

## **I. - Une divergence originelle**

[...]

Pourquoi la question de la distinction du droit public et du droit privé a-t-elle et s'est-elle confirmée être un sujet de comparaison si riche et intéressant ? Peut-être parce qu'alors qu'il semble classiquement receler l'une des divergences les plus fondamentales entre le droit anglais et le droit français - on pourrait dire : entre les traditions juridiques anglaises et françaises -, il nous semblait, et il s'est confirmé dans la discussion que la réalité était beaucoup plus complexe que cette image traditionnelle ne le laisse penser.

Certes, à l'origine, il y a bien une forte divergence entre les deux systèmes sur la question de la distinction. Celle-ci se trouve depuis longtemps fortement enracinée dans l'organisation juridictionnelle française, dans l'éducation juridique française, dans la culture juridique française ; par la liaison de la compétence et du fond, la dynamique de la juridiction administrative et celle du droit public se renforcent mutuellement. De son côté, la tradition anglaise, dans laquelle le cœur du droit, la common law, a une source jurisprudentielle unique, et qui, selon Dicey, tire précisément de cette unité même sa vigueur constitutionnelle et protectrice des libertés, est restée longtemps extrêmement puissante.

## **II. - Une convergence récente**

Pourtant, nos débats ont révélé, et les contributions réunies dans ce volume confirment que les deux systèmes se sont beaucoup rapprochés.

Les publicistes français ont pris conscience de tout ce que la distinction doit au dualisme juridictionnel, qui est une réalité contingente, non une vérité de nature. Certains d'entre eux au moins admettront que, si le contentieux administratif était confié aux juridictions ordinaires, rien ne dit que la distinction conserverait la fonction pratique qui est actuellement la sienne, dans la détermination du champ des procédures spéciales du contentieux administratif comme dans la détermination du contenu des règles applicables aux activités publiques.

De l'autre côté de la Manche, à la fois dans les procédures juridictionnelles et dans la doctrine, l'idée d'un droit public séparé a fortement progressé depuis les années 1970. Si elle a marqué le pas dans la période fortement libérale des années 1980 et du début des années 1990, elle s'est trouvée relancée avec l'adoption du Human Rights Act de 1998, et son entrée en vigueur en 2000. Il est apparu en effet que ce texte allait opérer comme un élément de droit public à la fois sur le plan théorique et sur le plan pratique. A cause de lui, de manière paradoxale, le droit des libertés fondamentales en est venu à être considéré comme une question de droit public de façon plus évidente encore en Grande-Bretagne qu'en France.

En fin de compte, il apparaît qu'une vraie convergence est en train de s'établir, les deux droits tendant vers une position médiane dans laquelle la division du droit public et du droit privé n'est ni fanatiquement défendue, ni agressivement dénoncée, mais simplement considérée comme pertinente et moyennement riche de substance à la fois.

## **III. - L'effet de brassage provoqué par le droit européen**

Cela étant, nous devons admettre, et les contributions réunies dans ce volume nous rappellent, que, s'il existe une convergence franco-britannique vers une vision « soft » et relative de la distinction, cette convergence est fondée sur un équilibre des choses qui n'est ni statique ni stable. Il se trouve en effet exposé à l'influence à la fois dynamisante et déstabilisante du droit européen, principalement du droit communautaire et de l'Union européenne, mais aussi du droit de la Convention européenne. Ces deux corps ou systèmes de droit ont en commun de ne pas être construits sur une division interne entre droit public et droit privé. Les normes de droit européen sont presque entièrement dans une position neutre à l'égard de la distinction. Dès lors, il fallait se demander jusqu'à quel point la pénétration du droit européen pouvait influencer le fragile statu quo qu'il nous semblait avoir repéré : se demander en particulier si son impact allait contribuer à rapprocher ou faire s'éloigner à nouveau le droit anglais et le droit français dans leurs approches de la distinction.

Dans l'ensemble, notre sentiment - confirmé par les différentes contributions dans lesquelles le droit européen est abordé - est que les normes issues directement ou indirectement du droit européen ont une tendance légèrement dominante à se ranger dans le versant du droit public au sein des systèmes nationaux, et à s'aligner sur les caractéristiques du droit public au sein des systèmes nationaux. Dans le système anglais, cela a, pour effet de renforcer la distinction du droit public et du droit privé, dans la mesure où cela renforce l'idée selon laquelle le droit public constitue une part robuste du système juridique plutôt que, comme le suggère la tradition de la common law, un petit îlot sans cesse menacé dans un océan de droit privé. Paradoxalement, les juristes français pourront ne pas partager cette impression quant aux effets du droit européen, tant ils sont accoutumés à posséder un puissant corpus juridique de droit public, qui ne leur semble pas avoir besoin d'être renforcé. En même temps, la tradition juridique française comme la culture politique française considèrent avec une sympathie naturelle la constitutionnalisation croissante de l'Union Européenne et de son système juridique, alors que la tradition juridique et la culture politique anglaises continuent à préférer nettement le constitutionnalisme informel et non écrit. [...]