

CoCEAL WORKING PAPERS N. 3
ISSUE 1/2018



**Organiser la pluralité:
le fonds commun des droits administratifs en Europe**

Giacinto della Cananea

The CoCEAL working paper series aims at spreading knowledge of the research outcomes of a new approach to comparative studies in administrative law, promoted by the The Common Core of Administrative Law in Europe, a project supported by the European Research Council (ERC) (Grant Agreement no. 694697)

ISSN 2724-2269
CoCEAL working papers
[online]

Series Editors:

Giacinto della Cananea
Mauro Bussani

Editorial Board:

Giacinto della Cananea
Mauro Bussani
Mads Andenas
Jean Bernard Auby
Roberto Caranta
Paul Craig
Martina Conticelli
Angela Ferrari Zumbini
Marta Infantino
Paola Monaco

Editorial Staff:

Laura Muzi

<http://www.coceal.eu>

To cite this paper:

della Cananea, G., *Organiser la pluralité: le fonds commun des droits administratifs en Europe*, CoCEAL Working Paper Series n. 3, Issue 1/2018.

All rights reserved.

No part of this paper may be reproduced in any form without permission of the author. The Coceal Working Paper Series uses double-blind review. Intellectual responsibility: Prof. Giacinto della Cananea, c/o Fondazione Manes, Via Achille Papa, 13 - 00195 - Roma (Italy).

Organiser la pluralité: le fonds commun des droits administratifs en Europe*

*Giacinto della Cananea***

Abstract

Administrative law is often regarded, not without justification, as a body of law heavily influenced by the context and, thus, by history and tradition. However, this does not necessarily imply that a comparative analysis of administrative laws will only show innumerable differences. In the new comparative research on European administrative laws, there are two themes. The first is that a comparative analysis may reveal both common and distinctive traits, and that, in view of the growing importance of administrative activities, the focus must be on administrative procedure, as opposed to judicial review of administration. The second theme concerns the methodology of our comparison, which is based, on one hand, on the combined use of comparison and history and, on the other hand, on a factual analysis. The implications that follow from this choice, concerning the legal systems selected for our comparison, are considered.

* Rapport destiné au colloque organisé par l'Association française pour la recherche en droit administratif, Faculté de droit de Rennes 6-8 juin 2017. La recherche qui est présentée ici a été approuvée par le Conseil européen des sciences en 2016 avec un «*advanced grant*» (ERC research COCEAL, N. 694697). Le rapport a été publié dans l'ouvrage collectif de l'Association française pour la recherche en droit administratif, *Méthodes en droit administratif*, Paris, Dalloz, 2018, pp. 135-154.

** Principal Investigator of Coceal Project – Full Professor of Administrative Law, University of Rome “Tor Vergata”.

1. Introduction

Il n'est pas peut être exagéré de dire qu'au cœur d'une œuvre qui est à la base de l'étude comparée des institutions juridiques, *l'Esprit des lois*, il y a la question de la possibilité d'identifier, outre «l'infinie diversité des lois et des mœurs», des «lois invariables»¹. Il y a aussi la question de l'équilibre entre tradition et changement. Les deux questions sont, bien évidemment, liées. Elles ont encore une importance centrale pour ceux qui ont l'ambition de réfléchir sur l'existence d'un «fonds commun des droits en Europe». Il conviendra donc de considérer encore une fois l'œuvre de Montesquieu, grâce à la quelle on pense pouvoir mieux saisir l'essence de la dialectique entre analogies et diversités, qui est au centre d'une nouvelle recherche comparée concernant les principes et les procédures des administrations. Cela fait, on s'attachera à illustrer brièvement les principales caractéristiques de cette recherche. Une autre partie sera consacrée à l'analyse des enjeux qu'elle soulève, principalement sous une perspective méthodologique.

2. Rétrospective: droits et procédure dans *l'Esprit des lois*

Considérons, d'abord, un sujet qui était au cœur des préoccupations de Montesquieu: il s'agit de la sauvegarde de la liberté individuelle vis-à-vis des pouvoirs publics. Montesquieu analyse cette question à plusieurs reprises: d'abord, du point de vue des lois qui forment la liberté politique dans son rapport avec la constitution d'un État, en suite du point de vue des lois qui forment la liberté politique dans son rapport avec les citoyens.

Dans le livre XI, Montesquieu considère les diverses significations données au mot de liberté². Il examine les contraintes et surtout les abus qui peuvent la limiter et souligne que la liberté « ne se trouve que dans les gouvernements modérés ». Puisque il souhaite limiter l'arbitraire des détenteurs du pouvoir, il ne se borne pas à confronter les gouvernements modérés avec l'«affreux despotisme» de la Turquie, mais souligne l'importance d'une constitution politique européenne, celle de l'Angleterre. C'est là, il observe, que l'on trouve une organisation mixte, dans

¹ Montesquieu, *De l'esprit des lois* (1756), Préface. L'importance de notre Auteur étant reconnue, il suffira de mentionner, dans la littérature qu'on dira secondaire, la réponse d'Eric Stein au remarque critique de Otto Kahn-Freund, selon lequel Montesquieu n'avait pas compris l'importance des transplantes juridiques: E. Stein, *Uses, Misuses-and Nonuses of Comparative Law*, 72 North West. Univ. Law Rev. (1977), 198.

² Montesquieu, *De l'esprit des lois*, livre XI, ch. III («la liberté est le droit de faire tout ce que les lois permettent»).

laquelle les différents organes étatiques se limiter les uns les autres. C'est seulement au delà de la Manche, il observe, que la puissance exécutive de l'État est limitée par la puissance législative et par celle de juger³. C'est sur cette base qu'il énonce la célèbre thèse selon laquelle «pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir»⁴. La théorie, donc, n'est pas déduite par un postulat, elle est le résultat d'une comparaison conduite sur les traditions constitutionnelles.

Dans le livre XII, Montesquieu passe à l'examen de l'autre aspect, c'est-à-dire les lois qui forment la liberté politique dans son rapport avec le citoyen. Il y a, à cet égard, une «autre idée, ... la sûreté», qui peut être favorisée par les lois civiles, les mœurs, les exemples⁵. Cette sûreté, il ajoute, «n'est jamais plus attaquée que dans les accusations publiques ou privées», surtout dans le cadre des lois criminelles. Ces lois, selon Montesquieu, n'avaient pas «été perfectionnées tout d'un coup». Elles étaient très imparfaites à Rome, en particulier pour la violation de ce qu'on appellerait la maxime *nemo iudex in re propria*. Sous les Francs, une autre maxime fondamentale était mise en question: il s'agit de la maxime *audiatur et altera pars*. Montesquieu commence avec une simple constatation, suivie par une observation. Il constate que «sous les premiers rois des Francs, Clovis fit une loi pour qu'un accusé ne pût être condamné sans être ouï». Il observe que cela prouvait «une pratique contraire dans quelque cas particulier, ou chez quelque peuple barbare»⁶. Aujourd'hui, plusieurs juristes peut-être hésiteraient à accepter la distinction entre les peuples civilisés et les peuples barbares, malgré le fait qu'elle ait été inscrite dans l'article 38 du statut de la Cour internationale de justice, à propos de principes généraux du droit que la Cour peut utiliser pour trancher les disputes⁷. D'autres tiendraient à souligner que dans d'autres domaines du droit, surtout dans le droit public et administratif, une procédure n'a pas seulement la finalité ou la fonction de protéger les droits du citoyen contre l'arbitraire, mais aussi d'assurer que les pouvoirs publics agissent efficacement, surtout lorsqu'il s'agit de fournir des biens ou des services essentiels dans une démocratie moderne. Une mauvaise procédure,

³ *Ibidem*, livre XI, ch. VI.

⁴ *Ibidem*, livre XI, ch. IV.

⁵ *Ibidem*, livre XII, ch. I.

⁶ *Ibidem*, livre XII, ch. I.

⁷ Sur les implications de la variété des ordres juridiques, v. H. Mosler, *To what extent does the variety of legal systems influence the application of the general principles of law within the meaning of Article 38 (1) of the statute of the International Court of Justice?*, in *International Law and the Grotian Heritage* (Asser Institute, 1983), 173. Pour la thèse traditionnelle, qui considère les principes généraux comme un instrument pour compléter le droit, s'il y a des lacunes, v. L. Siorat, *Le problème des lacunes en droit international. Contribution à l'étude des sources du droit et de la fonction judiciaire* (LGDJ, 1958).

évidemment, peut empêcher les administrateurs d'atteindre les objectifs déterminés par les lois.

Cela dit, dans les remarques de Montesquieu sur les procédures il y a trois éléments qui n'ont pas perdu leur intérêt pour les juristes. Le premier est l'importance d'une bonne procédure pour la protection et la promotion des intérêts essentiels de la société. Le deuxième élément est l'approche comparée utilisée par Montesquieu dans l'étude des procédures, pour aboutir à une connaissance plus avancée. Le dernier élément, qui est une conséquence du précédent, est la perspective historique. Elle a une double importance. D'une part, l'histoire peut intégrer l'étude comparée des institutions juridiques, un aspect sur lequel l'on reviendra plus avant. D'autre part, l'histoire, avec l'expérience qu'elle nous fournit, nous permet de comprendre que ces institutions ne sont pas immuables. Elles subissent certainement l'influence des lois et des mœurs, mais elles changent aussi à cause des choix des réformateurs, qui souvent tiennent compte des exemples qui viennent par d'autres systèmes juridiques.

C'est à la lumière de ces éléments que l'on éclaircira les caractéristiques fondamentales d'une nouvelle recherche comparée sur les droits administratifs en Europe, dont le but essentiel est d'essayer de déterminer si, et éventuellement dans quelle mesure, il y a des principes et des institutions ou mécanismes juridiques communs — en bref, le «fonds juridique commun»⁸ — à une pluralité de systèmes de droit administratif. Il conviendra d'éclaircir ici que l'ambition de la recherche n'est pas de faire sienne l'aspiration éternelle à la justice ou d'approfondir l'étude des valeurs communes à l'Europe des droits, mais de mettre en lumière les traits communs et distinctifs entre les droits administratifs.

3. Une nouvelle recherche comparée: une vue d'ensemble

Trois caractéristiques de la nouvelle recherche comparée seront illustrées dans cette partie: elle a pour but l'avancement des connaissances (A), elle est centrée sur les droits administratifs en Europe (B), en particulier sur la procédure administrative (habituellement dite, en France, non contentieuse) (C).

⁸ Pour cet ordre de concepts, v. R. Schlesinger – P. Bonassies, *Le fonds commun des systèmes juridiques: observations sur un nouveau projet de recherche*, Rev. Int. Dr. Comp. 501 (1963); M. Bussani – U. Mattei, *Le fonds commun du droit privé européen*, Rev. Int. Dr. Comp. 29 (2000). Le même concept a été utilisé récemment par les historiens du droit: T. Le Yoncourt, A. Mercey et S. Soleil (eds.), *L'idée du fonds juridique commun dans l'Europe du XIX^e siècle. Les modèles, les réformateurs, les réseaux* (Presses universitaires de Rennes, 2014).

A) Une recherche visant à l'avancement des connaissances

Les théoriciens du droit comparé, ou mieux de la méthode comparée dans l'étude du droit⁹, ont conçu au siècle dernier une pluralité de finalités de la comparaison que l'on pourrait, en simplifiant, appeler celle de l'avancement des connaissances dont on dispose concernant un certain sujet, celle de l'amélioration de la législation, celle de la résolution d'un certain problème par les cours de droit.

La première finalité a une importance générale, dans tous les domaines du droit¹⁰. Elle a une importance particulière dans le domaine du droit administratif, parce que pendant longtemps la connaissance de l'administration a été conçue surtout comme une connaissance pratique, ayant des finalités très concrètes, dans la logique de la bonne administration (ou, dans le passé, de la « science de la police »)¹¹. L'idée d'une connaissance désintéressée, théorique est certainement plus proche à l'utilisation de la comparaison pour élaborer des théories. Il suffit de penser, dans le domaine du droit public, à la systématisation du droit administratif allemand effectuée par Otto Mayer sur la base de celle du droit administratif français¹² ou à la dichotomie entre le droit français et le droit anglais affirmée par le constitutionnaliste anglais Albert Venn Dicey, qui alla jusqu'au point de nier l'existence d'un « *administrative law* » au Royaume-Uni¹³. Il s'agit de deux exemples, respectivement, de comparaison intégrative et contrastive, pour utiliser l'ordre de concepts élaboré par le comparatiste américain Rudolf Schlesinger¹⁴, mais aussi de deux exemples d'une certaine manière d'utiliser la comparaison, pour « construire » le système juridique. Il n'y a rien de mal dans cela, mais il faut en avoir conscience, si les buts qu'on se pose sont différents.

La seconde finalité de la comparaison apparaît très développée dans le monde globalisé d'aujourd'hui, où toutes les institutions juridiques sont examinées à la lumière des institutions analogues qui existent ailleurs, pour comprendre si elles peuvent être améliorées. Mais en réalité déjà au XIXe siècle ceux qui s'efforçaient de moderniser les institutions existantes ou d'en introduire des nouvelles étaient

⁹ Dans le sens du texte, v. J. Rivero, *Cours de droit administratif comparé* (Les Cours de Droit, 1954-55), 5; O. Pfersmann, *Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit*, 53 Rev. int. dr. comp. 275 (2001); J.S. Bell, *Comparative Administrative Law*, in M. Reimann - F. Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (Oxford University Press, 2006), 1259.

¹⁰ C'est la thèse de R. Sacco, *La comparaison juridique au service de la connaissance* (Economica, 1991); pour son analyse, P. Legrand, *A propos d'une réflexion sur la comparaison juridique*, 45 Rev. Int. Dr. Comp. 879 (1993), 1993.

¹¹ J. Chevallier – D. Lochack, *La science administrative* (PUF, 1980), 3.

¹² O. Mayer, *Le droit administratif allemand* (Giard et Brière, 1905).

¹³ A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10th ed. (MacMillan, 1959), 328-9.

¹⁴ R. Schlesinger, *The Past and Future of Comparative Law*, 43 Am. J. Int'l L. 747 (1995).

conscients que leurs efforts pouvaient se fonder sur une sorte de patrimoine juridique duquel ils pouvaient librement s'inspirer, qu'il s'agisse de la responsabilité ministérielle ou du self-government anglais ou du préfet et du juge administratif français. Il y a, toutefois, une variation récente à cet égard: l'harmonisation des législations, surtout dans le cadre de l'Union européenne. En bref, le progrès de l'intégration plus étroite en Europe passe aussi par l'atténuation des différences entre les dispositions législatives, réglementaires et administratives, d'où l'importance de l'individuation des standards communs. Il ne s'agit pas d'une vision simplement technique, mais de « propager l'idée d'un droit commun et de préparer ainsi le terrain à l'intervention du législateur » de l'Union¹⁵. L'idée sous-jacente était une analogie entre la situation de l'Europe et celle de l'Allemagne au début du XIXe siècle. La doctrine juridique européenne était ainsi appelée à jouer un rôle analogue à celui que la doctrine allemande avait rempli avant l'unification du droit privé.

La dernière finalité de la comparaison juridique est à bien des égards la plus attirante surtout pour les juristes qui — comme les Anglo-saxons — mettent en première ligne la jurisprudence. Dans cette perspective, on soulignera que les cours de droit tiennent compte des solutions que d'autres cours ont donné aux mêmes problèmes ou à des problèmes analogues. Surtout en l'absence d'une *lex specialis* nationale contraire, le juge national sera renvoyé par la loi aux principes généraux du droit, et il pourra utiliser les solutions qui sont partagées par la plupart des autres systèmes juridiques, sinon par tous. Qu'il s'agisse, donc, de la façon de concevoir le rapport de proportionnalité pour certaines décisions des autorités publiques (autorisations ordres, sanctions) ou de reconnaître le droit d'un individu ou d'un group social a être entendu avant qu'une décision défavorable soit adopté par l'autorité publique, il ne faut pas se soumettre aux limites de la législation. Il ne peut pas en être autrement à l'intérieur des organisations juridiques régionales¹⁶. Mais ce qu'on appelle le dialogue des cours va bien au-delà d'elles. Le droit est censé être porteur de valeurs universelles et chaque combat gagné dans un Pays est, de ce fait, celui de l'humanité entière, ce qui oublie les différences qui persistent entre les ordres juridiques et surtout les nouvelles différences.

¹⁵ G. Phillips, *Sur la notion de l'harmonisation des droit europeens*, Comparative and International Law Journal 448 (1969). Sur l'importance de la reconnaissance mutuelle des règles nationales, après l'arrêt de la Cour de Justice dans l'affaire *Cassis de Dijon*, v. J.H.H. Weiler, *The Constitution of the Common Market Place: Text and Context in the Evolution of the Free Movement of Good*, in P. Craig – G. De Burca (eds.), *The Evolution of EU law* (Oxford University Press, 1999), 366.

¹⁶ A cet égard, dans la littérature moins récente il y a des études qui n'ont pas perdu intérêt: J. Rivero, *Le problème de l'influence des droits internes sur la Cour de Justice de la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier*, 4 Annuaire Français de Droit International 295 (1958); P. Reuter, *Le recours de la Cour de Justice des Communautés européennes aux principes généraux de droit*, in *Mélanges Henri Rolin* (Pedone, 1964), 264.

Ce qu'on vient de dire sert à éclaircir où se situe la recherche qu'on se propose de réaliser. Il ne s'agit pas d'une recherche instrumentale à destination du législateur ou du juge mais, au contraire, d'une recherche qui vise à promouvoir un avancement des connaissances dont nous disposons sur les droits administratifs en Europe. C'est aussi pour cela que, contrairement aux recherches comparées qui ne s'intéressent qu'aux analogies, la recherche qu'on se propose de réaliser est centrée au même temps sur les analogies et sur les différences. Une caractéristique ultérieure découle de cela: il faudra se poser des questions de méthode, concernant la comparaison des institutions juridiques.

Cela dit, on ne peut pas exclure que l'avancement des connaissances dont on dispose concernant certaines institutions juridiques puisse se révéler utile pour d'autres buts, de nature pratique. On peut penser aux cours de droit comparé et aux matériaux qui sont utilisés pour l'enseignement du droit ou à la formation des administrateurs publics. On peut penser, encore, aux analyses qui précèdent (ou devraient précéder, dans la logique selon laquelle il faut connaître pour décider) l'élaboration des règles concernant l'activité administrative. Mais il s'agit d'aspects ultérieurs, qui restent au dehors du projet.

B) Une recherche sur les droits administratifs en Europe

La deuxième caractéristique de la recherche comparée qu'on se propose de réaliser concerne son objet, c'est-à-dire le droit administratif. Un coup d'œil sur la littérature juridique récente est utile à cet égard. Dans les dernières années, il y a eu des ouvrages collectifs importants sur le droit public comparé¹⁷. Mais ces ouvrages ne s'occupent pas du droit administratif de façon spécifique. D'autres ouvrages, qui sont centrés sur le droit administratif, ont une approche «globale»¹⁸, ce qui ne manque pas d'intérêt. Toutefois, il y a deux raisons d'être d'une recherche plus spécifique sur les droits administratifs en Europe. La principale est à la fois historique et actuelle, tandis que l'autre est liée aux événements plus récents.

L'importance de la première raison apparaît plus claire si l'on considère le contraste entre les thèses de deux juristes qui ont profondément marqué l'évolution du droit public et administratif, le juriste anglais Albert Venn Dicey et le juriste allemand Otto Mayer. En 1885, dans la première édition de son célèbre traité de droit constitutionnel, Dicey affirma qu'au Royaume-Uni il n'y avait point de droit administratif. Il soutint que le régime juridique développé en France et ailleurs sur le continent était incompatible avec la *Rule of law*. Peu importe, pour les buts qui

¹⁷ A. von Bogdandy – P. Huber (eds.), *Jus Publicum Europaeum* (C.F. Muller, 2011-2015).

¹⁸ S. Rose-Ackermann - P. Lindseth (eds.), *Comparative Administrative Law*, 2eme ed. (Elgar, 2017).

nous intéressent ici, que la dichotomie instaurée par Dicey entre le libéralisme anglais et le despotisme continental était exagérée, parce que le droit administratif français était très différent de l'image qu'il en donnait, comme Jèze ne manqua pas d'observer¹⁹ et le droit anglais était plein d'institutions juridiques qui contredisaient la théorie de Dicey, comme Ivor Jennings et autres ont expliqué²⁰. Ce qui nous intéresse est que, pour illustrer sa théorie de la constitution anglaise, Dicey souligna l'importance du droit de l'administration et utilisa la comparaison, dans sa version 'contrastive', c'est à dire pour confronter deux systèmes considérées très différent dans leurs fondements et dans leur principes.

Exactement à la même période, Otto Mayer fonda l'étude systématique du droit administratif allemand sur la base de l'idée que le droit administratif français n'était pas seulement mieux structuré et plus systématique que le droit allemand, mais qu'il pouvait être considéré comme un modèle, pour sa systématique. Plus précisément, Mayer souligna deux aspects. D'une part, il y avait l'influence du droit administratif français sur les autres droits. Cette influence était parfois indirecte, quand les institutions administratives étaient adaptées aux exigences des autres pays, parfois directes, quand le droit français était « *simplement copié* ». D'autre part, il y avait le « *parallélisme des idées communes à tous les pays* »²¹. Cette approche ne conteste pas seulement la conviction que le droit administratif est une sorte d'enclave nationale. Elle suggère qu'il y a une sorte de base commune, dans laquelle le rôle du droit administratif français est central. Aux yeux du comparatiste américain Martin Shapiro, par exemple, le Conseil d'État a été le « modèle » pour les institutions judiciaires de la plupart des cours administratives des pays de l'Europe continentale²². Le livre sur le cent cinquantième anniversaire du Conseil d'État en donna plusieurs exemples²³.

Cela nous amène à l'autre raison d'être d'une recherche sur les droits administratifs en Europe. Il s'agit des transformations rapides et profondes que le droit administratif a connues dans les dernières décennies. Ces transformations ne concernent pas seulement le champ d'application du droit administratif et donc son rapport avec la société, mais aussi son rapport autrefois exclusif avec l'État, surtout à l'intérieur de l'Union européenne²⁴. Elles remettent en cause les instruments et les

¹⁹ G. Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, III ed. (Giard, 1925.), 5.

²⁰ V. S. Flogaitis, *Administrative Law et Droit administratif* (LGDJ, 1986); S. Cassese, *La construction du droit administratif: France et Royaume-Uni* (Monthcrestien, 2000).

²¹ O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht* (1894), édition française traduite par l'auteur, *Le droit administratif allemand* (Giard et Brière, 1905)

²² M. Shapiro, *Courts. A Comparative and Political Analysis* (University of Chicago Press, 1981), 33.

²³ *Le Conseil d'État. Livre jubilaire pour commémorer son cent cinquantième anniversaire* (Sirey, 1952).

²⁴ J.B. Auby, *La bataille de San Romano, Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif*, AJDA 943 (2001); M. Ruffert (ed.), *La mutation du droit administratif en*

techniques que les institutions publiques utilisent. Pour comprendre ces transformations, l'analyse comparée ne peut pas se borner à considérer les cultures juridiques traditionnellement plus examinées par les comparatistes. Par exemple, après la chute du Pacte de Varsovie, et l'adoption des principes communs aux démocraties libérales par les pays de l'Europe centrale et orientale, il est intéressant de voir non seulement quelles institutions judiciaires ont été adoptées par ces Pays²⁵, mais aussi si à ces principes communs correspondent des lois et des pratiques gouvernementales analogues ou différentes.

C) Des principes aux institutions juridiques: la procédure administrative

Ce qu'on vient de dire à propos du droit administratif doit être précisé à la lumière d'un premier point de méthode. Pour une recherche comparée, il y a un double risque, c'est-à-dire que l'objet soit trop limité ou qu'il soit, au contraire, trop large. Le premier risque devient évident quand on considère, par exemple, l'étude en plusieurs volumes concernant le droit administratif (« *Administrative Law – The Problem of Justice* »)²⁶, qui a été publiée au début de la dernière décennie du XXe siècle. Malgré la qualité très haute des auteurs et le choix de plusieurs systèmes juridiques occidentaux, le champ à analyser — qui incluait les bases constitutionnelles et les principes fondamentaux, le contentieux et la responsabilité — était simplement trop vaste. L'autre risque est de choisir un aspect ou une partie trop limité, ce qui ne permet pas de déterminer l'existence des règles juridiques communes à plusieurs systèmes²⁷.

À la lumière de ces observations, il fallait délimiter plus exactement l'objet de la recherche, c'est à dire le droit administratif, sur la base d'un projet articulé autour d'une problématique cohérente. On a choisi de focaliser l'attention sur la procédure administrative (dite, en France, non contentieuse), pour deux raisons: son importance du point de vue de la pratique gouvernementale et l'existence de traits communs et distinctifs dans les systèmes juridiques européens, avec d'importantes implications pour l'analyse du « fonds commun » des droits administratifs en Europe.

Au cours du dernier siècle, il y a eu une transformation dans la pratique gouvernementale. Il s'agit de l'élargissement du champ d'action des administrations

Europe(Sellier, 2007).

²⁵ M. Fromont, *Droit administratif des Etats membres de l'Union européenne* (PUF, 2006).

²⁶ A. Piras - G. Motzo (ed.), *Administrative Law – The Problem of Justice* (Giuffrè, 1991-3).

²⁷ R. Schlesinger, *Introduction*, in Id. (ed.), *Formation of Contracts. A Study of the Common Core of Legal Systems*, I (Oceana, 1968).

publiques et de la prise de conscience que ce qui compte n'est pas seulement l'acte administratif, mais la procédure suivie par l'autorité. La jurisprudence et la doctrine ont graduellement reconnu l'importance de la procédure d'adoption d'une règle ou d'une décision exécutoire, dans le sens qu'on ne décide pas «*one shot*». Au début, cette transformation, fondamentale dans le rapport entre droit public et pratique gouvernementale, a été fondée sur la nécessité de limiter et structurer l'exercice des pouvoirs par les autorités publiques. Mais graduellement le contrôle du juge a permis l'élaboration d'un noyau de principes généraux plus proches du «*due process of law*» que du traditionnel principe de légalité, comme le droit d'être entendu et l'obligation de motiver les décisions qui dérogent au principe d'égalité: tous les deux ont été inclus par la Cour de justice parmi les éléments fondamentales d'une procédure équitable²⁸. Plus tard, on s'est rendu compte du fait que les procédures administratives sont souvent caractérisées par une pluralité d'intérêts, individuels et collectifs, et de sujets. Elles requièrent donc des règles visant à maximiser l'efficacité de l'action administrative. Les lois qui codifient la procédure administrative dans presque tous les Pays membres de l'Union européenne le témoignent²⁹. En somme, le concept de procédure est au centre du droit administratif³⁰, vu comme domaine juridique et comme science.

L'importance de l'action administrative et en particulier de la procédure n'est pas seulement majeure qu'au début du vingtième siècle. La procédure est aussi plus importante, comme sujet de réflexion scientifique, que le contrôle juridictionnel sur l'acte administratif, le sujet traditionnel de la comparaison dans ce domaine³¹, pour deux raisons principales. En premier lieu, l'examen de la procédure et de son droit permet de comprendre le fonctionnement des institutions gouvernementales d'une façon directe, tandis que la vision contentieuse des phénomènes administratifs n'est qu'une vision indirecte. En deuxième lieu, le contrôle juridictionnel a des limites dans le champ d'application et dans les modalités d'activation: d'une part, il y a des actes administratifs soustraits au contrôle du juge, y inclus les actes de gouvernement, les mesures d'ordre intérieur et celle qui n'ont pas un impacte sur

²⁸ V. B. Stirn, *Vers un droit public européen* (Montchrestien, 2012), 91. Pour une discussion des fondements de ces éléments, v. G. della Cananea, *Due Process of Law Beyond the State. Requirements of Administrative Procedure* (Oxford University Press, 1968).

²⁹ V. S. Cassese, *Legislative Regulation of Adjudicative Procedures: An Introduction*, Eur. Rev. Public Law 15 (1993); J.B. Auby (ed.), *Codification of Administrative Procedures* (Bruylant, 2014).

³⁰ N. Walker, Review of Dennis J. Galligan, *Due Process and Fair Procedures: A Study of Administrative Procedures*, 62 Modern L. Rev. 962 (1999). Voir aussi R. Caranta, *Procedimento amministrativo nel diritto comparato*, *Nuovissimo Digesto Italiano* (UTET, 2008), 604; *Droit comparé de la Procédure administrative*, sous la direction de J.B. Auby (Bruylant, 2016).

³¹ V. P. Craig, *Theory and Value in Public Law*, in P. Craig & R. Rawlings (eds.), *Law and Administration in Europe. Essays in Honour of Carol Harlow* (Oxford University Press, 2003), 27 et S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, 3rd ed. (Einaudi, 2003), 305.

les intérêts individuels, comme les budgets; de l'autre part, ce contrôle n'intervient qu'après coup et sur la décision des parties³². Enfin, la procédure nous offre une vision de l'exercice du pouvoir qui n'est pas limitée à la légalité de l'action, mais inclut son opportunité, que les citoyens peuvent contester à travers les procédures et les instruments qui permettent la collaboration ou la participation.

S'il y a une tendance commune en Europe et un noyau de principes et règles qui sont présentes des similarités, il y a néanmoins des différences non négligeables. Au delà des précautions habituelles des comparatistes, en particulier la difficulté d'interprétation d'institutions juridiques que l'on ne connaît pas d'une façon concrète, il y a des *caveats* concernant notre sujet, la procédure. On vient de noter que des lois générales sur la procédure administrative ont été adoptées dans « presque » tous les pays membres de l'UE. Il faut préciser qu'il n'y en a ni au Royaume-Uni ni en Irlande, où il y a des lignes directrices adoptées par les institutions politiques et les principes de *natural justice* élaborés par les cours. Il faut ajouter que, si on ne se borne pas à constater la codification législative, mais si l'on examine les contenus des lois, celles-ci manifestent une diversité qui n'est pas peut-être « infinie », pour reprendre les mots de Montesquieu, mais qui est certainement remarquable. Enfin, ni les parcours ni les conclusions de la science juridique sont identiques dans les différentes cultures juridiques. Par exemple, en ce qui concerne la procédure administrative, elle est considérée d'une façon de plus en plus théorique en Espagne et en Italie, d'une façon essentiellement pragmatique en Angleterre. Il y a donc une différenciation du droit administratif et de son champ scientifique.

Cependant, tout cela n'est ni une surprise, ni un obstacle pour une recherche comparée qui ait la tâche de tenir compte des similarités et des différences. Autrement dit, s'il est peut être exagéré d'opposer, de façon tranchée, l'approche contrastive qui domina dans la première partie du vingtième siècle et l'approche plus intégrative, inspiré par les recherches menées aux États-Unis, on peut dire qu'une recherche sur le « fonds commun » des droits administratifs n'est pas concevable sans tenir compte de la diversité des contextes nationaux.

D) Synthèse et problèmes

Ces observations supportent les deux hypothèses ou conjectures fondamentales sur lesquelles la nouvelle recherche se fonde. La première conjecture est que l'Europe est caractérisée au même temps par d'importants traits communs et par des

³² Pour cette argumentation, v. G. Isaac, *La procédure administrative non contentieuse* (LGDJ, 1968), 183.

différences qui ne persistent simplement, mais qui parfois deviennent plus accentuées. C'est cette duplicité qui rend particulièrement féconde l'analyse comparée concernant le droit en Europe. C'est l'intérêt pour les traits communs et distinctifs qui ne requiert pas du théoricien dans une recherche comme celle que nous nous venons de décrire d'émettre un vœu quant à ce qu'on va découvrir³³. En d'autres termes, le résultat attendu n'est pas seulement la reconnaissance qu'un certain principe ou une institution juridique est partagé par la plupart des systèmes de l'Europe, mais aussi la constatation négative qu'il n'est partagé que par quelques systèmes juridiques. D'où une différence essentielle entre cette recherche et d'autres. L'autre conjecture est qu'il ne s'agit pas seulement d'essayer d'identifier un certain nombre des principes généraux de droit, mais aussi de vérifier si la procédure administrative constitue une modalité générale d'action, qui comporte toute une série de conséquences, à partir du devoir de respecter la procédure établie et de la prohibition de passer à une phase si la précédente n'a pas été conclue.

Une fois un problème déterminé choisi, comme celui des rapports entre les phases de la procédure administrative non contentieuse ou de la responsabilité qui découle de la violation d'une règle procédurale, il y a toute une série des questions qui se posent. Il ne s'agit pas seulement de justifier le choix de quelques systèmes juridiques, si on ne peut pas les considérer tous, mais aussi, avant tout, d'expliquer quel type de comparaison on essayera de réaliser. Est-ce que la méthode habituelle dans beaucoup des rencontres des comparatistes³⁴, qui exalte l'importance de la législation, est adéquate pour une recherche sur le « fonds commun » des droits administratifs en Europe ? Peut-on apprendre quelque chose par les recherches analogues conduites par les spécialistes du droit privé dans les dernières décennies ? Et, aussi si la réponse à cette question est positive, est-ce qu'il ne faudrait pas se borner à jeter simplement un coup d'œil sur le passé, pour comprendre s'il y a un « fonds commun » ?

4. Les enjeux

Dans cette perspective, on exposera quelques remarques critiques sur la tendance à juxtaposer les solutions utilisées par les différents systèmes juridiques plutôt qu'à les comparer (A), on expliquera dans quel sens on essayera de réaliser une

³³ R. Schlesinger – P. Bonassies, *Le fonds commun des systèmes juridiques: observations sur un nouveau projet de recherche*, cit. at 8, 507.

³⁴ V. F. Bignami, *From Expert Administration to Accountability Network: A New Paradigm for Comparative Administrative Law*, 59 Am. J. Comp. L. 859 (2011) (selon laquelle les critères des études comparées sont largement ceux du XIX siècle).

comparaison synchronique (B) et diachronique (C) et, enfin, on tournera sur le choix des systèmes juridiques (D).

A. De la juxtaposition à la comparaison

Lorsque la première recherche du fonds commun a été commencée par Schlesinger et les autres experts du droit privé qui ont participé aux séminaires qu'il organisait à Cornell, on s'est aperçu d'un défaut commun à des nombreuses études. Schlesinger remarqua que dans le secteur du droit privé trop souvent ceux qui s'engageaient dans une recherche comparée se bornaient à compiler et juxtaposer les règles des systèmes juridiques qu'ils considéraient, sans passer à la phase suivante, la plus complexe et en même temps la plus importante, c'est-à-dire la comparaison proprement dite³⁵. Des critiques analogues ont été formulées sur le droit public par un autre comparatiste américain, Martin Shapiro, selon lequel souvent «comparison consists of presenting descriptions of a number of legal systems side by side, ... with no particular end in view»³⁶.

Il convient de dire immédiatement que cette critique n'est adressée ni à la qualité des participants aux recherches sur les droits administratifs nationaux, qui souvent étaient les meilleurs spécialistes de ce secteur, ni à la qualité de leurs études sur leurs systèmes juridiques. Il s'agit, pour ainsi dire, d'une question de méthode. Pour mieux expliquer cette critique de méthode, il vaut mieux donner quelques exemples concrets.

Considérons, d'abord, l'ouvrage probablement le plus vaste sur la justice administrative à la fin du dernier siècle, publiée en trois volumes avec le titre « *Administrative Law : the Problem of Justice* »³⁷. Il suffit de jeter un coup d'œil sur la structure de l'ouvrage et sur ses parties pour s'apercevoir du problème de méthode qu'on vient de souligner. Ceux qui ont participé à la réalisation de cet ouvrage, conçue et dirigée par un expert de la justice administrative en Italie, Aldo Piras, étaient sans doute d'éminents spécialistes: pour se limiter à quelques-uns, il y avait Eduardo Garcia de Enterría, Peter Strauss, Pierre Delvolvé et Georges Vedel, William Wade. Les systèmes juridiques choisis n'étaient pas, donc, seulement ceux de l'Europe, mais il y avait aussi les Etats-Unis: un choix opportun, parce qu'il permettait de vérifier certaines idées reçues sur les droits administratifs dans les pays anglo-saxons. Les études publiées étaient aussi très approfondies, au point

³⁵ R.B. Schlesinger, *Introduction*, in R.B. Schlesinger (ed.), *Formation of Contracts: A Study of the Common Core of Legal Systems*, cit. at 27, 11.

³⁶ M. Shapiro, *Courts. A Comparative and Political Analysis*, cit. at 22, vii.

³⁷ A. Piras - G. Motzo (ed.), *Administrative Law: the Problem of Justice*, 3 volumes (Giuffrè, 1990-1991).

qu'encore aujourd'hui on peut les utiliser pour aborder l'étude de ces systèmes juridiques. Enfin, ils étaient basés sur la même « grille » ou structure, qui incluait ce qu'on appellerait les bases constitutionnelles du droit administratif, son champ d'application, les principes du contrôle juridictionnel de l'action administrative et la mise en œuvre des décisions et la responsabilité. Toutefois, considéré dans son ensemble, l'ouvrage montrait des faiblesses. La première est l'ampleur de l'objet, qui ne permettait pas d'examiner plus en détail certaines institutions juridiques. La seconde, et principale, faiblesse est que l'étude s'arrêtait à la description des systèmes juridiques sélectionnés pour la comparaison. Il n'y avait ni un chapitre introductif, ni une partie conclusive qui expliquaient la méthodologie utilisée et les principales questions auxquelles l'étude cherchait à donner des réponses.

L'importance de ces remarques est confirmée par l'approche suivie par Jean-Marie Auby et Michel Fromont dans leur ouvrage sur les droits administratifs dans les six Pays fondateurs de la Communauté européenne³⁸. L'ouvrage ne considérait pas le domaine entier du droit administratif, mais seulement la partie qui avait déjà attiré l'intérêt des comparatistes, comme Laferrière, à la fin du siècle précédant, c'est-à-dire le contrôle juridictionnel de l'action administrative. Il y avait aussi une différence remarquable dans l'approche suivie, en ce qui concerne l'analyse des systèmes juridiques et la synthèse: dans l'analyse, parce que dans chaque chapitre concernant un système déterminé il y avait toujours des observations concernant ses spécificités (par exemple, la solution adoptée en Allemagne concernant les recours contre les règlements ou les conséquences de la distinction entre droits et intérêts en Italie); dans la synthèse, parce que les auteurs dédiaient le chapitre conclusif aux principaux éléments communs et distinctifs des droits administratifs des six Pays fondateurs. C'est pour ces raisons que cette étude n'a pas seulement un intérêt d'un point de vue pratique, en permettant, comme les auteurs le signalaient, aux entreprises qui le désiraient de connaître les possibilités de recours contre les actes administratifs, mais aussi d'un point de vue théorique, comme Mitchell, le publiciste anglais plus enclin à apprécier les aspects positifs des systèmes continentaux de droit administratif³⁹, observa dans sa recension au volume⁴⁰. Il reste à voir s'il y a un minimum d'éléments partagés et de liens permettant de donner corps à l'hypothèse de l'existence d'un fonds commun de ces droits.

B) Une comparaison synchronique: l'approche factuelle

³⁸ J.M. Auby - M. Fromont, *Les recours contre les actes administratifs dans les pays de la Communauté économique européenne* (Dalloz, 1971).

³⁹ M. Loughlin, *Public Law and Political Theory* (Clarendon, 1992), 151.

⁴⁰ D.B. Mitchell, *Review of J.M. Auby & M. Fromont, Les recours contre les actes administratifs dans les pays de la Communauté économique européenne*, 21 Int. & Comp. L. Quarterly 193 (1972).

Pour définir l'approche qu'on utilisera dans notre recherche, il y a deux autres aspects de méthode à éclaircir. Il s'agit, d'une part, de la nécessité de passer, pour ainsi dire, du dessein institutionnel des droits administratifs à l'examen de la vie concrète du droit: c'est ce qu'on appellera la comparaison synchronique. Il s'agit, de l'autre part, de la dimension historique de ces droits, pour mieux dire de la comparaison diachronique, qui sera considérée dans le prochain paragraphe.

Sous un premier angle, purement visuel, on peut se borner à constater qu'il y a eu, surtout au XIXe siècle, une diffusion de ce qu'on appelait la législation comparée. Il s'agissait d'illustrer les caractéristiques principales des systèmes juridiques nationaux et d'en dériver quelques conséquences. Quoiqu'utile dans certains secteurs du droit, comme dans le domaine du droit administratif, cette approche était cependant insuffisante. Elle était insuffisante parce que ce qui compte, selon l'enseignement de Charles Eisenmann, c'est «le droit tel qu'il est, et non pas tel qu'il est promulgué»⁴¹. Sur le temps long, le droit administratif a été réglé par une législation très limitée par rapport au droit privé. C'est la jurisprudence, donc, qui a construit le système du droit administratif, avec le soutien, parfois critique, de la doctrine.

Cette insuffisance de l'approche centrée sur le dessein institutionnel devient encore plus manifeste lorsqu'on essaye de réaliser une étude comparée des droits administratifs. Nous avons déjà tenu compte de l'opinion de ceux qui soulignent, malgré les nombreuses différences, l'existence de certains traits communs, qui parfois sont inclus dans une sorte de plateforme des valeurs universelles dont l'Europe est censée être porteuse, par exemple dans le préambule du Traité sur l'Union européenne. Considérons, maintenant, l'opinion de ceux qui la critiquent. Ils soulignent les nombreuses situations dans lesquelles des mots analogues désignent des réalités très différentes. Ils en tirent la conséquence qu'au-delà des similitudes apparentes, il y a des mentalités différentes, qu'on ne saurait pas négliger. Dans les cas plus extrêmes, on aboutit à exclure non seulement l'utilité, mais la possibilité même d'une comparaison, en vue de la diversité des contextes nationaux. Ces cas sont peu nombreux en Europe, il y en a peut-être plus ailleurs. Mais je crois que leur critique mérite d'être prise au sérieux. Il ne faut pas être nécessairement d'accord avec cette critique — en bref, une vraie comparaison est impossible — pour se rendre compte qu'il faut réellement se garder des analogies superficielles.

⁴¹ C. Eisenmann, *Cours de droit administratif* (LGDJ, 1982), 481. Sur l'importance de la jurisprudence, v. aussi, J. Rivero, *Droit administratif*, 12^e ed. (LGDJ, 1987), 35; F. Merusi, *Lo sviluppo giurisprudenziale del diritto amministrativo italiano*, in *Legge, giudici, politica. Le esperienze italiana e inglese a confronto* (Giuffrè, 1983), 124.

C'est pour ces deux raisons qu'il faut réfléchir d'une manière innovante sur la méthodologie d'une recherche comparée, en particulier sur les droits administratifs en Europe. Si une vraie comparaison doit être basée sur le droit tel qu'il est, non pas sur le droit tel qu'il est promulgué, et s'il faut se garder des analogies apparentes ou superficielles, c'est exactement dans la vie du droit qu'il faut chercher à vérifier les conjectures qui sont à la base de la recherche. Il faudra, donc, que les juristes s'interrogent sur une série de problèmes concrets, pour voir, en premier lieu, si chaque problème se pose dans les systèmes juridiques sur lesquels on a choisi de conduire la comparaison (pour se borner à un exemple, il y a partout des concessions pour l'utilisation du patrimoine public, sans qu'il y ait la distinction entre domaine et patrimoine et sans qu'elles soient disponibles partout pour les mêmes objets) et, en deuxième lieu, de confronter les solutions qui sont données à ce problème dans chaque système, pour voir s'il y a des analogies ou des différences et d'essayer de les expliquer (dans l'exemple fourni, les critères et les procédures pour l'octroi des concessions).

Ce qu'on vient de dire montre deux différences fondamentales entre la méthode qu'on se propose d'utiliser et la méthode à laquelle les publicistes européens sont peut-être plus habitués, celui de la Cour de justice. Contrairement aux avocats généraux et aux juges de la Cour de justice, d'une part, notre comparaison n'a pas un objectif pratique, mais une meilleure connaissance des réalités juridiques analysée; de l'autre part, notre recherche a pour objet les analogies et les différences. Il s'agit de comprendre si ces différences dérivent des règles de droit ou des interprétations consolidées de ces règles.

Il y a, par contre, beaucoup plus qu'une similitude — mais aussi quelques différences — avec l'approche factuelle qui a été développée par les privatistes dans le cadre des séminaires de Cornell organisés par Schlesinger et surtout dans le cadre du projet lancé par l'Université de Trento sur le «fonds commun du droit privé européen».

Il y a des analogies, dans la mesure où, une fois un problème déterminé choisi, comme celui du droit à une procédure administrative équitable lors d'une expropriation ou d'une confiscation décidée par les pouvoirs publics, on partagera le processus de recherche en trois phases. La première consiste en l'établissement du document de travail, un questionnaire, qui servira de point de départ. C'est dans ce sens qu'on peut dire que la recherche comparée qu'on se propose de réaliser est une entreprise collective, plutôt qu'une individuelle. La seconde phase consistera dans les analyses faites par les experts nationaux. La troisième phase consistera dans la rédaction des rapports de synthèses⁴².

⁴² R. Schlesinger – P. Bonassies, *Le fonds commun des systèmes juridiques*, cit. at 8, 523.

Il n'y a, à mon avis, rien de particulièrement nouveau ou dangereux dans cette approche, qui a d'autre part des caractéristiques communes avec l'approche utilisée par les juges administratifs des pays européens dans leurs rencontres périodiques dans le cadre de l'ACA-Europe. Il y a, toutefois, plus d'une différence entre notre recherche et les études conduites en droit privé. Il vaut la peine d'illustrer brièvement deux différences, tandis qu'une autre requiert une explication moins synthétique. Tout d'abord, à la lumière de l'importance majeure que la jurisprudence et la doctrine ont eu dans le secteur du droit administratif, on ne se préoccupera pas trop de «justifier» leur rôle dans l'élaboration des réponses qui sont données au problème sélectionné. Deuxièmement, en vue de la tendance traditionnelle à juxtaposer les rapports nationaux, il sera utile de prévoir non seulement un rapport de synthèse, mais aussi des rapports, intermédiaires ou préliminaires, qui pour ainsi dire préparent le champ. Ces rapports, bien évidemment, ont des caractéristiques tout à fait différentes et requièrent, à cause d'elles, des rapporteurs qui aient un certain niveau de connaissance d'autres systèmes juridiques.

C) Une comparaison diachronique

Il y a, enfin, une différence fondamentale entre la recherche qu'on présente ici et celles des spécialistes du droit privé. Les études conduites dans le secteur du droit privé ont privilégié la comparaison synchronique, c'est à dire des systèmes juridiques tels qu'ils existent aujourd'hui. Il ne manque pas de raisons pratiques en faveur de cette limitation. Mais il y a deux bonnes raisons pour une différenciation ultérieure de notre recherche: une raison générale et une raison spécifique.

La première raison concerne le rapport entre l'histoire du droit et la comparaison juridique. Les historiens du droit ont toujours eu conscience du fait qu'interroger l'histoire nous amène inexorablement à confronter les problèmes et les solutions dégagées pour les résoudre («*history involves comparison*»)⁴³. Plus récemment, une partie des comparatistes a soutenu que, pour comparer les institutions juridiques, il faut souvent tenir compte de leur chemin («*comparison involves history*»)⁴⁴. En particulier, l'histoire du droit montre la fréquence et l'importance des échanges entre les diverses cultures juridiques, qui souvent ne sont pas à sens

⁴³ F.W. Maitland, *Why the History of English Law Was not Written*, in R. Livingston (ed.), *Frederic William Maitland Historian. Selection from his Writings* (Schuyler, 1960), 132 (pour la thèse que "History involves comparison and the English lawyer who knew nothing and cared nothing for any system but his own hardly came in sight of legal history" and that "an isolated system cannot explain itself").

⁴⁴ G. Gorla, *Diritto comparato e diritto comune europeo* (Giuffrè, 1981), 39.

unique. Par exemple, la *due process clause* établie par la Constitution des Etats-Unis, qui a été influencée par l'ancien droit anglais, ne manque pas d'exercer son influence sur les constitutions d'autres pays, en Europe et ailleurs.

La deuxième raison concerne spécifiquement le droit administratif, sur lequel l'état des connaissances dont nous disposons n'est pas toujours satisfaisant. Il n'est pas satisfaisant en ce qui concerne une période fondamentale pour le droit administratif et un sujet qui a été central au XIXe siècle et dans la première moitié du dernier siècle, c'est-à-dire le contrôle juridictionnel de l'action administrative. On a déjà eu lieu de remarquer que lorsque Dicey soutint qu'il n'y avait en Angleterre un «*administrative law*», son opinion reposait sur une interprétation partielle des institutions juridiques de son époque. Mais, malgré la diffusion des connaissances, certains préjugés n'ont pas été abandonnés. Quelle est la valeur de l'affirmation de René David que «le droit public ... est modelé à l'image du droit privé»⁴⁵, plus ou moins comme en Angleterre? Encore aux années 1980, l'existence du droit administratif était limitée à certains Etats⁴⁶? Est-ce que le droit administratif français a été un modèle seulement pour les législateurs qui ont décidé de créer des cours spécialisées, ou aussi pour les juges qui ont élaboré leurs standards de contrôle à l'intérieur de ces cours? Il ne s'agit pas, bien évidemment, de chercher des assonances dans quelques décisions de justice, mais de vérifier, à travers une analyse empirique rigoureuse si, vers la fin du XIXe siècle, s'il y avait des analogies concernant ces standards et, éventuellement, si ces analogies étaient déterminées par ce que Jean Rivero a appelé le parallélisme des solutions, ou par d'autres facteurs.

L'état des connaissances dont nous disposons est insuffisant aussi en ce qui concerne le phénomène qui a marqué la deuxième partie du XXe siècle et les premières décennies du nouveau siècle, le développement de la procédure administrative (dite, en France, non contentieuse) et de ses règles⁴⁷. On ne peut pas se borner à constater qu'il y a partout des lois qui régissent la procédure administrative, malgré l'absence d'une loi de ce type au Royaume-Uni et en France, jusqu'à la codification très récente. Il faudrait se demander si les lois des divers pays d'Europe ont été influencées — comme certains auteurs l'ont suggéré — par la législation autrichienne de 1924⁴⁸ et, si la réponse à cette question est positive,

⁴⁵ R. David, *Le droit anglais*, 5^e ed. (PUF, 1965), 8.

⁴⁶ M.S. Giannini, *Diritto amministrativo* (Giuffrè, 1988).

⁴⁷ Deux rapports sont déjà en cours de publication sur l'*Italian Journal of Public Law* (www.ijpl.eu): A. Ferrari Zumbini, *Judicial Review of Administrative Action in the Austrian-Hungarian Empire: the Formative Years (1890-1910)*; C. Mc Cormick, *Judicial Review of Administrative Action in the United Kingdom: the Standards Between 1890 and 1910*.

⁴⁸ Pour une rétrospective, v. H. Schaffer, *Administrative Procedure in Austria. 80 Years of Codified Procedure Law*, 17 *Eur. Rev. Public L.* 871 (2005).

comment il était possible qu'il y ait le même modèle de procédure administrative pour des démocraties libérales et pour des États autoritaires, comme l'Espagne, et des Pays socialistes, comme la Hongrie en 1957-68 et la Pologne en 1960. L'idée sous-jacente est que la science du droit ne devrait pas se débarrasser des institutions juridiques dans ces types de régimes politiques.

D) Le choix des systèmes juridique

Une différence ultérieure entre notre recherche et les recherches réalisées dans le domaine du droit privé s'ajoute à celles d'ordre méthodologique, qu'on vient d'illustrer. Elle concerne le choix des systèmes juridiques inclus dans la recherche comparée, ou mieux de leur typologie.

Avant d'éclaircir cette différence, il convient de constater qu'une recherche comparée sur les droits administratifs en Europe peut avoir une extension différente, selon la manière dans laquelle on conçoit cette partie du monde. Il y a trois solutions principales: soit une recherche sur les systèmes juridiques des pays qui font partie de l'Union européenne, soit sur ceux qui font partie de l'espace juridique européen, soit encore sur la plus vaste communauté des Pays qui adhèrent à l'Europe des droits, telle qu'elle est configurée par la Convention européenne des droits de l'homme. La première solution amènerait la recherche comparée sur un sous-ensemble — pour ainsi dire — beaucoup plus vaste et articulé qu'en 1971, surtout après les derniers élargissements de l'Union. Mais elle laisserait au-dehors un pays qui est particulièrement intéressant pour une recherche comparée: la Confédération helvétique, qui est incluse avec la Norvège dans l'espace juridique européen. On pourrait alors se demander s'il ne faudrait pas élargir ultérieurement la recherche, pour y inclure tous les autres pays de l'Europe, mais chaque recherche est soumise à des limites de financement et de temps, qu'on ne saurait négliger. Ce qui compte le plus, d'autre part, est l'élaboration d'une nouvelle méthodologie, qui pourrait être utilisée par d'autres, pour un ensemble plus vaste de systèmes juridiques. Une solution qui apparaît raisonnable consiste en l'inclusion, d'une part, d'un certain nombre de pays qui appartiennent à l'espace juridique européen et qui sont représentatifs des principaux modèles identifiés par la doctrine juridique⁴⁹, c'est-à-dire les pays les plus proches du modèle français (la France, la Belgique ou les Pays-Bas, l'Italie et l'Espagne), et d'autres qui soient proches du modèle allemand (l'Allemagne, l'Autriche, la Pologne et peut-être la Hongrie), et finalement d'autres qui soient plus proches du modèle anglais (Royaume-Uni et Norvège). Cette solution n'exclut pas nécessairement qu'on tienne compte des solutions adoptées

⁴⁹ M. Fromont, *Droit administratif des Etats membres de l'Union européenne*, cit. at 25, 10.

par un autre système juridique européen ou par un système qui, par son histoire et sa culture, soit assez proche de l'Europe, comme l'Égypte ou l'Argentine.

Cela dit, il faut ajouter qu'il y a un autre choix qui caractérise cette recherche comparée. Si la doctrine n'a pas accepté la thèse (de Dicey, de Giannini et d'autres) selon laquelle le droit administratif en sens propre était un phénomène typique non de l'État, mais des certains États, elle a néanmoins porté son attention presque seulement sur les autorités publiques étatiques. Mais, à partir des années 1950, il y a eu une administration communautaire, qui est soumise au droit, y inclus les principes généraux communs aux ordres juridiques des Pays membres⁵⁰. La doctrine publiciste (avec des exceptions, comme Rivero) s'est pendant longtemps désintéressé de l'administration communautaire, abandonnant son étude aux internationalistes. Ensuite, l'introduction d'une nouvelle perspective – après les études de Jurgen Schwarze, Sabino Cassese, Jean-Bernard Auby et autres – a favorisé l'abandon de la vision juridique centrée exclusivement sur l'administration de l'État. Une partie de la réflexion juridique plus récente a ainsi porté l'attention sur les formes d'administration extra-étatique. On s'aperçoit que l'administration de l'Union est directement impliquée dans la réalisation des politiques publiques et dans l'exercice du pouvoir et qu'on ne peut tracer de frontière entre la sphère étatique et la sphère de l'Union. D'où la solution choisie ici, c'est à dire d'essayer de voir si les formes d'action (y inclus les prérogatives de puissance publique) que l'administration de l'Union utilise et les principes qu'elle doit respecter sont analogues à ceux des États, sans exclure la spécificité du droit administratif des États, en raison de ses buts et surtout de ses prérogatives de puissance publique, qui découlent par son lien avec la souveraineté. La solution contraire, c'est à dire la limitation du champ scientifique au droit administratif étatique, est à écarter parce que elle présuppose que ce droit est d'essence différent, ce qu'il faudrait démontrer et expliquer.

5. Perspective

Il n'y aura aucune tentative de faire ici un sommaire de ce qu'on a dit dans les pages précédentes. On se bornera à souligner les caractéristiques nouvelles de la recherche qu'on va réaliser, en vue d'un avancement des connaissances dont nous disposons sur les droits administratifs, qui ont gagné en importance au siècle dernier, en vue de la transformation des sociétés et des droits en Europe. C'est parce que la

⁵⁰ G. della Cananea, *Le droit administratif européen en débat*, Revue de droit public 731 (2008). Pour une vision systématique du droit administratif européen, v. J.B. Auby – J. Dutheil de la Rochère (ed.), *Droit administratif européen* (Bruylant, 2015).

recherche vise à analyser et expliquer les traits communs et distinctifs, qu'on a mis en discussion une certaine manière de conduire les études comparatives, c'est-à-dire l'emphase sur le dessein institutionnel et la tendance à la juxtaposition plutôt qu'à la comparaison proprement dite. Cela explique l'importance des questions de méthode soulevées dans ce rapport concernant, en particulier, la possibilité de bénéficier de l'approche factuelle et de l'analyse historique.

C'est exactement en vue de l'utilisation de l'approche factuelle, qui met en lumière des problèmes concrets, qu'il est intéressant de voir si les réponses nous permettront de vérifier la valeur de certaines idées traditionnelles sur les droits administratifs. Les juristes, lorsqu'ils sont en présence d'un problème concret, par exemple de savoir si l'intéressé a le droit d'être entendu en l'absence d'une règle qui le prévoit, ne connaissent pas la réponse ou les réponses qui sont données à ce problème dans un certain nombre de systèmes juridiques.

C'est pour la même raison et non pas pour un sentiment de fausse modestie, qu'on a maintes fois souligné que la recherche ne vise qu'à identifier les traits communs et les traits distinctifs entre les droits administratifs en Europe. Cela n'exclut pas que, si la méthodologie mise en place aboutit à des résultats significatifs, elle puisse être appliquée, par exemple, à certains pays de l'Amérique latine, pour voir si lorsque certaines conditions – institutionnelles, culturelles, idéologiques - se trouvent réunies, les institutions juridiques présentent des significatives analogies. Mais il s'agit, bien évidemment, d'un résultat ultérieur, qui pourra être considéré seulement plus avant.