



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

Copie moyenne

Note : 12/20

L'adaptation du droit

Dans un article de 2012 sur La surdétermination économique du droit, Jacques Caillosse souligne l'influence de la mondialisation sur notre système juridique. Remis en cause par une mise en concurrence croissante des droits nationaux, notre droit devient un instrument de compétitivité qui tente de s'adapter à ce nouveau contexte.

Si cette mutualité est souvent nécessaire, poursuit Jacques Caillosse, elle comporte également des risques de destabilisation des sociétés et de banalisation du droit lui-même.

Le droit comporte l'ensemble des règles juridiques régissant, dans le cadre du droit public, l'existence, l'organisation et le fonctionnement de l'Etat, des collectivités territoriales et des organisations internationales, ainsi que leurs relations entre eux et avec les personnes privées.

Compte tenu de leur vaste champ d'intervention, ces règles doivent correspondre au mieux aux situations auxquelles elles s'appliquent. En d'autres termes, le droit doit être, autant que faire se peut, adapté aux sociétés qu'il régit, aux circonstances de temps et lieu, voire aux situations individuelles.

Comme reflet du pacte social, le droit a ainsi été adapté en démocratie pour traduire dans un corpus de règles, les aspirations du corps des citoyens. C'est ainsi qu'il est possible de réviser la Constitution (article 89 de la Constitution du 4 octobre 1958) bien que celle-ci s'inscrive théoriquement dans le temps long.

En outre, pour répondre à l'exigence de mutabilité, posée pour le service public dans l'arrêt du Conseil d'Etat de 1961 (CE, 1961, Vannier), le corpus juridique doit nécessairement être adaptable dans le temps.

Il doit aussi l'être dans l'espace, pour répondre à la diversité des situations territoriales, comme le permettent la décentralisation dès l'Acte I de 1982 et le principe de subsidiarité posé pour l'Union européenne dès le Traité de Maastricht en 1992.

Ces adaptations aux situations sont également rendues possibles par le juge, qui, dans les pays du droit écrit « descend de l'abstrait vers le concret » selon Dworkin, c'est-à-dire que la jurisprudence permet - dans certaines limites - d'adapter la règle générale aux circonstances particulières.

Les effets de cette adaptation du droit interrogent d'autant plus que deux mouvements contemporains concourent à en accélérer le rythme. D'une part, un mouvement de « globalisation du droit » décrit par Jean-Bernard Auby et surtout « d'européanisation » de celui-ci (B. Stirn), qui conduisent à modifier notre système juridique de plus en plus fréquemment afin de respecter nos engagements internationaux ou afin de s'insérer dans ce que J. Caillosse appelle « la concurrence économique du droit ». Cette adaptation est d'autant plus questionnée que de nouveaux champs s'ouvrent au droit : le numérique, l'environnement ou la bioéthique.

D'autre part, un mouvement de « subjectivation du droit » (Jean-Marc Sauvé, 2014) interroge son adaptabilité aux individus ou à leurs groupements qui réclament une plus grande prise en compte de leur spécificité par le droit.

Si cette adaptation permanente du droit est souvent nécessaire elle comporte des risques. Premièrement, une trop forte adéquation du droit aux différentes situations peut entrer en tension avec le principe cardinal d'égalité, consacré notamment par les articles 1^{er} et 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 (DDHC). Cette tension se révèle qu'il s'agisse d'une égalité entre les hommes - imposant que des adaptations de la norme soient justifiées par un motif d'intérêt général – ou entre les territoires, ce qui pose des limites à la décentralisation au sein d'une République une et indivisible.

En outre, un droit qui s'adapterait trop fréquemment au contexte courrait le risque de ne devenir qu'une « variable d'ajustement » (D. Truchet), ce qui, en plus de le banaliser en le faisant « succomber à l'air du temps » (G. Carcassonne), aurait des conséquences néfastes en termes de sécurité juridique, puisque celle-ci, dans sa dimension temporelle, suppose en droit stable et prévisible (étude annuelle du Conseil d'Etat de 2006).

Ainsi, eu égard aux risques qu'emporterait une adaptation trop fréquente du droit, comment les pouvoirs publics peuvent-ils concilier la nécessaire adéquation du droit aux situations qu'il régit à la sécurité juridique et donc à la modération normative ?

Reflète du pacte social, le droit a su s'adapter tant aux sociétés dont il régit l'organisation, qu'aux circonstances de temps, et de lieu notamment grâce à l'action des juges nationaux et européens (I).

Sous un double mouvement de globalisation du droit et de subjectivisation des normes, le droit risque de se banaliser en cédant à l'air du temps ce qui suppose de le stabiliser tout en permettant une mutabilité par des outils plus souples et par une interprétation dynamique du juge. (II)

*

* *

Le droit, comme reflet du pacte social a été adapté aux sociétés auxquelles il s'applique et l'est désormais, grâce à l'action du juge, aux circonstances d'espèce dans certaines limites. (I).

Tout en préservant une certaine stabilité de la norme, le Constituant et le législateur ont tenté de faire correspondre le droit aux évolutions des sociétés. (A)

La Constitution, même si elle s'inscrit dans le temps long, est le reflet d'un pacte social et est donc nécessairement adaptable (II).

Des constitutionnalistes comme Bertrand Mathieu font, en effet, remonter la nécessité d'une constitution aux penseurs du contrat-social (Hobbes, Locke et Rousseau), faisant de ce texte une « norme fondamentale de laquelle découle toutes les autres » (H. Kelsen dans sa Théorie pure du droit de 1934).

Dans ce cadre, Otto Pfersmann pointe la tension entre la stabilité de cette norme fondamentale, dont le paroxysme est l'interdiction des révisions constitutionnelles – comme celle posée par la Charte de 1814 – et sa nécessaire adaptation – puisqu' « aucune génération ne peut être assujettie à la loi des précédentes » selon la Constitution de 1793 et puisque, comme l'écrivait Montesquieu en 1748 à propos de la loi : « elle n'est pas juste parce qu'elle est la loi, mais doit être la loi parce qu'elle est juste ».

Par conséquent, même si certains éléments ne peuvent pas être modifiés (comme la forme républicaine du gouvernement, d'après l'article 89 de la Constitution) et même si la procédure de révision est strictement encadrée, celle-ci est possible en vertu de l'article 89.

Ainsi notre Constitution s'est-elle adaptée aux évolutions sociales ou à l'environnement juridique européen et international à 24 reprises depuis 1958. Ces adaptations n'ont pas conduit à dénaturer le régime puisque Guy Carcassonne parle, en 2008, « d'immuable Vème République », en dépit des mutations.

Par ailleurs, la loi a tenté de prendre en compte les différentes situations en s'adaptant dans le temps et dans l'espace (2).

L'adaptation dans le temps répond tant à la nécessité de prendre en compte les circonstances exceptionnelles (comme avec la loi du 3 avril 1955 sur l'état d'urgence et la loi de 1948 sur l'état de siège) qu'à celle d'adapter le droit aux nouveaux enjeux, respectant ainsi un principe de mutabilité. Par exemple, la loi de 1978 sur l'informatique et les libertés créant la CNIL adaptait le droit aux nouvelles problématiques que posait le progrès technique en termes de droit fondamentaux. De même, la loi du 28 décembre 2015 vise à adapter nos sociétés vieillissantes en développant notamment les outils permettant l'autonomie des personnes âgées.

L'adaptation du droit dans l'espace, bien qu'elle entre en tension avec le principe d'indivisibilité de la République consiste à mettre le droit plus en adéquation avec la diversité des territoires auxquels il s'applique : ainsi des articles 73, 74 et 75 de la Constitution qui prévoient des adaptations au cadre législatif dans les DOM et les ROM, ou encore de l'article 37-1 qui prévoit des expérimentations sur une partie du territoire et enfin de la libre-administration des collectivités territoriales, qui en vertu de l'article 72 de la Constitution peut les conduire, dans leur domaine de compétence, à adopter le droit à leur situation.

Concernant l'Union européenne, elle affirme dès le Traité de Maastricht un principe de subsidiarité qui veut que la norme s'applique à l'échelle où elle est la plus adaptée.

*

Le juge contribue à l'adaptation du droit aux sociétés auxquelles il s'applique et, plus encore, aux circonstances d'espèce, notamment dans le cadre de l'état d'urgence. (B).

Le juge veille à ce que le corpus juridique soit adapté à la société à laquelle il s'applique (1).

Le Conseil constitutionnel d'abord, veille par son contrôle a priori (article 61 de la Constitution) que les lois soient adaptées au « pacte social » qui comprend également des normes dont l'interprétation est évolutive, comme les articles de la DDHC.

Plus encore, dans son contrôle a posteriori (article 61-1 sur la question prioritaire de constitutionnalité) il accepte d'abroger une loi, même s'il l'avait déjà contrôlée s'il y a eu un « changement de droit ou de fait » (article 23 de la loi organique de 1958 sur le Conseil constitutionnel). Ainsi le Conseil constitutionnel a-t-il accepté de réexaminer la constitutionnalité de la loi sur la garde à vue qu'il avait déjà contrôlée en 1993, au motif que la banalisation du recours à la garde à vue constitue un changement de fait dès lors, le droit apparaît adaptable aux évolutions de nos sociétés, notamment grâce à l'action du juge.

Le juge administratif accepte également de contrôler l'adéquation du droit avec les situations de droit ou de fait, comme il le fait en déclarant qu'un règlement devenu illégal par changement de circonstances doit nécessairement être abrogé (CE, 1930, Despujol, codifié depuis le 1^{er} janvier 2016 à l'article L.243 du CRPA).

De même, le juge administratif peut-il constater l'abrogation implicite d'une loi du fait d'un changement ou d'une révision constitutionnelle, ce qu'il fait en 2006 au sujet d'une loi qui ne prenait pas en compte l'obligation d'informer le public en matière d'environnements consacre par l'article 7 de la Charte de l'Environnement de 2004.

Le juge européen module enfin son contrôle au regard des identités constitutionnelles des Etats, permettant ainsi une adaptation du droit aux situations nationales, comme dans le cas de l'autorisation des crucifix en Italie (CEDH, 2011, Lautsi c/Italie) ou de l'interdiction du voile intégral en France afin de préserver le vivre – ensemble (CEDH, 2014, SAS C/France). Dans ces deux cas, la marge nationale d'appréciation permet d'adapter la règle générale de protection des droits et libertés défendus par la Convention avec particularités nationales : « elle est au droit européen ce que l'exception culturelle est à la mondialisation » (B. Mathieu)

Dans le cadre de son contrôle contentieux, le juge veille également à l'adéquation de la décision publique aux circonstances de l'espèce (2)

Le juge administratif module ainsi son contrôle au regard de situations spéciales, comme dans le cas des circonstances exceptionnelles dont la théorie a été posée dès la Première Guerre mondiale (CE, 1918, Heyriès) et qui justifient des restrictions aux libertés publiques, comme dans le cadre de l'Etat d'urgence. Ainsi, c'est au regard

de ces circonstances que le Conseil d'Etat refuse d'enjoindre le Président de la République de sortir de l'Etat d'urgence (CE, 2016, Ligue des droits de l'Homme)

Le juge administratif peut aussi des adaptations du droit pour des motifs d'intérêt général, comme dans le cadre de contrats administratifs (CE, 1910, compagnie générale des tramways) ou de l'abrogation de règlements (CE, 1961, Vannier) en raison du principe de mutabilité du service public.

Des limites aux libertés traditionnelles défendues par le droit sont également possibles dans certaines situations comme le montre l'arrêt du 26 août 2016 du Conseil d'Etat qui accepte l'interdiction du Burkini à Cisco, en Corse, mais la reprise ailleurs, faute de risques de trouble à l'ordre public. De même, un risque de trouble peut justifier l'atteinte à la liberté d'opinion dans certains cas (CE, 2004, Medya TV) mais pas dans d'autres faute de proportionnalité (CE, 1933, Benjamin). C'est également ce qu'affirme le CJUE dans deux arrêts de 2017 au sujet de l'interdiction du voile en entreprise qui constitue, selon les cas, une discrimination indirecte sanctionnée par le juge européen (CJUE, 2017, G4S et Bougnaoui).

Enfin, les situations personnelles peuvent justifier des adaptations du droit comme le montrent les possibles aménagements du principe d'égalité (CE, 1974, Denoyez et Chorques).

* *

Sous un double mouvement de globalisation et de subjectivisation du droit, celui-ci risque de se banaliser ce qui serait nuisible à la sécurité juridique et suppose donc de privilégier des instruments juridiques plus souples tels que l'interprétation dynamique du juge (II).

Un double mouvement de globalisation et de subjectivisation du droit pousse notre corpus juridique à des adaptations fréquentes et potentiellement porteuses de risques (A).

La globalisation du droit conduit à une accélération des modifications des normes nationales (1)

Ainsi la Constitution a-t-elle été révisée 19 fois depuis 1992 contre 5 fois seulement auparavant et ce, surtout en raison de la volonté de ratifier des traités.

En outre, l'intégration européenne et en particulier le respect du droit de la concurrence a exigé de notre droit qu'il s'adapte à ce nouveau cadre normatif, comme le montre la requalification de la Poste en société anonyme en 2010 alors qu'elle était un EPIC.

La subjectivisation de notre droit pousse à l'adaptation de celui-ci jusqu'aux situations des particuliers (2)

Plusieurs évolutions juridiques sont venues répondre aux exigences croissantes des individus de droit. Parmi elles, l'exigence de célérité de jugement ou encore la création des procédures d'urgence. De même, « le refus de la fatalité » de nos sociétés a conduit à adapter le cadre de la responsabilité en conduisant à une « socialisation croissante du risque » comme le notait le Conseil d'Etat dans son étude de 2005. Enfin, le développement des modes alternatifs de règlement des litiges y répondent.

Cette subjectivisation du droit se retrouve dans le cadre même du contrôle du juge, qui est de plus en plus adapté aux situations individuelles comme le prouve l'acceptation par le juge des référés d'exercer un contrôle de conventionalité (CE, 2016, Gonzales-Gomez). Comme le montre, l'arrêt Mme C. de 2016, ce contrôle s'apparente à un contrôle concret de la loi qui s'inscrit pleinement dans ce mouvement de subjectivisation du droit.

Une trop grande adaptation du droit comporte néanmoins des risques (3)

Sur le plan des principes une adaptation trop poussée aux situations particulières entre en tension avec l'égalité devant la loi et l'indivisibilité de la République.

En répondant à l'air du temps, cette « boulimie » normative décrite par Carcassone banalise ce droit et même la Constitution à laquelle des révisions trop fréquentes font « perdre sa majesté ». (Pierre Avril). Si « les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires » comme l'écrit Montesquieu, elles sont également porteuses de risques par la sécurité juridique comme l'explique le Conseil d'Etat dans son étude de 2006.

Dire que le droit doit s'adapter aux changements de circonstances de façon absolue constitue, comme le note Warsmann, un risque quant à la stabilité et à la prévisibilité de la norme.

*

Eu égard aux risques d'adaptations trop fréquentes de notre droit, et compte tenu de la difficulté d'adapter celui-ci de façon trop formelle aux nouveaux enjeux économiques et sociaux, l'exigence de sécurité juridique impose de se servir de vecteur d'adaptation plus souples (B)

La complexification croissante de nos sociétés appelle de nouvelles adaptation du droit (1).

Sans aller jusqu'à évoquer des « vides juridiques » de nouveaux champs s'ouvrent au droit public : l'environnement, dont la prise en compte doit dépasser l'échelle nationale, la bioéthique dont le dosage juridique n'est pas aisé à déterminer, ou encore le numérique dont le Conseil d'Etat notait en 2014 qu'il devait être mieux concilié avec les droits fondamentaux sans toutefois instaurer une trop grande rigidité juridique.

Dans ce contexte, les pouvoirs publics peuvent s'attacher à freiner les modifications trop fréquentes du cadre normatif en optant pour des outils d'adaptation plus souples (2)

C'est donc avec un objectif de « modération normative » défendu par Jean-Marc Sauvé que le législateur peut développer les résolutions (article 341) promu par le rapport Warsmann (2009) comme permettant de concilier « la désinflation normative au droit d'expression des parlementaires ».

Concernant le pouvoir exécutif, une plus grande utilisation du droit souple peut relayer l'usage de normes contraignantes dans certains domaines. Par exemple, la laïcité au sein des services publics peut être promues par des chartes plutôt que par de nouvelles normes, tout comme les exigences de dialogue. Le droit souple pourrait être étendu au champ environnemental comme le préconise Sunstein et Thaler au sujet de « name and shame » pour inciter les acteurs à plus d'efforts. Dans le cas où l'administration opte pour un outil contraignant, elle peut davantage recourir à des mesures transitoires, comme l'exige le Conseil d'Etat (CE, 2006, KPMG désormais codifié à l'article L.221-5 du CRPA depuis le 1^{er} janvier 2016).

Enfin, l'adaptation du droit peut passer par une interprétation dynamique de juge plutôt que par un bouleversement du cadre normatif. C'est d'ailleurs ce que proposait Simone Veil dans son rapport de 2008 en affirmant qu'il n'était pas besoin de modifier le Préambule de la Constitution compte-tenu de l'action du Conseil Constitutionnel en faveur de l'adaptation de son contrôle des lois aux nouveaux consensus sociaux. On peut ainsi citer le droit à l'oubli, qui ne nécessite pas forcément d'être inscrit dans le marbre constitutionnel puisque que le Conseil Constitutionnel peut le rattacher au respect de la vie privée à l'instar de la CJUE (CJUE, 2014, Google Spain).

L'adaptation de notre droit aux nouveaux enjeux peut ainsi passer par ce vecteur moins rigide et plus facilement réversible.

*

* *

L'adaptation du droit est une nécessité dans une société démocratique, celle-ci ne devant pas être liée par des règles auxquelles elle ne consent pas. Cependant, cette nécessité peut conduire à des modifications normatives trop fréquentes et, en cela, porteuses de risques. Cela impose des efforts conjoints des trois pouvoirs, législatif, exécutif et judiciaire pour concilier stabilité ou du moins prévisibilité et adaptation.