l'admet pas en tant que tel (sauf dans le champ d'application en France du droit de l'Union, et partiellement en droit fiscal et social : v. p. 106).

IV. – Le respect des compétences

On ne trouvera dans aucun texte un tel principe formellement exprimé. C'est pourtant une exigence essentielle de tout le droit public. Chaque personne morale de droit public – et d'abord l'État –, chaque organe en son sein, a une compétence, c'est-à-dire une aptitude légale à agir. Elle est plus ou moins large, mais toujours contraignante : l'incompétence négative (refuser d'exercer ses compétences) n'est pas moins grave que l'incompétence

positive (outrepasser ses compétences).

Ce principe se décline à l'infini. Certes sa souveraineté donne à l'État « la compétence de ses compétences » et lui seul peut en fixer l'étendue externe et la dévolution interne. Il n'en reste pas moins qu'il doit observer les limites que fixe le droit international, comme l'a déclaré en 1927 la Cour permanente internationale de justice dans la célèbre affaire du « Lotus ». Tracer ces limites n'est pas toujours aisé car les situations de droit et de fait sont nuancées : il n'est pas interdit, par exemple, à un État d'adopter une législation qui aura des effets sur le territoire d'autres États (en matière de nationalité des personnes ou de concentration d'entreprises, par exemple) ; dans les espaces extraterritoriaux (haute mer, Antarctique, espace extra-atmosphérique) qui échappent à toute appropriation souveraine, les compétences étatiques sont strictement limitées par les traités en vigueur.

Le droit constitutionnel établit l'agencement des compétences des différents pouvoirs publics constitutionnels, en définissant précisément leurs attributions et leurs moyens d'action réciproques.

L'organisation administrative est un système d'attribution de compétences par l'État : on parle de **déconcentration** lorsqu'il les transfère en son sein depuis les administrations centrales vers des autorités périphériques (telles que le préfet) ; de **décentralisation**, lorsqu'il s'en dépouille au profit d'autres personnes morales. On discute depuis longtemps d'une possible « clause générale de compétence » qui permettrait aux collectivités territoriales de s'occuper de toute affaire qui serait par nature locale : il est plus raisonnable de considérer qu'elles ne peuvent agir qu'en vertu d'une habilitation législative. Quant aux établissements publics, ils sont soumis à un **principe de spécialité**, simplement appliqué il est vrai, qui leur interdit de sortir de la mission qui leur a été confiée.

De manière générale, la répartition des compétences acquiert une acuité nouvelle, dans le contexte actuel de mondialisation, de privatisation des services et entreprises publics, de construction européenne et d'aspiration à l'administration de proximité. De quoi l'État doit-il s'occuper ? Quel est le bon niveau de gestion des affaires publiques ? Ces questions, en elles-mêmes classiques, représentent aujourd'hui l'un des enjeux les plus importants du droit public.

Le droit communautaire a tenté d'y répondre, avec le **principe de subsidiarité** (v. p. 112).

V. – Les droits fondamentaux

A) Par essence, le droit public est orienté vers le bien commun ou l'intérêt général. Mais, en tant que corps de règles, il est politiquement neutre ; en particulier, comme on l'a dit, il n'est pas – ou n'a pas toujours été – nécessairement démocratique. L'affirmation de droits fondamentaux de la personne l'oriente en revanche vers des **valeurs** humanistes et démocratiques. C'est une tendance ancienne mais dont l'importance récente renouvelle profondément la matière dans toutes ses composantes.

Les droits fondamentaux sont souvent présentés comme universels (applicables dans le monde entier) et naturels (car tenant à la nature même de l'homme). Cela ne va pas sans difficulté conceptuelle (qu'est-ce qu'un droit « fondamental » ?) et politique (certains pays ou mouvements y voient parfois une conception « occidentale », servant de prétexte à une ingérence dans leurs affaires intérieures).

B) La notion de droit fondamental est en passe d'absorber celle de droit de l'homme et celle de liberté publique. Selon une distinction classique, elle regroupe des « **droits-libertés** » (les droits de... : liberté d'expression, d'association, droit de vote...) et des « **droits-créances** » (les droits à... : droit aux soins, au logement, à l'éducation...). Les uns et les autres s'imposent aux États : ils doivent à la fois en garantir aux citoyens un exercice et une protection effectifs (et pas seulement formels) et leur apporter les limites et les exceptions légales qu'impose la vie en société.

C) On considère généralement que la genèse des droits fondamentaux comporte **trois générations** :

- la première est celle des **droits civils et politiques**. Elle a été illustrée par la constitution américaine de 1787 et, en France, par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 ;

- la deuxième est celle des **droits économiques, sociaux et culturels**. Elle a été illustrée, en France, par le Préambule de la constitution du 27 octobre 1946 ;
- la troisième, apparue dans le dernier tiers du xxe siècle, concerne la **qualité de la condition humaine** : dignité de la personne humaine, droits des personnes sur leur corps, développement durable... ou encore transparence de la vie publique.

D) Ces droits font l'objet de multiples déclarations, aux statuts divers et aux champs d'application variés. En France, la déclaration de 1789, le préambule de 1946 et la charte de l'environnement de 2004 ont aujourd'hui valeur constitutionnelle : ils se situent donc au niveau le plus élevé de la hiérarchie des normes et sont effectivement appliqués par nos juridictions. En Europe, la **convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales** a été adoptée par le Conseil de l'Europe en 1950 (v. p. 117) ; l'Union européenne s'est dotée en 2000 d'une charte des droits fondamentaux qui a acquis avec le traité de Lisbonne la même autorité juridique que les traités (v. p. 116). Au niveau mondial, l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations unies a adopté en 1948 une déclaration universelle des droits de l'homme, complétée en 1966 par deux pactes internationaux, l'un sur les droits civils et politiques, l'autre sur les droits économiques, sociaux et culturels. Hors du droit, on peut aussi mentionner l'encyclique *Pacem in terris* du pape Jean XXIII (11 avril 1963), qui, marquant le ralliement de l'Église catholique aux droits de l'homme, a eu un grand retentissement.

D'autres droits naissent de la jurisprudence. Il revient de toute manière aux juges, chacun à son niveau, d'assurer la protection ultime des droits fondamentaux. Or, il faut le redire, il n'y a pas de juge sans action de l'État. Rien ne serait plus faux de croire que les droits fondamentaux ne s'exerceraient que contre l'État : dans une aussi large mesure, il en est le meilleur protecteur. Même s'ils irriguent également le droit privé (notamment avec les droits de la personnalité), ils relèvent pleinement du droit public.

VI. – « Liberté, Égalité, Fraternité »

La devise de la République (confirmée par l'article 2 de la Constitution de 1958) exprime trois droits fondamentaux que leur importance nous incite à isoler des autres.

1. **La liberté** est pour le droit public un principe plastique. Selon les lieux et les époques, ses règles ont pu admettre la soumission de sujets à un monarque absolu, la religion d'État imposée à tous, l'esclavage, le colonialisme, le totalitarisme..., avant de les rejeter. De manière générale, les xix^e et xx^e siècles ont donné à la liberté une ampleur sans cesse plus grande.

Dans l'ordre international, on peut ainsi citer le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes ou l'action de l'Organisation des Nations unies en faveur de la décolonisation.

En droit interne, il n'est pas de meilleure définition de la liberté que celle des articles 4 et 5 de la Déclaration de 1789 :

Art. 4 : « *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui. Ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi.* »

Art. 5 : « *La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société. Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas.* »

Ce texte montre que dans un État libéral, la liberté est le principe, sa restriction l'exception.

2. **L'égalité** entretient avec le droit public des rapports ambivalents. Il faut en effet distinguer les niveaux de comparaison entre les sujets de droits.

A) Entre États souverains, l'égalité est **absolue**. Rares sont les exceptions : présence de cinq membres permanents (dont la France) au Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations unies : pondération des sièges et des voix dans les institutions de l'Union européenne selon la taille des États membres...

B) Le droit public postule une **inégalité fondamentale** entre États et autres

sujets de droit. Elle a déjà été présentée (v. p. 22). En France, où elle a été poussée très loin, elle est de plus en plus mal acceptée par l'opinion publique. Elle est pourtant nécessaire à l'efficacité de l'action publique, dans une mesure raisonnable du moins.

En revanche, le droit français considère que les personnes privées sont égales en droits, mais cette égalité est **relative** en ce qui concerne leurs rapports avec l'État et les autres personnes publiques. Ils doivent appliquer les mêmes règles aux personnes qui sont objectivement dans la même situation au regard de la loi ou du service public, mais ils ont le droit d'appliquer des règles différentes à celles qui se trouvent dans des situations différentes et même de traiter différemment des personnes qui sont dans la même situation lorsque l'intérêt général le justifie. Le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel contrôlent strictement la régularité de ces discriminations.

En revanche, les autres discriminations (fondées notamment sur la race, le sexe, les orientations sexuelles, les opinions politiques ou religieuses...) sont illicites et combattues en particulier par le Défenseur des droits. C'est un sujet très sensible, car il faut arbitrer entre l'aspiration des citoyens à l'égalité et leur soif de reconnaissance de leurs différences. Or la tradition républicaine française ne reconnaît pas un droit à la différence, se méfie du communautarisme et prohibe traditionnellement les discriminations positives qui consistent à favoriser une catégorie de personnes afin de compenser l'inégalité dont elles souffrent en fait (c'est l'équivalent de l'*affirmative action* américaine). Mais cette prohibition connaît aujourd'hui des exceptions.

C) En droit de l'Union européenne, le principe de non-discrimination interdit à un État de traiter les ressortissants des autres États membres plus mal que les siens. Mais, curieusement, il a parfois le droit de les traiter mieux (« discrimination à rebours ») !

3. La fraternité porte aujourd'hui le nom de solidarité

Elle inspire une grande partie de l'action publique internationale (ainsi de l'aide au développement) et surtout nationale.

L'instrument privilégié en est le **service public**, mission d'intérêt général qui assure à tous des prestations essentielles. Cette conception a opposé la France à la Communauté européenne (à laquelle l'Union a succédé) de manière assez vive. À l'heure actuelle, c'est l'accalmie : la France admet que les missions de service public n'excluent pas nécessairement les règles d'un marché concurrentiel ; l'Union, que les besoins de solidarité auxquels répondent le service public et le service universel, justifient des dérogations à ces règles.

VII. – Évolution et combinaison des principes

Parce qu'ils représentent des idéaux politiques, les principes du droit public évoluent dans le temps. On commet trop fréquemment l'erreur de juger l'histoire avec les convictions d'aujourd'hui ! Ils varient aussi dans l'espace : chaque ordre juridique les met en œuvre avec ses techniques et son génie propres. Ici encore, il faut se garder des généralisations et des jugements comparatifs hâtifs.

Il est important de comprendre **qu'aucun principe ne peut être absolu** et que chacun connaît des limites ou des exceptions. Leurs champs d'application s'entrecroisent et parfois se combattent. Liberté et sécurité entretiennent ainsi des rapports dialectiques dont la synthèse est faite de sacrifices réciproques. Une liberté totale tuerait l'égalité au profit des plus forts, mais une égalité absolue aboutirait à la mort de la liberté, comme l'ont montré certaines expériences totalitaires. Le droit à la protection de la vie et celui de recourir à une interruption de grossesse s'opposent directement : la loi doit régler leur confrontation. La transparence de la vie publique doit être conciliée avec le respect du secret réellement indispensable à la protection des individus, des entreprises ou de l'État, etc.

Il faut en outre combattre les abus de droits, éviter par exemple que le droit à un procès équitable ne dégénère en procédures dilatoires.

Le droit public assure les arbitrages, d'une manière toujours provisoire. En matière de principes, il faut se méfier résolument du jusqu'au-boutisme !

Chapitre III

Le respect du droit public

Il en va du droit public comme de tout droit : les règles qui le composent doivent être respectées par ceux à qui elles s'imposent, faute de quoi le droit dégènerait dans l'anarchie ou l'arbitraire.

Respecter le droit public, c'est utiliser ses règles là où elles doivent l'être et comme elles doivent l'être, donc user des droits et libertés qu'elles procurent et exécuter les obligations qu'elles imposent.

Dans un monde idéal, la seule existence de la règle devrait y suffire. Dans le monde réel, personnes publiques et personnes privées se trompent parfois de bonne foi sur la règle à appliquer ou sur sa signification ; il leur arrive aussi de la violer délibérément. Dans un cas comme dans l'autre, des mécanismes de correction et de sanction sont nécessaires.

Apparaît ici une question propre au droit public. Puissance souveraine, l'État a le **monopole de la force publique** : pourquoi donc observe-t-il les règles en vigueur ? Comment l'y obliger ?

La question ne se pose pas de la même manière pour les personnes autres que l'État.

I. – Le respect du droit public par l'État

1. L'État de droit

La fortune de l'expression est singulière. Elle remonte à la théorie du *Rechtstaat*, forgée par la doctrine allemande du xix^e siècle. Elle a beaucoup évolué en fonction des vicissitudes de l'histoire du pays, mais elle a pour objet tout à la fois de fonder et de limiter juridiquement le pouvoir de l'État. Mal accueillie en France où se développe parallèlement le principe de légalité, elle y est cependant acclimatée (non sans modification) notamment par Carré de Malberg (*Contribution à la théorie générale de l'État*, 1920-1922). Mais elle y a végété jusqu'à ce que philosophes et hommes politiques s'en emparent dans le dernier quart du xxe siècle et lui donnent son éclat actuel.

A) L'État de droit est aujourd'hui un slogan, constamment brandi dans le discours public en France comme à l'étranger. Éloigné de la théorie originelle, souvent confondu avec la théorie anglaise (historiquement différente) de la *rule of law*, il ne désigne rien de précis en droit public français positif. Son invocation systématique, voire intempestive, peut irriter.

Il faut pourtant le prendre au sérieux. En premier lieu, il exprime dans le vocabulaire courant une idée forte du droit et de la confiance qu'on lui accorde : l'État doit agir conformément au droit et sous le contrôle du juge. En deuxième lieu, il révèle une exigence de plus en plus pressante des citoyens en faveur de la protection de leurs droits fondamentaux ou tout simplement, d'un traitement correct par les autorités publiques. En troisième lieu, revendiqué par l'État lui-même comme un symbole de sa vertu, il est un facteur puissant de légitimation de son pouvoir.

B) L'État de droit est aujourd'hui perçu comme excluant **la raison d'État**. L'expression n'a jamais eu de signification juridique précise, mais elle désignait des comportements de l'État justifiés par un intérêt politique supérieur, souvent occultes, et dont il n'avait pas à rendre compte, en particulier devant un juge. Ces comportements n'étaient pas nécessairement illicites mais ils pouvaient l'être. La raison d'État, qui répond à des considérations réalistes, n'a pas disparu mais elle a aujourd'hui si mauvaise presse que l'on n'imagine plus en France le pouvoir politique l'invoquer.

Elle passe en effet pour être synonyme de **pouvoir arbitraire**. Ce dernier n'a pas sa place dans le droit public puisqu'il s'exerce par des actes reposant sur

le seul bon plaisir de leur auteur et non sur des motifs de fait et de droit juridiquement admissibles et contrôlés.

C) Tout autre est le **pouvoir discrétionnaire**. Dans le vocabulaire juridique, le terme n'a rien de péjoratif. En droit international comme en droit interne, le pouvoir discrétionnaire est institué et limité par les normes en vigueur. Il est donc parfaitement juridique. Il y a pouvoir discrétionnaire lorsqu'une autorité publique dispose de la liberté d'appréciation juridiquement la plus large possible, ce qui ne signifie jamais une liberté totale. Cette situation, fort répandue, s'oppose à la **compétence liée** : la liberté d'appréciation de l'autorité est alors la plus réduite qui soit juridiquement concevable. En d'autres termes, le pouvoir discrétionnaire permet dans une situation de fait donnée le choix entre plusieurs solutions également licites, alors que la compétence liée en impose une et une seule.

2. Le respect du droit international public.

A) L'égalité souveraine des États est apparemment une difficulté. En réalité, c'est plutôt une chance : dans une perspective réaliste, ils ont intérêt à respecter le droit international afin d'en obtenir réciproquement le respect par les autres États. C'est notamment ce qu'exprime le principe ***pacta sunt servanda*** (les traités doivent être respectés et exécutés de bonne foi).

B) Que faire si un État manque à l'une de ses obligations internationales ou commet un acte internationalement illicite ? Il engage alors sa responsabilité internationale et s'expose à des sanctions. Elles peuvent émaner d'un ou de plusieurs autres États : mesures de rétorsion et contre-mesures (que l'on appelait naguère « représailles »). De plus en plus souvent, elles sont prises par ou dans le cadre des organisations internationales : ainsi des sanctions adoptées par l'ONU contre des États qui violent une règle du droit international.

C) Le droit international public impose le **règlement pacifique des différends internationaux** (les désaccords entre États). L'article 33 de la Charte des Nations unies en indique les procédés : « *négociation, enquête, médiation, arbitrage, règlement judiciaire, recours aux organismes ou accords régionaux, ou autres moyens pacifiques* », sans préjudice de

l'intervention spontanée ou sollicitée du Conseil de sécurité. Parmi ces procédés, beaucoup sont d'ordre diplomatique et peuvent régler le différend sans référence obligatoire au droit international. Seuls les procédés juridictionnels sont véritablement juridiques. Mais les tribunaux arbitraux et judiciaires peuvent statuer en équité (*ex æquo et bono*) si leur statut le permet et si les parties en sont d'accord. En revanche, faute de règles pertinentes à appliquer, ils doivent renoncer à statuer (règle du « *non-liquet* »).

L'efficacité du système bute sur la nécessité de l'accord des États, même pour saisir le juge. Une évolution se dessine pour rendre obligatoire pour les États membres d'une organisation internationale la compétence de l'organe de règlement des litiges qu'elle comporte : ainsi de la Cour de justice de l'Union européenne, de la Cour européenne des droits de l'homme ou encore des organes permanents de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce.

En tout cas, le droit international prohibe le **recours à la force armée**, sauf en cas de légitime défense devant une agression armée. Hormis ce cas, seul le Conseil de sécurité peut décider du recours à la force (en vertu du chapitre VII de la charte des Nations unies).

3. Le respect du droit de l'Union européenne

Le système est beaucoup plus élaboré et efficace qu'en droit international. Il vise autant à assurer le respect du droit de l'Union européenne par les organes de l'Union que par les États membres mais on ne parlera ici que de ces derniers.

A) Ils sont sous la surveillance constante non seulement des autres États membres, mais surtout de la Commission dont c'est l'une des missions principales, exercée de manière vigilante, voire tatillonne. En cas de manquement d'un État membre, elle entreprend les démarches nécessaires, puis si elles sont infructueuses, saisit la Cour de justice de l'Union européenne (à la compétence de laquelle les États ne peuvent pas se soustraire, comme on vient de le dire) d'une **action en manquement d'État** (l'action est également ouverte aux États membres mais ils s'abstiennent en pratique de l'exercer). Si la Cour constate le manquement, l'État doit bien sûr

se mettre en conformité ; sa passivité l'expose à d'importantes sanctions financières prononcées par la Cour. L'action de la Commission n'est pas systématique : elle dépend largement de considérations politiques.

B) Les particuliers (et les entreprises) peuvent agir pour obtenir le respect du droit de l'Union devant les **juridictions nationales**, lesquelles sont les juges de droit commun du droit de l'Union dans leur pays. Elles sont parfaitement aptes à en sanctionner seules la violation par une autorité nationale. Mais en cas de doute sur la portée de la règle communautaire, elles peuvent ou doivent selon les cas, solliciter l'opinion de la Cour de justice (« renvoi préjudiciel »). Dans cette hypothèse, cette dernière ne se prononce pas formellement sur le respect du droit de l'Union par l'État. Mais sa réponse au juge national contient implicitement une validation ou une condamnation de la pratique nationale qui a suscité la question.

C) Les particuliers n'ont pas d'accès direct à la Cour contre leur État. Ils ne peuvent qu'inviter soit la juridiction nationale à la saisir d'une question préjudicielle, soit la Commission à entreprendre une action en manquement. Ils n'y manquent pas !

D) Malgré des progrès récents, la France n'est pas un modèle de respect du droit communautaire, en particulier en raison du retard fréquent avec lequel elle transpose les directives communautaires dans son droit interne. Cela lui a valu de nombreuses condamnations pour manquement.

4. Le respect du droit public interne

Il nous paraît naturel que l'État, respecte le droit public qu'il fait et qui le fait. Pourtant, les juridictions françaises sont des organes de l'État et elles ne peuvent pas employer de forces de police contre lui ! Comment, dès lors, l'empêcher de s'affranchir du droit ?

Qu'il en éprouve la tentation et y succombe parfois est évident. Et en certains cas, impunément : on a déjà dit que l'effectivité de la hiérarchie des normes n'était pas parfaite (v. p. 52).

A) En vérité, le droit public est bien armé. Une longue tradition a inculqué à

l'État et à ses agents l'habitude de s'y conformer. Ils savent – ou devraient savoir – qu'il leur apporte plus d'avantages que d'inconvénients, de moyens d'action que de gêne ; il légitime leur existence et leurs décisions. Même s'ils ne le font pas par vertu, ils ont tout intérêt à le respecter. On doit cependant déplorer que l'administration française ait perdu une grande partie de la culture juridique qui contribuait à la qualité de son action.

En droit, on nomme **principe de légalité** la règle qui veut que toute autorité de l'État (et, plus largement, toute autorité administrative) agisse conformément aux règles qui s'appliquent à elle. C'est une garantie fondamentale de l'État de droit.

Le principe de légalité est conforté par un **principe hiérarchique** qui irrigue toute l'administration d'État. Il donne au supérieur, d'une part l'assurance que ses subordonnés agiront conformément à ses instructions, d'autre part, des moyens de contrôle et de correction pour y veiller.

D'autres formes de contrôle existent : de la part du Parlement, des corps d'inspection et de contrôle, et de plus en plus souvent, d'**autorités administratives ou publiques indépendantes**.

Au demeurant, l'État agit de manière publique : les citoyens, la presse, les associations l'observent avec attention et sont prompts à dénoncer toute dérive.

B) Et à saisir le juge ! Si elle a été en retard en matière de contrôle de constitutionnalité des lois, la France a promu le contrôle juridictionnel de l'administration le plus précoce et le plus intense au monde.

Toute action illégale de l'État peut donner lieu à une action devant le juge. Il y a bien quelques exceptions, mais elles sont devenues très rares. Il y a aussi de strictes conditions pour que l'action soit recevable : capacité et intérêt du requérant, délai pour agir..., ce pourquoi il est préférable de faire appel à un avocat, même dans les cas où son ministère n'est pas imposé par les textes ; mais elles n'empêchent pas le contrôle juridictionnel d'être efficace et rigoureux. Les actes administratifs illégaux sont **annulés** par le juge administratif à condition bien sûr qu'il en soit saisi, notamment par cette procédure simple qu'est le **recours pour excès de pouvoir**. Lorsque l'État

cause un dommage, il peut être condamné à indemniser la victime : en principe sa **responsabilité** n'est engagée que par une faute de sa part, mais il existe aussi des hypothèses où elle l'est sans faute.

Déjà performant, ce contrôle juridictionnel a fait récemment l'objet de progrès qui ont donné au juge administratif de nouveaux et importants pouvoirs. Ainsi, depuis 1995, il peut adresser à l'administration des **injonctions** (des ordres) pour assurer l'exécution de la chose jugée, alors que ce pouvoir lui échappait traditionnellement. Réformées en 2000 pour remédier à la lenteur souvent reprochée au juge administratif, les **procédures d'urgence** sont devenues très efficaces (et rudes pour l'administration) et sont utilisées abondamment : saisi d'un « référé suspension », le juge peut suspendre l'exécution de la décision administrative attaquée ; saisi d'un « référé liberté », il peut ordonner toute mesure nécessaire à la sauvegarde d'une liberté fondamentale.

II. – Le respect du droit public par les personnes autres que l'État

1. Les personnes publiques

Comme l'État, elles sont soumises au principe de légalité et au contrôle du juge administratif. Il en va d'ailleurs de même des quelques personnes privées dont les organes ont le statut d'autorités administratives (v. p. 26).

En revanche, leur personnalité morale les fait échapper au pouvoir hiérarchique étatique. Il est remplacé par un **contrôle administratif et financier**, moins étendu, que l'État exerce sur elles. On l'appelait naguère « **tutelle** », mais le mot disparaît peu à peu des textes.

Dans le cas des collectivités territoriales, ce contrôle est imposé par l'article 72 de la Constitution comme un contrepoids au principe qu'il pose de « libre administration des collectivités territoriales ». Sensiblement allégé par les lois de décentralisation adoptées depuis 1982, il est exercé par le

préfet, auquel leurs actes sont transmis : le préfet « défère » au tribunal administratif (ou, en matière budgétaire, à la Chambre régionale des comptes) ceux qu'il estime illégaux. Mais les préfets exercent le contrôle de légalité avec modération, ce qui nuit sensiblement à son efficacité.

Dans le cas des établissements publics, le contrôle a une intensité variable, parfois très léger, parfois très lourd.

Un point délicat doit être souligné : le droit international et le droit communautaire ne connaissent comme interlocuteurs que les États. Ces derniers doivent répondre des faits et actes illicites au regard de ces droits que les collectivités territoriales et les établissements publics peuvent commettre. Par exemple, si une région accorde une aide à une entreprise en méconnaissance du droit de l'Union européenne, cette aide sera considérée comme une « aide d'État » et c'est l'État (et non la région) qui fera l'objet d'une action en manquement. On comprend donc qu'il se montre vigilant envers les autres personnes morales. Cette exigence est un frein à la décentralisation. La difficulté est plus vive encore dans les pays dont les collectivités territoriales ont une autonomie plus grande qu'en France, *a fortiori* dans ceux qui, comme l'Allemagne, ont une structure fédérale : l'obligation pour le *Bund* (État fédéral) de répondre des errements des *Länder* (États fédérés) est un sujet épineux !

2. Les personnes privées

Payer des impôts, exercer une activité soumise à une réglementation de police, obtenir une autorisation, utiliser un service public, etc., autant d'occasions pour les personnes privées (individus, associations, sociétés...) de respecter les règles du droit public... ou de les violer.

A) Ces règles sont très souvent émises et modifiées unilatéralement par les personnes publiques. Elles n'en sont pas moins obligatoires pour les personnes privées : l'administration dispose du **privilège du préalable** qui la dispense d'obtenir le consentement des administrés ou l'accord du juge. Dès que les décisions administratives ont fait l'objet de la publicité requise, elles sont opposables aux administrés, quoiqu'ils puissent en penser. Même convaincus de leur illégalité, ils doivent les respecter sauf s'ils obtiennent

leur suspension par le juge administratif (en référé) et ultérieurement leur annulation. Inversement, ils peuvent tout autant opposer ses propres décisions à l'administration.

Ce principe rigoureux et nécessaire est souvent mal compris ou mal accepté : les personnes privées ont de plus en plus tendance à se faire juges de l'opportunité d'observer une règle qui s'impose à elles, à invoquer des considérations personnelles ou morales contre les considérations légales, à prétendre se dispenser d'appliquer les décisions administratives « prises sans la moindre concertation » selon une expression souvent employée.

Juridiquement, elles ne peuvent qu'avoir tort. Cependant, le droit tient compte de ces aspirations en multipliant les procédures obligatoires préalables à la décision administrative (avis, enquête ou débats publics, consultations diverses...). Même lorsqu'elle n'y est pas obligée, il est fréquent que l'administration informe, sollicite des observations ou négocie avant d'agir. Il lui arrive aussi de retirer une réglementation par trop contestée par l'opinion publique, voire – et c'est plus fâcheux pour ce que l'on nomme État de droit – de fermer les yeux sur leur violation.

B) Ne pas respecter les règles du droit public expose à des **sanctions administratives**, juridiques (telles que le retrait d'une autorisation) ou financières (une pénalité). Du moins si elles sont prévues ; c'est généralement le cas, mais pas toujours : le vote, par exemple, est un devoir civique non sanctionné.

La matière est en pleine évolution. La distinction classique et subtile entre la mesure de police et la véritable sanction (entourée de garanties plus fortes) s'estompe. Sous l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le régime de la sanction évolue vers une procédure que l'on dit « quasi juridictionnelle ». Techniquement, l'expression ne signifie rien. Mais symboliquement, elle répond au désir compréhensible des personnes menacées de sanction d'être traitées avec le respect qu'elles attendent des pouvoirs publics. Textes et jurisprudence français améliorent actuellement non tant la procédure (déjà exigeante : obligation d'informer l'intéressé, de lui communiquer son dossier, d'entendre – ou de lire – ses arguments), que les garanties d'impartialité de l'organe de décision. Mesures de police et sanctions sont toujours susceptibles d'un recours juridictionnel.

Cette évolution en faveur de **l'impartialité de l'administration** touche particulièrement les « autorités de régulation », notamment celles qui sont indépendantes du gouvernement et qui peuvent infliger des sanctions très lourdes aux entreprises : ainsi de l'Autorité de la concurrence, de l'Autorité des marchés financiers, de la Commission de régulation de l'énergie, de l'Autorité de régulation des communications électroniques et de la poste, du Conseil supérieur de l'audiovisuel, etc.

C) Des **sanctions pénales** existent aussi. Les condamnations ne peuvent intervenir que si la violation de la règle de droit public constitue une infraction prévue par les textes (principe de « légalité des délits »). Elles sont prononcées par le juge pénal avec toutes les garanties qu'offre la procédure pénale.

D) Le recours à la contrainte, voire à la force publique, est-il possible envers les récalcitrants ? C'est la question de **l'exécution forcée**. La réponse, apportée il y a un siècle, par la jurisprudence, est libérale dans son principe. Il faut que « force reste à la loi », mais l'exécution forcée n'est possible que si un texte la prévoit, ou, à défaut, après condamnation pénale. Elle doit être précédée d'une mise en demeure infructueuse et rester proportionnée à ce qui est nécessaire. Cependant, et raisonnablement, ces limites et ces précautions cèdent en cas d'urgence.

Troisième partie

Troisième

Les branches du droit public

La première partie a insisté sur l'unité du droit public. La seconde a montré que son effectivité mêlait unité de conception et diversité de mise en œuvre. Il s'agit maintenant d'en présenter l'élément principal de diversité.

Le droit public est divisé en branches. Le programme actuel de l'agrégation de droit public en donne la liste. Il comporte les matières suivantes :

- droit constitutionnel, institutions politiques et vie politique ;
- droit administratif et science administrative ;
- finances publiques et droit fiscal ;
- droit international public et relations internationales ;
- droit communautaire et européen ;
- théorie du droit ;
- histoire des idées politiques.

Nous nous inspirerons de cette présentation, sans cependant traiter de la théorie du droit et de l'histoire des idées politiques : si elles représentent un savoir indispensable à la compréhension du droit public, elles ne lui sont pas propres et surtout, elles ne forment pas un corps de règles positives.

C'est au niveau de ses branches que le droit public acquiert la précision qui le rend véritablement opératoire. Dans la pratique juridique, on n'applique pas le droit public en lui-même mais l'une de ces branches : on « fait » du droit international, du droit constitutionnel, du droit administratif... Chacun d'eux a son corps de règles particulier qui s'inspire du droit public commun, mais le met en œuvre à sa manière ; chacun a aussi

son appareil juridictionnel propre.

La présentation qui suit n'est aucunement un résumé des différentes branches. Elle ne reviendra pas sur ce qui en a déjà été dit dans les parties précédentes, auxquelles le lecteur est prié de se reporter pour en avoir une vision, sinon complète, du moins large. Elle se bornera à présenter l'objet, les caractères et les évolutions de chaque droit.

Ce mot « droit » a une double signification : il désigne à la fois un ensemble de règles et l'étude (ou la pratique) de cet ensemble. C'est à ce double sens que nous l'entendrons ici.

On regroupera les branches du droit public en trois groupes : les droits de l'existence de l'État (chapitre I), ceux du fonctionnement de l'État (chapitre II) et les droits européens (chapitre III).

Chapitre I

Les droits de l'existence de l'état

On réunit ici le droit international public et le droit constitutionnel, car ils ont, un caractère fondateur que les autres branches du droit public n'ont pas au même degré. En effet, ils sont typiquement des droits de la souveraineté. On a vu qu'elle ne pouvait être contrainte par aucune force supérieure. Ces droits reposent donc sur une volonté de vivre ensemble que l'analyse sociologique du droit met particulièrement en valeur : volonté des États dans le cas du droit international public, volonté du peuple ou de la nation dans le cas du droit constitutionnel.

I. – Le droit international public

1. Caractères.

A) Le droit international public est la seule branche du droit public à avoir une **vocation universelle** : il doit offrir un langage juridique commun à tous les États du monde. C'était déjà le cas du « droit des peuples » (*jus gentium*), expression sous laquelle on l'a désigné jusqu'au xviii^e siècle. Jusqu'à la fin du xix^e siècle, « universel » renvoyait au concert des nations civilisées d'Europe et d'Amérique : les autres régions du monde n'avaient pas voix au chapitre. Elles l'ont aujourd'hui mais nombre d'États et d'associations (dont le mouvement altermondialiste) reprochent au droit international, comme un péché originel, ses racines chrétiennes, occidentales et capitalistes.

B) Le droit international public entretient des rapports essentiels et délicats avec la **souveraineté étatique**. Il lui faut des doigts de fée pour l'affirmer, l'utiliser et la soumettre à ses règles. Car en l'absence de « gendarme

mondial », tout doit se faire avec l'accord des États (c'est-à-dire, de leurs gouvernants), en particulier les traités (qui n'ont d'effet qu'entre les « Hautes parties contractantes » et auxquels celles-ci peuvent apporter des « réserves ») et les recours à un arbitre ou à un juge.

De leur égalité souveraine découle le **principe de non-intervention dans les affaires intérieures des États**. Ce principe est nuancé au nom d'une **responsabilité de protéger (sommet mondial de 2005) qui remplace le droit d'ingérence humanitaire inventé par un Français, Bernard Kouchner, à la fin du XIX^e siècle**. Il revient à chaque État de protéger sa population contre le génocide, les crimes de guerre, le nettoyage ethnique et les crimes contre l'humanité mais s'il manque à cette obligation, il revient aux autres États, dans le cadre de l'ONU, d'intervenir.

Ces ingérences se distinguent (parfois difficilement) d'interventions dictées avant tout par l'intérêt politique d'un État puissant (les anciennes puissances coloniales à une époque, les États-Unis d'Amérique aujourd'hui, notamment pour lutter contre le terrorisme). En principe, de telles interventions doivent être couvertes par des organisations internationales et en premier lieu, par l'ONU. Mais c'est sans l'accord du Conseil de sécurité (où la Chine, la France et la Russie menaçaient d'opposer leur *veto*) qu'une coalition dirigée par les États-Unis a envahi l'Irak en 2003.

C) Le droit international public repose sur un **équilibre des relations internationales** qui a permis de faire cohabiter, puis collaborer les souverainetés étatiques pour assurer la paix, ou plus largement, la sécurité collective. Cet équilibre n'est pas une règle de droit mais une situation de fait que le droit constate, protège ou fait évoluer. Implicitement, il repose sur les États les plus puissants qui forment une sorte de directoire innommé : les cinq membres permanents du Conseil de sécurité de l'ONU (dont la France) qui sont seuls à disposer chacun d'un droit de *veto*, ou les différents « groupes » d'États importants dont les dirigeants se réunissent régulièrement pour traiter de la situation économique mondiale (en particulier, le G 20 : 19 pays dont la France, et l'Union européenne). L'histoire montre que cet équilibre est à la fois stable et fragile. Il connaît de grands ébranlements qui signent l'acte de décès de la situation antérieure et en instaurent une nouvelle, généralement source de mutations pour le droit international.

On considère les traités de Westphalie (1648) qui mirent fin à la guerre de Trente ans, comme l'acte de naissance du droit international moderne. L'Acte final du Congrès de Vienne (1815) est le premier traité collectif de l'histoire. Ils ont, dans les deux cas, mis en place un système interétatique européen qui s'avérera durable.

Après la première guerre mondiale, le traité de Versailles (1919) s'efforce d'instituer un système reposant sur la première organisation mondiale tournée vers le maintien de la paix, la Société des Nations. Il échouera, notamment du fait du refus des États-Unis de participer à la sdn, dont leur président, Wilson, avait pourtant pris l'initiative.

Après la seconde guerre mondiale, l'entreprise est reprise sur des bases plus ambitieuses encore, avec la création de l'Organisation des Nations unies et de nombreuses autres organisations.

C'est toujours selon le système de 1946 que nous vivons. Malgré ses difficultés et ses échecs, il a été extraordinairement fécond : il a évité que la guerre froide entre les blocs de l'Est et de l'Ouest ne dégénère en troisième guerre mondiale. Devenu universel, il fonde une société internationale, inachevée mais véritable.

Si la chute du mur de Berlin (1989) a mis fin aux tensions Est/Ouest, d'autres se sont aggravées, notamment dans les relations Nord/Sud. Et le « 11 septembre » (2001) a montré qu'aucun État n'était à l'abri du terrorisme international.

D) Le droit international public s'est longtemps mu dans un **espace juridique clos**, celui des relations entre puissances souveraines. Son appareil de règles l'isolait au sein du droit public. Pour lui, l'État (ou son gouvernement) était une structure globale qui absorbait ses composantes. Il n'avait guère de rapports avec le droit interne : ses règles n'y étaient pas applicables ou peu ; inversement, les règles internes étaient pour lui de simples faits. Cette analyse dualiste classique reste vraie mais perd de sa vigueur : l'écran de la souveraineté est de moins en moins étanche, dans les deux sens. Comme on l'a déjà dit, les interrelations entre l'ordre international et l'ordre interne s'intensifient (v. p. 18 et p. 50).

2. Enrichissement.

A) L'extension des matières qui entrent dans le **champ du droit international public** est constante, comme le montrent la multiplication et la diversité des instruments internationaux. Naguère droit des relations diplomatiques ou belliqueuses entre États (ce qu'il est toujours), il est aussi un droit de la gestion des grands espaces (la mer, l'Antarctique, l'espace extra-atmosphérique, la ressource hertzienne...) et devient un droit de valeurs considérées comme relevant d'une sorte de patrimoine commun de l'humanité. Les objectifs qu'il poursuit se diversifient : la paix bien sûr, mais aussi les droits de l'homme, le développement et la croissance économiques, les relations commerciales (par ex., les accords de Marrakech de 1994 qui ont institué l'Organisation mondiale du commerce), la protection de l'environnement (par ex., le protocole de Kyoto de 1997 sur la réduction des émissions de gaz à effet de serre), etc.

B) **L'approfondissement des méthodes** du droit international public est spectaculaire depuis la seconde moitié du xxe siècle.

Sans revenir sur ses sources et ses règles (v. p. 48 et 50), il faut noter que longtemps plus diplomatique que juridique, la matière connaît une mutation assez impressionnante. Ses règles sont loin d'avoir la rigueur normative du droit interne et mettent souvent beaucoup de temps à s'appliquer, notamment du fait de la nécessité d'un nombre minimal de ratifications pour qu'un traité entre en vigueur (un traité signé par un État ne s'impose à lui que s'il le ratifie ensuite, ce qu'il n'est pas tenu de faire), mais elles ont sensiblement gagné en cohérence, en précision et en effectivité. La **Commission du droit international**, créée par l'ONU en 1947 joue un rôle discret mais important.

Le **foisonnement des organisations internationales**, régionales ou mondiales, lui permet d'échapper en partie au colloque singulier des États. La plus importante est bien sûr l'Organisation des Nations unies, dont le siège est à New York.

La **juridictionnalisation** des relations internationales est caractéristique de l'évolution contemporaine. Le recours à une cour de justice s'est ajouté plus que substitué à l'arbitrage international. La **Cour internationale de justice**

(La Haye) est « *l'organe judiciaire principal des Nations unies* » (art. 92 de la Charte). Elle ne peut être saisie que si les États parties au différend acceptent sa compétence. Ses arrêts n'ont qu'une autorité relative de chose jugée (n'étant obligatoires que pour les parties), mais, joints à ses avis consultatifs et aux arrêts de la Cour permanente de justice internationale (créée en 1920 et à laquelle elle a succédé en 1945), ils forment une jurisprudence peu abondante mais très précieuse pour l'application et l'évolution du droit international.

L'émergence d'un **droit international pénal** illustre de manière particulièrement nette les tendances du droit public que nous avons déjà signalées : érosion des souverainetés, ouverture vers les individus, protection des droits fondamentaux, juridictionnalisation. Il a son origine dans les procès faits par les Alliés aux criminels de guerre allemands (à Nuremberg) et japonais (à Tokyo). En 1993 et 1994 ont été créés des tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie (La Haye) et le Rwanda (Arusha). En 2002, est entrée en vigueur la convention de Rome du 17 juillet 1998 (que la France a ratifiée, contrairement aux États-Unis, à la Russie ou à la Chine) : elle institue la **Cour pénale internationale** (La Haye). Celle-ci connaît des crimes – imprescriptibles – de génocide, contre l'humanité, de guerre, d'agression. Elle juge des personnes physiques (et non les États eux-mêmes ; la notion de « crime d'État », envisagée par la Commission du droit international, n'a d'ailleurs pas été retenue) ; parmi elles peuvent se trouver des dirigeants politiques, auxquels leur qualité officielle ne peut conférer aucune immunité envers la Cour. Cependant, la compétence de la Cour n'est que subsidiaire, puisqu'elle ne peut pas examiner une affaire qui donne lieu à enquête ou poursuites dans un État compétent. Le fonctionnement de la justice pénale internationale suscite actuellement de vives critiques.

II. – Le droit constitutionnel

1. La constitution.

A) En adoptant une constitution, le souverain (monarque, peuple, nation...) fait un acte fondateur : il **institue** l'État, par une manifestation de volonté qui

s'impose à l'intérieur et à l'extérieur du pays. La constitution est la loi suprême, devant laquelle, en France du moins, toute autre règle doit céder (v. p. 51). C'est dire qu'il n'y a pas en droit constitutionnel français positif de norme *supra* constitutionnelle. Reposant sur la constitution, toutes les branches du droit ont dans l'ordre interne, des bases constitutionnelles.

B) Autant le droit international public a une vocation universelle, autant le droit constitutionnel se développe dans un cadre strictement national. Les modèles varient fortement d'un pays à l'autre malgré une tendance actuelle à leur convergence.

La constitution peut fort bien ne pas être écrite (cas de la France d'Ancien régime ou du Royaume-Uni aujourd'hui encore), mais elle l'est le plus souvent, ce qui n'empêche pas sa pratique de s'écarter parfois du texte au profit de « conventions de la Constitution » (selon l'expression du Pr Pierre Avril). Si elle a toujours pour objet principal d'organiser le pouvoir politique et d'instituer les organes législatif, exécutif et judiciaire, elle le fait avec plus ou moins de détails. Comportant ou non une déclaration de droits, courte ou longue, stable ou souvent amendée ou remplacée, elle varie fortement dans le temps et l'espace.

Depuis celle de 1791, la France n'a pas connu moins de 13 constitutions, républicaines, consulaires ou monarchiques. Notre constitution actuelle, celle du 4 octobre 1958, occupe déjà le deuxième rang par ordre de longévité. Mais elle a été souvent révisée.

C) On distingue la **constitution formelle** (le texte même de la constitution) et la **constitution matérielle**, qui comprend toutes les règles qui ont valeur constitutionnelle. La France a longtemps pratiqué la première avant d'adopter la seconde. Cet enrichissement considérable résulte de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, à partir d'une célèbre décision du 16 juillet 1971 relative à la liberté d'association. Les articles du texte de 1958 sont riches en dispositions de compétence et de procédure, mais pauvres en règles de fond. Pour disposer de meilleurs instruments de contrôle de la constitutionnalité des lois et mieux protéger les droits fondamentaux des citoyens, le Conseil a bâti une « **sphère (ou bloc) de constitutionnalité** » dont toutes les composantes sont situées au niveau constitutionnel de la hiérarchie des règles.

On y trouve outre le texte de la constitution et celui de la charte de l'environnement, la déclaration de 1789, le Préambule de la constitution de 1946, les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, un principe général du droit (celui de la continuité des services publics) et, dans des conditions moins assurées, les lois organiques. C'est ainsi un ensemble très important de « droits et libertés que la constitution garantit » (selon l'expression de l'article 61-1 de la constitution, relative à la qpc – v. p. 53).

2. Droit constitutionnel, science politique, contentieux constitutionnel, philosophie politique.

A) La première chaire de droit constitutionnel française a été créée en 1834. Les contours de la matière se sont fixés autour d'un noyau stable : l'État, les différents régimes politiques, les principales constitutions étrangères, l'histoire constitutionnelle française, la constitution actuelle de la France auxquelles on ajoute parfois les libertés publiques ou, aujourd'hui, la protection des droits fondamentaux. De manière plus précise, sont étudiés la dévolution du pouvoir (notamment dans les démocraties, le suffrage et les modes de scrutin), sa répartition entre les organes constitutionnels (parlement, chef de l'État, gouvernement), les moyens des uns sur les autres (investiture du gouvernement ; présence ou absence d'une responsabilité politique du gouvernement devant le parlement, d'un droit de dissolution par l'exécutif des assemblées parlementaires...). Cette présentation classique a le mérite d'être précise et l'inconvénient d'être statique.

B) Elle a connu des enrichissements successifs. Le premier est venu de la **science politique**. Science du pouvoir, elle ne pouvait que rencontrer ce droit du pouvoir qu'est le droit constitutionnel. La rencontre, dans le deuxième tiers du xxe siècle, a été houleuse ! En mettant l'accent sur le jeu des partis politiques et des groupes de pression, sur la sociologie électorale et le comportement des électeurs, sur les influences personnelles et le rôle des circonstances, bref sur la vie politique dans son sens le plus large, la science politique a certes conféré un dynamisme nouveau au droit constitutionnel. Mais elle en réduisait aussi l'utilité en sous-entendant que la pratique politique avait plus d'importance que les règles constitutionnelles. L'intitulé

Droit constitutionnel et institutions politiques donné à de nombreux ouvrages, a été le signe d'un apaisement. La pression de la science politique s'est morcelée. Un courant majoritaire s'est orienté vers la sociologie, s'éloignant du droit. Un autre s'en est au contraire rapproché en le faisant bénéficier de ses apports.

C) Un autre apport a été celui du **contentieux constitutionnel** (auquel sont consacrés des ouvrages spécifiques). On peut le faire remonter à la jurisprudence de la Cour suprême américaine dès le début du XIX^e siècle. Mais l'expression est récente. Elle est apparue avec la généralisation des cours constitutionnelles. En France, la création du Conseil constitutionnel par la constitution de 1958 a été une innovation considérable. Sa jurisprudence sur la constitutionnalité des lois n'est pas très abondante (environ, 650 décisions au titre de l'article 61 et déjà, 300 sur des qpc), mais elle a une grande importance politique et juridique.

D) Un autre enrichissement du droit constitutionnel résulte de la philosophie du droit, dans une perspective volontiers historique. Elle s'ajoute à une dimension comparative ancienne : les « constitutionnalistes » sont d'inlassables classificateurs de régimes politiques dans le temps et l'espace.

Les manuels de droit constitutionnel les plus récents intègrent ces différents apports, notamment autour de la notion de peuple considéré comme un corps politique homogène (« constitution démotique » : V. Constantinesco et S. Pierré-Caps). Souvent objet de changements de perspectives et de controverses doctrinales, la matière a gardé son caractère fondamental.

3. À propos de la Constitution française du 4 octobre 1958. – Voulue (mais pas dictée) par le général de Gaulle, c'est un texte de synthèse qui mêle respect de la tradition républicaine française, emprunts historiques divers et innovations, souvent – mais pas exclusivement – destinées à mettre fin au « régime des partis » qui fut fatal aux III^e et IV^e Républiques. Elle instaure un régime original, qui échappe aux modèles classiques du régime d'assemblée et du régime présidentiel : on parle de « **régime semi-présidentiel** », qui combine l'élection du président de la République au suffrage universel (apparue en 1962) avec la responsabilité politique du gouvernement devant l'Assemblée nationale et le droit, pour le président, de dissoudre cette dernière.

Son inspiration d'origine est assez antiparlementaire : en particulier, elle borne la compétence du Parlement à une liste limitative de « matières législatives » (art. 34) ; elle permet en outre à l'exécutif de le « court-circuiter », soit par des ordonnances prises dans ces matières (article 38, très souvent mis en œuvre), soit par un référendum rarement utilisé (art. 11, et pour réviser la constitution, art. 89). Mais le parlement a récupéré en pratique une très large compétence et reçu avec la réforme constitutionnelle de 2008 de nouveaux moyens d'action.

Plus que ceux du législatif et de l'exécutif, ce sont les rapports, au sein de ce dernier, entre le président de la République et le premier ministre, qui posent durablement problème. C'est vrai non seulement des périodes de « cohabitation » que nous avons connues à plusieurs reprises depuis 1986 mais aussi lorsque les deux autorités sont de la même couleur politique. Il est en effet difficile de combiner les pouvoirs propres que la constitution donne au président (son « domaine réservé ») et la présidentialisation du régime (accentuée avec la réduction en 2000 du mandat du président de sept à cinq ans) avec la double affirmation que le « *gouvernement détermine et conduit la politique de la Nation* » (art. 20) et que « *le premier ministre dirige l'action du gouvernement* » (art. 21).

Notre constitution est solide et techniquement efficace. Tous ses mécanismes, même les plus originaux, ont fonctionné, parfois dans des circonstances difficiles. Ni l'hégémonie d'un parti (de droite ou de gauche) ni la « cohabitation » ne l'ont paralysée. On lui a reproché d'être trop gaulliste : elle a survécu au gaullisme ; d'être rigide : elle a été amendée et s'est accommodée de pratiques diverses ; d'être peu démocratique : elle a permis les « alternances » politiques ; de trop protéger les gouvernants : le statut pénal des ministres (art. 68-1 : Cour de justice de la République) et celui du président de la République (art. 67 : Haute Cour) ont été précisés ; d'être exclusivement technique : la sphère de constitutionnalité a accueilli les droits fondamentaux ; d'être peu européenne : elle s'est ouverte au droit de l'Union européenne...

Elle reste cependant critiquée au point que l'on évoque de manière récurrente (et prématurée) la perspective d'une VI^e République. Mais ces critiques s'adressent moins à ses règles qu'à la pratique politique ou au discrédit dont

souffre le personnel politique dans l'opinion publique.

Une constitution doit évoluer, mais il ne faut pas jouer avec elle à l'occasion d'émotions conjoncturelles : le quinquennat était sans doute une réaction hâtive aux inconvénients de la cohabitation, car on a fait une règle d'un hasard (la coïncidence des élections présidentielles et législatives en 2002). A-t-on suffisamment mesuré que la concomitance des élections présidentielles et législatives pouvait à tout moment se rompre sur des événements que l'on a déjà connus : dissolution de l'Assemblée nationale, démission ou décès du président ?

Chapitre II

Les droits du fonctionnement de l'Etat

Les droits international et constitutionnel peuvent paraître lointains au citoyen, qui n'a accès directement ni aux juridictions internationales ni au Conseil constitutionnel.

Les droits administratif et financier sont des droits de proximité. Ils règlent quotidiennement le fonctionnement de l'État et des autres personnes morales de droit public. L'administré et le contribuable ont avec eux des contacts constants.

I. – Le droit administratif

1. Origines

On l'a déjà dit (v. p. 35), l'arrêt du Tribunal des conflits du 8 février 1873 *Blanco* et ceux qui l'ont suivi ont posé le principe de l'inapplication du droit privé aux relations administratives. Mais où trouver les règles qui leur seront appliquées ? Dans des lois spéciales à l'administration ? Il y en avait, mais peu et ponctuelles. Là où elles manquaient, le juge administratif a dû forger lui-même les règles dont il ferait usage. Il observe en effet le principe de l'article 4 du Code civil qui interdit au juge de refuser de juger « *sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi* ». Cette règle fait que, s'il existe parfois des « vides législatifs », il n'y a jamais de « vide juridique » en droit français, car une réponse juridictionnelle est toujours

possible (c'est une règle différente du « *non-liquet* » du droit international public : v. p. 74).

La part la plus importante du droit administratif résulte donc de la jurisprudence administrative, c'est-à-dire de l'ensemble des décisions de la juridiction administrative (v. p. 27), et tout particulièrement, du Conseil d'État.

Ce **caractère prétorien** reste caractéristique de la matière. Elle s'est développée au hasard des recours adressés au juge, donc à partir des cas concrets qu'il avait à résoudre : elle est vivante et réaliste. Mais, elle n'a jamais été pensée comme un tout par le législateur : elle est difficile à synthétiser. Revendiquant son empirisme, le juge administratif s'est souvent exposé à la critique des « faiseurs de systèmes » (selon une expression de J. Rivero).

Cette jurisprudence est dominée par un souci **d'équilibre**, entre l'intérêt général et les intérêts privés, entre les pouvoirs dont a besoin l'administration et les droits et garanties des administrés. Conscient de la faiblesse de tout juge face à l'État, le juge administratif a procédé prudemment mais avec une remarquable continuité dans l'approfondissement du contrôle qu'il exerce sur l'administration. Aujourd'hui, si l'intensité de ce contrôle varie avec le degré de liberté d'appréciation que le juge entend laisser à une autorité administrative, ce contrôle est devenu dans l'ensemble si strict que l'on reproche parfois au juge de se substituer à l'administration. Corrélativement, tout au long du xxe siècle, les droits des administrés n'ont cessé de progresser face aux prérogatives de puissance publique des personnes publiques.

Le droit administratif peut-il rester indéfiniment jurisprudentiel ?, se demandait le doyen Georges Vedel en 1980. Le temps des grandes constructions est sans doute passé. Beaucoup d'innovations sont hors de la portée de la jurisprudence. Dans son rôle de producteur de règles du droit administratif, le Conseil d'État a de redoutables concurrents : le droit constitutionnel, les droits européens, et même le droit international. Le législateur, qui s'était longtemps borné à codifier la jurisprudence ou à des interventions limitées, adopte aujourd'hui des mesures de grande ampleur qui remettent parfois en cause les solutions issues de la jurisprudence.

Néanmoins, c'est toujours sur les principes affirmés par la jurisprudence que vit la matière. Le juge garde un rôle éminent pour accueillir les règles nouvelles qui viennent d'ailleurs et les appliquer aux affaires dont il est saisi ; par le « dialogue des juges », il veille à ne pas se mettre en opposition avec la jurisprudence des autres juridictions françaises et européennes dont il n'hésite plus à s'inspirer. Il reste le grand « authenticateur » du droit administratif. En outre, il réoriente son office vers les conséquences concrètes des décisions administratives et juridictionnelles pour les personnes concernées et l'effectivité de leurs droits et obligations. C'est une évolution significative qui ne révolutionne pas en apparence le droit administratif mais qui l'enrichit et le modernise sensiblement, tout en le rendant plus complexe et moins prévisible.

La **fonction consultative du Conseil d'État**, souvent méconnue de l'opinion publique, est aussi importante pour l'évolution du droit que sa fonction juridictionnelle. Le Conseil donne, obligatoirement (par exemple sur tout projet de loi) ou facultativement, des avis au gouvernement (voire au parlement). Sa compétence est ici beaucoup plus large qu'au contentieux : elle s'étend notamment au droit privé.

2. Objet

L'un des inconvénients de son caractère prétorien est que l'on n'a jamais pu s'entendre sur le critère de l'application du droit administratif et de la compétence du juge administratif (v. p. 24).

On en connaît l'étendue, encore qu'elle varie souvent : le droit administratif règle l'organisation des services de l'État et des autres personnes morales de droit public, leurs relations et celles qu'ils entretiennent avec les personnes privées. Mais on n'a pas été au bout de la logique de l'arrêt Blanco : bien des aspects de l'activité des personnes publiques sont régis par le droit privé, tandis que celle des personnes privées l'est parfois par le droit administratif (en partie du moins) (v. p. 26).

Il y a toujours quelque chose de déconcertant dans le droit administratif. Il est difficile à enseigner et à comprendre. Privé du support linéaire d'un code, il ressemble pédagogiquement à un cercle : on peut en commencer l'étude par

n'importe quel point et parcourir la circonférence sans que cela soit jamais ni absurde ni entièrement satisfaisant. La diversité des plans suivis par les manuels le montre.

Du moins sait-on ce qui se trouve sur le cercle. L'enseignement du **droit administratif général** évoque son évolution, ses acteurs, ses règles, les actes de l'administration, les missions de celle-ci et sa responsabilité.

Autour du droit général gravitent des **droits administratifs spéciaux** : droit de la fonction publique, droit administratif des biens (expropriation pour cause d'utilité publique, travaux publics, domaine public), droit de l'urbanisme, libertés publiques ou droits fondamentaux... On assiste à une multiplication de ces droits spéciaux, généralement partagés entre le droit public et le droit privé : droits de l'environnement, de l'économie, de la santé... Le droit administratif y gagne en précision et en adaptation à la réalité ce qu'il y perd en unité et en simplicité qui n'ont, il est vrai, jamais été ses qualités dominantes.

Le **droit du contentieux administratif** a une importance particulière du fait du caractère prétorien du droit administratif. Il s'attache aux règles d'organisation, de compétence interne et de procédure en vigueur dans la juridiction administrative et aux pouvoirs du juge (depuis 2000, la plupart d'entre elles sont codifiées dans le Code de la justice administrative).

Le droit administratif est éclairé par la **science administrative**. Étudiant l'administration et le droit qu'elle « produit » comme un phénomène politique, sociologique ou « managérial », elle révèle l'idéologie qui le sous-tend.

3. Avenir

Discipline très vivante, le droit administratif bouge en permanence.

A) Il repose cependant sur des notions stables qui le structurent depuis les débuts de la III^e République. L'**intérêt général** justifie et limite l'action administrative. C'est un postulat que, sans s'opposer nécessairement à eux, il s'impose aux intérêts privés. Fonctionnelle, politique au meilleur sens du

terme, évolutive, la notion ne peut être définie autrement que par la satisfaction des besoins de la population. Le **service public (ou service d'intérêt général)** est une activité prise en charge par les personnes publiques pour assurer cette satisfaction, qu'elles l'exercent elles-mêmes ou qu'elles la délèguent à des entreprises privées. La **puissance publique** désigne les moyens et procédés nécessaires à l'efficacité des personnes et services publics ; elle s'exprime par des **prérogatives (proches des « droits spéciaux et exclusifs » dans le vocabulaire du droit de l'Union européenne)** dont les personnes privées ne disposent normalement pas et au premier rang desquelles se trouve le pouvoir de contraindre les administrés par des actes unilatéraux.

B) Le droit administratif est-il menacé ? La « crise » de telle ou telle de ses notions est pour lui une habitude qui prête même à plaisanterie ! Mais son effort d'adaptation va aujourd'hui de pair avec de lourdes remises en cause : intérêt général, service public et puissance publique perdent, aux yeux de beaucoup, l'évidente pertinence de naguère.

Des défis permanents qu'il doit affronter, quatre retiennent particulièrement l'attention.

Le premier est **structurel**. Le droit administratif s'est édifié selon une structure fondamentalement binaire : ses distinctions et sous-distinctions vont par deux. C'est simple, solide, rigide. Mais il s'avère de plus en plus difficile de faire entrer dans deux catégories seulement l'extrême diversité des situations et des pratiques administratives. Il en faut sans doute davantage pour adapter la règle au fait (mais cet avis n'est pas partagé par tous les auteurs). Ainsi, toutes les activités administratives relevaient traditionnellement soit de la police administrative (qui a pour objet la protection de l'ordre public), soit du service public (qui a pour objet la satisfaction des autres intérêts généraux) : il paraît raisonnable aujourd'hui de faire apparaître une troisième catégorie, la régulation. De même, au sein des manifestations de volonté de l'administration, il convient à notre avis de faire place, à côté des actes administratifs unilatéraux et des contrats administratifs, à une catégorie nouvelle, les mesures d'orientation. Il ne s'agit pas de pure spéculation intellectuelle car des règles précises sont associées à chacune des catégories.

Le deuxième défi est celui de la **normativité**. Droit de la puissance publique, le droit administratif a toujours été plus à l'aise avec les normes impératives qu'avec les normes indicatives, avec le commandement qu'avec l'incitation. Ainsi, il a toujours eu du mal à analyser les circulaires dont l'administration fait un grand usage. Or, les normes souples (*soft law*) se multiplient et posent bien des difficultés de traitement juridique. La question n'est pas rhétorique : il s'agit de savoir dans quelle mesure ces normes créent des droits et des obligations. La réponse est variable et incertaine.

Le troisième défi concerne ses **relations de l'administration avec les personnes privées**. Il s'agit de les traiter non plus en administrés mais en citoyens ou mieux, en personnes, non plus en usagers de service public mais en clients. Des lois récentes ont fait faire de grands progrès à la **procédure administrative non contentieuse**, mais ils sont sans doute insuffisants. Entre l'autorité qui est indispensable et le dialogue qui ne l'est pas moins, l'administration peine à trouver le ton juste.

Le dernier défi tient à **l'intervention publique dans l'économie**. Quels rapports les pouvoirs publics doivent-ils entretenir avec le marché ? Déréglementation et privatisations ont renouvelé cette vieille question. Les règles du droit de la concurrence modifient le droit administratif : elles s'appliquent aux personnes publiques lorsqu'elles se procurent des biens et des services sur le marché (ce que l'on nomme aujourd'hui « la commande publique »), lorsqu'elles en offrent (comme « opérateurs ») et aussi lorsqu'elles réglementent le marché (comme « régulateurs »). En outre, le principe de séparation des opérateurs et des régulateurs (venu du droit de l'Union européenne) impose une redistribution des compétences et des pouvoirs au sein de l'administration, au profit notamment d'autorités de régulation indépendantes du gouvernement.

II. – Le droit financier

Portant sur les recettes et les dépenses de l'État et des autres personnes morales de droit public, le droit financier est pleinement du droit public. Il en est même l'une des branches les plus anciennes (à ce titre, il a lui aussi un caractère fondateur de l'État) : la distinction du domaine royal et des finances

personnelles du roi a contribué, dès le Moyen Âge, à l'émergence de l'État ; le consentement à l'impôt a préfiguré le parlementarisme.

1. **Le droit fiscal** contient les règles relatives aux « impositions de toutes natures » (selon l'expression de l'article 34 de la Constitution de 1958). Son objet est donc étroit mais son champ d'application est large, puisque aucun aspect de l'activité économique des personnes physiques et morales n'échappe à l'impôt : les revenus, les dépenses, le capital. Les impositions sont extrêmement variées, qu'il s'agisse de la fiscalité nationale ou de la fiscalité locale. Si leurs modalités sont instables, leur existence est durable. Le système fiscal français est généralement critiqué : la réforme fiscale est un thème du débat public d'autant plus inépuisable qu'on ne la fait jamais (du moins, à ce jour) !

A) C'est un droit très écrit, dans des codes (le monumental Code général des impôts et le Livre des procédures fiscales – lpf) complétés par une proliférante doctrine administrative. En principe, la compétence du législateur est particulièrement étendue : il doit chaque année, dans la loi de finances, autoriser « *la perception des ressources de l'État et des impositions de toute nature affectées à des personnes morales autres que l'État* » (art. 34 de la loi organique relative aux lois de finances – lolf). En réalité, les textes sont écrits par « Bercy ».

La jurisprudence fiscale est abondante. Les lois de finances étant systématiquement soumises par l'opposition au Conseil constitutionnel, celui-ci a pu définir précisément le statut constitutionnel de l'impôt, en menant notamment un utile travail de définition. Sans autre justification qu'historique (des textes de l'An VII et de l'An VIII), le **contentieux fiscal** (qui présente nombre de particularités par rapport au contentieux général) est partagé : au juge judiciaire, celui des douanes et des impôts indirects ; au juge administratif, celui des impôts directs ; cependant, le contentieux de l'impôt de solidarité sur la fortune revient au premier, tandis que celui de la taxe sur la valeur ajoutée va devant le second.

Ce droit reste fortement national. Seule la tva a fait l'objet d'abondantes directives communautaires d'harmonisation, qui ne vont pas jusqu'à une unité de taux dans les différents pays.

B) Il est évidemment très marqué par la **puissance publique**. Le contrat en est d'ailleurs absent. L'administration fiscale (et plus encore l'administration douanière) dispose de considérables pouvoirs d'information, d'enquête, de redressement, de taxation d'office... L'éventail des indemnités de retard et des sanctions administratives est impressionnant et nuancé, sans préjudice des sanctions pénales à l'encontre des fraudeurs. En contrepartie, le contribuable dispose de garanties de plus en plus importantes, surtout s'il est de bonne foi. Il est en outre protégé d'une inquisition fiscale trop rétrospective par des délais brefs de prescription.

C) Nombre de spécialistes de droit fiscal insistent sur son **réalisme** et son **autonomie**. Il est incontestable que l'administration fiscale prend l'argent là où il est, en utilisant les catégories juridiques qui lui sont propres et qui la conduisent à un intense et subtil travail de qualification juridique. La matière a ses techniques et ses règles. Ainsi de l'une des rares applications formelles du principe de confiance légitime (v. p. 62) que connaît le droit français : une imposition antérieure ne peut pas être rehaussée si le contribuable a de bonne foi appliqué un texte fiscal selon une interprétation formellement admise ou donnée par l'administration (art. 80 A, lpf). Ces particularités suffisent-elles à en faire un droit « autonome » ? À notre avis, non : les principes, les techniques et l'esprit du droit fiscal l'attachent au droit public. Ni formellement ni substantiellement, la légalité fiscale ne se soustrait au principe général de légalité (v. p. 77).

2. **Les finances publiques** étudient le régime juridique des recettes et des dépenses de l'État et des autres personnes morales de droit public, ainsi que, dans les ouvrages les plus modernes, de la Sécurité sociale (avec sa loi annuelle de financement) et de l'Union européenne.

Elles figurent dans un **budget**, soumis à un strict principe d'**annualité**. Celui de l'État est adopté chaque année par la loi de finances. Celle-ci est régie par la loi organique du 1er août 2001 relative aux lois de finances. Elle vise à améliorer la performance publique, le contrôle parlementaire et celui de la Cour des comptes. L'une de ses grandes innovations est le regroupement par missions des crédits ouverts pour couvrir chacune des charges budgétaires de l'État. Une mission correspond à une politique publique (par ex., Écologie et développement durable ou Recherche et enseignement supérieur) et peut

relever de plusieurs ministères. Les missions sont divisées en programmes et les programmes en actions, avec des indicateurs de suivi.

Pour les besoins de la politique économique et monétaire communautaire, « *la Commission surveille l'évolution de la situation budgétaire et du montant de la dette publique dans les États membres en vue de déceler les erreurs manifestes* » (article 126, *TFUE*). La formule est ferme, comme l'est le dispositif de contrôle et de sanction prévu par le Traité ! Mais la pratique l'est beaucoup moins, surtout en temps de crise. Il n'en reste pas moins que les finances publiques doivent aujourd'hui tenir compte de la discipline communautaire (cf. les fameux « critères de convergence de Maastricht » et le « pacte de stabilité »).

3. **La comptabilité publique** s'applique aux personnes publiques, à l'exception de quelques grands établissements publics industriels et commerciaux qui sont dépourvus de comptables publics. Elle repose sur le décret du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique (on notera l'exceptionnelle stabilité de la matière puisque ce texte remplace le règlement général de 1962 qui avait lui-même succédé à celui de... 1862 !).

La comptabilité publique comporte des règles importantes pour l'action publique : par exemple, le principe de **séparation des ordonnateurs et des comptables publics** ; ou la règle dite du « **service fait** », qui interdit à une personne publique de payer tant qu'elle n'a pas constaté la réalisation de la prestation qui lui est due. Cette règle interdit notamment de payer aux fonctionnaires des heures de grève, en principe du moins...

Les comptes des comptables publics de l'État sont jugés par une juridiction administrative spéciale, la **Cour des comptes**, créée en 1807 et soumise au contrôle de cassation du Conseil d'État. Ceux des comptables publics des collectivités territoriales sont examinés par les **chambres régionales et territoriales des comptes**, créées en 1982, dont les jugements sont susceptibles d'appel devant la Cour des comptes. Les règles les concernant sont réunies dans le Code des juridictions financières.

La comptabilité publique est très différente de la comptabilité applicable aux entreprises privées. Mais un rapprochement est en cours. L'article 30 de la

lolf dispose : « *Les règles applicables à la comptabilité générale de l'État ne se distinguent de celles applicables aux entreprises qu'en raison des spécificités de son action.* » De plus en plus de collectivités publiques doivent faire certifier leurs comptes par des commissaires aux comptes, tout en restant soumises au contrôle de la Cour des comptes.

Droit fiscal, finances publiques et comptabilité publique ont des techniques différentes mais relèvent désormais d'une seule direction générale (celle des finances publiques) au sein du ministère chargé du budget. L'évolution est aujourd'hui dominée par la crise économique que connaît notamment la France depuis 2008. Cette crise a suscité des mouvements de réforme importants et contestés tels que naguère la **révision générale des politiques publiques (RGPP)** et aujourd'hui la **modernisation de l'action publique (MAP)**. Le traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire (signé le 2 mars 2012 et publié en France par un décret du 8 janvier 2013) et la loi organique du 17 décembre 2012 relative à la programmation et à la gouvernance des finances publiques témoignent des contraintes européennes qui pèsent sur la France (« règle d'or » de limitation des déficits publics) et des efforts qu'elle doit consentir pour les observer.

La présentation traditionnelle en France des trois matières nous semble obsolète. Elles souffrent d'ailleurs d'une grave désaffection chez les universitaires et chez les étudiants. Leur nécessaire refondation pédagogique passe à notre avis par une nouvelle matière, **le droit financier public** qui les réunirait autour de l'argent public et donnerait à leur étude autant d'importance qu'elles en ont pour les politiques publiques et les citoyens.

Chapitre III

Les droits européens

Les droits européens sont d'une part celui de l'Union européenne (que l'on nomme aussi « droit communautaire »), d'autre part celui du Conseil de l'Europe (le « droit conventionnel »).

Ils ont pour points communs d'exprimer les valeurs essentielles que partagent les pays européens, de tendre vers une approche juridique commune d'un certain nombre de questions importantes, de comporter un système juridictionnel efficace. Ils diffèrent cependant sur des points essentiels.

Appartiennent-ils au droit public ? Certainement, en tant qu'ils reposent sur des traités entre États et qu'ils sont liés à des organisations internationales régionales.

Mais leur contenu ? Leurs créateurs ne se sont pas souciés d'en faire du droit public ou du droit privé. Leur application en France exige néanmoins de les faire passer par le filtre de nos dualismes juridique et juridictionnel : ce n'est pas une manifestation de nationalisme juridique mais le simple effet de la structure du droit français.

Dans notre pays donc, ces deux droits irriguent autant le droit public que le droit privé, et dans cette mesure, relèvent aussi bien de l'un que de l'autre. C'est bien entendu du premier que nous parlerons.

I. – Le droit de l'Union européenne

1. Définitions et distinctions

De coups de boutoir en coups d'arrêt, le droit communautaire est une construction permanente, fruit d'inlassables compromis d'une part entre États membres (passés de six à vingt-huit), d'autre part entre eux et les institutions de l'Union : Parlement européen, Conseil européen (désormais doté d'un président stable), Conseil (dont la présidence continue à tourner entre les États), Commission, Cour de justice de l'Union européenne, Banque centrale européenne, Cour des comptes. Plus que tout autre système juridique, il secrète sa propre complexité.

A) L'**Union européenne** a succédé à la Communauté européenne du charbon et de l'acier (traité de Paris, 1951) et à la Communauté économique européenne (traité de Rome, 1957). La Communauté européenne de l'énergie atomique (EURATOM créée par l'autre traité de Rome de 1957) existe théoriquement toujours mais ne remplit aucun rôle véritable. Depuis le **traité de Lisbonne** (signé le 13 décembre 2007 et entré en vigueur le 1er décembre 2009), l'Union européenne repose sur deux traités fondamentaux : le **traité sur l'Union européenne** (tue) et le **traité sur le fonctionnement de l'Union européenne** (tfue). Ils reprennent les stipulations des traités antérieurs en les amendant substantiellement. L'Union européenne est une organisation internationale dotée de la personnalité juridique.

La construction européenne implique des engagements identiques de la part des États. Cependant, une « Europe à plusieurs vitesses » est apparue : ainsi, seuls vingt-deux États membres sont actuellement parties aux « accords de Schengen » (1985) sur la circulation des personnes (mais quatre pays non-membres de l'Union s'y sont associés : la Suisse, l'Islande, la Norvège et le Lichtenstein) ; dix-sept seulement sont entrés dans la « zone euro » et vingt-cinq ont signé le traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance.

B) Pédagogiquement, on distingue le **droit institutionnel** et le **droit matériel** (ou substantiel). Le premier s'attache à l'organisation et aux compétences de l'Union, à leurs subtiles et nuancées procédures de décision, à leurs actes et à l'ordre juridique communautaire. Le second comprend les règles applicables aux politiques de l'Union.

C) Il est usuel de distinguer le **droit primaire** qui est formellement contenu dans les traités et le **droit dérivé**, qui contient les règles posées par les actes pris par les institutions communautaires. L'article 288 tfue en donne la liste :

règlements (selon l'article 288 t^{fu}e, le règlement est « *obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans tout État membre* » ; il est l'instrument privilégié des « politiques communes » telles que la politique agricole commune), directives (elle « *lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens* » ; elle est l'instrument privilégié de l'harmonisation des législations nationales) et décisions, auxquels il faut ajouter les recommandations et avis qui « *ne lient pas* ».

2. Compétences communautaires et souveraineté nationale

La Communauté n'est pas souveraine puisqu'elle n'a pas la compétence de sa compétence : « Toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux États membres » (art. 5-2 t^{ue}). En dehors des compétences exclusives qui lui sont confiées par les traités, joue le **principe de subsidiarité** (« L'Union intervient seulement si, et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union » art. 5-3 t^{ue}).

Mais ses compétences sont parfois si importantes et sensibles que leur transfert porte « *atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale* », selon l'expression du Conseil constitutionnel (v. p. 13), ce qui, en France notamment, suppose une révision préalable de la constitution. La Cour de justice a très rapidement jugé que le transfert de compétences par les États « *entraîne une limitation définitive de leurs droits souverains* » (15 juillet 1964, Costa C/ Enel). Ils ne pourraient les récupérer qu'en se retirant de l'Union (art. 50 t^{ue}).

Les compétences exclusives ou partagées de l'Union sont considérables. La mission originaire de la Communauté économique européenne reste la principale mission de l'Union : établir **un marché intérieur** réunissant les territoires des États membres en un espace unique au sein duquel les marchandises, les personnes, les services et les capitaux circulent librement.

Cela implique non seulement la constitution d'une zone de libre-échange sans droits de douane ni mesures d'effet équivalent, mais aussi la construction d'un milieu juridique homogène qui permette à chaque opérateur économique d'un État d'agir sur le territoire des autres sans souffrir de discrimination.

Dès lors, la Communauté n'avait d'autre choix que de tout voir sous l'angle économique, dans une perspective résolument libérale, dominée par une obsession de concurrence. On le lui a reproché. Les États membres ont réagi en étendant les compétences de l'Union dans d'autres champs que l'économie mais en général avec des moyens d'action moins importants et selon des procédures particulières : d'une part la culture, la santé publique, la recherche, l'environnement... ; d'autre part, l'action extérieure, la sécurité et la coopération policière et judiciaire...

Les tensions contradictoires entre l'extension des compétences communautaires et la préservation des souverainetés nationales sont caractéristiques de cette fédération d'États originale qu'est l'Union européenne.

3. L'intégration juridique

Selon l'arrêt Costa C/ Enel précité, « *à la différence des traités internationaux ordinaires, le traité de la cee a institué un ordre juridique intégré au système juridique des États membres lors de l'entrée en vigueur du traité et qui s'impose à leurs juridictions* ». L'intégration est un mécanisme original qui fait que le droit communautaire est, en France, du droit français. Il s'agit de bâtir une communauté de droit : le droit communautaire doit être appliqué de manière uniforme dans chaque État membre.

Cela implique **la primauté du droit communautaire** sur les droits nationaux, affirmée par la Cour (v. p. 51), et reprise dans le traité de Lisbonne par une voie détournée (une déclaration jointe au traité et qui comporte en annexe un avis du service juridique du Conseil de l'Union !) qui en dit long sur la sensibilité politique de la matière. Avec l'arrêt Van Gend en Loos (5 février 1963), la Cour a en outre forgé la théorie de l'**effet direct**. Il permet aux citoyens et entreprises d'invoquer utilement devant les tribunaux

nationaux le droit de l'Union contre les États (« effet direct vertical ») et même, plus rarement, contre d'autres citoyens ou entreprises (« effet direct horizontal »). Cependant, seules les dispositions du droit communautaire, suffisamment inconditionnelles et précises pour être applicables en elles-mêmes, bénéficient de l'effet direct ; selon l'analyse très fine de la Cour, c'est le cas de plusieurs articles (ou passages d'articles) des traités, des règlements et de certaines directives.

L'intégration juridique n'était pas nécessairement contenue dans le traité de Rome. Elle résulte de la volonté précoce et constante de la Cour de justice (qui siège à Luxembourg). La Cour a su utiliser les pouvoirs qui ont été évoqués p. 76. Sa jurisprudence, dynamique et audacieuse, a été acceptée en pratique en raison de sa qualité : elle s'appuie non seulement sur la lettre et l'esprit du traité, mais aussi sur l'analyse pertinente des droits nationaux dont elle tire une synthèse qui, tout en les bousculant, est recevable par chacun d'eux. Si le droit public français a été très profondément transformé par le droit communautaire, il n'a pas été bouleversé.

Le rôle éminent de la Cour de justice ne doit pas faire oublier celui des États. Ils sont les principaux agents d'exécution du droit communautaire : tenus par un principe de **coopération loyale** (art. 4-2 tue), ils usent de leurs moyens juridiques propres que le droit communautaire respecte en vertu du principe d'**autonomie institutionnelle** des États. De même, comme on l'a déjà dit, les tribunaux nationaux sont les juridictions de droit commun du droit communautaire avec, ici aussi, leur **autonomie procédurale** (qui explique, par exemple, que le droit communautaire n'a exigé aucune modification de l'organisation juridictionnelle française). Toute l'intelligence du droit communautaire est là, dans ce mécanisme inédit et subtil d'intégration qui en fait non un corps étranger mais une partie du droit national.

4. Les « déficits » communautaires

On a reproché fréquemment à la Communauté puis à l'Union européenne un « **déficit démocratique** », thème qui intéresse particulièrement le droit public. Les ressortissants des États membres ne sont sans doute conscients de bénéficier de la citoyenneté de l'Union (qui, selon l'article 20-1 tfue « *s'ajoute à la citoyenneté nationale et ne la remplace pas* ») qu'en élisant le

Parlement européen au suffrage universel. Les pouvoirs de ce dernier ont été progressivement et substantiellement renforcés ; les parlements nationaux ont reçu quelques compétences envers les projets d'actes communautaires (cf. en France, les articles 88-4 et suivants de la constitution). Mais les citoyens se sentent toujours loin de Bruxelles où le débat (intense et ouvert) est surtout mené entre les États membres, la Commission et des groupes de pression dont l'existence et le rôle sont officiellement reconnus.

La **Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne** (adoptée le 7 décembre 2000 et « adaptée » le 12 décembre 2007) « a la même valeur juridique que les traités » (art. 6-1 tue). On peut donc la considérer comme le troisième traité fondamental de l'Union. Bien que celle-ci ne soit pas un État, l'article 6-2 tue prévoit son adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme (v. *infra*).

Le « **déficit organisationnel** » est une autre réalité. Quoique rationalisées par le traité de Lisbonne, les institutions et les procédures communautaires restent complexes, lourdes et donc lentes.

Le « **déficit d'intelligibilité** » du droit communautaire (fait par des experts pour des experts) pèse lourdement sur les droits nationaux dans lesquels il est intégré. Il n'est que trop vrai que les textes communautaires sont peu lisibles : ils sont en effet le fruit de compromis incessants entre États membres et institutions communautaires, portent souvent sur des matières très techniques et comportent d'interminables définitions. Ces dernières sont indispensables pour établir un langage juridique commun qui soit lu de manière identique dans les différents systèmes juridiques nationaux mais elles alourdissent beaucoup la rédaction.

Ces défauts alimentent des critiques « souverainistes » qui se sont notamment exprimées en 2005 lorsque les électeurs français et hollandais ont rejeté par référendum le projet de constitution européenne, ce qui a mis fin au processus de ratification de cette dernière. Il ne faut cependant pas oublier que rien d'important dans la construction européenne ne s'est fait contre le gré de la France (qui, en liaison notamment avec l'Allemagne, en a souvent été le moteur) et que, si un bilan était possible, il serait très probablement favorable à l'économie française.

II. – Le droit conventionnel

1. Le conseil de l'Europe

Créé en 1950, siégeant à Strasbourg, il est une organisation régionale qu'il ne faut pas confondre avec l'Union européenne. Il comprend un secrétaire général, un Comité des ministres et une Assemblée parlementaire consultative, composée de représentants des parlements nationaux. Seuls les États de l'Europe de l'Ouest en ont d'abord été membres ; après la chute du mur de Berlin, ils ont été rejoints par les pays de l'Europe de l'Est. Il compte aujourd'hui 47 membres.

D'emblée, il s'est tourné vers la protection des droits de l'homme au sens large, adoptant de très nombreuses recommandations et promouvant plus de 150 conventions ouvertes à la signature de ses membres. La plus importante est la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Rome, 4 novembre 1950), que la France n'a ratifiée qu'en 1974. Les stipulations de la convention forment ce que l'on a pris l'habitude de nommer le **droit européen conventionnel**, pour le distinguer du droit européen communautaire.

2. La Convention européenne des droits de l'homme

La convention et ses protocoles additionnels comportent une déclaration détaillée des droits de l'homme et des libertés fondamentales (v. p. 65). La forte influence qu'elle exerce sur le droit public français passe par des voies différentes de l'influence communautaire : le droit conventionnel n'a pas, au sens strict, de primauté sur le droit interne, ni d'effet direct ; il ne procède pas par intégration. Son efficacité repose sur deux mécanismes.

A) Le premier n'a rien d'original : la convention bénéficie de l'autorité supérieure à celle des lois que l'article 55 de la constitution reconnaît aux traités internationaux (v. p. 51). Les juridictions françaises vérifient donc que la loi ne porte pas aux droits et libertés garantis par la convention une atteinte plus grave que ce qu'elle permet (car elle autorise généralement les

restrictions nécessaires dans une société démocratique). Si le résultat de ce contrôle de conventionnalité est défavorable à la loi, le tribunal fait prévaloir la convention. Une déclaration d'inconventionnalité ne fait pas disparaître la loi (le juge se borne à ne pas l'appliquer dans l'instance concernée) mais elle incite le législateur à la modifier pour mettre notre droit en harmonie avec la convention.

Nos juridictions ont abondamment pratiqué ce contrôle : en particulier, les règles de procédure contentieuse, mais aussi de procédure administrative non contentieuse, ont souvent été confrontées au droit à un procès équitable qu'affirme l'article 6 de la Convention. La possibilité qui leur est désormais offerte de transmettre au Conseil constitutionnel la qpc posée par une partie (v. p. 53) réduit-elle la fréquence de ce contrôle de conventionnalité ? C'est difficile à dire mais cela semble être le cas. En effet, ce sont en substance les mêmes droits et libertés que garantissent la convention et notre constitution ; or le contrôle de constitutionnalité est désormais : « prioritaire » par rapport au contrôle de conventionnalité.

B) Le second mécanisme est exceptionnel dans l'ordre international. Il repose sur la **Cour européenne des droits de l'homme** (qui siège à Strasbourg). Celle-ci peut-être saisie d'une violation de la convention ou de ses protocoles additionnels, non seulement par un État partie (ce qui est juridiquement classique mais ne se fait pas en pratique) mais aussi par des personnes privées : cette possibilité pour une personne physique ou morale d'agir contre un État devant une juridiction internationale est d'autant plus originale en droit international que, depuis 1998, les États parties n'ont plus la possibilité de se soustraire ni à la compétence de la Cour ni à ces requêtes individuelles (que la France n'avait acceptées qu'en 1981).

Cependant, la recevabilité de ces requêtes est subordonnée à la condition classique de l'« *épuisement des voies de recours internes, tel qu'il est entendu selon les principes du droit international généralement reconnus* » (art. 35 de la convention). Le système conventionnel est donc subsidiaire : un justiciable ne peut y recourir qu'il s'est auparavant adressé aux tribunaux de l'État, sans obtenir satisfaction.

Après une instruction contradictoire, la Cour statue dans l'une des formations que la convention prévoit. Pas plus que la Cour de justice de l'Union

européenne, elle n'a pas le pouvoir d'annuler une décision administrative ou juridictionnelle de l'État. Mais elle peut déclarer que ce dernier a commis une violation de la Convention et accorder à la victime une « satisfaction équitable » (une indemnité).

Les Hautes parties contractantes [expression qui désigne les États parties à la convention] *s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties* (art. 46-1 de la convention). Cette **autorité relative de chose jugée** des arrêts de la Cour oblige l'État à mettre fin à la violation constatée et à verser l'indemnité. Mais elle ne lui impose pas de modifier le droit interne. Cependant, la jurisprudence de la Cour a souvent incité nos tribunaux à faire évoluer leur propre jurisprudence ou notre parlement à amender notre législation. La loi sur la présomption d'innocence du 15 juin 2000 a même introduit dans le code de procédure pénale (art. 626-1) une procédure (non automatique) de réexamen des condamnations pénales prononcées, selon la Cour, en violation de la Convention.

De manière générale, la France étant très souvent poursuivie (pas toujours à bon escient) et ayant été souvent condamnée, le droit conventionnel a fait faire de grands progrès au droit français en matière de droits fondamentaux. Il a le mérite d'exprimer des valeurs humanistes et démocratiques qui s'imposent progressivement dans tout le continent européen.

Mais il n'est exempt de défauts. Victime de son succès, la Cour ne respecte pas le délai raisonnable de jugement qu'elle exige de la part des juridictions nationales. Le protocole no 14 à la convention (signé le 13 mai 2004 mais entré en vigueur seulement le 1er juin 2010) s'efforce de rendre la procédure plus efficace et plus rapide, avec notamment un nouveau filtre des requêtes qui permet à la Cour de les déclarer irrecevables non seulement lorsqu'elles sont « manifestement mal fondées ou abusives », mais aussi lorsque « le requérant n'a subi aucun préjudice important [sauf exceptions] » (art. 35-3).

La jurisprudence de la « Cour de Strasbourg » ne nous paraît pas mériter la même admiration que celle de la « Cour de Luxembourg » ; fluctuante, elle procède d'une vision abstraite des droits de l'homme qui, trop éloignée des réalités nationales, donne parfois des résultats déconcertants.

Quoi qu'il en soit, l'existence et l'évolution de ce système sont très

caractéristiques des tendances actuelles du droit public : contrôle souverainement voulu des souverainetés nationales ; juridictionnalisation de ce contrôle ; exercice de celui-ci par des voies et selon des procédés qui sont, en France, très largement de droit public ; orientation vers la protection des droits fondamentaux ; ouverture aux personnes privées.

Conclusion

Le droit public n'est pas parfait : beaucoup de ses règles sont critiquables ou désuètes. Mais il est toujours un formidable instrument de promotion du bien commun ou de l'intérêt général.

Son histoire n'est pas close. L'incessant mouvement de l'ordre et du progrès lui laisse un immense espace d'évolution, pour le pire, ou – espérons-le – pour le meilleur.

Parmi les défis auxquels il doit répondre, trois retiennent particulièrement l'attention.

Le premier est celui de la **mondialisation**. Par nature, le droit international public en a été un pionnier en établissant des règles communes à tous les pays du monde. Mais il s'agissait de la société des États : désormais, il s'agit aussi de la société des hommes. Les autres branches du droit public se sont en revanche développées dans un cadre national. La mondialisation établit des standards de « bonne gouvernance » à vocation universelle ; elle tend implicitement vers un modèle unique imposant des pratiques juridiques uniformes et peut-être vers une sorte de communauté juridique mondiale qui ressemblerait à ce qu'est la communauté scientifique mondiale.

En même temps, elle stimule la comparaison entre les droits nationaux et avive leur compétition. Qui l'emportera comme modèle de référence ? Celui de la ou des puissances dominantes (les États-Unis d'Amérique, la Chine...) ? Celui qui paraîtra rationnellement ou politiquement le plus performant ? Le droit public français a longtemps été un bon article d'exportation. Il a beaucoup perdu de sa séduction internationale. L'érosion de son influence est sensible même au sein des droits européens communautaire et conventionnel qui lui avaient beaucoup emprunté initialement. C'est désormais à travers ces deux droits qu'il participe à la mondialisation du droit.

Le deuxième défi est celui de sa **légitimité**, c'est-à-dire de son acceptabilité sociale. Quelles **valeurs** doit-il désormais promouvoir en priorité : la performance économique et environnementale, les droits de l'homme et la dignité de la personne humaine, la démocratie, la solidarité... ? Ces objectifs sont aussi des critères d'évaluation de la qualité du droit ; en partie contradictoires (comme toujours), ils exigent de délicats arbitrages politiques et juridiques sur leur sens, leur contenu, leur hiérarchie, leur conciliation...

Le troisième défi est celui de la **qualité normative**. Une règle de droit n'est vraiment appliquée que si ses destinataires en comprennent la signification et la nécessité. Nous avons plusieurs fois noté que le droit public était de plus en plus compliqué. La complexité de la société l'impose en partie mais la mauvaise rédaction des règles y contribue aussi. Le droit public français devrait s'interroger sur certains de ses aspects qui ne correspondent plus aux nécessités actuelles : ainsi, selon nous, du dualisme juridictionnel (mais cette opinion personnelle est très minoritaire). La qualité normative du droit implique aussi la **sécurité juridique**, menacée par l'instabilité des règles malgré les efforts récents des juridictions françaises en sa faveur. Enfin, il faudra trouver de nouvelles réponses aux questions d'effectivité, d'opposabilité et de justiciabilité que pose la *soft law*.

Bien entendu, ces trois défis sont liés. Il revient aux États de les relever. Dans la perspective de droit positif qui a inspiré ce petit livre (cf. Introduction), l'État reste la seule puissance souveraine, l'auteur, le sujet et l'objet premiers du droit public, la forme sociale dominante et le meilleur vecteur d'ordre, de paix et de justice. Et il en sera ainsi aussi longtemps que l'humanité n'aura pas trouvé par qui – ou quoi – le remplacer pour organiser la société.

Exprimer cette évidence, ce n'est pas approuver tous les errements des États ni les absoudre de tous leurs défauts. Ici, l'analyse politique prend le relais de l'analyse juridique. Les critiques adressées à l'État sont en réalité dirigées contre le pouvoir politique, en France et ailleurs. Ce pouvoir, on le veut impartial (encore ne doit-on pas oublier que les dirigeants sont désignés pour appliquer un programme), vertueux (ou « éthique »), transparent, respectueux de la dignité des personnes et efficace. Le droit public doit traduire ces idéaux en règles mais l'application de ces dernières relève de la responsabilité des dirigeants politiques sous le contrôle du juge. La règle est en effet une aide à

la décision et non la décision elle-même.

Il faut faire confiance au droit public et à sa capacité d'évolution. Il est un phénomène existentiel « qui fait et, en faisant, se fait » (J.-P. Sartre). Fait par les hommes et pour eux.

Bibliographie

L'ampleur du sujet interdit de donner une véritable bibliographie. Les ouvrages consacrés à l'une des branches du droit public se comptent par centaines. En revanche, très rares sont ceux qui portent sur le droit public dans son ensemble (v. notamment, Élisabeth Zoller, *Introduction au droit public*, Dalloz, coll. Précis, 2006 et Philippe Sueur, *Histoire du droit public français*, xve-xviii^e siècle, Puf, coll. Thémis, 2 t., 4^e éd., 2007).

L'ouvrage *Droit public général* (M. de Villiers et T. de Berranger, LexisNexis, 2011, 5^e édition) n'inclut pas le droit international.

On renvoie aux ouvrages de la collection « Que sais-je ? » qui sont consacrés aux différents sujets abordés dans le présent ouvrage. Seuls les plus récents d'entre eux sont mentionnés ci-dessous :

Baranger Denis, *Le droit constitutionnel*, no 3634

Bodineau Pierre et Verpeaux Michel, *Histoire constitutionnelle de la France*, no 3547

Denoix de Saint-Marc Renaud, *L'État*, no 616

Chevallier Jacques, *Le service public*, no 2359

Le Pors Anicet, *Le Droit d'asile*, no 665

Levinet Michel, *Droits et libertés fondamentaux*, no 3888

Mestre-Lafay Frédérique, *L'ONU*, no 748

Mordacq Frank, *Les Finances publiques*, no 3908

Rials Stéphane, *Textes politiques français*, no 2171

– *Textes constitutionnels français*, no 2022

Rials Stéphane et Boudon Julien, *Textes constitutionnels étrangers*, no 2060

Tourme-Jouannet Emmanuelle, *Le Droit international*, no 3966

Weil Prosper et Pouyaud Dominique, *Le droit administratif*, no 1152

Le site www.legifrance.gouv.fr permet d'accéder aisément à un nombre considérable de documents de droit français, de droit européen et de droit international concernant le droit public.