



Nous n'avons volontairement pas corrigé les imperfections de forme qui peuvent apparaître dans chaque copie.

Concours externe

1^{ère} épreuve d'admissibilité : Droit public

Meilleure copie

Note : 17/20

La loi du 7 octobre 2016 pour une République numérique adapte le droit aux nouveaux enjeux posés par le développement du numérique, tant pour l'administration (avec la gratuité des données en « Open Data ») que pour les administrés (notamment par le droit au déréférencement ou le testament numérique). Pour Lucie Cluzel-Métayer, dans l'AJDA à l'automne 2016, « l'écosystème de la donnée » est alors « saisi par le droit ». L'adaptation du droit passe ainsi, dans un premier temps, par la transformation du droit en vigueur pour répondre aux exigences du présent.

Cette adaptation n'est toutefois pas limitée aux changements de normes. Plus largement, l'adaptation – soit une évolution en réponse à un changement de circonstances ou de faits – est aussi comprise comme une nouvelle interprétation du droit pour répondre aux besoins du temps, rendue notamment possible par la jurisprudence. Le droit lui-même peut être plus ou moins adapté aux circonstances, selon son degré de normativité (Constitution, traités, lois, jurisprudence, règlements ou droit souple) mais aussi selon ses sources (constitutionnelles, administratives, privées ou encore européennes).

L'adaptation du droit prend alors une triple forme. D'abord, elle est une mutation (CE, 1961, Vannier) pour répondre aux circonstances et aux enjeux nouveaux. Ensuite, elle est comprise comme une adéquation avec le but visé, mettant en balance les différents intérêts protégés par le droit. Dans le contexte de l'état d'urgence, en vigueur depuis novembre 2015, l'adaptation au sens de la proportionnalité voit sa portée renforcée (CE, 2015, Cédric D.). Elle est également soutenue par l'influence européenne, qui selon Sirinelli et Bertrand, conduit à accentuer la prise en compte de la proportionnalité du droit. Enfin, l'adaptation s'entend comme une réponse « in concreto » aux circonstances de l'espèce, permettant à chaque décision d'être adaptée au cadre de l'affaire jugée. Cette approche, employée traditionnellement par la Cour Européenne des droits de l'homme (CEDH), agit par « capillarité » (Jean-Marc Sauvé, 2015) sur le droit français (CCass, 2013 ; CE, 31 mai 2016, Gonzalez-Gomez).

Si cette adaptation du droit est garante d'un droit répondant au mieux aux besoins du temps et aux particularités individuelles des requérants, elle présente toutefois des risques en termes d'insécurité juridique et de complexification des normes. En outre, elle peut conduire à fragiliser l'unité de la norme, requise par un Etat de droit (article 6 de la Déclaration de 1789). C'est ce que soulignait Pierre Delvolvé dans la RFDA à propos de l'arrêt d'assemblée du 31 mai 2016.

Dès lors, l'adaptation du droit peut-elle suffire à assurer son adéquation avec les exigences nouvelles tout en conservant un certain degré d'unité du droit ?

Si le besoin d'adaptation du droit permet traditionnellement d'assurer son adéquation avec les exigences du présent (IA), il est aujourd'hui accru par l'apparition de nouveaux enjeux et d'une subjectivisation renforcée du droit (I.B.). Or, l'adaptation n'étant pas pour autant une réforme du droit, elle peut présenter des risques quant à la qualité de la norme (II.A), nécessitant d'opter pour des transformations structurelles permettant sa lisibilité et sa simplicité (II. B).

*

* *

L'adaptation du droit, comprise comme une double exigence de mutabilité et d'adéquation, permet traditionnellement de répondre aux besoins du temps (IA).

En premier lieu, l'adaptation du droit requiert des évolutions de ce dernier, tant au niveau constitutionnel, que législatif ou jurisprudentiel. La règle de droit n'est pas figée.

Au niveau constitutionnel, la Constitution de 1793 soulignait déjà qu'une génération ne pouvait assujettir définitivement à ses lois les générations futures. C'est pourquoi la Constitution de 1958 prévoit à son article 89 les modalités des révisions constitutionnelles, excluant tout principe « supra-constitutionnel » (CC, 2003, Révision constitutionnelle). Dix-neuf révisions constitutionnelles, depuis 1992, ont ainsi permis d'adapter la Constitution. Des enjeux nouveaux ont ainsi pu être constitutionnalisés, comme l'égalité hommes-femmes (révisions de 1995 et 2008), l'environnement (Charte de 2005) ou encore l'Union européenne (article 88-1). Avec l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC), à l'article 61-1, le contrôle de constitutionnalité s'est, en outre, accompagné d'une prise en compte des circonstances nouvelles (CC, QPC, 2010, « Garde à vue »). Constitution et contrôles de constitutionnalité s'adaptent ainsi aux exigences du présent.

S'agissant des actes administratifs, la prise en compte des nouvelles circonstances de droit ou de fait (CE, 1930, Despujol ; codifié à l'art. L.243-2 du CRPA) conduisant à l'illégalité de l'acte requiert son abrogation par l'administration. Enfin, l'adaptation du droit est rendue possible par la jurisprudence. Celle-ci affirme notamment le principe de mutabilité en droit public, conduisant, dans le cas des contrats publics (CE, 1902, Deville-lès-Rouen), à adapter le droit aux circonstances. Plus encore, face à des « circonstances exceptionnelles », l'encadrement du droit est adapté, allégeant la rigueur de la légalité (CE, 1919, Dames Dol et Laurent). Celle-ci prend également en considération l'influence du droit européen pour adapter les outils juridiques du droit administratif. A cet égard, l'arrêt Sacilor-Lormines de la CEDH (2006), regardant l'organisation du Conseil d'Etat, a conduit au décret du 6 mars 2008 renforçant la séparation entre fonctions consultatives et contentieuses. A ces différents niveaux, l'adaptation du droit consiste en sa capacité de mutation pour répondre aux enjeux du présent.

En second lieu, un droit adapté set au cœur du principe de proportionnalité. Les moyens juridiques employés doivent être adaptés aux moyens et buts visés, en particulier lorsque des droits fondamentaux se trouvent limités.

Selon la formule du juriste Fleiner, tirer sur des « moineaux » à « coups de canon » est contraire à l'exigence de proportionnalité (Prusse, 1882, Kreuzberg). Cette exigence est reprise en droit français (CE, 1933, Benjamin), et se poursuit avec l'établissement d'un contrôle renforcé (CE, 1971, Ville Nouvelle-Est), conduisant parfois à refuser des déclarations d'utilité publique répondant insuffisamment à l'intérêt général (CE, 2006, Lac de Sainte-Croix). Plus particulièrement, dans le cadre de la préservation de l'ordre public, l'exigence d'adéquation entre limitation de la liberté et intérêt public est accrue (CE, 2004, Sté Medya TV). Les mesures de police administrative doivent donc répondre à un « triple test » : elles ont à être « adaptées, nécessaires et proportionnées » (CE, 2011, Association pour la promotion de l'image). L'adaptation du droit aux buts visés est également défendue par le droit européen, que ce soit sous la forme du principe de subsidiarité (art. 5 TUE) ou des marges nationales d'appréciation reconnues par la CEDH (notamment en matière de laïcité : CEDH, 2011, Lantsi). L'adaptation du droit est ainsi comprise comme une adéquation proportionnée.

Toutefois, aujourd'hui, l'exigence d'adaptation est accrue, tant pour répondre à des enjeux nouveaux qu'en vue d'une subjectivisation du droit. Il s'agit alors moins d'adapter le droit lui-même (comme le permettaient les révisions constitutionnelles ou la mutabilité du droit administratif), mais davantage son interprétation qui permet d'adapter le droit.

*

Le besoin d'adaptation du droit est aujourd'hui accru par l'apparition de nouveaux enjeux et d'une subjectivisation du droit (I.B.).

Tout d'abord, l'interprétation des normes est un levier pour répondre aux exigences du présent. Le juge tient alors compte de ce que les « mœurs », « les conceptions », « le sens des mots » changent (Otto Pfersmann, 2003) – selon la « thèse de l'adaptation ». De la sorte, la déclaration de 1789 a pu faire l'objet d'une interprétation actualisée suite à son intégration au « bloc de constitutionnalité » (CC, 1971, Liberté d'association). De cette façon, l'article 16 de la Déclaration a-t-il permis de dégager un principe constitutionnel de droit au recours (CC, 1996, Polynésie française). Le juge administratif a également déduit de l'article 6 DDHC le principe d'égal accès à la fonction publique (CE, 1954, Barrel). L'interprétation de la loi de 1905 a également été renouvelée par la jurisprudence. La Cour de Cassation (CCass, 2014, Asso. Baby-Loup) a pu ainsi élargir les exigences de neutralité, sous conditions, dans le cadre du lieu de travail, ce que Stéphanie Henriette-Vauchet qualifie de « nouvelle laïcité ». Enfin, la Cour européenne développe également une jurisprudence « vivante » et innovante. A partir de l'article 8 CEDH (vie privée et familiale), la Cour a pu déduire des exigences environnementales et un droit d'information du public dans ce domaine (CEDH, 2012, Sarno). L'adaptation du droit consiste ici en une « interprétation évolutive » et non en un « changement de la règle appliquée (O. Pfersmann).

Dans le cadre de l'Etat d'urgence appliqué dans la durée, l'interprétation jurisprudentielle a conduit à une adaptation du droit de l'urgence, confortée par les évolutions du texte de la loi du 3 avril 1955 à l'occasion de la prorogation de celui-ci. En effet, selon Serge Slama, dans l'AJDA en décembre 2016, l'adaptation de l'état d'urgence dans la durée a conduit à une extension de l'office du juge administratif, contrôlant désormais les horaires des perquisitions administratives et les données saisies, suites aux censures du juge constitutionnel (CC, QPC, 2016, Ligue des droits de l'homme). En outre, le juge des référés a adopté un contrôle de proportionnalité (CE, 2015, Cédric D., revenant sur CE, 1985, D'Agostini), afin d'assurer l'adaptation des mesures adoptées avec la réalité de la menace.

Au-delà de cette adaptation aux nouveaux enjeux par l'interprétation jurisprudentielle, s'ajoutent des nouveaux outils juridiques cherchant à davantage répondre de manière adaptée aux besoins des administrés, voire à assurer une adaptation subjective.

Tout d'abord, de nouveaux outils permettent une réponse plus adaptée aux besoins des administrés, comme les contrats administratifs, ou encore la médiation, renforcée par la loi de 2016 pour une justice du XXI^e siècle. En outre, un droit au formalisme simplifié a été développé (CE, 2011, Danthy ou CE, 2016, Cne d'Emerainville) pour répondre de manière plus adéquate et souple aux vices de procédure externes.

Plus largement, le droit s'adapte davantage aux intérêts en jeu, via une subjectivisation de l'analyse. C'est notamment le cas pour les contrats et les recours de pleins contentieux des tiers (CE, 2014, Tarn et Garonne).

Enfin, l'adaptation aux intérêts de l'administré est pleinement développée par l'approche « in concreto » du Conseil d'Etat (CE, 31 mai 2016, Gonzalez-Gomez), dans la continuité de la Cour de cassation (2013). L'adaptation « contra legem » répond alors à l'exigence de prise en compte des circonstances particulières d'espèce.

Ces exigences multiformes d'adaptation du droit ne sont toutefois pas exemptes de risques, tant en termes de sécurité juridique que de lisibilité de la norme.

*

* *

La contrepartie d'une adaptation plurielle du droit est une incertitude plus grande quant à la sécurité juridique et à la lisibilité du droit en vigueur (II. A.).

En premier lieu, l'adaptation a pour corollaire une forme d'incertitude. En effet, en cas d'interprétation, l'élément d'appréciation confié au juge peut être source d'insécurité juridique. C'est ce que soulignait B. Mathieu en 2009 au sujet de la QPC et de l'appréciation par le juge du filtre du « changement de circonstances. » C'est pourquoi les revirements de jurisprudence font, pour la CEDH (2010, Atanasovski), l'objet d'une exigence de motivation spéciale. En conséquence, le principe de sécurité juridique (CJCE, 1962, Bosch), aujourd'hui codifié à l'article L. 221-5 du CRPA, permet de concilier nécessités d'adaptation et de stabilité. Les mesures transitoires requises au pouvoir réglementaire depuis 2006 (KPMG) ont, en outre, été étendues aux lois, sous conditions, par le Conseil Constitutionnel (CC, 2016, Loi Sapin II). Plus encore, l'adaptation du droit peut être conciliée avec l'exigence de confiance légitime (CJCE, 1981. Dürbeck), partiellement reconnue en droit français (CC, 2013, LFSS 2014). A propos de l'arrêt Société EPI (2012) du Conseil d'Etat (consacrant une « espérance légitime »), X. Domino (AJDA, Souvent loi varie... fol est-il vraiment qui s'y fie ?) soulignait qu'une telle décision, bien qu'exceptionnelle, permettait de restaurer une stabilité pour l'administré face à une loi en adaptation constante.

Par ailleurs, l'adaptation du droit aux circonstances peut conduire à une démultiplication des normes, source de complexité. Tout d'abord, dans le cas de l'adaptation jurisprudentielle, le rôle des juges est accru. Si l'on est loin d'un « gouvernement des juges » décrié par E. Lambert, l'appréciation « in concreto » du droit requiert une motivation plus développée des décisions jurisprudentielles, pour assurer leur lisibilité.

Pour L. Dutheillet de Lamote et G. Odinet dans « Contrôle de conventionnalité : in concreto veritas ? », paru dans l'AJDA, la plus forte subjectivité du juge lors du contrôle « in concreto » nécessite un tel renforcement de la motivation. Ensuite, vouloir faire de la loi un outil d'adaptation aux nouveaux enjeux contemporains peut conduire à une perte de normativité, faisant reculer la majesté de la loi, à la manière de la loi de 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement. En outre, l'adaptation du droit par la multiplication des lois correspond davantage à une « satisfaction de papier » (J. Carbonnier) qu'à une adaptation effective. Déjà en 1999, J-M Sauvé mettait en garde contre le risque de « zapping législatif ».

Face à ces risques portés par une adaptation incessante du droit aux exigences du présent, l'encadrement de cette adaptation semble devoir être renforcé.

*

Si les risques de l'adaptation ne doivent nullement justifier un « conservatisme juridique » (M. Pinault, 2005), elle doit toutefois être conciliée avec des exigences de lisibilité. Plus encore, l'adaptation du droit n'est qu'une réponse partielle aux enjeux du présent, qui requièrent également des réformes du droit. (II. B)

Dans un premier temps, l'adaptation du droit doit être conciliée avec des exigences de lisibilité et de sécurité juridique. Au-delà de la motivation renforcée développée dans le cadre des jurisprudences « in concreto », leur lisibilité peut être renforcée – comme y invite Bernard Stirn en 2015 – par la publication de communiqués de presse simplifiés. D'autre part, si l'adaptation du droit a pu être ouverte davantage aux administrés – dans le cadre de l'édition des normes –, via des consultations (dans le cadre environnemental dès la loi Bouchardeau de 1983 ; dans le cadre général à l'article 131.1 CRPA), celle-ci est source de complexité. Afin de simplifier le recours aux consultations, le décret de 2006 a permis de réduire le nombre de commissions consultatives. Plus récemment, le Conseil d'Etat a précisé les conditions des consultations facultatives (CE, 2017, Occitanie Pays Catalan). Enfin, l'exigence de sécurité juridique peut encore mieux être articulée avec le besoin d'adaptation du droit. Comme le suggérait le Conseil d'Etat en 2014, les rescrits pourraient être davantage développés. Dans ce sens, les certificats de projets – figeant la législation pour 2 ans pour les entrepreneurs – expérimentés depuis l'ordonnance du 20 octobre 2014 pourraient être poursuivis. Plus généralement, le renforcement du principe de sécurité juridique

permet d'adapter le droit administratif aux besoins de l'économie (Sauvé, 2014), ce qui facilite notamment le dispositif d'entrée en vigueur des textes à date fixe prévue depuis 2011 pour les entreprises.

Dans un second temps, l'adaptation ponctuelle du droit ne doit pas conduire à négliger les réponses structurelles. Dans son rapport annuel 2016, le Conseil d'Etat invitait à poursuivre les efforts de simplification et de mise en cohérence des normes. Engagé par l'effort de codification mené depuis la fin des années 1980, et conforté par l'entrée en vigueur du CRPA en 2016, pourrait être complété par un code de la commande publique. Au-delà des évaluations, constitutionnelles depuis 2008, préalablement au vote d'une loi, celles-ci pourraient associer des membres de l'Insee, pour renforcer leur indépendance et leur objectivité. Enfin, des « sunset clauses » pourraient être introduites, sur le modèle anglo-saxon, afin de permettre des révisions régulières des textes en vigueur. Aujourd'hui, une refonte des lois portant sur la sécurité est particulièrement envisageable, dans le contexte du projet de loi du gouvernement devant se substituer à l'état d'urgence. Enfin, des nouveaux enjeux, comme le numérique, nécessitent encore une meilleure coordination des textes entre droit européen (directive de 2016) et droit français (loi du 7 octobre 2016).

*

* *

En définitive, l'adaptation du droit prend forme via différents leviers. Nécessaire pour assurer l'adéquation du droit avec son temps et sa proportionnalité, elle ne doit pas pour autant se muer en source de déstabilisation et de multiplication sans structure des outils juridiques. Avec le développement d'une adaptation du droit « in concreto », le droit permet une meilleure prise en compte des libertés individuelles, qui nécessite toutefois un encadrement accru : Adaptation du droit n'est toutefois pas refonte du droit : les réformes structurelles de ce dernier doivent demeurer complémentaires.