

EUI WORKING PAPERS

LAW No. 2006/19



L'européisation du droit :
de l'Élargissement des champs du droit de
l'Union européenne à une transformation
des droits des États membres

JACQUES ZILLER



EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE

Department of Law

**EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE
DEPARTMENT OF LAW**

**L'européisation du droit : de l'Élargissement des champs du droit de
l'Union européenne à une transformation des droits des États membres**

JACQUES ZILLER

This text may be downloaded for personal research purposes only. Any additional reproduction for such purposes, whether in hard copy or electronically, requires the consent of the author(s), editor(s). If cited or quoted, reference should be made to the full name of the author(s), editor(s), the title, the working paper or other series, the year, and the publisher.

The author(s)/editor(s) should inform the Law Department of the EUI if the paper is to be published elsewhere, and should also assume responsibility for any consequent obligation(s).

ISSN 1725-6739

© 2006 Jacques Ziller

Printed in Italy
European University Institute
Badia Fiesolana
I – 50016 San Domenico di Fiesole (FI)
Italy

<http://www.iue.it/>
<http://cadmus.iue.it/dspace/index.jsp>

Abstract

The article - to be published in Guibentif and Gonçalves (eds), *Os novos territórios do direito: Globalização, europeização e transformação da regulação jurídica*, Coimbra : Almedina, 2006 or 2007 – explores a few elements of what may be labelled as the Europeanisation of Law – *européisation*, as opposed to the word *européanisation* which is usually used in the French language, but grammatically incorrect? Europeanisation of Law may be understood as a phenomenon of broadening of the scope of European law, as well as the emergence of new legal disciplines in Europe, linked to European integration. In both cases, the impact of Human Rights is particularly important. Apart from the development of new normative contents of law in Europe, Europeanisation has three main consequences: a fundamental change in the systems of sources of law in the legal systems of European countries, a coming closer of legal systems which contributes to the break up of the common law family of legal system as well as of the legal systems derived from continental European countries, and changes in terms of methodology of legal sciences.

Keywords

Europeanization
EU Charter of Fundamental Rights
European law
Law

L'EUROPÉISATION DU DROIT : DE L'ÉLARGISSEMENT DES CHAMPS DU DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE À UNE TRANSFORMATION DES DROITS DES ÉTATS MEMBRES

Jacques Ziller

To be published in
Pierre Guibentif and Maria Eduarda Gonçalves (eds)
OS NOVOS TERRITÓRIOS DO DIREITO.
Globalização, europeização e transformação da regulação jurídica.
Coimbra : Almedina, 2006 or 2007.

Le concept d'européisation du droit est à la fois plus facile et moins facile à manier que celui de gouvernance. En ce qui concerne la notion de gouvernance, dont quelques unes des définitions ont été envisagées dans ce colloque, il est impossible s'y retrouver si l'on ne précise pas quel type de concept de gouvernance l'on utilise. Pour ce qui est de l'européisation – terme à la fois plus court et plus correct en langue française que celui d'européanisation¹ –, il s'agit d'un concept de plus en plus utilisé. Je ne crois pas que les juristes aient essayé d'adopter une définition commune de ce concept d'européisation, mais cela ne veut pas dire qu'ils y soient indifférents. Au contraire c'est un concept qui est abordé avec beaucoup de passion dans les différentes communautés de juristes, que ce soit les praticiens du droit, les juges, peut-être les avocats, mais aussi les enseignants et théoriciens du droit que sont les universitaires, soit pour le nier, soit pour s'y opposer, soit pour le magnifier.

La présente contribution s'attache à mettre en lumière les phénomènes qui pourraient être pourraient mériter la dénomination « d'européisation du droit », et quelles sont les conséquences de ces phénomènes. Il y a à ce propos beaucoup de débats, assez peu scientifiques, à vrai dire, y compris chez les universitaires.

¹ « *Europeanisation* » dérive de « *European* », « européisation » de « européen ».

1. Les phénomènes d'européisation du droit

Le terme d'*européanisation* est utilisé pour désigner des phénomènes assez différents les uns des autres, et le fait qu'on utilise le même terme contribue à la passion qu'il y a parfois dans le débat.

a. *L'élargissement des champs du droit de l'Union européenne*

Dans un premier sens, le plus simple, l'on peut parler d'européisation du droit, du fait qu'une part croissante du droit positif est directement issu du droit communautaire dans les Etats Membres de l'Union et au-delà dans les Etats associés ; en Suisse par exemple, l'européisation du droit est particulièrement présente et il y a même des domaines où le droit suisse est peut-être plus européisé que celui de certains de ses voisins qui renâclent à la transposition de certaines directives. Le concept d'européisation signifie alors simplement qu'il y a un contenu matériel du droit positif dont la source est clairement identifiable dans les directives communautaires ou encore dans les principes expressément ou implicitement inscrits dans les traités institutifs des Communautés et de l'Union, tels qu'interprétés par la Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE).

L'on ne dit que trop souvent que quatre-vingt pour cent de la législation des Etats membres serait à l'heure actuelle originaire de Bruxelles, sans que ce chiffre ne soit le moins du monde établi. Il s'agit en fait d'une formule que Jacques Delors, Président de la Commission européenne, a inventé en 1987 avec un dessein très précis qui était de mobiliser les acteurs concernés par le projet d'achèvement du marché intérieur. Des équipes de sociologues aux Pays-Bas et au Danemark ont initié le travail d'essayer de quantifier le droit qui dans ces deux pays est d'origine européenne². Ils ont réussi à quantifier le nombre de lois et ont ensuite décidé de quantifier le nombre d'articles « européanisés ». Je ne sais pas si ce type de travail, dont le juriste voit immédiatement les limites insurmontables, avancera beaucoup la réflexion.

Peu importe en réalité l'aspect quantitatif, ce que l'on sait est que, non seulement dans l'Union européenne, mais dans également dans les Etats associés, qu'ils soient ou non candidats à l'Union, une part importante du contenu du droit provient de l'Union et n'est pas l'expression d'une décision politique entièrement autonome. Ce phénomène atteint désormais les champs les plus classiques du droit civil et du champ du droit pénal, que l'on a longtemps cru à l'abri de l'influence de l'intégration européenne. Le phénomène va bien au-delà du simple quantitatif, et voit les passions se développer : les champs dans lesquels le contenu matériel du droit a une origine européenne se développent depuis deux décennies, du fait des réformes successives des traités communautaires. Ce développement se réalise en particulier à partir de 1987 avec l'entrée en vigueur de l'Acte Unique Européenne, qui a non seulement permis l'achèvement du marché intérieur, mais ajouté également une série de nouvelles bases

² Cf. M. BOVENS and K. YESILKAGIT (2004), 'The Impact of European Legislation on National Legislation: Some Preliminary Findings for the Netherlands', Paper presented at the EGPA Conference "Four months after: Administering the new Europe", Workshop 1 "The impact of the EU on national administrations", Ljubljana, Slovenia, 1-4 September 2004.

juridiques pour les politiques d'intégration positive. Il prend plus de dimension encore à partir de 1993, avec l'entrée en vigueur du traité de Maastricht, et depuis 1999 avec l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam. En fait il s'agit d'un développement qui a lieu même sans réforme des traités : la politique de l'environnement et la politique régionale ont conduit dès 1973 à ce que l'intégration européenne touche d'autres domaines du droit que celui qui s'applique à l'économie. La réforme des traités permet toutefois, sur le fondement d'une base juridique plus solide, l'adoption d'actes juridiques plus forts dans leur contenu comme dans leur caractère contraignant. Le développement, depuis près de trente cinq ans, des champs de politiques publiques directement sous l'influence du droit européen atteint désormais les sphères du droit et de la procédure civiles et pénales.

Ce développement consécutif à l'adoption des traités de Maastricht et d'Amsterdam, doit beaucoup à l'impulsion notamment du Commissaire européen Antonio Vitorino, qui a su saisir l'air du temps, et dont l'impact personnel a été assez fort parce que ses services ont exploité au maximum les potentialités des bases juridiques créées ou étendues par le traité d'Amsterdam dans le domaine de la coopération judiciaire en matière civile et pénale. Dès que l'on rentre dans les détails, on s'aperçoit une fois encore que l'aspect quantitatif n'est pas forcément déterminant, mais il en va tout autrement de l'aspect qualitatif.

En matière pénale l'actualité constitutionnelle de l'année 2005 dans les différents pays d'Europe en témoigne : en Pologne au mois d'avril 2005³, en Allemagne au mois de juin⁴, deux cours constitutionnelles ont déclaré inconstitutionnelles les lois transposant une décision cadre du Conseil de l'Union sur le mandat d'arrêt européen, et au mois de juillet c'était au tour de la Cour d'Arbitrage de Belgique⁵ de mettre en doute la validité même de cette décision cadre, par une question préjudicielle à la CJCE. A l'automne la problématique du mandat d'arrêt européen fit l'objet de décisions importantes de la Cour suprême espagnole⁶, puis de la Cour de Cassation italienne⁷ et enfin de la Cour suprême de Chypre⁸. Le mandat d'arrêt européen est à l'origine d'un phénomène important même du point de vue quantitatif : il y a des centaines de personnes retenues sur la base du mandat d'arrêt européen, en particulier dans des affaires de trafic de drogue. Mais l'aspect qualitatif et symbolique est sans doute encore plus important : soudain, le domaine du droit pénal, qui paraissait à l'écart de l'intégration européenne, est pris par l'Union européenne.

On peut d'ailleurs dire qu'il est mal pris par l'Union européenne, comme en témoigne le chaos qui règne en 2005 en matière de mandat d'arrêt européen. C'est que les mécanismes du « troisième pilier » du traité sur l'Union sont très imparfaits. Aucun contrôle démocratique préalable du Parlement européen, un contrôle juridictionnel très

³ Décision du 27 Avril 2005, de la Cour constitutionnelle polonaise, P 1/05, Application du mandat d'arrêt européen aux citoyens polonais ;

⁴ *Bundesverfassungsgericht*, Décision du Deuxième Sénat du 18 juillet 2005- 2 BvR 2236/04.

⁵ Arrêt n° 124/2005 du 13 juillet 2005.

⁶ *Audiencia Nacional*, 20. September 2005.

⁷ *Corte di cassazione* décision no. 33642/2005 du 5 Octobre 2005.

⁸ Cf. AGENCE FRANCE PRESSE *Cyprus court rejects European arrest warrant extradition* 07/11/2005, disponible sur www.afp.com.

limité, qui passe par la seule voie de questions préjudicielles, dont l'acceptation est largement facultative pour les Etats Membres.

Tout aussi concrets sont les développements dans le domaine la « coopération judiciaire en matière civile », qu'il s'agisse de la mise en œuvre de nouvelles procédures de transmissions d'actes d'un greffe à l'autre, ou encore des projets en matière de droit de la famille pour éviter des situations déchirantes aux enfants issus de couples de nationalités différentes⁹.

Ces phénomènes, peuvent réjouir ou inquiéter les citoyens selon les cas ; ils troublent particulièrement les spécialistes de ces disciplines – en particulier le droit pénal et la procédure pénale, le droit civil et la procédure civile – parce qu'ils n'avaient guère besoin, jusqu'à il y a peu, de se familiariser avec le droit communautaire. Un spécialiste de droit pénal n'avait pas besoin de savoir ce qu'est une décision cadre du Conseil de l'Union, ce qui la rapproche et ce qui l'éloigne d'une directive communautaire, ni comment fonctionne la question préjudicielle auprès de la cour. De même, sur un plan concret, pour les avocats pénalistes ou spécialistes de bien des branches du droit civil. Ceux qui sont le plus touchés dans un premier temps, sont peut-être les universitaires. Dans beaucoup de nos pays, ce sont les spécialistes de droit civil et de droit pénal qui sont dans la sphère la plus typiquement nationale, qu'ils aiment à critiquer de l'intérieur mais qu'ils détestent voir critiquer de l'extérieur – ce qui est d'ailleurs vrai de toutes les branches du droit. Au-delà des universitaires toutefois, les membres des professions juridiques ressentent de plus en plus l'effet de cette européisation, en particulier ceux qui ne sont pas spécialisés dans les matières les plus influencées par le droit communautaire, telles que le droit de la concurrence.

Il y a depuis quelques années une ébullition parmi les spécialistes de droit civil en Europe, parce qu'il y a eu des projets de codification du droit civil – et il y a toujours de tels projets, mais ils se réduisent comme une peau de chagrin –, ou au moins de codification du droit des contrats, ou au moins d'une partie du droit des contrats¹⁰. En laissant de côté la question de la légitimité de ce projet¹¹ l'on ne peut que constater la passion mise dans le débat. En France, toute la question est de savoir si les civilistes doivent participer ou non à un projet de code civil européen qui est perçu comme un projet allemand, du fait du rôle d'universitaires et de fonctionnaires allemands dans cette initiative. Au Royaume-Uni, c'est l'idée même de codifier le droit civil qui est contestée – malgré l'importance déjà acquise depuis des décennies par le droit écrit dans le domaine du droit civil et malgré les critiques soulevées par le caractère parcellaire de ce droit. L'on assiste à des débats qui peuvent parfois paraître un peu ridicules, mais qui cachent évidemment des intérêts extrêmement forts. Il s'agit non seulement des intérêts corporatifs des professions concernées, mais aussi des intérêts ou

⁹ Cf. Notamment Eva STORSKRUBB, « La coopération judiciaire civile en action — Comment les acteurs nationaux s'adaptent à l'approfondissement de l'intégration », *Revue Française d'Administration publique*, n° 114, 2005, pp. 229-240.

¹⁰ Cf. notamment M. HESSELINK (ed.), *The Politics of a European Civil Code*, Amsterdam: Kluwer, 2006

¹¹ Cfr. J. ZILLER, "The Legitimacy of the Codification of Contract Law in View of the Allocation of Competences between the European Union and its Member States", in HESSELINK op. cit. n. 9, pp. 89-113.

encore du confort des universitaires : si l'on assoit son autorité de professeur sur le fait de ne pas être contredit, comme le font certains collègues dans les amphithéâtres, le fait même que la vision du droit à laquelle l'on se rattache soit contredite par d'autres visions du droit, peut être vécu comme une mise en cause l'autorité scientifique...

Pour, terminer un exemple très typique dans l'un des domaines de la coopération judiciaire en matière civile, est celui de la reconnaissance mutuelle des jugements. L'on assiste au développement des inquiétudes de spécialistes de très grande qualité d'une discipline très particulière, le droit international privé : qui sont ces communautaristes qui se mêlent du droit international privé? Comment se fait-il que Bruxelles (les institutions de l'Union européenne) se mêle de quelque chose qui devrait être fait à Genève (dans le cadre de conventions multilatérales de droit international privé) ou à Rome (dans le cadre des travaux d'Unidroit¹²) ?

Il s'agit ici bien entendu d'une présentation schématique et caricaturale, mais c'est bien dans ces domaines que la nouveauté est la plus visible, parce que dans d'autres branches du droit, les choses se sont faites peu à peu, et les spécialistes ont eu plus de temps pour digérer le phénomène et pour se rendre compte que ce qu'on croyait être du droit national était imprégné de beaucoup d'éléments de droit communautaire et de l'Union européenne.

b. Le développement de disciplines nouvelles du droit communautaire et de l'Union

Le développement embryonnaire d'un droit civil européen et d'un droit pénal européen se rattache à type d'européisation qui s'est manifesté antérieurement dans d'autres branches du droit. L'accroissement des champs va au delà du champ des politiques publiques communes de l'Union. Des disciplines du droit qui étaient restés à l'écart de l'européisation – au sens d'influence du législateur des communautés européennes et de l'Union européenne – voient se développer une branche communautaire nouvelle, inspirée en grande partie des droits nationaux de ces disciplines. Cette branche communautaire à son tour a des effets de rayonnement – un terme qui me paraît plus adapté que celui de *spill-over* qui fait penser à l'effet de l'eau débordant d'un vase trop plein – sur les branches nationales du droit qui sont atteintes même dans leurs fondements, et parfois certains de leurs principes les plus établis sont remis en cause.

A peine quelques années avant d'un droit privé européen – lié aux traités de Maastricht et d'Amsterdam, mais également dû à la jurisprudence de la CJCE en matière de libre circulation des marchandises et des services ainsi que de protection des consommateurs – ce type d'européisation s'était déjà fait sentir pour deux disciplines du droit public dont les spécialistes classiques affirmaient bien souvent que leur perméabilité au droit communautaire était nécessairement limitée par l'enracinement culturel de ces disciplines : le droit administratif et le droit constitutionnel. Non seulement l'on a vu le développement d'un droit administratif européen propre à la

¹² L'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) est une organisation intergouvernementale créé à l'origine en 1926 comme organe auxiliaire de la Société des Nations et reconstitué en 1940.

mise en œuvre des règles principes et politiques communautaires par les institutions européennes et les institutions nationales dans leur rôle d'administration indirecte¹³, mais on a vu également dans les années quatre-vingt dix à quel point les concepts mêmes du droit administratif national pouvaient être remise en cause¹⁴. Le droit institutionnel des Communautés et de l'Union s'est également peu à peu constitutionnalisé, et plus récemment, avec les travaux de la Convention européenne, qui ont débouché sur le traité établissant une Constitution pour l'Europe, c'est l'influence du droit européen sur les droits constitutionnels des Etats membres qui a été particulièrement mis en exergue¹⁵.

c. *La part du droit européen des droits de l'homme dans l'euro péisation du droit*

Tout autre est la question de l'euro péisation par le biais de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). Dans ce domaine il y a bien longtemps que les juristes sont conscients d'une influence très forte du traité et de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, dans tout les Etats, à partir du moment où la Convention a été ratifiée et surtout où l'on a accepté le mécanisme du recours individuel à la cour de Strasbourg. Cela n'empêche pas pour autant des différences de pays à pays : moins le système constitutionnel national de protection des droits de l'Homme est perfectionné – en particulier du fait de l'existence d'un catalogue des droits fondamentaux dans la Constitution et de voies de recours ouvertes aux particuliers pour leur protection – plus l'influence de la CEDH est évidente.

Le cas de la France est particulièrement significatif à cet égard. La France, qui avait été parmi les pays initiateurs de la CEDH, a mis très longtemps à la ratifier, d'abord à cause de la guerre d'Algérie, puis à cause de l'hostilité du Général De Gaulle à l'égard des institutions supranationales. La ratification par la France date de 1974 (au lendemain de la mort du Président Pompidou), et l'acceptation du droit de recours individuel de 1981 (conséquence de la victoire de François Mitterrand à l'élection présidentielle). Jusque là, la CEDH ne faisait l'objet d'intérêt que de la part de la doctrine spécialisée du droit des libertés publiques, mais à partir du milieu des années quatre-vingt, l'une des épreuves centrales dans ce qu'on appelle maintenant les Ecoles du barreau, c'est à dire la formation qui fait suite à l'examen d'aptitude à la profession d'avocat, est consacrée à l'application de la convention européenne des droits de

¹³ Voir notamment, J. ZILLER « L'autorité administrative dans l'Union européenne », in BURGORGUE-LARSEN (L.) et AZOULAY (L.) (Dir.), *L'autorité de L'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2006, pp. 119-153, ainsi que J. ZILLER, (Dir.), *What's New in European Administrative Law? Quoi de Neuf en Droit Administratif européen ?*, Florence, Institut Universitaire européen, Working papers EUI LAW 2005/10.

¹⁴ Ces développements ont infligé un démenti clair à ceux qui, comme l'auteur de ces lignes, avaient imprudemment essayé de démontrer que l'euro péisation ne toucherait qu'au contenu du droit administratif, pas à sa conception (J. ZILLER, « Droit administratif et droit communautaire - Du bon usage du principe de subsidiarité » in *Droit Administratif - Mélanges René Chapus*, Paris, Éditions Juridiques Associées, 1992, pp. 681-691 ; critiqué à juste titre par J.-F. FLAUSS « France », in J. SCHWARZE, *Administrative Law Under European Influence*, London : Sweet & Maxwell & Baden-Baden : Nomos, 1996, p. 86 et s.

¹⁵ Cf. notamment J. ZILLER (dir.) *L'euro péisation des droits constitutionnels à la lumière de la Constitution pour l'Europe – The Europeanisation of Constitutional Law in the Light of the Constitution for Europe*, Paris, L'Harmattan, Collection Logiques juridiques, 2003, 336 p.

l'homme. Les avocats se sont bien rendus compte qu'il y avait là pour eux un instrument extrêmement fort, et les juridictions françaises judiciaires comme administratives, ont considérablement développé l'application de la CEDH et de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg.

Plus récemment, c'est le Royaume-Uni dont le droit a été pris par le contenu de la CEDH, avec la mise en œuvre du *Human Rights Act* de 1999.

En matière de droits fondamentaux, l'européisation est d'autant plus important que le droit de la CEDH est de plus en plus liée au droit communautaire à travers les renvois opérés par le traité sur l'Union européenne, la Charte des droits fondamentaux et la jurisprudence de la Cour de Strasbourg.

2. Les conséquences de l'européisation du droit

La première conséquence de l'européisation du droit découle directement de ce qui vient d'être dit : il s'agit du développement d'un contenu normatif nouveau. Des situations qui n'étaient pas touchées par le droit deviennent objet de régulation – parfois simplement parce qu'elles étaient en dehors du droit et que l'intégration européenne amène à une prise de conscience de la nécessité d'une régulation. Dans certains pays, on se pose par exemple la question des mariages ou accords entre personnes d'un même sexe, non pas sur la base d'un programme politique national, comme en Espagne, mais sur la base de prévisions sur ce qui pourrait un jour venir de l'Union Européenne, étant donné qu'il y a une base juridique (également établie par le traité d'Amsterdam qui a développé la coopération en matière pénale et civile) pour que les institutions communautaires adoptent des mesures contre les discriminations. En dehors même de l'existence de cette base juridique, les effets collatéraux du principe de libre circulation des travailleurs sont susceptibles de remettre en cause des conceptions nationales restrictives des droits des couples vivant ensemble.

Un développement du contenu normatif nouveau, cela peut consister en une régulation de situations qui n'étaient pas saisies directement par le droit, mais aussi en une modification des modes de régulation utilisés pour des situations qui étaient déjà soumises au droit. C'est cette conséquence de l'européisation qui tend peut-être le plus à heurter les spécialistes dans leurs disciplines, car le droit européen touche non seulement le contenu du droit auquel ils se rattachent, mais également ses structures.

Les structures du droit, la manière d'englober ou de ne pas englober des principes, de produire du droit, sont touchées par cette européisation qui se manifeste également par le phénomène que les comparatistes appellent la greffe juridique, c'est-à-dire l'insertion dans un système national d'un élément qui lui est étranger dans sa conception. En matière de droit administratif et de droit des contrats par exemple, la directive recours sur les marchés publics¹⁶, a été à l'origine de la création d'un recours

¹⁶ Directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux [Journal officiel L 395 du

précontractuel – introduit avant même la signature d’un contrat par un concurrent craignant d’être évincé d’un marché – alors même que le concept même apparaissait comme incompatible avec le système de droit des contrats publics dans un pays comme la France – où la doctrine critiquait d’ailleurs les conséquences de ce système parce que contraires à l’effectivité du droit, mais s’est montrée en partie choquée par cette interférence du droit communautaire avec son propre système de droit.

L’européisation du droit ne connaît pas seulement le phénomène de la greffe, il connaît également celui du rejet de la greffe, comme en matière de chirurgie. Il arrive qu’en essayant de transposer une directive, on la transpose mal, en se bornant à imiter une formulation fruit d’un compromis entre diverses cultures juridiques, ce qui conduit à des effets inverses de ce que l’on attendait. C’est un phénomène fréquent avec des directives mal rédigées et surtout mal transposées. C’est un phénomène encore plus sensible avec l’utilisation d’instruments dits de « *soft law* » notamment dans le cadre de la « Méthode Ouverte de Coordination ». L’utilisation de la technique des « *best practices* » conduit à comparer ce qui se fait dans différents pays, le plus souvent dans l’ignorance des préceptes méthodologiques qui permettraient une prise en compte adéquate de l’environnement juridique, social et politique¹⁷.

L’appréciation des conséquences de ce phénomène d’européisation est d’autant plus délicate parce qu’il s’agit non seulement de phénomènes très difficiles à quantifier, mais surtout parce que ces phénomènes sont examinés quand ils n’ont encore que des effets potentiels, c’est à dire que les l’attention des non spécialistes se concentre sur les directives, ou les instruments du même type, au moment où ils apparaissent, ou à la rigueur au moment où ils sont transposés. Puis on les oublie jusqu’au jour où il y a un cas devant la cour de justice à Luxembourg, ou bien parce qu’il y a un cas devant une cour d’appel ou une cour suprême nationale. Sous réserve de cette remarque, l’on peut dégager trois types de conséquences découlant de l’européisation : des changements dans les sources de droit, le rapprochement des systèmes juridiques et l’éclatement des familles non européennes de systèmes juridiques et enfin des changements en termes de méthodologie des sciences juridiques.

1. *Les changements dans les sources de droit*

Le premier phénomène paraît facile à analyser, mais il est plus complexe à évaluer : le changement dans les sources du droit, dû au fait de l’insertion des règlements communautaires directement applicables dans l’ordre juridique national et surtout aux obligations de transposition des directives communautaires – et décisions cadres de l’Union européenne – et de respect des principes établis dans les traités. Cet effet de l’européisation est fréquemment dénoncé par les parlementaires des Etats

30.12.1989], modifiée par la Directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, *portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services* [Journal officiel L 209 du 24.07.1992].

¹⁷ Les juristes européens feraient bien de s’inspirer de l’attitude critique d’une partie de la doctrine américaine au sujet de l’utilisation de cette technique dans les administrations des Etats-Unis : D. ZARING « Best Practices », *New York University Law Review*, juillet 2006, prépublication SSRN_ID899149_code254274

membre et a fait l'objet de beaucoup d'attention dans le cadre de la Convention européenne qui a élaboré le projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe.

La croissance des sources non parlementaires – c'est-à-dire autres que le parlement national – fait l'objet de nombreuses critiques. Une partie importante du droit positif a pour origine de fond – et parfois pour origine formelle – d'autres institutions que les parlements nationaux. Dans le cas des directives les parlements, s'ils ont peu de marge de manoeuvre, ne peuvent que légiférer qu'en adaptant le contenu d'une directive au vocabulaire et au contexte nationaux. Ceci concerne parfois même d'autres acteurs : en droit communautaire il y a depuis quelques années le cas de figure, très intéressant, d'une extension au niveau européen de la figure des conventions collectives, connue dans certains Etats Membres.

Au delà du cas bien connu de la transposition des directives se manifestent des phénomènes beaucoup plus difficiles à saisir, que l'on rattache à la gouvernance dans le cadre, notamment, du Livre Blanc sur la gouvernance publié par la Commission européenne en 2000¹⁸. Il s'agissait d'encadrer quelque chose qui était déjà né auparavant mais qui a été ensuite systématisé. L'on assiste à des phénomènes qui déroutent bien des juristes. Certaines directives prévoient que l'un des moyens de transposition pourrait être la régulation ou la réglementation privée. Dans certains pays, cela ne pose pas de problèmes du fait de l'existence d'une tradition de réglementation par des organismes privés, dans d'autres cela en pose beaucoup¹⁹.

Il y a des difficultés tenant aux changements affectant les sources du droit, mais aussi des difficultés dues à des conflits de droits, qui se manifestent de plus en plus. Le cas déjà évoqué du mandat d'arrêt européen a permis pour la première fois de voir sur le terrain le conflit que juristes universitaires annonçaient depuis quarante ans : comment concilier le principe de primauté avec le rang supérieur de la constitution dans la hiérarchie des sources? Le problème ne se pose pas qu'en matière de mandat d'arrêt européen : le conseil d'Etat italien a récemment estimé²⁰ qu'il n'était absolument pas question de faire prévaloir l'article 12 du traité CE relatif à la libre circulation des marchandises – dont il est reconnu depuis quarante ans, qu'il a un effet direct – sur un ajout, dû à un arrêt de la Cour constitutionnelle italienne, à une loi interdisant à des pharmaciens d'exercer deux fonctions en même temps, sans se poser la question s'il fallait référer ce problème à la cour constitutionnelle italienne ou à la CJCE. C'est dire que les conflits se multiplient, et il est probable qu'ils vont se multiplier à cause de l'accroissement des champs de l'européisation au delà de l'économique – même si le dernier exemple cité est aux confins de l'économique et du droit à la santé.

¹⁸ Voir notamment C. JOERGES, K.h. LADEUR and J. ZILLER (dir.), *Governance in the European Union and the Commission White Paper*, Florence, Institut Universitaire européen, Working papers Law n° 2002/8.

¹⁹ Voir notamment F. CAFAGGI, « Le rôle des acteurs privés dans les processus de régulation : participation, autorégulation et régulation privée », *Revue Française d'Administration Publique* N° 109 2004, *La régulation, nouveaux modèles ? nouveaux territoires ?*, pp. 25-35.

²⁰ Voir CONSIGLIO DI STATO, sez. V - Sentenza 8 agosto 2005 n. 4207, avec le commentare de A. CELOTTO, "I "controlimiti" presi sul serio" in *Giustizia Amministrativa*, n° 4 - 2005 p. 892.

2. *Le rapprochement des systèmes juridiques en Europe et l'éclatement des familles de systèmes juridiques*

La deuxième conséquence notable de l'européisation, encore que moins bien cerné, est un rapprochement des systèmes juridiques des Etats Membres. Il peut paraître évident qu'à force d'appliquer les mêmes directives, à force d'appliquer les mêmes règlements (qui ne demandent pas de transposition), à force de questions préjudicielles à la cour de Luxembourg, qui parfois viennent des plus hauts organes judiciaires comme la Chambre des Lords en Grande-Bretagne l'on commence à parler le même langage de part et d'autre de la Manche, du Rhin, des Alpes ou des Pyrénées.

Ce rapprochement a un effet très fort sur le fossé, qui existe déjà la depuis deux siècles, mais qui se creuse de plus en plus, entre le droit américain et le droit anglais. Il s'agit là d'un phénomène qui, à mon avis, n'est pas suffisamment étudié parce que malheureusement, l'on continue à vivre avec des clichés qui sont diffusés y compris par beaucoup de manuels de droit comparé, selon lesquels l'opposition fondamentale entre systèmes juridiques serait entre droit européen continental et droit de *Common Law*. L'éclatement des familles fait que non seulement le droit anglais diffère de plus en plus du droit américain, mais il diffère aussi de plus en plus d'autres pays du Commonwealth.

Dans l'autre sens, beaucoup de juristes vivent dans l'illusion que le droit des pays d'Amérique Latine serait une sorte de dérivé du droit espagnol, s'imaginant ensuite que le droit espagnol serait un dérivé du droit français – pour le Brésil même phénomène à travers le droit portugais – ce qui est très largement, une vue de l'esprit. Même, si cette vue de l'esprit était juste, elle est remise en cause très fortement par l'européisation qui fait que les droits dont peuvent être dérivés les systèmes juridiques des anciennes colonies se modifient et se rapprochent du fait de l'européisation.

3. *Les changements en termes de méthodologie des sciences juridiques*

Dernière conséquence et c'est la plus excitante – ou la plus inquiétante – pour les universitaires, et peut-être la moins inquiétante pour les praticiens : l'européisation entraîne des changements de plus en plus importants en termes de méthodologie des sciences juridiques.

En premier lieu, en ce qui concerne la méthodologie de la recherche, il y a des avancées, mais l'on est encore très en retard dans beaucoup d'universités. Il est très frappant de voir que le droit européen lui-même est étudié dans chaque Etat membre en utilisant essentiellement les sources normatives et bibliographiques dans une langue nationale, sans se rendre compte qu'il y a des divergences entre les formulations des traités, et qu'il y a des divergences dans les versions linguistiques de la jurisprudence dans la cour de justice.

Plus encore, quand on parle d'européisation du droit, chacun voit midi à sa porte. Les juristes de chaque pays sont fascinés par certains phénomènes et pas par d'autres qui intéressent pourtant au plus haut point leurs collègues d'un autre pays. Exemple typique, en Italie, l'un des grands thèmes de l'européisation est la montée en puissance

de la responsabilité de la puissance publique en droit administratif. En France, l'on n'en parle que très peu pour la bonne raison que le droit administratif français comprenait depuis le début du XIX^{ème} siècle une branche très importante, faisant l'objet d'une abondante jurisprudence, la responsabilité administrative. La recherche n'est pas encore adaptée à l'européanisation, et ce n'est pas facile, parce que le droit comparé exige des ressources, y compris financières, et surtout de temps que l'on n'a pas dans les autres domaines.

En ce qui concerne les méthodes d'enseignement, il ne faut pas rêver. Dans un cadre tel que celui de l'Institut universitaire européen de Florence parfois critiqué dans les universités des Etats membres pour être une belle tour d'ivoire, le droit européen et l'européisation du droit sont omniprésents, mais chaque fois que l'un des docteurs ou l'un des professeurs de l'Institut rentre chez lui il ne peut que constater la place réduite des enseignements de droit européen et de droit comparé dans les curriculums nationaux. L'on est encore loin de la révolution que les écoles de droit, américaines ont faite au début du vingtième siècle, quand elle se sont mises à enseigner le droit de manière à ce qu'on puisse être avocat dans tout les Etats de l'Union et pas seulement dans un Etat. Il n'y avait pas de barrière formelle à la liberté d'établissement des avocats, mais il y avait une barrière réelle si l'on n'apprenait la jurisprudence que dans le cadre du droit d'un Etat – et il ne faut surtout pas croire que le droit soit le même d'un Etat à l'autre aux Etats-Unis. En Europe l'on est encore loin enseignements communs, sans parler du problème des langues.

Enfin, il y a les pratiques du droit. Paradoxalement, peut-être les praticiens qui vont plus vite que l'université dans le sens de l'européisation. Les fonctionnaires des ministères de la justice, les juges et les fonctionnaires des tribunaux échangent, par des moyens formels et informels, beaucoup d'actes et d'informations²¹. Qui eut cru qu'un greffier serait plus innovateur qu'un professeur d'université? C'est un message à la fois d'espoir et d'inquiétude.

²¹ Voir STORSKRUBB, précitée, n. 9.