

Préface

L'une des plus grandes qualités d'une thèse de doctorat est, sur des questions majeures, de bousculer les certitudes, d'inviter à des remises en questions de celles-ci, et de faire mieux voir ce qui restait caché. En retournant la célèbre formule du Doyen Vedel¹, Antoine Faye n'a pas cherché en premier lieu à se montrer iconoclaste ou à choquer pour le plaisir du genre, ni même à faire œuvre de malice. Il a simplement tenté de saisir, d'une formule (une formule est généralement réductrice mais elle peut avoir des vertus pédagogiques) suggestive, l'un des traits majeurs du droit public français, à savoir la prégnance du droit administratif, de ses acteurs et institutions, de ses modes de raisonnement et de pensée, de ses interprétations, de ses techniques sur l'ordre constitutionnel positif et concret. En un mot, de mettre à jour l'existence d'une culture administrative et administrativiste imprégnant profondément, en France, le droit constitutionnel entendu matériellement. En cela, la France présente de lourdes spécificités par rapport aux grandes cultures juridiques et politiques occidentales, qu'elles soient britannique, nord-américaine ou allemande.

Sans doute, plus d'un publiciste sentait confusément cet état de fait, mais il n'avait jamais été exposé de façon synthétique et ample. Le travail de M. Faye apporte pour la première fois une synthèse informée, précise et réfléchie de cette caractéristique fondamentale du droit public français.

Certes, il y a avait plusieurs manières d'aborder et de traiter ce sujet ; il restait entièrement à construire à partir de l'intuition de départ, évidemment très générale. L'entreprise n'était pas sans risque. Antoine Faye a relevé le défi, avec courage et détermination, en soignant particulièrement les aspects les plus techniques d'un sujet qui aurait pu être traité sur un mode essentiellement historique, philosophique ou sociologique. Partant initialement d'une préoccupation centrée sur le contentieux (où l'on retrouvait notamment encore Vedel et son analogie entre « excès de pouvoir administratif et l'excès de pouvoir législatif »²), il a ressenti la nécessité d'élargir son propos au droit constitutionnel tout entier, y compris ses aspects structurels, parce que les techniques contentieuses reflètent ou du moins sont largement tributaires d'un ensemble d'agencements, d'institutions et de concepts structurels qui leur préexistent.

Que, dans ses structures mêmes, le droit constitutionnel français soit façonné par la culture administrative s'explique bien sûr avant tout par l'histoire. La France illustre plus qu'aucun autre pays la célèbre formule de l'Allemand Otto Mayer (*le droit constitutionnel passe, le droit administratif reste*), qui a d'ailleurs inspiré -- cela n'étonnera pas -- Vedel dans un article aux *Mélanges offerts à Marcel Waline*³. On sait combien était juste la démonstration d'Alexis de Tocqueville dans l'Ancien Régime et la Révolution, mettant à jour la continuité souterraine entre le monde d'avant et d'après 1789 pour ce qui concerne la centralisation administrative et en outre que les « masses de granit » établies par Bonaparte ont résisté à la valse des constitutions aux XIX^e et XX^e siècles. De ce point de vue, le ralliement des Républicains de la III^e République au modèle administratif et finalement à cette conception de l'Etat (et du

¹ « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *Etudes et Documents du Conseil d'Etat*, 1954, p 21-53.

² Dans deux articles parus aux *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°1 et 2, 1996-1997.

³ « Discontinuité du Droit constitutionnel et continuité du Droit administratif : le rôle du juge », *Mélanges Waline*, 1974, t. II, p 777-793.

rapport de l'Etat à la société et à l'individu) ont été d'une importance capitale pour le devenir du droit constitutionnel français. Ce « modèle » (si l'on peut dire) a été consolidé par la fondation de la V^e République qui, nonobstant les inflexions ultérieures (le développement de la justice constitutionnelle, la décentralisation, l'europanisation), a permis l'avènement d'un pouvoir exécutif fort qui manquait jusque-là au cadre républicain. Mais l'antériorité de la conception française du pouvoir sur les nouveaux développements du constitutionnalisme libéral (la notion de constitution comme celle, évolutive, de l'Etat de droit) n'a pas remis fondamentalement en question ce socle administratif sur lequel s'appuyait la politique française et sur lequel allait se bâtir sa version de la démocratie constitutionnelle moderne. Par quoi on voit également, au passage, la pertinence de la thèse défendue par Lucien Jaume d'un libéralisme français par l'Etat plutôt que par l'individu⁴.

En tout état de cause, il est difficile d'échapper à l'idée qu'existe une sorte de « constitution administrative de la France » qui, antérieure à sa constitution politique proprement dite (et en tout cas distincte de sa constitution formelle), en constitue le socle à la fois intellectuel et concret, mais dont les juristes, majoritairement habités par le paradigme (d'ailleurs plus ou moins rigoureusement respecté) du positivisme formaliste et du normativisme, répugnent à consentir l'existence⁵. Sous ce rapport, le thème amplement exploré (d'ailleurs à juste titre) de la constitutionnalisation des branches du droit, en particulier du droit administratif, depuis une trentaine d'années, sous l'effet du développement de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, a porté préjudice à la prise en compte du phénomène inverse de prégnance administrative du droit constitutionnel. Ce thème, en particulier, a conduit nombre de juristes à privilégier exagérément les questions de rapport des branches du droit en termes de hiérarchie, méconnaissant par là l'autonomie relative que conserve chaque branche du droit en dépit de l'influence croissante des normes constitutionnelles.

Restait -- tel était le but que s'était fixé M. Faye -- à montrer concrètement comment le droit constitutionnel français est aujourd'hui effectivement imprégné par la culture administrativiste, comment celle-ci, malgré les évolutions les plus récentes du droit positif (la question prioritaire de constitutionnalité notamment), conditionne de si profonde manière la Constitution vivante. La thèse d'Antoine Faye détaille par le menu les points les plus saillants, ne laisse rien dans l'ombre et aborde avec dextérité les problèmes y compris très techniques qui se posent, qu'il s'agisse de l'organisation interne de l'Etat, de l'articulation des pouvoirs, des rapports de l'Etat avec la société civile ainsi qu'avec le droit d'origine externe, et enfin, de manière très fouillée, en matière de justice constitutionnelle.

C'est pourtant à juste titre qu'il privilégie le terme de « culture » sur celui, néanmoins choisi pour le titre principal de la thèse, de « bases ». Faut-il s'en étonner ? S'en offusquer ? Certes non, à mon sens. Aucun des deux termes n'échappe tout à fait au grief d'être des constructions artificielles susceptibles d'être exagérément réifiées et substantialisées, au mépris de toute rigueur scientifique⁶. Tout discours un peu pertinent sur le droit est obligé de recourir à des méta-concepts, en somme à forger ses propres notions pouvant ordonner la communication. Comme l'a observé M. Faye, le Doyen Vedel avait recouru au terme de base pour éviter celui de source dont on pouvait considérer qu'il renvoyait trop directement à l'idée de norme juridique, alors absente pour sa démonstration. Il nous semble que ce problème de terminologie n'en est pas un. *Bases, fondements, sources* ou *culture* : tout cela renvoie bien indifféremment à un ensemble de données qui dépassent la dimension purement normative du

⁴ L. Jaume, *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, Fayard, 1997.

⁵ L'Association française pour la recherche en droit administratif a bien consacré un colloque à ce sujet mais dans une perspective tout à fait différente, visant à recenser, en quelque sorte pour lui-même, les grandes règles du droit administratif : v. J.-J. Bienvu et alii (dir.), *La Constitution administrative de la France*, Dalloz, 2012.

⁶ Sur la notion de culture juridique, v. F. Audren, J.-L. Halpérin, *La culture juridique française*, CNRS éditions, 2013, p 7-9.

droit et, à ce titre, était pertinent pour traiter -- et traiter *juridiquement*, dans toute son ampleur -- le sujet.

Le droit public français a trouvé sans doute une forme de point d'équilibre dans cette conciliation d'une culture administrative riche et ancienne avec les exigences nouvelles du constitutionnalisme libéral et démocratique. Pour autant, M. Faye ne cache pas les critiques que lui inspire cet équilibre et les inconvénients qui en résultent d'un point de vue démocratique. Certes, la situation n'est pas figée et évolue, parfois imperceptiblement. Admettre la profonde imprégnation du droit constitutionnel par la culture administrative n'exclue d'ailleurs nullement le mouvement d'influence du droit constitutionnel sur le droit administratif, en particulier sa jurisprudence. Pour autant, il ne fait guère de doute que cette imprégnation administrativiste persistera d'une manière ou d'une autre, par-delà les mutations que suscite le monde contemporain. Une culture véritable, aux racines profondes, ne s'efface pas aisément. Elle est, selon l'expression bien connue, ce qui reste quand on a tout oublié.

Armel Le Divellec
Professeur à l'Université de Paris II (Panthéon-Assas)