

PRÓLOGO AL LIBRO

De Allan R. Brewer-Carías:

PRINCIPES DE LA PROCÉDURE ADMINISTRATIVE NON CONTENTIEUSE (ETUDES DE DROIT COMPARÉ: FRANCE, ESPAGNE, AMÉRIQUE LATINE),

Ed. Económica París, 1992,

por el profesor Frank MODERNE,
de la Universidad de Paris II

Voilà un véritable ouvrage de droit public comparé. Et son auteur, A.R. Brewer-Carias, avait tous les titres requis pour le faire. Outre sa parfaite maîtrise du droit du continent sud-américain, il a des droits européens (et notamment du droit français et espagnol) une connaissance que pourraient lui envier nombre de juristes continentaux. Qui, plus que lui, était autorisé à entreprendre une démarche qui n'avait jamais été tentée : établir les principes comparés de la "procédure administrative non contentieuse" dans les droits de pays latino-américains judicieusement choisis (l'Argentine, la Colombie, le Costa-Rica, le Pérou, le Vénézuéla et l'Uruguay), de l'Espagne et de la France?*

Le résultat est probant. Les principes généraux qui soutiennent et encadrent l'action administrative - et notamment l'action unilatérale, la plus redoutable pour les administrés - se révèlent plus proches qu'on eût pu l'imaginer. Mais certaines différences subsistent et elles ne sont pas négligeables. Ajoutons immédiatement qu'elles ne traduisent pas nécessairement la supériorité du système jurisprudentiel qui a, chez nous, des lettres de créance fort anciennes.

Le titre même de l'ouvrage doit être considéré plutôt comme une marque de courtoisie de l'auteur envers le droit français que comme le signe d'une adhésion intellectuelle à une expression qu'il tient pour ambiguë et inadaptée. La tradition des pays de langue hispanique (elle rejoint sur certains points la tradition anglo-saxonne) n'est pas de séparer de manière abrupte le processus contentieux et le processus non contentieux. La procédure "administrative" n'y est pas nécessairement qualifiée de procédure "non contentieuse", sans doute parce que le contentieux administratif ne s'y présente pas comme une référence obligée en fonction de laquelle devraient s'ordonner les notions et les concepts applicables à l'administration, peut-être aussi parce que la fragilité des systèmes démocratiques ne permet guère d'attendre la lente maturation des solutions jurisprudentielles élaborées par une justice stable et indépendante du pouvoir en place (la stabilité de notre Conseil d'Etat, tous régimes confondus, n'a-t-elle pas été le facteur primordial de la patiente élaboration de sa jurisprudence ?). Or, dans les rapports entre l'administration et les administrés, c'est la puissance publique qui se profile et les enjeux ne sont autres que les droits et libertés des citoyens.

La lecture de l'ouvrage permet d'en tirer des enseignements qu'il y aurait lieu de méditer.

D'abord, l'analyse à laquelle procède A.R. Brewer-Carias montre de manière saisissante que

* A. R. Brewer-Carías est l'auteur de traités, ouvrages et études dont la liste est impressionnante et qui le situent au tout premier plan de la doctrine publiciste sud-américaine. Il est par ailleurs directeur, depuis sa création, de la **Revista de derecho público** (Caracas) qui constitue une des sources d'information et de réflexion les plus précieuses sur le droit public du Vénézuéla et, de manière plus générale, sur le droit public hispano-américain

la codification de la procédure administrative non contentieuse est à même de maîtriser les règles les plus sophistiquées et plus "progressistes", allant même au-delà même de ce que notre contentieux administratif (mais est-il des plus avancés si on le confronte avec certains systèmes anglo-saxons?) peut nous offrir pour réduire l'arbitraire administratif En dehors de la France, qui s'en tient toujours sur ce point à une prudente réserve, les sept pays qui font l'objet de cette étude comparative ont adopté des lois de codification qui ont réussi à capter (et souvent dans ses moindres détails) des apports qui chez nous résultent d'une jurisprudence progressive et trop souvent précautionneuse.*

Ensuite, les textes codifiés se sont tous référés à l'Etat de droit et se sont tous attachés à consolider le principe de légalité de l'action administrative. Ils entendent marquer d'entrée de jeu les bornes que l'administration, soupçonnée d'autoritarisme viscéral, n'est pas autorisée à franchir. Le contrôle contentieux ne pouvant être que tardif, partiel ou aléatoire sur le long terme, il appartenait au législateur, lorsque les circonstances lui en laissaient l'occasion, de tenter d'imposer les règles du droit écrit à des autorités administratives trop proches du pouvoir politique et dont la tradition de "service" n'était pas des mieux ancrées.

Sans doute, pourrait-on objecter, la pratique administrative ne paraît pas mieux tenue en laisse par une réglementation minutieuse, voire exagérément raffinée, que par la jurisprudence, notamment lorsque cette dernière, à l'instar de celle du Conseil d'Etat français, sait prendre la mesure des choses et n'ordonner à l'administration que ce qu'elle est raisonnablement capable de supporter sans se rebiffer. Mais ce serait oublier les failles de notre système contentieux et les défaillances (résiduelles mais réelles) de notre juge administratif.

On trouvera dans l'ouvrage d'A.R. Brewer-Carias de pertinentes observations sur la hiérarchie des normes et sur le contrôle du pouvoir discrétionnaire par le jeu combiné des concepts indéterminés, dont l'auteur s'attache à montrer la spécificité, et des principes généraux du droit (notamment le principe de proportionnalité), ces différentes techniques attestant que la procédure administrative non contentieuse, codifiée ou non codifiée, a d'abord pour fonction de surveiller l'activité administrative plus qu'elle ne la guide ou ne la rationalise.

Enfin un système codifié est par là même plus cohérent et plus accessible. Ce n'est pas chose négligeable si l'on veut bien convenir que l'un des obstacles les plus pernicieux à l'effectivité d'un système jurisprudentiel est précisément la connaissance de ce système par ceux qu'il entend protéger contre l'arbitraire administratif. Peut-on vraiment demander au citoyen, aux prises avec son administration, d'aller patiemment chercher dans les volumes du Recueil Lebon ou les ouvrages généraux du droit administratif français contemporain (quels que soient leurs mérites et leurs qualités) la solution qui répondra exactement à ses préoccupations du moment ?

Ne nous étonnons pas, en conséquence, si derrière les lois ou les codes de "procédure administrative" d'Espagne ou d'Amérique latine, c'est en quelque sorte la trame d'un traité des actes administratifs que nous propose l'auteur, dans leurs éléments de fond comme dans leurs éléments de forme, restituant ainsi à la théorie des actes ce qu'a accaparé dans notre vision contentieuse du droit administratif la théorie des moyens du recours pour excès de pouvoir.

Que les administrés puissent trouver leur compte dans une codification de la procédure administrative non contentieuse ne saurait davantage surprendre. Nous ne sommes pas loin du due process of law qui a permis les avancées remarquables sur ce terrain des droits anglo-saxons (et notamment du droit administratif américain). Et l'on peut supposer que l'exemple du grand voisin d'Amérique du Nord a exercé une influence récurrente sur les jeunes Républiques latino-américaines, sans doute plus marquées à l'origine par "l'esprit de système" qui caractérise nombre de droits européens.

En définitive, les grandes règles qui gouvernent la procédure administrative non contentieuse dans le monde de langue hispanique ne font pas figure de parent pauvre par rapport à celles que

* On ne peut que recommander la lecture de l'ouvrage de B. Schwartz, dans sa dernière édition (*Administrative Law*, Little, Brown and C^o, 1991)

notre Haute juridiction administrative a mises au point avec sa patiente ténacité. Elles pourraient même les surclasser à certains égards, ne serait-ce qu'en évitant les approximations qui tiennent à la solution des cas d'espèce et celles qui sont plutôt imputables à la prudence du Conseil d'Etat lorsqu'il affronte son redoutable justiciable.

Alors faut-il ou non codifier la procédure administrative non contentieuse en France ? Les termes du débat sont connus* mais l'issue en reste incertaine.

Les difficultés, en effet, ne sont pas minces en la matière.

Il y a d'abord la crainte de figer malencontreusement l'évolution d'un droit jurisprudentiel vivant, souple et dont la vertu première est de s'adapter aux circonstances. Il faudrait aussi délimiter précisément le champ d'application de la codification éventuelle, tâche singulièrement ardue lorsque l'administration a tendance à se déguiser en adoptant les règles, sinon les formes mêmes, du droit privé et à déléguer quelques-unes de ses prérogatives - et non des moindres (que l'on songe aux attributions confiées aux ordres professionnels ou aux organismes privés gestionnaires d'un service public administratif) - à des entités qu'elle suscite ou qu'elle contrôle. Le codificateur serait contraint de quitter le terrain sûr de l'administration organique pour débusquer, partout où elle se trouve, la décision administrative que l'on qualifie parfois, sans goût excessif pour la litote, de décision "exécutoire". Ne négligeons pas non plus le risque de remettre sans cesse les textes sur le chantier. L'exemple des avatars du décret du 28 novembre 1983, pétri de bonnes intentions (et qui n'est d'ailleurs que le succédané d'un projet plus ambitieux), atteste que le développement de la procédure administrative non contentieuse suscite encore chez nous des réticences et des méfiances qui seront longues à vaincre ou à dissiper*.

Mais il serait vain, et probablement faux, de vouloir dresser l'une contre l'autre la méthode jurisprudence lie et la méthode codificatrice législative. L'ouvrage d'A. R. Brewer-Carias, fin connaisseur des droits du continent européen et du continent latino-américain, vient à point nommé pour nous en convaincre. Toute codification présente les avantages et les inconvénients inverses de ceux qui accompagnent la détermination jurisprudentielle du cadre de l'action administrative. Si la rigidité d'un texte peut gêner ou tarir le pouvoir inventif du juge, la souplesse des solutions trop exclusivement jurisprudentielles risque de l'inciter à multiplier les distinctions subtiles et sophistiquées, hors de portée du justiciable moyen. En toute hypothèse, le juge n'a-t-il pas besoin de textes qui marqueront une étape du droit positif et seront seuls à même d'organiser, voire de compléter, une oeuvre jurisprudentielle toujours inachevée et dont l'harmonie d'ensemble ne peut être que le fruit du temps ? Et le texte codifié n'a-t-il pas besoin d'un juge qui l'interprète en tant que de besoin et en gomme les inévitables aspérités pour l'adapter aux mouvantes réalités du moment ?

L'étude comparative à laquelle s'est livré A.R. Brewer-Carias avec le talent qu'on lui connaît nous invite à réfléchir sur le nécessaire encadrement processuel de l'activité juridique de l'administration. Elle ne nous intime pas de prendre position en faveur d'une formule, au détriment de l'autre, tant l'auteur est conscient que les hybridations ne sont toutes stériles et que les confrontations peuvent conduire à des enrichissements réciproques.

Franck Moderne

Professeur à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne)

* V. notamment C. Wiener, **Vers une codification de la procédure administrative ?**, Paris 1975; Y. Gaudemet, "La codification de la procédure administrative non contentieuse", **D.** 1986, chron., p. 107 et s.

* Observons au passage que la codification de la procédure administrative non contentieuse ne figure pas dans le programme de travail de la Commission supérieure de codification, même pas au titre des "réflexions à venir"... (**R.F.D.A.** 1990, p. 312).