

**LES PRINCIPES
DE LA PROCÉDURE
ADMINISTRATIVE
NON CONTENTIEUSE**

Science et droit administratifs

Collection dirigée par Charles Debbasch

DEBBASCH Charles (sous la direction de)

Les Fondations : Un mécénat pour notre temps

La Commission nationale de la communication et des libertés

LANGERON Pierre

Liberté de conscience des agents publics et laïcité

PHILIPPE Xavier

Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises

RAINAUD J.M./CRISTINI R. (sous la direction de)

Droit public de la concurrence

RENOUX Thierry

L'indemnisation publique des victimes d'attentats

TERNEYRE Philippe

La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif

Collection
Science et Droit Administratifs

dirigée par Charles Debbasch

**LES PRINCIPES
DE LA PROCÉDURE
ADMINISTRATIVE
NON CONTENTIEUSE**

**ÉTUDE DE DROIT COMPARÉ
(FRANCE, ESPAGNE, AMÉRIQUE LATINE)**

Allan R. BREWER-CARIAS

*Professeur à l'Université Centrale du Vénézuéla
Vice-Président de l'Académie Internationale de Droit Comparé*

Préface de Frank MODERNE

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

*Ouvrage réalisé avec le concours de l'Institut d'études juridiques ibériques et
ibérico-américaines de l'Université de Pau et des pays de l'Adour*



ECONOMICA

49, rue Héricart, 75015 Par

© Ed. ECONOMICA, 1992

Tous droits de reproduction, de traduction, d'adaptation et d'exécution
réservés pour tous les pays.

PRÉFACE

par

Franck MODERNE

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

Voilà un véritable ouvrage de droit public comparé. Et son auteur, A.R. Brewer-Carías, avait tous les titres requis pour le faire. Outre sa parfaite maîtrise du droit du continent sud-américain (1), 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

(1) 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.

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 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 ?) (2) 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.

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

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 pernicioseux 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 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 (3) 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 (4).

(3) 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.

(4) 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).

Mais il serait vain, et probablement faux, de vouloir dresser l'une contre l'autre la méthode jurisprudentielle 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)

INTRODUCTION

Le droit administratif français peut sans doute être considéré comme le produit le plus élaboré du travail des juges, découvert et diffusé pas à pas par la doctrine. C'est pour cela, et surtout lorsque l'on analyse le système français dans une perspective comparative, que l'on peut dire que le contrôle juridictionnel et la réduction progressive des excès de pouvoir commis par les agents de l'administration ont été précisément l'apport significatif de la France à la culture juridique du monde moderne et à la consolidation de l'Etat de Droit.

De ce fait, justice administrative et droit administratif en France ont été et continuent d'être essentiellement unis, au point que le contenu du droit administratif a été largement modelé par la juridiction administrative. Cela a eu des avantages évidents pour le progrès de la «juridicité» appliquée à l'Administration et pour le renforcement du principe de légalité, mais cela a aussi été à l'origine de certains inconvénients qui ont provoqué quelques grandes controverses doctrinales du droit administratif.

C'est ainsi que des notions telles que celles de «service public», «établissement public», «acte de gouvernement» ou «contrat administratif» ont été au centre d'un débat doctrinal traditionnel tendant à conférer une substantialité propre à ces notions, ce qui n'a pas été toujours possible, précisément en raison du poids du «problème» juridictionnel qui a tourné autour de la recherche d'un «critère» pour délimiter les compétences de la juridiction administrative et de la juridiction judiciaire.

En conséquence, très souvent ces notions ont été définies davantage par une connotation procédurale que par une substantialité propre. Il était inévitable que les changements jurisprudentiels conduisent à leur crise. C'est pour cela que, comme l'affirmait G. Liet-Veaux il y a quelques décennies, en

se référant à la notion de contrat administratif, il apparaît qu'il s'agit d'un des chapitres les plus "désespérants" du droit administratif

Ce "désespoir", on le rencontrera fréquemment dans la doctrine française, lorsqu'elle s'efforce de donner un contenu substantiel aux institutions et notions fondamentales. Sans doute pouvons-nous dire qu'il est le produit du poids qu'a eu la juridiction administrative sur la construction du droit administratif. Cela a conduit même à la situation extrême que l'étude du droit administratif est faite, non seulement et uniquement en fonction de la perspective de ce que le Conseil d'Etat peut résoudre, mais au travers du seul "prisme" de la juridiction. Il n'est pas rare, par conséquent, que sous le titre de *Traité de contentieux administratif*, - comme celui des professeurs J.M. Auby et R. Drago (2), - le lecteur trouve un véritable "Traité de droit administratif".

La tâche du juge administratif a été et est d'une telle importance en France, que le droit administratif, au sens matériel, s'est fondé quasi exclusivement sur la jurisprudence (c'est pour cela qu'on parle de "droit jurisprudentiel") pour atteindre le développement si significatif qu'il a connu et qui lui a permis d'étendre son influence à travers le monde, de manière beaucoup plus profonde que les Français eux-mêmes pouvaient l'imaginer.

Il est évident que l'on ne rencontre pas dans d'autres pays une tradition aussi éclairée que celle du juge administratif français, qui se suffit à elle-même, avec son "arsenal" de jurisprudence et sans l'aide du droit écrit, pour soumettre l'administration à la légalité, en construisant des principes de comportement administratif, qui ont servi d'exemple au développement de l'Etat de droit, en France ou hors de France.

La réalité, dans beaucoup d'autres pays, est que la tâche du juge administratif, à certaines époques vigoureuse et à d'autres plus timide, dans l'exercice de la construction du droit administratif, a nécessité l'appui du législateur, auquel est revenu de transformer en droit écrit les principes généraux. On a constaté ainsi fréquemment qu'il ne suffisait pas d'utiliser un "arsenal" d'arrêts et de recourir à la création prétorienne du droit administratif pour parvenir à réduire le pouvoir discrétionnaire de l'administration et à soumettre toutes les activités administratives à la légalité. Au contraire, en nombre d'occasions, il est apparu nécessaire de convertir en droit écrit les principes régulateurs de l'action administrative, pour qu'ils soient non seulement respectés par les fonctionnaires, mais aussi pour que les juges du contentieux administratif eux-mêmes puissent exercer avec une plus grande autonomie leur mission de contrôle juridictionnel de l'Administration.

(2) Paris, 1984.

Telle a été, en général, la tendance dans la plupart des pays hispano-américains, où s'est produit un processus de codification du droit administratif ou du moins des principes fondamentaux concernant l'activité administrative, dans des lois régulatrices de la "procédure administrative" non contentieuse.

Et ceci nous oblige immédiatement, avant de traiter les principes de la "procédure administrative non contentieuse" en Espagne et en Amérique latine, à apporter une précision terminologique. Dans la langue castillane, en effet, l'expression "procédure administrative non contentieuse" ne s'emploie pas littéralement. C'est là une expression typiquement française qui entend définir la procédure suivie devant l'administration active, par opposition à celle qui se déroule devant la juridiction administrative, de telle sorte que l'on parle de "procédure administrative non contentieuse" en la distinguant de la "procédure administrative contentieuse". Cependant, dans la perspective hispano-américaine, cette expression non seulement n'est pas utilisée mais elle serait même incorrecte.

En premier lieu, nous devons indiquer que, dans la tradition hispano-américaine, on ne constate pas que les organes juridictionnels aient reçu l'exclusivité de la procédure, comme cela s'est produit historiquement en France (3), ce qui explique non seulement que jusqu'à ces dernières décennies on ait négligé l'étude doctrinale de la procédure appliquée au sein de l'administration active, mais aussi que, sauf exceptions (4), on ait dû la qualifier de "non contentieuse", par opposition au "contentieux administratif", pour procéder à son identification.

Dans le monde juridique des pays de langue espagnole, en revanche, la distinction basée sur le qualificatif "non contentieux" n'a jamais eu cours, de telle sorte que lorsque l'on veut identifier la procédure appliquée devant les tribunaux administratifs, on parle, comme en France, de "procédure contentieuse administrative" (5); par contre, on utilise de manière générale

(3) Guy Isaac, *La procédure administrative non contentieuse*, Paris, 1968, p. 17 et s.

(4) Voir fondamentalement Georges Langrod, "Procédure administrative et droit administratif", *Revue de droit public et de science politique en France et à l'étranger*, Paris 1948, p. 549 et *Revue internationale des sciences administratives*, Bruxelles 1956, p. 5 et s. Plus récemment, voir Céline Wiener, *Vers une codification de la procédure administrative*, Paris, 1975.

(5) Lequel, doctrinalement, a même donné naissance à ce que l'on appelle le "droit processuel administratif". Voir par exemple, José Maria Villar y Romero, *Derecho procesal administrativo*, Madrid, 1944, 2^{ème} édition 1948; Jésus González Pérez, *Derecho procesal administrativo*, 3 volumes, Madrid 1955; Miguel González Rodríguez, *Derecho procesal administrativo*, 2 vol., Bogotá, 1986; Carlos Betancur Jaramillo, *Derecho procesal*

l'expression pure et simple de "procédure administrative", pour désigner la procédure appliquée devant l'administration active, procédure qui, de ce fait, est de caractère non juridictionnel. Les pays hispano-américains, dans leur conception de la procédure administrative, ont ainsi subi davantage l'influence des apports de l'école germanique, principalement d'Adolf Merkl (6), que celle des critères de la doctrine française.

C'est pour cela qu'on emploiera de préférence ici l'expression "procédure administrative" comme équivalente à l'expression française "procédure administrative non contentieuse".

Mais il existe une seconde raison pour que l'on ne recoure pas à cette dernière expression dans le monde de langue espagnole : c'est que, en soi, l'on considère comme une impropriété le fait d'ajouter le qualificatif "non contentieux" pour identifier la procédure appliquée dans les relations avec l'administration active. En réalité, il n'est pas certain que cette procédure soit toujours de caractère "non contentieux". Au contraire, l'intervention croissante de l'Etat dans divers secteurs de la vie économique et sociale conduit fréquemment les organes administratifs à adopter des décisions ayant pour effet de résoudre des conflits d'intérêts privés, entre particuliers, lorsque ces derniers font valoir leurs griefs devant l'autorité administrative. Dans ces cas, ainsi que dans toute activité administrative, la procédure correspondante est évidemment de caractère contradictoire (bien que non "juridictionnelle") ; l'Administration doit s'efforcer de respecter l'égalité entre les parties dont les intérêts sont opposés, et doit agir avec impartialité.

Notre analyse comparative avec le système français, d'autre part, sera limitée aux pays qui, dans le monde de langue espagnole, ont connu un processus de codification de la procédure administrative. Parmi ceux-ci, se détachent l'Espagne, le Pérou, l'Argentine, l'Uruguay, le Costa Rica, le Vénézuéla et la Colombie, tous pays dans lesquels, et notamment ceux d'Amérique latine hispanophone, le droit administratif a connu le plus grand développement doctrinal et jurisprudentiel.

administrativo, Bogotá 1982 ; Jesús González Pérez, *Derecho procesal administrativo hispanoamericano*, Bogotá 1985.

(6) Voir Adolf Merkl, *Teoría general del derecho administrativo* (traduit de l'allemand), Mexico 1980, pp. 278 et s. cet ouvrage n'a jamais été traduit en français. Voir les commentaires sur la conception de Merkl dans G. Isaac, *La procédure administrative non contentieuse*, Paris 1968, pp. 89 et s. Voir également, J. Araujo Juárez, *Principios generales del derecho administrativo formal*, Caracas, 1989.

Avant tout se détache l'Espagne, pays où nous pouvons trouver l'origine du mouvement codificateur de la procédure administrative, avec la loi relative à la procédure administrative du 19 octobre 1889, par laquelle on essaya de réguler de manière uniforme la procédure à laquelle devaient être soumis les différents départements ministériels. Bien qu'elle ait marqué une notable avance sur les autres pays et signifié un pas décisif dans l'évolution du droit administratif espagnol (7), son caractère de loi-cadre et son développement réglementaire multiforme dans chaque ministère, exigèrent sa réforme et sa mise à jour, qui eurent lieu avec la loi sur la procédure administrative du 17 juillet 1958 (8). Dans cette loi furent fixées, en un texte unique, non seulement des normes de procédure directement applicables à tous les départements ministériels, mais aussi les règles de base du régime des actes administratifs et d'autres aspects de l'activité administrative qui leur sont liés. Cette loi, conjointement avec la loi relative au régime juridique de l'administration de l'Etat de 1957, a eu une importance considérable, non seulement sur le développement particulier du droit administratif espagnol, qui précisément, à partir de la fin de la décennie des années cinquante, commence à se rénover et à atteindre le niveau incontesté d'excellence qui est le sien aujourd'hui, mais aussi sur le développement du droit administratif contemporain d'Amérique latine. L'on peut dire que, d'une manière ou d'une autre, ces lois ont inspiré les lois régulatrices de l'activité administrative édictées dans nos pays dans les trois dernières décennies.

Le premier pays latino-américain qui réglementa la procédure administrative sous l'influence évidente du texte espagnol a été le Pérou, où, par l'intermédiaire du décret suprême N. 006-SC du 11 novembre 1967, fut édicté un "règlement des normes générales des procédures administratives" (9) texte auquel devait se conformer l'activité administrative des organes du pouvoir exécutif, des établissements publics et des administrations locales "à condition qu'elles (ces normes) ne s'opposent pas aux lois ou à leurs règlements d'application" (art.1). Sous cette forme, bien que fussent établis ainsi les principes généraux de l'action administrative, l'instrument utilisé fut un texte de rang réglementaire et de caractère supplétoire, ce qui a impliqué, dans la pratique, que ce texte n'ait pas eu une plus grande influence sur le développement du droit administratif péruvien.

(7) Exposé des motifs de la loi de 1958. Voir *Justicia administrativa*, Ediciones Civitas, Madrid 1973, p. 56.

(8) *Boletín oficial del Estado*, n° 171 du 18 juill. 1958 ; rect. *Boletín oficial del Estado*, n° 212 et 220 du 2 et 13 sept. 1958 et 98 du 24 avr. 1959. Voir en outre le texte dans *Justicia administrativa*, *op. cit.*, pp. 66 et 129.

(9) Voir le texte dans *Legislación peruana sobre empleados públicos*, Lima, pp. 242 à 250.

En définitive, le premier texte normatif national de rang législatif relatif à la procédure administrative, édicté en Amérique latine, a été le décret-loi n° 19.549/72 du 3 avril 1972 sur les procédures administratives (10), texte qui vint compléter un long processus de régulation, dans les provinces de la Fédération, des normes de la procédure administrative (11), et un processus de régulation nationale des recours administratifs, en particulier des recours hiérarchiques qui remonte aux années trente (12). Il est clair en tout cas non seulement que le décret-loi n° 19.549/72 établit des principes de base auxquels doivent s'adapter les procédures administratives dans l'administration publique nationale, centralisée et décentralisée (y compris les établissements publics), en ce qu'ils tendent à assurer aux citoyens les garanties constitutionnelles équivalentes au "*due process of law*", mais qu'il a aussi posé les règles fondamentales relatives aux conditions que doit respecter l'acte administratif, à sa structure, à sa validité et à son efficacité.

Suivant en cela la même orientation que la législation argentine, la seconde réglementation normative nationale des procédures administratives édictée en Amérique latine a été le décret n° 640/973 du 8 août 1973 qui compléta le cadre régulateur de l'activité et des formalités administratives établi par des décrets antérieurs de 1964 et 1966 et qui, en dépit de son caractère réglementaire, a été considéré comme un véritable "code de procédure administrative" (13).

Dans le processus de codification du droit administratif en Amérique latine, se détache en troisième lieu la Loi Générale relative à l'administration publique du Costa-Rica du 2 mai 1978 (14), texte qui, comme nous l'avons

(10) *Boletín Oficial*, n° 22411 du 27 avr. 1972. Voir le texte dans Emilio Fernandez Vazquez et Emilio Marcelino Sendin, *Procedimiento administrativo nacional*, Buenos Aires 1974, pp. 116 à 134.

(11) Voir le texte des lois provinciales sur les procédures administratives dans Agustin Gordillo, *Procedimientos y recursos administrativos*, Buenos-Aires 1971, pp. 591 à 723.

(12) Décret 20003/33 remplacé par le décret n° 7520/44. Voir les textes dans Agustin Gordillo, *op.cit.*, pp. 583 à 590.

(13) Voir les références dans Julio A. Prat, *Derecho administrativo*, Tome III, Vol. 2, Montevideo 1978, pp. 125 et suivantes. La loi 15869 du 22 juin 1987 relative au Tribunal de contentieux administratif n'abroge pas le décret n° 640/973 du 8 août 1973, lequel demeure en vigueur. Voir J.P. Cajarville Pellejo, *Recursos administrativos*, Montevideo 1989, p. 14. V. le texte du décret n° 640/973 du 8 août 1973 relatif aux normes générales de l'action administrative in J.A. Prat, D.H. Martins, M.R. Brito, H. Frugone Schiavone et J.P. Cajarville Pulejo, *Procedimiento administrativo*, Montevideo 1977, pp. 177 et s.

(14) Fascicule n° 90, *La Gaceta* n° 102 du 30 mai 78. Voir le texte dans *Ley general de la administración pública*, Contraloría General de la República, San José 1978.

indiqué il y a quelques années, pourrait être considéré comme celui d'un "Précis de droit administratif" présenté sous la forme articulée d'un code (15). Cette loi, unique et particulière, englobe tout un ensemble de matières qui correspondraient exactement au "Programme" d'un cours général de cette discipline. Il s'agit donc d'un exemple très rare d'un "code de droit administratif" qui consacre même l'autonomie de notre discipline, en déclarant l'indépendance de l'ordonnement juridico-administratif par rapport aux autres branches du droit (16).

La loi costaricienne fut suivie chronologiquement par la loi organique vénézuélienne sur les procédures administratives du 1er juillet 1982 (17), texte dont l'élaboration a commencé dès 1965 (18). Cette loi organique, directement influencée par la loi espagnole, rassembla tous les principes fondamentaux relatifs à l'activité administrative exercée par les organes de l'administration publique nationale et est applicable de manière supplétive aux administrations des Etats membres de la fédération ainsi qu'aux municipalités. On y trouve en particulier, les principes relatifs aux actes administratifs (élaboration, formes et formalités, effets, révision), que la jurisprudence avait établis, ce qui a contribué largement, dès son entrée en vigueur, à consolider le principe de la légalité administrative (19).

Pour terminer, en matière de codification de la procédure administrative, on doit mettre à part le régime de la Colombie, unique pays d'Amérique latine qui adopta le modèle français de la dualité de juridictions avec une juridiction judiciaire, dont l'instance supérieure est la Cour Suprême de Justice, et une juridiction administrative dominée par le Conseil d'Etat. Compte tenu de cette situation particulière, la Colombie s'est dotée, dès 1941, d'un code de contentieux administratif (20), qui réglait exclusivement la procédure juridictionnelle devant les tribunaux administratifs. Sur la base de l'oeuvre jurisprudentielle furent proposées en 1980 une réforme et une

(15) Allan R. Brewer-Carias, "Comentarios sobre los principios generales de la ley general de administración pública de Costa-Rica", *Revista del Seminario internacional de derecho administrativo*, Código de Abogados de Costa-Rica, San José, 1981, p. 31.

(16) Art. 9.

(17) *Gaceta oficial*, n° spécial 2818, du 1er juill. 1981. Voir le texte dans Allan R. Brewer-Carias, *El Derecho administrativo y la ley orgánica de procedimientos administrativos*, Caracas 1985, pp. 379 à 412.

(18) Voir *Informe sobre la reforma de la administración pública*, Comisión de administración pública, Caracas 1972, vol. 2, p. 392.

(19) Voir Allan Brewer-Carias, *op.cit.*, pp. 37 et suivantes.

(20) Loi 167 de 1941 sur le Code de contentieux administratif.

adaptation du code (21), qui furent réalisées par le décret n° 01 de 1984. Au surplus, dans cette réforme, fut ajouté au code un nouveau "Livre" relatif à la "procédure administrative", différente de la "procédure devant la juridiction administrative" (22). Sous cette forme, la Colombie est dotée, depuis 1984, d'une importante législation nationale régulatrice de la procédure administrative applicable à tous les organismes et entités dépendant des pouvoirs publics de tous ordres (art.1.).

Toutefois, un des traits communs de la codification de la procédure administrative en Espagne et en Amérique latine consiste en ce que le contenu des diverses lois de procédure administrative a réglé non seulement les opérations tendant à "produire" les actes administratifs, mais aussi le régime de ces actes, c'est-à-dire, leur forme, leurs effets, leur exécution, leurs vices et leur contestation. C'est pour cela que lorsqu'on analyse cette codification hispano-américaine de la procédure administrative, on trouve quelque peu inutile la discussion doctrinale soulevée par Georges Dupuis quant à la nécessité de distinguer, ou de ne pas confondre, la forme et la procédure (les formalités) ou, en d'autres termes, de distinguer l'opération de "*facere*", c'est-à-dire de "fabrication" ou d'élaboration de l'acte administratif, et le "*factum*", c'est-à-dire le produit de ces opérations, qui est l'acte lui-même (23). Ces deux aspects sont traités dans le contenu de la codification de la procédure administrative en Espagne et en Amérique latine, de telle sorte que cette codification inclut la régulation, tant de la forme que des formalités des actes administratifs, au sens retenu par René Hostiou, ("les *formalités* sont constituées par les diverses opérations relatives à l'opération normatrice (le "*negotium*"), qui conditionnent la régularité de l'émission et l'entrée en vigueur de l'acte"). Quant aux *formes*, elles sont les mentions de l'écrit ("*instrumentum*") qui traduisent expressément les diverses conditions de

(21) Jaime Vidal Perdomo, "Ponencia para primer debate al proyecto de ley por la cual se conceden facultades extraordinarias al Presidente de la República para reformar el *Código contencioso administrativo*, du 28 janv. 1980", in Gustavo Perragos, *Código contencioso administrativo*, Bogotá 1985, pp. 1 à 11.

(22) Voir le texte du décret 01 de 1984 dans Gustavo Perragos, *op.cit.*, pp. 21 à 79. Le décret 01 a été pris sur la base de la loi 58 de 1982 par laquelle ont été concédés des pouvoirs extraordinaires au Président de la République pour réformer le Code de contentieux administratif. Ultérieurement, sur la base de la loi 30 de 1987, par décret 2304 du 7 octobre 1989, ce code a été réformé.

(23) Georges Dupuis, "La forme de l'acte administratif" dans Georges Dupuis (éd), *Sur la forme et la procédure de l'acte administratif*, Paris 1979, pp. 9 et 10.

régularité de l'acte (l'auteur, les fondements et la date d'émission de l'acte notamment) (24).

Il est évident que, sur le plan doctrinal, on peut distinguer l'ensemble des règles relatives à "l'opération d'édiction" de l'acte administratif qui, selon Guy Isaac, constituerait la procédure administrative non-contentieuse (25), et le produit même de cette opération, qui est l'acte administratif en soi, ses conditions de validité, ses effets, son exécution, son annulation, sa révocation et sa révision par la voie administrative.

Telle est la position, par exemple, adoptée par Céline Wiener qui, en retenant une notion compréhensive de la procédure administrative, indique "qu'elle recouvre un ensemble de règles de nature souvent différente, mais qui toutes présentent le trait commun de régir un moment de l'élaboration de l'acte". Aussi indique-t-elle qu'en parlant de procédure administrative, "il serait peut-être même plus exact de parler d'une régulation de la fonction administrative de décision, dans la mesure où cette réglementation vise au premier chef le processus de formation de la volonté, qui est à l'origine de la décision, c'est-à-dire les antécédents, l'instruction d'un acte, plutôt que cet acte lui-même" (26).

Cependant, tracer dans la pratique la frontière entre l'un et l'autre de ces aspects, surtout lorsque nous sommes en présence de législations sur ce thème, nous paraît juridiquement impossible. Le même Guy Isaac, en présentant l'objet de la "procédure administrative non contentieuse" comme "la réglementation de l'opération d'édiction de l'acte administratif tout entier", comme l'ensemble des règles relatives à la procédure d'élaboration de l'acte, à la forme et à sa publicité ainsi qu'à sa remise en cause" (27), incluait donc, à l'intérieur du contenu de la "procédure administrative non contentieuse", des aspects relatifs à la forme des actes administratifs et à leur contestation (28).

On peut dire en conséquence que la codification de la procédure administrative en Espagne et en Amérique latine répond en définitive à une conception très ample de celle-ci, marquée par le souci, d'une part de

(24) René Hostiou, *Procédure et formes de l'acte administratif unilatéral en droit français*, Paris 1975, p. 13.

(25) Guy Isaac, *La procédure administrative non-contentieuse*, Paris 1968, pp. 151 et s.

(26) Céline Wiener, *Vers une codification de la procédure administrative*, Paris 1975, p. 15.

(27) Guy Isaac, *op.cit.*, pp. 158 et 173.

(28) Lequel même, avec une vision encore plus étroite de la procédure et de la forme de l'acte administratif, est critiqué par Dupuis, *loc.cit.*, pp. 9 et 10.

soumettre l'Administration à la légalité et d'autre part, de garantir aux particuliers une sorte de "due process" face à l'Administration.

Ainsi, suivant la conception de A. Merkl, selon laquelle "toute administration est procédure administrative et les actes administratifs se présentent à nous comme de simples produits de la procédure administrative" (29), la codification de la procédure administrative en Espagne et en Amérique latine, plus qu'un effort pour régler législativement les simples formalités nécessaires à la production des actes administratifs, *stricto sensu*, constitue réellement un effort de codification "du droit administratif" en soi, ou si l'on veut, des principes généraux du droit administratif qui doivent guider la conduite des organes de l'Administration dans leurs relations avec les particuliers, et garantir les droits de ces derniers face à l'Administration. De là découle l'importance que cette codification de la procédure administrative a eue en Amérique hispanique sur la consolidation du principe de légalité, la régulation des relations entre l'Administration et les administrés, et le développement du droit administratif lui-même.

Comme on l'a indiqué, cette étude sera consacrée à l'analyse des principes de la procédure administrative en Espagne et dans les pays latino-américains ci-dessus mentionnés, qui disposent d'une codification nationale spécifique, par comparaison avec le système français. Elle sera divisée en trois parties.

La première partie portera sur la contribution de la codification de la procédure administrative à la consolidation du principe de légalité lequel doit guider toute l'activité administrative. Elle sera divisée en deux chapitres destinés, le premier à analyser les implications du principe de subordination à la loi qui régit l'activité administrative et le second à étudier les limites de l'exercice du pouvoir discrétionnaire.

La seconde partie sera consacrée à l'étude du régime des actes administratifs, notion centrale dans le régime de la légalité administrative, tel qu'il est compris dans la codification hispano-américaine. Deux chapitres traiteront l'un, les éléments des actes administratifs et l'autre, les principes gouvernant leurs effets.

La troisième partie comportera à l'étude des principes de la procédure administrative en tant que garantie du principe de légalité comme du respect des droits des administrés par les organes de l'Administration. Elle sera également divisée en deux chapitres. Dans le premier, on étudiera en

(29) A. Merkl, *op.cit.*, p. 279. Voir les commentaires dans G. Isaac, *op.cit.*, p. 91.

particulier le régime législatif des droits de la défense dont disposent les administrés et leurs conséquences. Dans le deuxième chapitre, on analysera le régime des recours administratifs dont disposent les administrés pour obtenir la révision des actes administratifs par l'Administration elle-même.

PREMIERE PARTIE

LA CONTRIBUTION DE LA CODIFICATION DE LA PROCÉDURE ADMINISTRATIVE A LA CONSOLIDATION DU PRINCIPE DE LÉGALITÉ

Le principe de légalité, selon lequel toute activité des organes de l'Etat doit se dérouler en conformité avec le droit, est sans doute la construction juridique la plus importante de l'Etat de Droit.

Selon cette conception, tous les organes de l'Etat sont soumis à l'ordonnement juridique, au sommet duquel se trouve la Constitution. Pour certains d'entre eux cependant, eu égard à leur position dans la hiérarchie des normes, le droit auquel ils doivent soumettre leur activité est seulement consacré dans la Constitution (c'est le cas du Parlement et de certaines activités du Gouvernement) : dans ce cas, le principe de légalité serait alors, seulement, un "principe de constitutionnalité".

Mais pour l'administration, l'ordre juridique auquel doivent se soumettre les organes administratifs est constitué par toutes les sources du droit, y compris la Constitution, les lois et les règlements dans la mesure correspondant au niveau qu'occupe, dans la hiérarchie administrative, l'organe considéré et évidemment, en y incluant les principes généraux du droit.

Toutefois, dans la tradition latino-américaine, la notion de principe de légalité tire son origine lointaine du principe de la suprématie constitutionnelle que, à l'image du modèle nord-américain, les Etats républicains adoptèrent dès le début du siècle passé (1811) ; et de sa conséquence élémentaire : le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois, qui fait partie de la tradition constitutionnelle latino-américaine. C'est pour cela que le Parlement étant soumis depuis toujours au contrôle judiciaire de la constitutionnalité, à plus forte raison l'Administration l'a-t-elle été au principe de la légalité, dans son sens le plus ample.

Bien entendu, et toujours dans le cadre constitutionnel, la légalité dans la tradition juridique latino-américaine a aussi été soumise à certaines "inflexions", en particulier celles qui dérivent de ce que l'on a appelé en France les "circonstances exceptionnelles", théorie qui, en Amérique latine, a trouvé un cadre constitutionnel, dès le début du siècle, dans la possibilité attribuée au

pouvoir exécutif, généralement avec l'accord du législateur de restreindre ou de suspendre les garanties constitutionnelles des droits fondamentaux et de décréter l'état d'exception, l'état de siège ou l'état d'urgence.

L'expérience historique des situations exceptionnelles amena ainsi le constituant latino-américain à les prévoir constitutionnellement (1), adoption qui modifia le domaine de la légalité applicable à l'Administration, mais sans qu'en soit exclue la possibilité de contrôle judiciaire de constitutionnalité et de légalité conforme au nouveau cadre juridique ainsi constitué.

Appliqué spécifiquement à l'Administration, le principe de légalité s'est consolidé en Amérique latine, comme en France, fondamentalement avec la construction jurisprudentielle des principes généraux du droit, et concrètement, du droit administratif, certains d'entre eux étant tirés de la Constitution elle-même, en vertu de la consécration traditionnelle dans les Constitutions de nos pays, dès 1811, d'un catalogue long et complet de droits et de garanties. Il est certain que pendant de nombreuses décennies et avec des hauts et des bas, plusieurs de ces droits dans de nombreux pays, n'ont pas eu d'application effective ; cependant, quand ils ont été mis en oeuvre, ils ont représenté la principale source des principes généraux du droit administratif. C'est ce qui s'est produit par exemple, avec le droit à la défense, avec le principe d'égalité et de non-discrimination avec celui de la non-rétroactivité des actes administratifs, ou avec la théorie de l'indemnisation du dommage causé à des droits acquis, formulés en grande partie par la jurisprudence.

Ces principes ont été précisément ceux qui ont trouvé une consécration dans les lois de procédure administrative et ont conduit, grâce à leur conversion en droit écrit, à la consolidation du principe de légalité dans ses relations, particulièrement, avec l'activité administrative.

En effet, l'activité administrative est l'une des activités de l'Etat, les autres étant l'activité législative, l'activité de gouvernement et l'activité judiciaire (juridictionnelle dans la terminologie française) qui se distinguent entre elles, notamment par le niveau qu'elles occupent dans la gradation ou l'échelle de l'ordonnement juridique découlant de la Constitution, selon la

(1) A l'inverse de ce qui s'est passé en France, où ce fut seulement la Constitution de 1958 qui régularisa "l'état de siège" (art. 36). Antérieurement, "l'état de siège" avait été consacré par le législateur dès le siècle passé. La même évolution s'est produite avec l'état d'urgence, réglementé législativement à partir de 1955 seulement. Voir les références dans G. Vedel et Pierre Delvolvé, *Droit administratif*, Paris 1990, pp. 503-504. Le rang légal de l'institution en France repose sur la non consécration constitutionnelle des droits fondamentaux.

conception de la création du droit par niveaux ou degrés diffusée par H. Kelsen (2).

Selon cette conception, l'activité administrative est toujours de rang infra-légal (de même que l'activité judiciaire), à l'inverse de l'activité législative et de l'activité de gouvernement, qui sont toujours de rang légal, c'est-à-dire, qui occupent le premier échelon dans la production de l'ordre juridique, car ce sont des activités que le Parlement ou le Président de la République exercent en application de normes constitutionnelles.

En dépit du fait que l'activité de gouvernement et l'activité administrative de l'Etat sont l'oeuvre d'un même organe du pouvoir exécutif, elles ne peuvent cependant se confondre, car elles occupent une place différente dans la hiérarchie de l'ordre juridique, raison pour laquelle ce qui est "légalité" pour les actes administratifs est seulement "constitutionnalité" pour les actes de gouvernement.

Conformément à ce qui vient d'être dit, dans la conception latino-américaine, les actes de gouvernement ne sont absolument pas des actes administratifs, car, étant édictés par le Président de la République en application directe de la Constitution, ils ont rang légal et non infra-légal. En conséquence, puisqu'il ne s'agit pas d'actes administratifs, ces actes, comme cela s'est produit en France avec la conception de "l'acte de gouvernement" (3), ne sont pas soumis au contrôle du juge administratif, non pas parce qu'ils seraient de prétendues exceptions ou inflexions au principe de légalité, mais parce que, simplement, ce ne sont pas des actes administratifs.

Mais l'exclusion du contrôle juridictionnel par le juge administratif ne signifie pas qu'ils sont exempts de tout contrôle juridictionnel, comme en France, car en Amérique latine ils sont toujours soumis au contrôle juridictionnel qui leur est propre, celui de la justice constitutionnelle, dès lors qu'ils sont édictés directement en application des normes constitutionnelles.

En tous cas, conformément au principe de légalité et ainsi que l'énonce expressément la Loi Générale relative à l'administration publique du Costa Rica :

"L'Administration publique agira dans le respect de l'ordonnement juridique et pourra seulement prendre des actes ou assurer des services publics, autorisés par ledit

(2) Voir H. Kelsen, *Teoria pura del derecho*, Buenos-Aires 1981, p. 135.

(3) Voir J.M. Auby et R. Drago, *Traité de contentieux administratif*, Paris 1984, Tome 2, p. 166.

ordonnancement, selon le rang hiérarchique des sources du droit qui lui est applicable" (art.11,1).

Or, dans l'étude du principe de légalité appliqué à l'Administration, il est intéressant de mettre en valeur deux aspects : en premier lieu, les principes qui dérivent du caractère infra-légal de l'activité administrative ; et, en second lieu, les principes élaborés jurisprudentiellement et rassemblés dans les lois de procédure administrative, qui limitent l'exercice du pouvoir discrétionnaire.

CHAPITRE I

LE CARACTERE INFRA-LEGAL DE L'ACTIVITE ADMINISTRATIVE

Le caractère infra-légal de l'activité administrative, dans les lois qui règlent la procédure administrative en Espagne et en Amérique latine, a bénéficié d'une consécration particulière en ce qui concerne le principe de la réserve légale, le respect de la hiérarchie des normes et des actes administratifs, ainsi que le principe du parallélisme des formes.

§ 1 - LE RESPECT DE LA LOI

La conséquence la plus élémentaire de la formulation du caractère infra-légal de l'activité administrative, est le respect de la loi, c'est-à-dire, le respect des dispositions normatives adoptées par le Parlement. Ceci, évidemment, revêt une énorme importance en Espagne et en Amérique latine, où les relations entre la loi et le règlement se présentent sous une forme radicalement distincte de celle qui est formulée dans la Constitution française de 1958 (1). Il n'y a, en Amérique hispanique, rien qui ressemble à la consécration constitutionnelle d'une liste de matières assignées comme "*numerus clausus*" au législateur, les autres matières demeurant dans le domaine réglementaire (2). Au contraire, en Espagne (3) et en Amérique latine, la compétence législative est la règle normale (4) ; la compétence

(1) Arts. 34 et 37.

(2) Voir M. Waline, "Les rapports entre la loi et le règlement", *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, Paris, 1959, p. 699.

(3) Voir Juan Alfonso Santamaria Pastor et Luciano Parejo Alfonso, *Derecho administrativo - La jurisprudencia del Tribunal supremo*, Madrid 1989, p. 67.

(4) Allan R. Brewer-Carías, *Las instituciones fundamentales del derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Caracas, 1964.

réglementaire étant "l'exception" de telle sorte que, même des matières traitées par voie réglementaire peuvent, sans limites, faire l'objet de dispositions législatives lorsqu'en décide ainsi le législateur.

Il s'ensuit que l'Administration est toujours soumise aux dispositions législatives qu'édicte le Parlement, et en conséquence, il n'existe pas dans les pays latino-américains, de matières qui peuvent être considérées comme "réservées" au pouvoir réglementaire.

En conséquence, comme le réaffirme la loi espagnole relative au régime juridique de l'Administration de l'Etat de 1957 (5) qui, avec la loi de procédure administrative, constitue en Espagne, le cadre juridique, en droit positif, du principe de la légalité :

"L'Administration ne pourra édicter de dispositions contraires aux lois..." (6).

Conformément à ce principe, toute l'activité administrative se situe donc toujours à un rang infra-légal, de manière à ce que l'Administration ne puisse, en aucune façon, "contrarier" la loi ; alors que le législateur peut en outre, légiférer sur n'importe quelle matière sans que s'y opposent des secteurs réservés au pouvoir réglementaire.

§ 2 - LE RESPECT DE LA RESERVE LEGALE (Domaine réservé au législateur)

Mais en second lieu, le caractère infra-légal de l'activité administrative implique que l'Administration doit toujours respecter ce qu'on appelle la "réserve légale", c'est-à-dire, les matières que la Constitution assigne de manière exclusive au législateur, de sorte que même en l'absence d'exercice du pouvoir régulateur par le Parlement, la matière réservée au législateur ne puisse être l'objet d'une réglementation par la voie administrative.

Parmi ces matières réservées au législateur, dans le système constitutionnel espagnol et d'Amérique latine, se trouve le régime des droits fondamentaux. En effet, les droits fondamentaux étant consacrés par les

(5) Boletín oficial del Estado n° 195 du 31 juill. 1957. Voir *Justicia administrativa*, Ediciones Civitas, Madrid 1973, pp. 19 et s. Cette loi complète des aspects réglementés dans la Loi de procédure administrative.

(6) Art. 26.

constitutions, la première et la plus importante des garanties constitutionnelles de ces droits, est précisément celle de la réserve légale, c'est-à-dire, que seul le législateur, par une loi formelle, peut établir des réglementations, limitations ou restrictions à l'exercice de ces droits, dans le cadre des dispositions constitutionnelles (7). C'est ce qu'énonce expressément, par exemple, la Loi Générale relative à l'Administration publique du Costa-Rica, en prescrivant que :

"Le régime juridique des droits constitutionnels est réservé à la loi" (art.19,1).

Ceci implique donc, que l'Administration et particulièrement le règlement, ne peuvent limiter ou restreindre les droits et garanties constitutionnelles, y compris sur des aspects qui n'ont pas fait l'objet d'une réglementation expresse par la loi.

En dehors des réglementations relatives aux droits fondamentaux, il va sans dire que de multiples autres matières énoncées dans la partie "organique" des Constitutions sont aussi réservées au législateur; ainsi il est fréquent que les textes fondamentaux s'en remettent au législateur, par exemple, pour l'organisation et le fonctionnement des municipalités ou des communes, ou d'organes nationaux dotés de l'autonomie fonctionnelle, comme le Procureur général de la République ou le Contrôleur général de la République ; et en tout cas, pour l'établissement d'impôts, taxes et contributions.

Toutes ces matières relevant de la réserve légale constituent une limite à l'activité administrative et un élément du principe de légalité.

Mais, outre la formulation expresse de la réserve légale, comme cela se produit par exemple, en général, avec les matières de caractère fiscal (8), le principe de la réserve légale a été la conséquence dans nombre de cas, de la construction jurisprudentielle de principes généraux du droit. Tel est le cas de l'établissement de sanctions administratives que se réserve le législateur, sur la base du principe dérivé du postulat constitutionnel "*nullum crimen nulla poena*

(7) Voir Allan R. Brewer-Carías, "Les garanties constitutionnelles des droits de l'homme dans les pays d'Amérique latine (notamment au Vénézuéla)", *Revue internationale de droit comparé*, Paris, 1977, n° 1, p. 48.

(8) L'article 224 de la Constitution vénézuélienne, par exemple dispose que : "Il ne pourra être perçu aucun impôt ou contribution qui ne sont pas établis par la loi".

sine lege", consacré dans les constitutions en matière pénale (9) et que la jurisprudence administrative a considéré comme applicable au domaine des sanctions administratives, en déclarant la nullité de normes réglementaires qui ont prévu des sanctions pour des infractions non établies par la loi (10).

En conséquence, sont des matières typiques relevant de la réserve légale toutes celles qui ont expressément indiquées comme telles dans les constitutions; la réglementation, limitation ou restriction des droits et garanties constitutionnels; la création d'impôts, taxes et contributions et l'établissement d'infractions et de sanctions administratives. La sanction de la violation de la réserve légale par les actes administratifs, s'agissant d'une violation de normes constitutionnelles, comporte évidemment la nullité absolue, ainsi que le déclare expressément la législation espagnole (11).

Ce principe de la réserve légale a trouvé au surplus une consécration expresse dans les lois de procédure administrative. Ainsi, la loi organique relative aux procédures administratives du Vénézuéla dispose que :

"Art.10. - Aucun acte administratif ne pourra créer de sanctions ni modifier celles qui auraient été établies par les lois, créer des impôts ou d'autres contributions de droit public, sauf dans les limites déterminées par la loi" (12).

Dans le même sens, la Loi Générale relative à l'administration publique du Costa-Rica énonce que :

"Art.124. - Les règlements, circulaires, instructions et autres dispositions administratives de caractère général ne pourront établir de peines ni imposer de contributions, taxes, amendes ni autres charges similaires".

De la norme de la législation vénézuélienne résulte cependant en principe la possibilité de "délégation législative" en matière de réserve légale, ce qui a été admis dans certaines limites, par exemple, en matière de

(9) L'article 60,1 de la Constitution vénézuélienne dispose que : "Personne ne pourra être privé de sa liberté en raison d'obligations dont le non-respect n'a pas été défini par la loi comme délit ou faute".

(10) Décision de la Cour Suprême de Justice (Chambre politico-administrative) (Vénézuéla), 5 juin 1986, *Revista de derecho público*, n° 27, Caracas 1986, pp. 88-89.

(11) Article 28 de la loi relative au régime juridique de l'administration de l'Etat.

(12) Dans le même sens, art. 27 de la loi espagnole relative au régime juridique de l'administration de l'Etat.

détermination du montant des taxes sur des services et de détermination d'infractions (13).

Enfin, il faut souligner que le problème du domaine de la réserve légale peut aussi être posé constitutionnellement en ce qui concerne les relations entre les actes de gouvernement et les actes administratifs. Ainsi, lorsque les constitutions, par exemple, attribuent au Président de la République le pouvoir de restreindre ou de suspendre par décret les garanties constitutionnelles, la conséquence directe est la restriction ou la suspension de la réserve légale, et donc, l'élargissement des pouvoirs d'ordre "législatif" du Président de la République (14). Dans ces cas, les décrets-lois qu'édicté le Président de la République doivent être fondés sur le décret de restriction ou de suspension, car dans le cas contraire, ils devraient être considérés comme de simples actes administratifs qui ne pourraient empiéter sur la réserve légale.

§ 3 - LE RESPECT DES ACTES ADMINISTRATIFS REGLEMENTAIRES

Il est évident que le principe de légalité appliqué aux actes administratifs, implique non seulement la soumission à la constitution et à la loi, le respect de la réserve légale, mais aussi le respect des actes normatifs eux-mêmes édictés par l'Administration ; c'est-à-dire que les actes administratifs individuels doivent être soumis, comme condition de leur légalité, à ce qui est prescrit par les actes administratifs réglementaires.

C'est le principe connu sous le nom de "l'indéroabilité" particulière des règlements qui, développé depuis quelques années par la jurisprudence française (15), a trouvé une consécration expresse dans le droit positif de

(13) Dans ces cas, la jurisprudence vénézuélienne a même attribué rang de loi à certains règlements édictés dans des matières relevant de la réserve légale avec l'autorisation expresse du législateur. Voir la décision de la Cour Suprême de Justice (Chambre politico-administrative) du 27 janv. 1971, in Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte suprema 1953-1974 y Estudios de derecho administrativo*, Tome III, Vol. 1, Caracas 1976, pp. 135 et 136.

(14) Voir Allan R. Brewer-Carías, "Les garanties constitutionnelles...", *loc.cit.*, p. 49.

(15) Voir J.M. Auby et R. Drago, *Traité de contentieux administratif*, Paris 1984, Tome 2, pp. 355-358.

l'Espagne avec la loi relative au régime juridique de l'Administration de l'Etat (1957), laquelle dispose que :

"les décisions administratives à caractère particulier ne pourront porter atteinte à ce qui est établi dans une disposition de caractère général, même si elles sont d'un niveau égal ou supérieur à celle-ci" (art. 30).

Le principe a été adopté également au Vénézuéla, dans la loi relative aux procédures administratives, selon laquelle :

"Art. 13 - Aucun acte administratif ne pourra méconnaître ce qui est établi par un autre acte de rang supérieur; les actes à caractère particulier ne pourront porter atteinte à ce qui est établi dans une disposition administrative de caractère général, même s'ils ont été édictés par une autorité de rang égal ou supérieur à celle qui a édicté la disposition générale".

Dans un sens analogue, la Loi Générale relative à l'administration publique du Costa-Rica pose le principe de la manière suivante :

"Art.13 - 1. L'Administration sera assujettie, en règle générale, à toutes les normes écrites et non-écrites de l'ordonnancement administratif et au droit privé à caractère supplétif, sans pouvoir y déroger ni refuser de les appliquer à des cas concrets. 2. La règle ci-dessus s'appliquera également en ce qui concerne les règlements, soit que ceux-ci émanent de la même autorité, soit qu'ils émanent d'une autorité supérieure ou inférieure compétente".

De ces normes dérive l'obligation pour les organes administratifs, lorsqu'ils édictent des actes administratifs individuels, de respecter les règlements, ou en d'autres termes, l'interdiction de la dérogation particulière aux règlements dans le traitement d'un cas individuel. Cela implique, non seulement l'obligation de respecter les règlements édictés par des organes administratifs supérieurs, mais aussi l'obligation pour les organes administratifs, quand ils édictent un acte individuel, d'observer leurs propres règlements (*Tu patere legem quam fecisti*), et même l'obligation pour les organes administratifs dans le traitement de cas individuels, de tenir compte des actes à caractère réglementaire édictés par des organes de rang inférieur.

Ce principe du respect des actes administratifs normatifs par les actes administratifs individuels a, sans doute, son fondement ultime dans le principe

de l'égalité et de la non-discrimination, lequel serait violé si l'on permettait la solution individuelle d'affaires, en marge des dispositions réglementaires.

D'un point de vue pratique, de telles normes impliquent que si un ministre prend une décision réglementaire, non seulement il ne peut la transgresser lui-même dans ses actes administratifs individuels, mais également que le Président de la République ne peut non plus la transgresser dans un acte individuel. De telle sorte que, si le ministre veut s'écarter de son acte réglementaire pour décider d'un cas concret, il ne peut le faire sans modifier auparavant l'acte réglementaire par un autre acte réglementaire; c'est-à-dire qu'il doit modifier le règlement et ensuite adopter la décision individuelle conforme à cette modification. Il en va de même à propos des actes de l'organe supérieur : s'il existe une décision ministérielle de caractère réglementaire, le Président de la République ne peut, par un décret individuel, modifier un acte réglementaire ministériel; il devrait édicter au préalable un décret réglementaire modifiant le régime de cet acte, pour ensuite prendre un acte individuel correspondant (16).

§ 4 - LE RESPECT DE LA HIERARCHIE DES ACTES ADMINISTRATIFS ET LE PARALLELISME DES FORMES

Outre le respect des actes réglementaires, le principe de légalité appliqué aux actes administratifs impose aux organes administratifs le respect de la hiérarchie existant entre ces actes et ces organes, particulièrement lorsqu'il s'agit d'actes administratifs individuels. Comme l'a indiqué la loi espagnole relative au régime juridique de l'Administration de l'Etat :

"Aucune disposition administrative ne peut transgresser les préceptes d'une autre disposition de rang supérieur" (art.23,1).

C'est-à-dire que les actes administratifs pris par des organes inférieurs au sein de la hiérarchie administrative ne peuvent violer ou méconnaître ce qui est prescrit dans des actes individuels pris par des organes de rang supérieur.

Afin de conférer une plus grande effectivité au principe, dans certains cas, les lois de procédure administrative ont fixé expressément la hiérarchie des actes administratifs, elle-même conforme à la hiérarchie des organes

(16) Voir Allan R. Brewer-Carías, *El derecho administrativo y la ley orgánica de procedimientos administrativos*, Caracas 1985, pp. 41-42.

administratifs. Tel est le cas, par exemple, de la loi vénézuélienne selon laquelle les actes administratifs obéissent à la hiérarchie suivante :

"décrets, résolutions, ordres, dispositions et autres décisions édictées par des organes et des autorités administratives" (art.14) (17).

Par interprétation *a contrario* du principe du respect de la hiérarchie des actes administratifs, il est évident que l'Administration peut, en principe, réviser abroger, modifier ou retirer ses propres actes administratifs, à condition que cela soit fait par l'auteur de l'acte en cause lui-même ou par le supérieur hiérarchique, sauf si la loi a prescrit une déconcentration avec attribution exclusive de compétence à l'organe inférieur.

Quant aux actes administratifs réglementaires, dès lors qu'ils ont pour objet des situations juridiques générales et impersonnelles, ils peuvent toujours être modifiés ou abrogés par l'autorité même qui les a édictés ; dans ce cas, en principe, il y a lieu de respecter le principe dit du parallélisme des formes, c'est-à-dire que l'acte réglementaire de modification ou d'abrogation de l'acte antérieur doit être pris en respectant les mêmes formalités et les mêmes formes prescrites par la loi et qui découlaient de la formulation de l'acte initial. Le même principe, évidemment, s'applique en matière de modification ou de retrait des actes administratifs individuels, dans les cas où cette modification ou ce retrait sont possibles, sous réserve qu'ils ne portent pas atteinte à des droits acquis (18).

(17) La loi en outre, définit chacun de ces actes de la manière suivante :

- . *Art.15* - Les décrets sont les décisions du rang le plus élevé prises par le Président de la République et, selon le cas, ils seront contresignés par les ministres dont relève la matière, ou par tous les ministres, lorsque la décision a été prise en Conseil des Ministres. Dans le premier cas, le Président de la République, lorsque à son avis l'importance de l'affaire le requiert, pourra ordonner qu'il soit contresigné, en outre, par d'autres ministres.
- . *Art.16* - Les résolutions sont des décisions de caractère général ou particulier, adoptées par les ministres à l'invitation du Président de la République ou à l'invitation spécifique de la loi. Les résolutions doivent être signées par le ministre concerné. Lorsque la matière d'une résolution relève de la compétence de plus d'un ministre, elle devra être signée par tous ceux qui sont concernés par l'affaire.
- . *Art.17* - Les décisions des organes de l'Administration publique nationale, lorsque la forme du décret ou de la résolution ne leur correspond pas conformément aux articles antérieurs, auront la dénomination d'ordres ou de mesures administratifs. Selon le cas, elles pourront aussi adopter la forme d'instructions ou de circulaires.

(18) Voir G. Isaac, *La procédure administrative non contentieuse*, Paris 1968, p. 306.

CHAPITRE II

LES LIMITES DE L'EXERCICE DU POUVOIR DISCRETIONNAIRE

Le principe de légalité, selon lequel toutes les activités de l'Administration doivent se conformer à des règles ou des normes préétablies, est sans doute la garantie la plus élaborée établie dans l'Etat de droit au bénéfice des administrés, "contre l'arbitraire possible de l'autorité exécutive" (1). Cependant, il est évident que toute l'activité administrative ne trouve pas dans l'ordre juridique des "limites précises" qui s'imposent à elle ; généralement, au contraire, la loi elle-même octroie à l'Administration d'amples pouvoirs d'appréciation de ce qui est opportun et de ce qu'il convient de faire lorsqu'elle prend ses décisions.

Nous sommes là sur le terrain du pouvoir discrétionnaire, qui se manifeste chaque fois que la loi accorde à l'autorité administrative la possibilité de choisir entre plusieurs décisions, en fonction de sa liberté d'appréciation ; ce pouvoir se présente comme un élément central du droit administratif, au point d'amener Marcel Waline à affirmer que s'il était nécessaire de donner en quelques mots une définition du droit administratif, nous pourrions dire "qu'il est essentiellement l'étude du pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et de sa limitation en vue de la sauvegarde des droits des tiers, administrés ou agents publics" (2).

Sans aucun doute, le pouvoir discrétionnaire a été et est toujours un thème fondamental du droit administratif dans le monde contemporain, particulièrement à travers le processus (que l'on peut constater dans tous les pays à régime administratif) conduisant à la réduction du champ de la liberté

(1) Cour Fédérale (Vénézuéla), décisions du 17 juillet 1953 et du 23 octobre 1953, *Gaceta forense*, n° 1, 1953, p. 151 et n° 2, 1953, p. 64.

(2) M. Waline, "Etendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'administration", *Etudes et Documents du Conseil d'Etat*, n° 10, Paris 1956, p. 25.

d'appréciation, de manière à ce que ce pouvoir ne conduise pas à l'arbitraire. C'est ce processus qu'Eduardo García de Enterría a qualifié de "lutte contre les immunités du pouvoir" (3) qui réduisaient traditionnellement le domaine du contrôle juridictionnel de la légalité.

En ce qui concerne l'exercice du pouvoir discrétionnaire, un tel processus, visant à réduire ou à limiter les zones d'immunité de juridiction que ce pouvoir s'était attribué traditionnellement, est peut-être l'un des aspects d'intérêt comparatif majeur du contentieux administratif, celui où la tâche des juges a été fondamentale (4).

Il est intéressant d'analyser ce processus en Espagne et en Amérique latine, particulièrement en ce qui concerne la répercussion que cette lutte pour le droit a eue sur la codification de la procédure administrative. On le fera en distinguant deux aspects: en premier lieu, on identifiera les zones de l'activité administrative qui n'entrent pas directement dans le champ du pouvoir discrétionnaire et en second lieu, on précisera les tendances à la réduction ou à la limitation à l'exercice même du pouvoir discrétionnaire.

§ 1 - LA REDUCTION DE LA SPHERE DU POUVOIR DISCRETIONNAIRE : LES CONCEPTS JURIDIQUES INDETERMINES

Il existe des zones de l'activité administrative que l'on avait traditionnellement considérées comme appartenant au domaine du pouvoir discrétionnaire, c'est-à-dire, à la libre appréciation de l'opportunité de l'activité qui incombe exclusivement à l'autorité administrative, et qui échappaient au contrôle juridictionnel. C'est le domaine de ce que la doctrine allemande a appelé les "concepts juridiques indéterminés" (*unbestimmte*

(3) Eduardo García de Enterría, *La lucha contra las inmunidades de poder*, Madrid 1974. Article publié originairement dans la *Revista de administración pública*, n° 38, Madrid 1962, pp. 159 à 205.

(4) En ce qui concerne le Vénézuéla, voir Allan R. Brewer-Carías, "Los límites del poder discrecional de las autoridades administrativas", *Revista de la Facultad de derecho*, Université catholique Andrés Bello, n° 2, Caracas 1965-1966, pp. 9 à 35.

Rechtsbegriffe) (5), repris en Espagne et dans les pays latino-américains, et que la doctrine italienne a qualifié de "discrétionnalité technique" (6).

Dans une récente décision de la Cour Suprême de Justice du Vénézuéla, du 19 mai 1983, le problème a été posé dans ses termes exacts de la manière suivante (7) :

Le règlement sur les transmissions par les stations de Radio-Télévision de 1980, dispose que, parmi les programmes que peuvent transmettre ces stations, se trouvent "les programmes récréatifs qui contribuent à un sain divertissement, sans offenser la morale publique ni exalter la violence ou le crime" (art.1,5). Une décision du ministre des transports et communications considéra que dans un programme appelé "Holà Jeunesse", transmis par une des antennes de télévision à une date déterminée, "avait été projetée une scène d'une oeuvre de théâtre offensant la morale publique, par le fait qu'était apparue la silhouette d'un homme sans vêtements", raison pour laquelle le ministre sanctionna l'entreprise par la suspension, pendant une journée, du programme concerné.

La décision administrative fut attaquée devant la juridiction administrative ; selon la requête, la scène en question correspondait à une oeuvre du théâtre brésilien appelé "Macanaïma", qui personnifiait la naissance de ce personnage, héros mythologique indigène ; on ne pouvait pas considérer qu'elle offensait la morale publique, ni, de ce fait, que la transmission du programme avait violé le règlement appliqué.

La Cour Suprême de Justice, dans l'arrêt qui déclara la nullité de la décision attaquée, se fonda sur l'argumentation suivante :

"Le présupposé de fait - *offense à la morale publique* - incorpore à la norme l'un de ces éléments que la doctrine administrative a appelé concepts juridiques indéterminés et qui se différencient clairement de ce que l'on appelle pouvoir discrétionnaire. Alors que ce dernier laisse au fonctionnaire la possibilité de choisir selon ses critères entre plusieurs solutions correctes, il n'est pas de même lorsqu'il s'agit de l'application d'un concept

(5) Voir les références dans Fernando Sainz Moreno, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid 1976, pp. 224 et s.

(6) Voir par exemple Aldo Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Naples 1964, pp. 573 et s. ; Pietro Virga, *Il Provedimento amministrativo*, Milano 1972, pp. 27 et s.

(7) Voir décision de la Cour Suprême de Justice (Chambre politico-administrative) du 19 mai 1983, in *Revista de derecho público*, n° 34, Caracas 1988, p. 69.

juridique indéterminé. Ces derniers concepts se caractérisent par le fait qu'ils sont des concepts difficiles à délimiter avec précision quant à leur énoncé, mais dont l'application n'admet qu'une seule solution juste et correcte qui n'est autre que celle qui correspond à l'esprit, à l'objectif et à la raison d'être de la norme".

"L'application du concept juridique indéterminé par l'Administration publique constitue une compétence liée et par conséquent soumise à un contrôle de légalité par l'organe juridictionnel compétent. De là l'importance d'établir la signification et la portée du concept de morale publique employée par la norme et qui a été invoquée comme fondement de la décision attaquée" (8).

Sur la base de ce considérant, la Cour Suprême de Justice a analysé le concept de "morale publique" comme concept dynamique, destiné à protéger le bon ordre social et la vie collective des citoyens (et qui ne concerne pas la morale individuelle) et qui donc "change avec le cours des temps et l'évolution des coutumes". De là que pour juger si une activité déterminée offense effectivement la morale publique, - a estimé la Cour - il faut s'attacher "au critère dominant dans le milieu social dans lequel cette activité s'est réalisée", en concluant que "dans l'état actuel de l'évolution culturelle du Vénézuéla, il serait inexact de soutenir que toute reproduction du corps humain sans vêtements affecte la morale publique ou constitue un objet de scandale ou de rejet de la part de la collectivité" (9).

(8) *Idem*. Dans le même sens, la Cour Suprême de Justice (Vénézuéla), dans une décision du 27 avr. 1989, a considéré que la notion "d'intérêt public" pour l'octroi d'une exonération fiscale, ne pouvait se prêter à une appréciation discrétionnaire, mais que, "étant le cas d'application ou d'interprétation de la loi qui a créé le concept, le juge doit contrôler une telle application, et apprécier si la solution à laquelle l'on est parvenu grâce à elle, est l'unique solution juste que permet le loi" (*Revista de derecho público*), n° 38, Caracas 1989, p. 96).

(9) *Idem*. La Cour, dans sa décision, a poursuivi ainsi son argumentation : "Dans tout acte qui, éventuellement, est susceptible d'affecter la morale, notre société prend aujourd'hui nettement en compte l'intention ou l'objectif qui l'anime ainsi que sa forme d'expression. Elle est capable de distinguer entre une image pornographique - sans aucun doute grossière, méprisable et que l'on doit rejeter - et la représentation du corps humain nu comme création artistique ou avec une finalité scientifique ou en fonction d'une exigence de l'enseignement".

"La société vénézuélienne actuelle admet a priori l'exhibition du corps humain nu, non seulement dans les musées d'art ou de science, en peinture ou en sculpture, mais également

Sous cette forme, la distinction entre ce qui est exercice du pouvoir discrétionnaire et ce qui ne l'est pas, fondée sur la notion de concept juridique indéterminé, constitue une réduction effective du domaine de la liberté d'appréciation et un élargissement des pouvoirs de contrôle juridictionnel. Ainsi, la discrétionnalité existe seulement lorsque l'Administration peut choisir entre plusieurs décisions, de manière que, selon la volonté du législateur, n'importe laquelle est juridiquement admissible et a la même valeur; en revanche, il y a concept juridique indéterminé et donc absence de pouvoir discrétionnaire lorsque seule une décision est juridiquement admissible (10).

Ce qu'ont de particulier ces concepts juridiques indéterminés est que leur qualification, à partir d'une circonstance concrète, ne peut être qu'une : le concept s'applique ou ne s'applique pas ; c'est-à-dire par exemple : il y a utilité publique ou non; un trouble de l'ordre public se produit, en fait, ou ne se produit pas; le prix indiqué est juste ou il ne l'est pas ; on offense la morale publique ou on ne l'offense pas. Il n'existe pas de troisième possibilité. *Tertium non datur*.

Par exemple, pour que soit pris un arrêté municipal de démolition d'un immeuble menaçant ruine, l'immeuble est dans un état de ruine ou il ne l'est pas. Comme le souligne E. García de Enterría, "il y a donc, et ceci est essentiel, une solution juste unique dans l'application du concept à des circonstances concrètes". Pour cette raison, il qualifie le processus d'application des concepts juridiques indéterminés de "compétence liée" parce qu'il n'admet qu'une solution correcte : "c'est un processus d'application et d'interprétation de la loi, de prise en compte dans ses catégories d'un motif donné; ce n'est pas un processus de liberté de choix entre des alternatives également justes" (11).

C'est ce qu'à souligné le Tribunal Suprême espagnol lorsqu'il qualifia par une décision du 28 avril 1964 le concept de "juste prix" de concept juridique indéterminé, en indiquant que seul il peut aboutir à ce que le prix déterminé dans une expropriation puisse être réellement et effectivement "la

dans des revues et d'autres publications spécialisées ou d'information générale, de même que dans les projections cinématographiques et dans les créations théâtrales".

"Il s'agit de faits et d'attitudes publiques et notoires qui n'exigent pas d'explications spéciales, parce qu'elles appartiennent à l'expérience quotidienne de la collectivité nationale".

(10) voir F. Sainz Moreno, *op.cit.*, p. 234.

(11) Voir E. García de Enterría, *op.cit.*, pp. 35, 37, 38.

valeur vraie et juste"; cette décision judiciaire peut être considérée comme pionnière en la matière dans le monde de langue espagnole. Elle relève que :

"Les pouvoirs discrétionnaires se caractérisent par la pluralité des solutions justes possibles parmi celle que peut librement choisir l'Administration de sa propre initiative, la solution concrète n'étant pas définie par la norme ; cependant que le concept juridique indéterminé (ruine, juste prix, utilité publique, etc.) est défini par la loi comme un élément concret, de telle sorte qu'apparaît une seule et unique solution juste dans l'application du concept à la circonstance de fait" (12).

Cette notion de concepts juridiques indéterminés comme zone d'activité publique non discrétionnaire, a été également adoptée en Italie, sur la base de la distinction entre "discrétionnalité administrative" et "discrétionnalité technique". La "discrétionnalité administrative" a été définie "comme une faculté de choisir entre des comportements juridiques licites pour la satisfaction de l'intérêt public et pour l'obtention d'une fin qui corresponde à la cause du pouvoir exercé" (13) ; en revanche, dans la "discrétionnalité technique", il n'existe pas de choix. Comme l'a souligné M. Sandulli, dans la discrétionnalité technique, "le choix du comportement à suivre, en prenant compte les intérêts publics a été réalisé a priori (une fois et pour toutes) de manière contraignante par le législateur", c'est pourquoi il appartient seulement à l'Administration de procéder à une évaluation sur la base des connaissances (et donc des règles) techniques, comme celles de la médecine, de la diététique, de l'économie... ; tel est le cas par exemple, de la valeur économique d'un bien " (14). La "discrétionnalité technique" n'est donc pas discrétionnalité, cette dénomination étant issue d'une erreur historique de la doctrine, comme l'a mis en évidence Massimo Severo Giannini (15).

Pour cette raison, par exemple, la Loi Générale relative à l'Administration publique du Costa Rica insiste fortement sur le fait qu'"en aucun cas ne pourront être édictés des actes contraires à des règles univoques de la science ou de la technique" et autorise le juge à "contrôler la conformité avec ces règles non juridiques des éléments discrétionnaires de l'acte, exerçant ainsi son rôle de contrôleur de légalité" (art.16).

(12) Voir la référence dans F. Sainz Moreno, *op.cit.*, p. 273.

(13) Voir P. Virga, *op.cit.*, p. 19.

(14) Voir Aldo M. Sandulli, *op.cit.*, p. 574.

(15) Voir Massimo Severo Giannini, *Diritto amministrativo*, vol. 1, Milan 1970, p. 488.

En France, le processus d'élargissement du contrôle juridictionnel de l'Administration et de réduction de la discrétionnalité s'est également manifesté dans le domaine de ce que la doctrine et la jurisprudence allemande, espagnole et latino-américaine dénomment des "concepts juridiques indéterminés", par le développement du contrôle juridictionnel de la qualification des faits et de l'appréciation des motifs des actes administratifs, mais sans cesser de considérer qu'il s'agit de l'exercice du pouvoir discrétionnaire (16).

Le premier arrêt du Conseil d'Etat qui intervint sur ce point fut l'arrêt *Gomel* du 4 avril 1914 (17), dans lequel était en cause le pouvoir d'un préfet, en application de la loi du 13 juillet 1911, de refuser l'octroi d'un permis de construire lorsque dans des zones déterminées de Paris, l'alignement et le nivellement de la construction projetée avec la voie publique ne sont pas conformes aux "prescriptions qui seront faites dans l'intérêt de la sûreté publique, de la salubrité ainsi que de la conservation des perspectives monumentales et des sites".

Le Conseil d'Etat, dans sa décision sur requête du sieur Gomel, commença par apprécier si la construction attentait à la "perspective monumentale existante" ainsi qu'il avait été considéré dans la décision objet du recours, et conclut que dans le cas concret, la place Beauveau de Paris, sur laquelle était prévue la construction, "ne saurait être regardée dans son ensemble comme formant une perspective monumentale"; de ce fait il considéra que le préfet, en refusant d'accorder le permis de construire, avait fait une application erronée de la loi.

Cet arrêt a été considéré comme un point de départ d'une abondante jurisprudence relative au contrôle par le juge de l'excès de pouvoir de la qualification juridique des faits, en ce sens que, chaque fois qu'un texte subordonne l'exercice d'un pouvoir de l'Administration à l'existence de certaines circonstances de fait, le juge de l'excès de pouvoir vérifie si ces conditions de fait étaient effectivement remplies et, notamment, si les faits présentaient un caractère de nature à justifier la décision prise (18). C'est ainsi que par exemple, le juge de l'excès de pouvoir a contrôlé d'une manière constante le caractère artistique et pittoresque des monuments et sites (C.E. 2

(16) Cf. A. de Laubadère, "Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat français", *Mélanges offerts à Marcel Waline*, Paris 1974, Tome II, pp. 531-549.

(17) C.E. 4 avril 1914, *Gomel*, Rec. 488. Voir dans M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé et B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 9e. éd., 1990, p. 170.

(18) Voir Long, Weil, Braibant, Delvolvé et Genevois, *op.cit.*, p. 171.

mai 1975; *Dame Ebbri et autres*, Rec. 280 ; A.J.1975, 311 concl. G. Guillaume) ; le caractère technique d'un corps de fonctionnaire (C.E. 27 juin 1955, *Deleuze*, Rec. 296 ; A.J.1955, II, 275, concl. Laurent) ; le caractère fautif de l'acte d'un agent public (C.E. 13 mars 1953, *Teissier*, Rec. 133 concl. Donnedieu de Vabres) ; le caractère licencieux ou pornographique d'une publication (C.E. 5 déc. 1956, *Thibault*, Rec. 463 ; D.1957.20, concl. Mosset); et même le caractère immoral d'un film (Cons. d'Et. 18 déc. 1959, Société "*Les Films Lutetia*", Rec. 693, concl. Mayras) (19).

Dans ce dernier cas, il s'agissait d'une décision prise par le maire de Nice, conformément à la loi municipale, d'interdire sur le territoire de la commune la représentation d'un film (*Le feu dans la peau*) qui, alors même qu'il avait obtenu l'autorisation ministérielle d'exploitation, fut considéré comme préjudiciable à l'ordre public, "à raison du caractère immoral" dudit film . Le Conseil d'état estima que le maire pouvait prendre la décision ; la précision du concept juridique indéterminé du caractère immoral du film ayant été correcte (20). Dans d'autres cas semblables, le Conseil d'Etat examina si cette immoralité était de nature à justifier légalement l'interdiction compte tenu des circonstances locales (C.E. 14 octobre 1960, *Société Les films Marceau*", Rec. 533 et 23 déc. 1960, *Union générale cinématographique*, Rec. 731), annulant l'interdiction de projeter à Nice le film *La neige était sale* et rejetant le recours contre l'interdiction de projeter dans la même ville le film *Avant le Déluge* (21). Il s'agit, en tout cas, d'éléments de contrôle de la qualification juridique des faits par le juge de l'excès de pouvoir, ou, si l'on veut, de la précision par l'Administration de concepts juridiques indéterminés, qui ne comportent pas l'exercice du pouvoir discrétionnaire.

Mais, plus récemment, cette réduction du domaine du pouvoir discrétionnaire s'est également produite en France, à travers ce que l'on appelle le contrôle juridictionnel de "l'erreur manifeste d'appréciation" et de l'application par le juge de l'excès de pouvoir du principe du "bilan coût-avantages" en matière d'exercice du pouvoir discrétionnaire ; cas qui, sur de nombreux points ne sont, selon nous, autre chose qu'une réduction du pouvoir discrétionnaire, dès lors qu'entre en jeu l'application de ce que nous avons dénommé la technique des concepts juridiques indéterminés.

Le principe de "l'erreur manifeste d'appréciation", comme mécanisme de contrôle du pouvoir discrétionnaire a été appliqué dans l'arrêt *Société anonyme Librairie François Maspero*, du 2 nov. 1973 (Rec. 611, concl.

(19) *Ibid.*, p. 125.

(20) *Ibid.*, pp. 490-493.

(21) *Ibid.*, p. 493.

Braibant) (22) dans lequel le Conseil d'Etat décida de rejeter un recours contre un acte administratif du Ministère de l'Intérieur qui interdisait la diffusion de l'édition française de la *Revista tricontinentale* éditée à Cuba, acte pris en vertu d'une loi qui autorisait l'interdiction de la diffusion, de la distribution et de la vente de revues et périodiques d'origines étrangères. Le rejet du recours était fondé sur le fait que la décision ne reposait pas sur des faits matériels inexacts, "dès lors qu'elle n'est pas entachée d'erreur manifeste, l'appréciation à laquelle s'est livré le ministre de l'intérieur du danger que la revue présentait pour l'ordre public, ne peut pas être discutée devant la juridiction administrative" (23).

On observe à partir de cette décision qu'en réalité, en dépit du fait qu'il s'agit d'un concept juridique indéterminé au sens que nous avons analysé précédemment, le Conseil d'Etat a estimé qu'il était en présence de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation par l'Administration, et que par conséquent il pouvait seulement être jugé si le Ministre avait commis une erreur manifeste d'appréciation. De même, la doctrine a considéré que dans les cas où "le législateur n'a pas fixé les conditions dans lesquelles doit s'exercer l'action administrative ou bien les a fixées de façon globale et imprécise", il s'agit du pouvoir discrétionnaire de l'administration, le juge ne pouvant pas dans cette hypothèse, contrôler la *qualification juridique des faits*, mais seulement la légalité du *motif* de la décision. Dans ces cas, comme dans l'arrêt *Maspero*, quoique le juge ait été amené à soumettre l'administration à un contrôle minimum portant sur l'appréciation des faits à laquelle elle se livre,

"En fait, le juge ne se prononce pas sur l'appréciation elle-même, mais sur l'erreur qui a pu entâcher cette appréciation, lorsque cette erreur est évidente, lorsqu'elle pourrait être décelée par le simple bon sens, lorsqu'il s'agit d'une *erreur manifeste qui dénature l'interprétation que fait l'administration de l'étendue de son pouvoir discrétionnaire*" (24).

Nous n'hésitons pas à considérer que l'apport du critère de "l'erreur manifeste d'appréciation" est fondamental pour la limitation et le contrôle du pouvoir discrétionnaire, conformément au principe du raisonnable ou du rationnel que nous analyserons plus avant, mais appliqué, bien entendu, à des cas dans lequel il s'agit du véritable exercice du pouvoir discrétionnaire, c'est-à-dire quand l'Administration a la liberté de choisir entre plusieurs décisions

(22) *Ibid.*, pp. 575 et s.

(23) *Ibid.*, p. 576.

(24) *Ibid.*, p. 580.

justes. Dans les cas, comme celui qui a été jugé dans l'arrêt *Maspero* où il s'agissait de savoir si la revue interdite présentait un danger pour l'ordre public de nature à justifier l'interdiction de la diffuser, en réalité, sous l'angle de la technique des concepts juridiques indéterminés, le ministre de l'Intérieur n'exerçait pas un pouvoir discrétionnaire mais pouvait seulement prendre un décision correcte : ou la revue présentait un danger pour l'ordre public au moment où la décision a été prise ou elle n'en présentait pas ; et cette décision correspondait donc à l'exercice d'une compétence liée. Ce point, André de Laubadère l'avait déjà souligné, quand il s'était référé aux cas "d'apparence" de contrôle du pouvoir discrétionnaire, précisément à propos de l'application de concepts juridiques indéterminés, cas dans lesquels "le juge administratif, en contribuant ainsi avec le législateur à déterminer dans quels cas il y a pouvoir lié, transforme alors une compétence apparemment discrétionnaire en une compétence liée" (25). Ou plus exactement, selon l'expression de J.M. Auby et R. Drago, "découvre" des conditions légales, les motifs considérés par lui comme seuls légitimes de la décision (26).

En tous cas, un arrêt plus récent du Conseil d'Etat exerçant le contrôle de la qualification juridique des faits et qui représente un remarquable exemple de l'application de la technique de ce qu'on a appelé des concepts juridiques indéterminés, est l'arrêt *Pardov* du 3 février 1975 (Rec., p. 83), dans lequel le Conseil d'Etat considéra que les motifs donnés par le ministre de l'Intérieur pour expulser un réfugié bulgare, le sieur Pardov, relatifs aux conditions irrégulières d'entrée et de séjour de l'intéressé en France et au fait qu'il ne s'était livré à aucune activité et se trouvait dépourvu de ressources normales, ne pouvait pas être regardés "comme constituant une menace pour l'ordre public", raison pour laquelle le Conseil d'Etat considéra que "le ministre a commis une erreur manifeste d'appréciation (et) que l'arrêté attaqué est entaché d'excès de pouvoir" (27).

Un autre principe mis en évidence par la jurisprudence française relative au contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire, ou plus exactement, selon lequel on tend à découvrir une compétence liée dans ce qui est apparemment l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, est le principe connu du "bilan coût-avantages" (28), développé dans des affaires d'urbanisme et

(25) Voir. A de Laubadère, *loc.cit.*, p. 535.

(26) *Idem.*

(27) Voir J.F. Lachaume, *Les grandes décisions de la jurisprudence, Droit administratif*, Paris 1991, pp. 421-425.

(28) Voir Jeanne Lemasurier, "Vers un nouveau principe général du droit, le principe "bilan-coût-avantage", *Mélanges offerts à Marcel Waline*, Paris 1974, Tome II, pp. 551-562.

d'expropriation à l'occasion de l'application précisément du concept juridique indéterminé "d'utilité publique".

Le point de départ, de cette approche du contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire se situe dans l'arrêt *Lille, Ville Nouvelle Est*, rendu par le Conseil d'Etat le 28 mai 1971 (29), à propos de la contestation, pour illégalité, de l'acte administratif du ministre de l'équipement et du logement qui déclara d'utilité publique un projet de développement et de rénovation urbaine à l'Est de Lille, destiné à édifier tant une cité universitaire qu'une ville nouvelle. Parmi les moyens de la requête, entre autres motifs, fut invoquée la destruction d'une centaine de logements qui pouvait être évitée si on adoptait un tracé différent d'une autoroute, destruction qui représentait un coût trop élevé pour l'opération projetée, et ôtait à celle-ci le caractère d'utilité publique. Le Conseil d'Etat, en relevant "l'utilité publique de l'opération" et en considérant si le projet avait un tel caractère, affirma :

"qu'une opération ne peut être légalement déclarée d'utilité publique que si les atteintes à la propriété privée, le coût financier et éventuellement les inconvénients d'ordre social qu'elle comporte, ne sont pas excessifs par rapport à l'intérêt qu'elle présente" (30).

Jusqu'alors, le Conseil d'Etat avait contrôlé la finalité d'utilité publique de projets déterminés en vérifiant si l'opération correspondait en soi à une fin d'utilité publique, mais avait refusé d'examiner le contenu concret du projet et, notamment, le choix des parcelles à exproprier. Avec l'arrêt *Lille, Ville Nouvelle Est*, sur les propositions de M. Braibant, le Conseil d'Etat alla jusqu'à décider et à apprécier, dans chaque cas, l'utilité publique d'un projet, compte tenu de la balance des avantages et des inconvénients de l'opération et en prenant en considération non seulement le coût financier de l'opération mais aussi son coût social (31).

Marcel Waline, commentant ce "considérant" de l'arrêt, constata que :

"Le juge se reconnaît le droit d'apprécier tous les avantages et tous les inconvénients de toutes sortes de l'opération envisagée, d'établir entre eux une balance, de faire en quelque sorte la

(29) C.E. 28 mai 1971, *Ministre de l'équipement et du logement c. Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé "Ville Nouvelle Est"*, Rec. 409, concl. Braibant. Voir Long, Weil, Braibant, Delvolvé et Genevois, *op.cit.*, pp. 657-668.

(30) Voir Long, Weil, Braibant, Delvolvé et Genevois, *op.cit.*, p. 659.

(31) *Idem*, p. 568 et 569.

somme algébrique des uns et des autres, et de n'accorder le feu vert que si le solde de l'opération lui apparaît tous comptes faits positif" (32).

Dans le même sens que l'arrêt *Lille, Ville Nouvelle Est*, le Conseil d'Etat se prononça dans l'arrêt *Société Civile Sainte-Marie de l'Assomption* du 20 octobre 1972 (33), en jugeant l'utilité publique du projet de l'autoroute nord de Nice, dont la construction menaçait l'hôpital psychiatrique Sainte-Marie, à propos duquel non seulement s'opposaient l'intérêt général et des intérêts privés, mais aussi deux intérêts publics, celui de la circulation et celui de la santé publique. Dans son arrêt, le Conseil d'Etat déclara la nullité du décret déclaratif d'utilité publique, motif pris de l'inopportunité de la solution de circulation retenue dans le projet, aux alentours d'un hôpital, ce qui non seulement était générateur de nuisances sonores, mais le privait en outre de toute possibilité d'expansion future (34).

Dans tous ces cas, à vrai dire, les décisions du juge n'ont pas incidence réelle sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire, mais sur l'exercice de compétences liées, qui admettent une seule solution juste : l'ouvrage est ou non d'utilité publique. Le bilan coût-avantages qu'a effectué le Conseil d'Etat est précisément ce que l'Administration est obligée de faire dans chaque cas, pour adopter la seule solution juste qui dérive de la concrétisation du concept juridique indéterminé "d'utilité publique" dans un projet d'expropriation. Le juge de l'excès de pouvoir donc, ne contrôle pas l'exercice d'un quelconque pouvoir discrétionnaire mais la compétence liée dont bénéficie l'Administration lorsqu'elle prononce la déclaration d'utilité publique ; c'est-à-dire, comme le souligne Marcel Waline, qu'il corrige les fautes ou les "légèretés, parfois fantaisistes, des technocrates administratifs" (35).

(32) M. Waline, "L'appréciation, par le juge administratif de l'utilité d'un projet", *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1973, p. 454, cit. par J. Lemasurier, *loc.cit.*, p. 555.

(33) C.E. 20 octobre 1972, Rec. 657, concl. Morisot.

(34) Voir Long, Weil, Braibant, Delvolvé et Genevois, *op.cit.*, p. 664.

(35) Voir M. Waline, "L'appréciation...", *loc.cit.*, p. 461. Le problème se pose, également, dans les cas de contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois portant déclaration d'utilité publique en vue d'une expropriation, comme cela s'est produit en Argentine. Dans l'affaire *Nation Argentine v. Jorge Ferrario* 1961, la Cour Suprême de Justice a indiqué que "si les juges d'une affaire d'expropriation prouvent que l'utilité publique n'existe pas ou a été ignorée par l'Administration, et... que se réalise l'un quelconque des éléments de gravité ou d'arbitraire extrême... ils sont dans l'obligation d'exercer la première et la plus élémentaire des fonctions qui leur incombent, c'est-à-dire celle qui consiste à protéger les garanties

Comme le mit en évidence indirectement le commissaire du gouvernement Morisot dans ses conclusions sur l'affaire *Sainte-Marie de l'Assomption* :

"La notion d'utilité publique est relative. On ne peut l'apprécier et, par conséquent, la contrôler sans en considérer tous les éléments, ce qui conduit à faire le bilan des aspects positifs et négatifs de l'opération. Etant donné que l'utilité publique de celle-ci est la condition de la légalité de la mise en oeuvre d'une procédure d'expropriation, l'appréciation faite par le juge de cette utilité, dans tous les éléments qu'elle comporte, est bien un contrôle de légalité" (36).

Sous cette forme, même si nous ne considérons pas que cette jurisprudence signifie réellement un contrôle de l'exercice du pouvoir discrétionnaire, comme le soutient la doctrine française, il faut saluer les avancées qu'elle représente pour le contrôle de légalité et la réduction de la sphère du pouvoir discrétionnaire, car, selon la technique des concepts juridiques indéterminés, ils contribuent à identifier ce qui est seulement une apparence du pouvoir discrétionnaire.

§ 2 - LES LIMITES DU POUVOIR DISCRETIONNAIRE : LES PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT ADMINISTRATIF

En laissant de côté ce qui est seulement apparence du pouvoir discrétionnaire, que nous avons fait entrer dans l'application, par l'Administration, des concepts juridiques indéterminés, l'exercice du pouvoir

constitutionnelles en déclarant l'invalidité des actes de l'Etat qui prétendent leur porter atteinte" (*Fallos* T.251, pp. 246 et s.).

Sur ce principe Agustin Gordillo a fait le commentaire suivant : "si la jurisprudence a démontré, et à juste titre, qu'elle peut contrôler et vérifier même la qualification d'utilité publique faite par le Congrès en matière d'expropriation (ce qui est probablement une faculté discrétionnaire non du Pouvoir Exécutif mais du Pouvoir Législatif), on ne distingue pas alors quelle supériorité constitutionnelle a le Pouvoir Exécutif sur le Pouvoir Législatif et le Pouvoir Judiciaire puisque les actes discrétionnaires du Parlement, c'est-à-dire les lois du Congrès de la Nation, peuvent être contrôlées judiciairement, mais que ne peut l'être un acte simplement émis par le Pouvoir Exécutif", Agustin Gordillo, *El acto administrativo*, Buenos-Aires 1969, p. 216.

(36) Cité par A. de Laubadère, *loc.cit.*, p. 540.

discrétionnaire, c'est-à-dire, du pouvoir attribué par le législateur à l'Administration, d'apprécier librement les circonstances de fait et d'adopter une décision en choisissant entre plusieurs alternatives, toutes également justes et conformes à la légalité, a toujours une limite absolue : l'acte administratif adopté sur la base de l'exercice d'un tel pouvoir ne peut être arbitraire, c'est-à-dire que la liberté d'appréciation des faits et de l'opportunité d'agir accordée au fonctionnaire ne signifie pas qu'il puisse agir arbitrairement (37).

Le problème des limites de l'exercice du pouvoir discrétionnaire repose alors sur la délimitation de la frontière entre discrétionnalité et arbitraire ; de manière à ce que le juge administratif puisse contrôler l'exercice direct du pouvoir discrétionnaire quand il est arbitraire, en dehors des pouvoirs de contrôle qu'il exerce sur les aspects liés de l'acte discrétionnaire (38) et particulièrement sur la vérification et la qualification des circonstances de fait (39), et sur l'adéquation de la décision aux fins fixées dans la loi, concept qui a gravité autour de la notion de détournement de pouvoir, également de création jurisprudentielle française.

Les hésitations du juge administratif à contrôler effectivement l'exercice du pouvoir discrétionnaire par l'Administration, et à établir une limite entre "discrétionnalité" et arbitraire, ont existé dans tous les pays contemporains, où l'on continue de formuler le principe selon lequel le juge ne peut juger des raisons d'opportunité ou de convenance de l'adoption d'un acte administratif parce qu'il

"ne peut se substituer à l'administrateur pour des motifs évidents de différenciation et de spécialisation de fonctions liés au principe de la séparation des pouvoirs" (40).

(37) Allan R. Brewer-Carías, "Los límites del poder discrecional de las autoridades administrativas", *loc.cit.*, p. 11.

(38) Dans la décision de l'ancienne Cour Fédérale (Vénézuéla) (*affaire Reingruber*) du 6 novembre 1958, par exemple, il fut clairement indiqué, en ce qui concerne les actes pris dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire, que "peuvent toujours faire l'objet d'une révision (par le juge) les éléments relatifs à l'incompétence du fonctionnaire qui les a émis, au vice de forme de ces actes ou à leur illégalité", *Gaceta Forense*, n° 22, Caracas 1958, p. 134. Cf. Allan R. Brewer-Carías, "Los límites...", *loc.cit.*, p. 14.

(39) Sur "la véracité et l'adéquation des faits", comme l'a indiqué la Cour Suprême de Justice (Chambre politico-administrative) du Vénézuéla, dans sa décision *Dépositaire judiciaire* du 2 novembre 1982, *Revista de derecho público*, n° 12, Caracas 1982, p. 130.

(40) *Idem*.

Cependant, tant dans la jurisprudence que dans la législation d'Amérique latine, on commence à observer des efforts significatifs pour permettre effectivement au juge administratif de pénétrer dans le domaine de la discrétionnalité et de contrôler l'arbitraire. En cette matière, de nouveau, les principes généraux du droit ont fourni l'arsenal initial à cette lutte contre l'arbitraire qui, bien qu'elle ait été livrée timidement par les juges, commence à avoir "comme allié" le législateur, dans la codification de la procédure administrative.

Un des points de départ de cet effort latino-américain peut se situer dans deux décisions de l'ancienne Cour Fédérale du Vénézuéla, adoptées dans les années cinquante. Dans la première (affaire de la municipalité de Maracaibo), datée du 24 février 1956, la Cour, en annulant un acte administratif qui avait retiré un permis de construire, considéra cet acte comme arbitraire parce qu'il manquait de fondement et parce qu'il était injuste et affirma que la "discrétionnalité n'implique pas arbitraire ou injustice, car l'Administration... n'agit pas en fonction de ses seuls choix, mais en vertu et comme conséquence de sa capacité conditionnée par sa finalité" (41).

Dans la seconde décision (cas *Reingruber*) du 6 novembre 1958, bien que la Cour ait considéré que la faculté accordée au Ministère des Finances de réduire les amendes lorsque surviennent des circonstances qui démontrent l'absence d'intention de nuire de la part du contrevenant, était un pouvoir discrétionnaire, et bien qu'elle ait relevé que "la manière dont le fonctionnaire avait exercé la faculté discrétionnaire" que lui reconnaît la loi ne pouvait être révisée par la Cour, le Tribunal Suprême reconnut que dans les cas d'attribution de pouvoir discrétionnaire on doit entendre que la loi autorise le fonctionnaire

"à agir selon son prudent jugement, en se référant à ce qui est le plus équitable ou le plus rationnel, en fonction de la justice et de l'impartialité" (42).

En analysant ce "considérant", nous avons indiqué que la Cour avait jeté les bases du contrôle juridictionnel de l'exercice du pouvoir discrétionnaire au Vénézuéla en se fondant sur les principes généraux du droit suivants : le principe de *rationalité* (la décision administrative même adoptée dans

(41) *Gaceta Forense*, n° 11, Caracas 1956, pp. 27-30. Voir Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte suprema de 1930-1974 y estudios de derecho administrativo*, Tome 1, Caracas 1975, pp. 611-612.

(42) *Gaceta Forense*, n° 22, Caracas 1958, pp. 133 et 134 ; voir dans Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de..., op.cit.*, Tome 1, pp. 608-609.

l'exercice du pouvoir discrétionnaire, ne peut être illogique ou irrationnelle) ; le principe de la *justice* ou de l'*équité* (la décision, produit de l'exercice du pouvoir discrétionnaire, ne peut être inique, inéquitable ou injuste) ; et le principe de l'égalité (la décision administrative qui résulte de l'exercice du pouvoir discrétionnaire ne peut être partielle ni discriminatoire). A ces principes, il faut ajouter le principe de la *proportionnalité* que toute décision adoptée dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire doit respecter, de manière à ce qu'il existe une adéquation entre les éléments de fait et la décision prise (43), et le principe de la *bonne foi*, de telle sorte que toute activité d'un fonctionnaire qui falsifie intentionnellement la vérité serait aussi illégale (44).

Dans la jurisprudence argentine et uruguayenne, ces principes, qui se présentent comme des limites à la discrétionnalité, se retrouvent dans l'exigence du caractère "raisonnable" de l'action administrative (45), en ce sens qu'un acte administratif, même édicté dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire, peut être réformé judiciairement s'il n'est pas raisonnable ou s'il est arbitraire. Le principe du "raisonnable" s'est développé particulièrement en Argentine comme une limite à l'exercice du pouvoir de

(43) Cf. Allan R. Brewer-Carías, "Los límites del poder discrecional de las autoridades administrativas", *loc.cit.*, p. 27-33. Voir, comme commentaire à notre analyse, Gustavo Urdaneta Troconis, "Notas sobre la distinción entre actos reglados et discrecionales y el control jurisdiccional sobre estos", in *Tendencias de la jurisprudencia venezolana en materia contencioso-administrativa*, Caracas 1986, pp. 395-399.

En Colombie, se référant à la nécessaire soumission de l'exercice du pouvoir discrétionnaire aux principes généraux du droit, Consuelo Sarria les résume ainsi : "l'administration prendra en considération le rationnel ou le raisonnable : sa décision doit être conforme à la raison et à la logique et correspondre à la motivation, la "discrétionnalité" n'implique pas l'arbitraire, mais – la justice : l'action de l'administration, même si elle est discrétionnaire en ce sens qu'elle peut décider de l'opportunité et du bien-fondé de ses décisions, ne peut être injuste et devra toujours être équitable, en respectant les intérêts de l'Administration et ceux des administrés ; – l'égalité : l'autorité administrative devra respecter le principe de l'égalité qui s'applique à tous les comportements de l'Etat à l'égard des particuliers ; ces derniers seront traités à condition égale sans favoritisme de la part des autorités ; – la proportionnalité : qui doit exister entre les moyens utilisés par l'Administration et les fins de la mesure ; – le droit à la défense : l'Administration avant de prendre une mesure, doit entendre l'administré" (Consuelo Sarria "Discrecionalidad administrativa" in J.C. Cassagne et autres, *Acto administrativo*, Tucuman 1982, p. 118).

(44) Voir la décision de la Première Cour de contentieux administratif du 21 mars 1984, *Revista de derecho público*, n° 18, Caracas 1984, p. 172.

(45) Voir Juan Francisco Linares, *Poder discrecional administrativo*, Buenos-Aires 1958, pp. 155 et s.

police (46), et a été érigé en garantie de sécurité en ce qui concerne la forme, le mode, la manière et l'opportunité de ce que doit être l'exercice de la fonction policière. La jurisprudence argentine a ainsi élaboré quatre principes de logique juridique qui délimitent le caractère raisonnable d'une mesure de police, de la manière suivante : la limitation doit être justifiée ; les moyens utilisés, c'est-à-dire le degré et le type de la mesure doivent être en rapport avec le but poursuivi ; le moyen et la fin utilisés doivent obéir à une relation de proportionnalité ; et toutes les mesures doivent être limitées (47).

Le caractère raisonnable s'est présenté ainsi comme un "standard" juridique incluant un ensemble des valeurs qui doivent guider l'activité administrative (au lieu du "*bonus pater familias*", le "*bonus magistratus*") et qui réalisent la justice avec tous ses synonymes : équivalence, proportion, adéquation, égalité, parité, juste distribution, donner à chacun ce qui lui revient, etc. (48). L'activité administrative déraisonnable, donc, est arbitraire et, même lorsqu'elle est le produit de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, elle peut être contrôlée judiciairement, ainsi que l'a décidé la Cour Suprême de la Nation (Argentine), en 1959, en indiquant :

"les juges possèdent le pouvoir de retirer ou d'annuler la décision administrative sur des faits controversés, si elle est *suffisamment déraisonnable*, ou si elle s'appuie seulement sur la volonté arbitraire ou sur le caprice des fonctionnaires" (49).

Le caractère arbitraire ou déraisonnable d'une activité administrative peut résulter, en tous cas, de l'irrationalité dans le choix d'un moment (décision manifestement inopportune) ; dans le choix des modalités d'action (moyens disproportionnés, par exemple), ou dans la forme de l'action (inégalité ou discriminatoire) (50).

Dans la jurisprudence administrative de l'Uruguay on trouve des solutions basées sur des principes similaires. Ainsi le Tribunal du contentieux administratif, dans une décision du 27 septembre 1971, affirma que l'Administration pouvait seulement exercer son pouvoir discrétionnaire dans

(46) Voir Ramón F. Vasquez, *Poder de policía*, Buenos-Aires 1957, pp. 41 et s. et 122 et s.

(47) Bartolomé A. Fiorini, *Poder de policía*, Buenos-Aires 1958, p. 149.

(48) *Idem*, p. 158 ; Juan Francisco Linares, *op.cit.*, p. 164.

(49) Affaire *Reyes* du 25-9-59, Fallos T.244, cit. par A. Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, Tome 3, Buenos-Aires 1979, p. IX-27.

(50) Juan Francisco Linares, *op.cit.*, pp. 164 et s.

des limites raisonnables, conformément à une évaluation équilibrée des facteurs constitutifs de la faute incriminée (51).

En Espagne, la réduction progressive de l'arbitraire s'est développée dans la jurisprudence du Tribunal Suprême, d'une manière presque analogue par application des principes généraux du droit. Eduardo García de Enterría et Tomás Ramón Fernández, sous cette forme, citent un ensemble de décisions dans lesquelles le contrôle juridictionnel de l'exercice du pouvoir discrétionnaire a été effectué à partir de la constatation que certaines mesures étaient "injustifiées à tous les points de vue et même contraires à la raison" (décision du 6 février 1963). Ainsi, ont été annulées par la justice les activités administratives contraires au "respect dû au principe de la bonne foi, dont doivent s'inspirer les actes de l'Administration" (décisions du 23 décembre 1959, du 22 juin 1960, du 27 décembre 1966, du 13 mai 1971, du 12 mars 1975, du 6 février 1978, du 24 février 1979, du 5 mai 1981) ou "dont la gravité ne conserve pas une proportionnalité raisonnable avec l'infraction" (décision du 25 mars 1972). Le Tribunal Suprême s'est attaché aussi au principe de l'égalité, pour apprécier l'exercice de pouvoirs discrétionnaires (décision du 24 décembre 1956, du 28 mai 1963, du 3 avril 1965), garantissant le droit à bénéficier de la même opportunité (décision du 27 janvier 1965) ; et a utilisé comme arme le principe *favor libertatis* pour obliger l'Administration à soumettre ses interventions dans la vie des administrés à la procédure la moins restrictive de la liberté (52).

Or, cette interdiction de l'arbitraire ou l'exigence du raisonnable en matière d'activité administrative comme limite à l'exercice du pouvoir discrétionnaire a rencontré en Amérique latine, dans de nombreux cas, une consécration législative, transformant ainsi les principes généraux du droit en droit positif.

En ce sens, dans la Loi Générale relative à l'administration publique du Costa Rica, on trouve plusieurs normes relatives à l'exercice du pouvoir discrétionnaire et à son contrôle judiciaire, qui doivent être mises en relief. L'article 15,1 de la Loi Générale, en effet, commence par prescrire que l'exercice du pouvoir discrétionnaire est "soumis en tout cas aux limites que lui impose expressément ou implicitement l'ordonnement juridique, pour parvenir à ce que son exercice soit efficient et raisonnable". La loi attribue au juge le pouvoir de contrôler la légalité, non seulement des aspects réglementés de l'acte discrétionnaire, mais aussi "de l'observation de ses limites" (art.15,2).

(51) Voir J.P. Cajarville, *Dos estudios de derecho administrativo*, Montevideo 1988, p. 106.

(52) Eduardo García de Enterría et Tomás R. Fernández, *Curso de derecho administrativo*, Tomo I, Madrid 1983, pp. 449-451.

Ceci est renforcé par la Loi Générale elle-même qui prescrit dans son article 216 que :

"L'Administration devra adopter ses résolutions en matière de procédure dans un strict respect de l'ordonnement juridique et, dans le cas des "activités discrétionnaires", dans des limites du rationnel et du raisonnable comprises implicitement dans celle-ci".

L'article 16,1 réitère ce principe du raisonnable quand il dispose que : "En aucun cas ne pourront être édictés des actes contraires à des règles univoques de la science ou de la technique, ou à des principes élémentaires de justice, logique ou convenance", et qu'il attribue expressément au juge le pouvoir de contrôler la conformité à ces règles non juridiques des éléments discrétionnaires de l'acte, comme s'il exerçait le contrôle de légalité" (art.16,2). Une autre limite à l'exercice du pouvoir discrétionnaire dans la Loi Générale du Costa-Rica est posée par rapport aux "droits des administrés" (art.17), auxquels il ne doit pas porter atteinte.

La Loi Générale, en outre, consacre expressément la conséquence du dépassement par l'autorité administrative des limites ainsi mentionnées comme cause d'invalidité des actes administratifs, "la méconnaissance des règles techniques et scientifiques de sens univoque et d'application exacte, dans les circonstances de l'affaire" (art. 158) et ajoute, à l'article 160, que :

"L'acte discrétionnaire sera invalidé, en outre, lorsqu'il viole des règles élémentaires de logique, de justice ou de convenance, en fonction des circonstances de l'espèce".

Enfin, il faut souligner que l'article 133 de la même Loi Générale, qui réglemente les motifs de l'acte administratif, dispose que lorsque celui-ci ne résulte pas d'une compétence liée, "il devra être proportionné au contenu et quand il est réglementé de manière impérative, il devra être *raisonnablement* conforme aux concepts indéterminés utilisés par l'ordonnement". Le principe de la proportionnalité est aussi repris par la Loi Générale dans l'article 132,1 relatif à l'objet de l'acte administratif: il prescrit qu'il doit être "proportionné à l'objectif légal" de l'acte.

Il est certainement difficile de trouver un autre exemple de législation positive dans le monde avec des normes aussi précises et aussi riches dans leur contenu, afin que les juges puissent contrôler l'exercice du pouvoir

discrétionnaire (53), avec des références précises aux principes du raisonnable, de rationalité, de justice, de logique, de proportionnalité et de convenance.

La loi vénézuélienne sur les procédures administratives de 1982 a repris également le principe des limites à l'exercice du pouvoir discrétionnaire dans une norme (art.12) qui dispose que :

"Même quand une disposition légale ou réglementaire laisse une mesure ou une décision administrative à la libre appréciation de l'autorité compétente, cette mesure ou cette décision devra maintenir la proportionnalité et l'adéquation dûes avec les éléments de fait et avec la finalité de la norme et devra respecter les procédures, conditions et formalités nécessaires à sa validité et à son efficacité".

On a consacré ainsi, expressément, non seulement l'existence d'éléments liés de l'acte discrétionnaire qui doivent toujours être respectés (adéquation avec les éléments de fait, avec la finalité, compétence légale ou réglementaire, respect des formes et de la procédure), mais aussi l'érection en limite fondamentale de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'obligation du fonctionnaire de "maintenir la proportionnalité due". Le même principe est établi dans le code de contentieux administratif de Colombie, dans son article 36, ainsi :

"Dans la mesure où le contenu d'une décision de caractère général ou particulier est discrétionnaire, elle doit être adaptée aux objectifs de la norme qui l'autorise et proportionnelle aux faits qui lui servent de cause".

Le concept de la proportionnalité a été retenu également dans la loi argentine de procédure administrative, quand elle prescrit, parmi les "exigences essentielles de l'acte administratif", la nécessité que "les mesures que l'acte introduit doivent être proportionnellement adaptées" à la finalité qui découle des normes qui octroient compétence à l'organe administratif (art.7,f).

(53) Voir Allan R. Brewer-Carías, "Comentarios sobre los principios generales de la Ley General de la Administración Pública de Costa-Rica", dans *Revista del Seminario internacional de derecho administrativo*, Sans José, 1981, p. 52 ; Eduardo Ortiz, "Nulidades del acto administrativo en la Ley General de Administración pública", *idem*, p. 386 ; Gonzalo Fajardo, "El Estado de derecho y la Ley General de Administración pública", *idem*, pp. 523-524.

Ces normes incorporent, de ce fait, aux limites de la discrétionnalité, le principe de la proportionnalité (54), selon lequel les mesures adoptées dans les actes administratifs doivent être proportionnelles tant aux buts que prévoit la norme qui les autorise qu'aux faits qui les motivent. Ainsi que l'a précisé le Cour Suprême de Justice du Vénézuéla, les actes administratifs seront entachés d'abus de pouvoir :

"Lorsqu'il n'existe pas de proportion ou d'adéquation entre les motifs ou les éléments de fait qui ont servi de base au fonctionnaire ou à l'organe auteur de l'acte contesté, pour prendre sa décision, et ceux qui sont pris en considération par la norme juridique, en ce sens qu'il s'agit d'un vice qui consiste en l'action excessive ou arbitraire du fonctionnaire, au regard de la justification des éléments qu'il dit avoir pris en compte pour édicter l'acte" (55).

Dans le même sens, le Tribunal du Contentieux Administratif d'Uruguay, dans un jugement du 23 avril 1976, a souligné en appréciant l'illégalité d'une sanction, que celle-ci "apparaît comme disproportionnée... qu'il y a eu excès de pouvoir de la part du supérieur dans l'exercice de ses fonctions discrétionnaires, tombant dans l'illégalité... et entraînant par voie de conséquence le contrôle en annulation du tribunal" (56).

Les principes du raisonnable et de la proportionnalité ont eu aussi une application jurisprudentielle en France, en matière de contrôle juridictionnel de l'exercice du pouvoir discrétionnaire.

(54) Voir Allan R. Brewer-Carías, *El Derecho administrativo y la ley orgánica de procedimientos administrativos*, Caracas 1985, p. 46 ; Agustin Gordillo, *El acto administrativo*, Buenos-Aires 1969, p. 250. Conformément à ce qui est indiqué par la Cour Suprême de la Nation (Argentine) "Les mesures prises par l'autorité publique doivent être adaptées aux fins poursuivies par le législateur" (affaire *Sindicato argentino de músicos*, 1960, *Fallos* T. 248, pp. 800 et s.).

(55) Décision de la Première Cour de contentieux administratif du 21 mars 1984, *Revista de derecho público* n° 18, Caracas 1984, p. 172. Dans un sens comparable, la même Première Cour, dans sa décision du 16 décembre 1982, a estimé que ce vice d'abus de pouvoir existe dans les cas d'"usage disproportionné des attributions qui ont été conférées à l'autorité administrative, ce qui équivaut au zèle excessif, à l'application sans mesure, c'est-à-dire à tout ce qui dépasse les limites d'un exercice correct et normal des pouvoirs attribués par la norme", *Revue de droit public*, n° 13, 1982, p. 119.

(56) Voir J.P. Cajarville, *op.cit.*, p. 106.

Quant au principe du raisonnable, il peut se trouver appliqué dans la jurisprudence relative à l' "erreur manifeste d'appréciation", laquelle apparaît lorsque l'administration "est allée au-delà des limites du raisonnable dans le jugement qu'elle a porté sur des éléments d'opportunité" (57). De là vient l'affirmation de Guy Braibant relative à l'exercice du pouvoir discrétionnaire et au principe du raisonnable :

"Le pouvoir discrétionnaire comporte le droit de se tromper mais non celui de commettre une erreur manifeste, c'est-à-dire à la fois apparente et grave" (58).

Dans le cas du contrôle juridictionnel de l'erreur manifeste dans l'appréciation des faits, - comme on l'a déjà indiqué -, MM. Long, Weil, Braibant, Delvolvé et Genevois indiquent que le juge "ne se prononce pas sur cette appréciation elle-même, mais sur l'erreur qui a pu entacher cette appréciation, lorsque cette erreur est évidente, lorsqu'elle pouvait être décelée par le simple bon sens, lorsqu'il s'agit d'une erreur manifeste qui dénature l'interprétation que fait l'administration de l'étendue de son pouvoir discrétionnaire" (59). Or, on doit constater que, si en général, on donne des exemples jurisprudentiels d'application de la technique de l'erreur manifeste comme un instrument de contrôle de l'exercice du pouvoir discrétionnaire par le Conseil d'Etat, dans la grande majorité des cas recensés, il s'agit en réalité de ce que nous avons appelé l'utilisation par le juge de la technique des concepts juridiques indéterminés (60). Peut-être des éléments d'application de l'erreur manifeste d'appréciation, comme technique du contrôle de l'exercice du pouvoir discrétionnaire au sens strict, peuvent-ils être trouvés dans les décisions du Conseil d'Etat relatives à l'erreur quant à l'équivalence entre les emplois publics (CE 13 nov. 1953, *Denizet*, Rec. 489 ; et CE 15 fév. 1961, *Lagrange*, Rec. 121 ; CE 9 mai 1962, *Commune de Montfermeil*, Rec.304) (61).

Quant au principe de la proportionnalité comme limite à l'exercice du pouvoir discrétionnaire, même si G. Braibant lui-même a affirmé qu'il n'a pas

(57) Conclusions C.E. 13 nov. 1970, *Lambert*, cit. par A. de Laubadère, "Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat Français", *loc. cit.*, p. 540.

(58) Conclusions C.E. 2 nov. 1973, *Librairie François Maspero*, Rec. 611 ; Long, Weil, Braibant, Delvolvé et Genevois, *op. cit.*, p. 669.

(59) Long, Weil, Braibant, Delvolvé et Genevois, *op. cit.*, p. 676.

(60) Voir toutes les références jurisprudentielles dans Long, Weil, Braibant, Delvolvé et Genevois, *op. cit.*, p. 669 et s. à l'occasion des commentaires à l'arrêt *Maspero* ; J.M. Auby et R. Drago : *Traité de contentieux administratif*, Paris, 1984, Tome II, pp. 399-400.

(61) Voir les références dans Long, Weil, Braibant, Delvolvé et Genevois, *op.cit.*, p. 674.

été reconnu pleinement dans le système français (62), nous pensons cependant qu'il a été appliqué dans de nombreuses décisions par le Conseil d'Etat, en commençant par l'arrêt *Benjamin* du 19 mai 1933, dans lequel le Conseil d'Etat a annulé l'interdiction d'une conférence et d'une réunion par un maire, pour le motif - comme le disait le Conseil d'Etat - "que l'éventualité des troubles... ne présentait pas un degré de gravité tel qu'il n'ait pu, sans interdire la conférence, maintenir l'ordre en édictant les mesures de police qu'il lui appartenait de prendre" (63). Dans ce cas, comme l'observent MM. Long, Weil, Braibant, Delvolvé et Genevois, le juge vérifie :

"non seulement s'il existait dans les circonstances de l'espèce une menace de trouble de l'ordre public susceptible de justifier une mesure de police, mais encore si cette mesure était appropriée par sa nature et sa gravité à l'importance de la menace ; il contrôle ainsi l'adéquation de la mesure aux faits qui l'ont motivée" (64).

Il s'agit sans doute de l'application du principe de la proportionnalité, c'est-à-dire de l'adéquation entre les mesures adoptées et les faits, qui a aussi été l'objet d'une application en France en matière disciplinaire à partir de l'arrêt *Lebon* (CE 9 juin 1978), dans lequel le Conseil d'Etat, appliquant la technique de l'erreur manifeste, contrôla la proportionnalité de la sanction disciplinaire avec la gravité de la faute (65). Dans une autre décision, l'arrêt *Vinolay* (CE 26 juillet 1978), le Conseil d'Etat conformément au même critère, annula une destitution d'un fonctionnaire, en indiquant que "si les manquements aux règles d'une bonne administration... étaient légalement de nature à justifier une sanction disciplinaire, ils ne peuvent légalement fonder, sans erreur manifeste d'appréciation, une mesure de révocation qui constitue la plus sévère des sanctions figurant à l'échelle des peines" (66).

En conclusion, on peut dire, en matière de contrôle juridictionnel de l'exercice du pouvoir discrétionnaire, que la jurisprudence, la doctrine et la législation (cette dernière, en particulier, en Amérique latine) ont abandonné progressivement la traditionnelle immunité juridictionnelle en cette matière,

(62) Guy Braibant, "Le principe de la proportionnalité", *Mélanges offerts à Marcel Waline*, Paris 1974, Tome II, pp. 297 et s.

(63) Rec. 541, concl. Michel. Voir dans Long, Weil, Braibant, Delvolvé et Genevois, *op. cit.*, p. 286 et s.

(64) *Idem*, p. 289.

(65) Cf. Long, Weil, Braibant, Delvolvé et Genevois, *op. cit.*, p. 677.

(66) Cit. par J.M. Auby et R. Drago, *op. cit.*, Tome II, p. 400.

en distinguant ce qui est, en apparence, exercice du pouvoir discrétionnaire (comme dans le cas de l'application de la technique des concepts juridiques indéterminés) et est soumis pleinement au contrôle juridictionnel de ce qui est à proprement parler exercice du pouvoir discrétionnaire ; à partir de quoi les principes du raisonnable, de logique, de la justice, de l'égalité et de la proportionnalité commencent à progresser dans le domaine de l'opportunité, traditionnellement exclue du contrôle, afin qu'elle soit soumise à une amorce de vérification juridictionnelle.

DEUXIEME PARTIE

LE RÉGIME DES ACTES ADMINISTRATIFS DANS LA CODIFICATION DE LA PROCÉDURE ADMINISTRATIVE

La codification de la procédure administrative en Espagne et en Amérique latine, comme on l'a indiqué, non seulement a eu pour objet de réglementer les seuls aspects de procédure et les formalités, c'est-à-dire les démarches effectuées par l'Administration pour la production des actes administratifs ; mais elle a aussi influé, matériellement, sur tous les aspects du régime même des actes administratifs, en réglementant leurs éléments et leurs conditions, le processus de leur élaboration, leur forme ou présentation, leur efficacité, leur exécution et leur contestation par la voie administrative. En réalité donc, on peut dire que sous le nom de lois de procédure administrative, ont été édictées des lois régulatrices de l'activité administrative.

En général, ces lois déterminent le régime des actes administratifs pris par les organes de l'Administration publique nationale, centrale ou décentralisée (1) ; mais leur application s'étend aussi dans quelques cas, aux organes nationaux dotés d'une autonomie fonctionnelle, y compris des organes de rang constitutionnel qui ne sont pas intégrés aux organes classiques de l'Etat (législatif, exécutif et judiciaire), mais qui accomplissent des fonctions de contrôle : organes du "Contrôle général", Ministère Public et Conseil de la Magistrature, Conseil Supérieur des Elections (2). D'autre part, en général, les lois ne s'appliquent pas aux actes administratifs des communes ou des entités politico-territoriales (Etats ou Provinces dans les Etats Fédéraux), encore que dans quelques cas, elles soient d'application supplétive en ce qui concerne ces entités (3).

S'agissant de lois relatives au régime des actes administratifs, il est évident qu'étant donné leur champ d'application, sous l'angle organique, le régime des actes administratifs au sens matériel (actes édictés par les organes du pouvoir législatif et du pouvoir judiciaire dans l'exercice de fonctions administratives) ainsi que celui des actes administratifs édictés par des entités

(1) Voir LGAP Costa-Rica, art. 1, 21 ; LPA Argentine, art. 1 ; R. Uruguay, 1.

(2) Voir LPA Vénézuéla art. 1 ; CC. Colombie art. 1.

(3) Voir LPA Vénézuéla art. 1.

privées mais dans l'exercice des prérogatives (4) de puissance publique restent hors de la réglementation qu'elles édictent. Le Code de Colombie cependant, dans ce dernier cas, soumet de tels actes à ses prescriptions, en se référant aux actes administratifs des entités privées quand elles remplissent des fonctions administratives (5).

En tout cas, l'apport fondamental de cette législation, en ce qui concerne l'application du principe de légalité aux actes administratifs, est exprimé dans l'article 11 de la Loi Générale relative à l'administration publique du Costa-Rica, laquelle dispose que "l'Administration publique agira dans le respect de l'ordonnancement juridique et pourra seulement réaliser les actes... qu'autorise cet ordonnancement, selon l'échelle hiérarchique de ses sources". C'est cette soumission à la légalité qui, sans doute, s'est consolidée avec ces lois régulatrices de la procédure administrative.

Or, il est intéressant de souligner au moins deux aspects, dans cette deuxième partie consacrée au régime des actes administratifs réglementé par les lois de procédure administrative en Espagne et en Amérique latine, qui ont contribué d'une façon significative à la consolidation du principe de légalité ; ils portent, d'une part sur la détermination légale et non seulement jurisprudentielle des éléments des actes administratifs, ce qui a facilité la détermination précise des cas d'ouverture du recours contentieux d'annulation pour contrôler l'activité administrative, et d'autre part, sur la détermination légale des principes relatifs aux effets des actes administratifs et à leur exécution : nous étudierons séparément ces deux aspects dans deux chapitres.

(4) Voir sur ces actes administratifs en droit français, Pierre Delvolvé, *L'acte administratif*, Paris 1983, pp. 40 et ss.

(5) Voir CC. Colombie art. 1 et 82. Le recours contentieux est cependant possible à l'égard de tous les actes administratifs, tant ceux qui "sont édictés dans n'importe laquelle des branches du pouvoir public" que ceux qui émanent des "entités privées lorsqu'elles exercent des fonctions publiques" (art. 128, 1).

CHAPITRE I

LES ELEMENTS DE L'ACTE ADMINISTRATIF

Nous pouvons considérer les actes administratifs, tels que les définissait jusqu'en 1989 le code colombien, comme les "conduites et les abstentions capables de produire des effets juridiques et sur la réalisation desquels influent de manière directe et immédiate la volonté ou l'intelligence" (art. 83), ce qui les distingue des faits administratifs ; leur validité tient à ce "qu'ils se conforment substantiellement à l'ordonnancement juridique, y compris quant au mobile du fonctionnaire public" (1).

Dans cette conformité avec l'ordonnancement juridique, c'est-à-dire, dans la conformité de ces actes avec la légalité, il est évident que jouent un rôle fondamental les éléments des actes administratifs tant de fond (ou légalité interne) que de forme (ou légalité externe), qui, contrairement à ce qui se passe en droit français, se trouvent réglementés dans les diverses lois de procédure administrative. Dès lors, en Espagne et en Amérique latine, les éléments des actes administratifs ne découlent pas seulement des décisions jurisprudentielles relatives aux cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir, mais des règles de droit écrit établies dans les lois sur la procédure administrative.

On va analyser, séparément, les prescriptions légales relatives aux éléments de légalité interne et aux éléments de légalité externe des actes administratifs, avant d'examiner les conséquences de la violation de ceux-ci, c'est-à-dire, la nullité des actes administratifs tel qu'elle est régie dans les lois sur la procédure administrative.

(1) Art. 128 LGAP du Costa-Rica.

§ 1 - LES ELEMENTS DE FOND DES ACTES ADMINISTRATIFS

Les éléments de fond des actes administratifs se réfèrent à la compétence, à la manifestation de volonté, à la base légale, à la cause (circonstances de fait), à la finalité et à l'objet des actes administratifs ; éléments qui, s'ils ont été traditionnellement établis, comme en France, par la jurisprudence et la doctrine, ont trouvé leur consécration dans les lois sur la procédure administrative en Espagne et en Amérique latine.

A - PRINCIPES RELATIFS A LA COMPÉTENCE

La première condition ou élément de fond des actes administratifs, comme l'affirment expressément les lois sur les procédures administratives d'Argentine et d'Espagne, est qu'ils doivent "être édictés par une autorité compétente" (art. 7, a et art. 40, respectivement). La compétence est ainsi l'un des éléments essentiels de tout acte administratif, si l'on entend par "compétence", l'aptitude légale des organes administratifs à édicter un acte administratif.

Or le premier principe relatif à la compétence en matière administrative est que celle-ci ne se présume pas mais au contraire doit émaner d'une norme expresse attributive de compétence, c'est-à-dire, comme l'a affirmé la Cour Suprême de Justice du Vénézuéla, "doit émerger du texte même d'une règle de droit, que ce soit la Constitution, la loi, le règlement ou l'ordonnance", car, "faute de disposition expresse, l'autorité n'a pas qualité pour édicter l'acte" (2). Ce principe, la loi argentine sur les procédures administratives le réaffirme quand elle indique que

"la compétence des organes administratifs sera celle qui découle, selon les cas, de la Constitution nationale, des lois et de leurs règlements d'application" (art. 3).

Dans ce domaine, "le principe de légalité se présente dans toute sa rigueur, en ce qu'il ordonne à l'organe qu'il fasse seulement ce pour quoi il est habilité soit par une norme expresse, soit dans le cadre d'une libre marge

(2) Décision du 28 janvier 1968, *Gaceta Oficial* n° 27367 du 13 févr. 1964 et jugement du 11 août 1965, *Gaceta Oficial* n° 27845 du 3 sept. 1965. Voir également dans Allan R. Brewer-Carias, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de derecho administrativo*, Tome III, vol. 1, Caracas, 1976, pp. 197 et 198.

d'appréciation que doit également lui accorder une disposition expresse" (3). Nous pourrions mentionner ici, par exemple, les pouvoirs que la jurisprudence et la doctrine françaises dénomment "pouvoirs implicites" et qui se réfèrent essentiellement au pouvoir réglementaire attribué aux ministres en leur qualité de supérieurs hiérarchiques, obligés de prendre toutes les mesures nécessaires au bon fonctionnement de l'administration (4). Peuvent aussi être considérés comme pouvoirs implicites ceux qui dérivent du principe du "parallélisme des compétences" établi par l'arrêt *Fourré-Cormeray* du 10 avril 1959, dans lequel fut décidé que, "à défaut de dispositions expresses qui déterminent l'autorité compétente à mettre fin aux fonctions d'un directeur, ce pouvoir correspond, de plein droit, à l'autorité investie du pouvoir de nomination" (5).

Bien entendu, l'exigence d'un texte exprès pour exercer la compétence et le problème de savoir s'il doit figurer dans la Constitution, dans la loi ou dans le règlement, découlent du régime constitutionnel concret, d'une part, et des principes de la "réserve légale", d'autre part. Dans les Etats fédéraux, par exemple, comme l'Argentine et le Vénézuéla, les principes relatifs à la distribution des compétences entre la République, les provinces ou les Etats membres de la Fédération et les communes, doivent être nécessairement inscrits dans la Constitution, de sorte qu'à ce niveau, les normes attributives des compétences respectives sont de rang constitutionnel. Tout empiètement dans l'exercice des compétences correspondant aux trois niveaux de décentralisation politique constitue donc une usurpation de fonctions (6).

Mais, en outre, pour déterminer la norme attributive de compétence, l'autre principe fondamental en la matière est celui de la "réserve légale", en ce sens que dans tous les cas où la réglementation d'une matière est réservée au législateur, seule la loi formelle peut attribuer la compétence d'édicter des actes administratifs. Ceci se produit, par exemple, - comme on l'a déjà souligné - avec les actes qui concernent l'exercice des compétences fiscales,

(3) Décision de la Première Cour de Contentieux Administratif (Vénézuéla) du 16 déc. 1982 dans *Revista de derecho público*, n° 13, Caracas, 1982, p. 118.

(4) Voir par exemple arrêt C.E. 7 février 1936, *Jamart*, Rec. 172. Voir aussi Long, Weil, Braibant, Delvolvé et Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris 1990, pp. 305-308.

(5) *Recueil Dalloz*, 1959, p. 210.

(6) Comme l'affirme la Constitution vénézuélienne de 1961 : "Toute autorité usurpée est inefficace et ses actes sont nuls", ce qui englobe aussi bien l'usurpation de l'autorité par des personnes dépourvues d'investiture, que l'usurpation de fonctions comme incompétence d'ordre constitutionnel. Voir J.M. Auby et R. Drago, *Traité de contentieux administratif*, Paris 1984, Tome II, p. 256.

des compétences en matière de sanctions ou des compétences dans l'exercice desquelles sont limités, d'une façon ou d'une autre, les droits et les garanties constitutionnels. Sans doute tel est l'objectif que vise la Loi Générale sur l'administration publique du Costa-Rica, lorsqu'elle dispose que "la compétence sera réglée par la loi, chaque fois qu'elle comporte l'attribution de pouvoirs de commandement (art. 50, 1), qui relèvent de la réserve légale".

La conséquence fondamentale de l'attribution de compétence aux organes administratifs par la loi est, comme le spécifie la loi argentine sur les procédures administratives, que "l'exercice de cette compétence constitue une obligation pour l'autorité ou l'organe correspondant" (art.3), c'est-à-dire, comme l'indique la loi espagnole sur la procédure administrative, que la compétence "ne peut faire l'objet d'une renonciation" (art. 4). C'est pourquoi le fonctionnaire, quand il a dans ses attributions la compétence d'agir, n'est pas libre de l'exercer ou non ; il est obligé de l'exercer. En particulier, la Loi Générale sur l'administration publique du Costa-Rica, à propos des pouvoirs de commandement, prescrit que leur exercice n'est pas susceptible de "renonciation, transmission ou prescription", et donc que c'est seulement par la loi que pourront être pris les engagements de ne pas l'exercer" (art. 66).

Mais en outre, la compétence prévue dans la loi, ainsi que le précise la loi argentine sur les procédures administratives, "ne peut faire l'objet d'un dépassement, à moins que la délégation ou substitution n'aient été expressément autorisées" (art. 3). C'est-à-dire, selon les termes de la loi espagnole, que la compétence "sera exercée de manière précise par les organes administratifs qui l'ont dans leurs attributions, sauf en cas de délégation, substitution ou évocation prévus par les lois".

De ce fait, le principe, dans les cas de compétence légalement prévus, est que toute déviation de celle-ci par délégation ou évocation doit être autorisée expressément par la loi.

En matière d'évocation, telle est la doctrine fixée par le Conseil d'Etat dans l'arrêt *Yasri* du 28 octobre 1949, lequel énonce que l'autorité administrative supérieure ne peut se substituer aux autorités subordonnées dans l'exercice de leur pouvoir de décision. Pour cette raison, fut annulée la décision du ministre délégué, pouvoir qui appartenait au chef du corps militaire auquel l'intéressé appartenait (7). Cependant, et exceptionnellement, la loi argentine sur les procédures administratives pose en matière d'évocation le principe contraire : "l'évocation sera valable à moins qu'une norme expresse en dispose autrement" (art. 3).

(7) *Recueil Dalloz*, 1950, p. 303.

En réalité, on peut considérer que ni l'évocation, ni la délégation n'exigent de texte exprès dans les cas où l'attribution légale de compétence est faite non à un organe déterminé tel qu'un ministre es-qualités, mais à une organisation spécifique, c'est-à-dire au ministère pris comme un tout. Dans ces cas, la compétence est présumée attribuée au supérieur hiérarchique (le ministre) (8) et ce dernier, normalement, la répartit entre les divers organes qui constituent le ministère, par voie de règlement (9). Dans ces hypothèses, outre que le règlement d'organisation est source de la compétence des différents organes, le ministère ayant distribué les compétences, on présume qu'il a le pouvoir générique d'évocation, dans le même sens qu'il a qualité pour exercer les compétences dérivées de la hiérarchie administrative elle-même, tel le pouvoir de réformer les décisions du subordonné, de "diriger de manière générale l'activité des subordonnés par la voie d'instructions et de circulaires" (art. 7 de la loi espagnole sur les procédures administratives), et de déléguer des compétences qui sont confiées aux subordonnés.

Cependant, dans les cas de déconcentration des compétences, qui se produisent lorsque la loi attribue directement une compétence spécifique à un organe inférieur d'un ministère, un texte légal exprès est nécessaire pour que le ministre puisse évoquer la connaissance de l'affaire. La Loi Générale sur l'administration publique du Costa-Rica distingue même les hypothèses de déconcentration minimale, "lorsque le supérieur ne peut évoquer les compétences du subordonné, ni réformer la conduite du subordonné, ou se substituer à celui-ci, que ce soit d'office ou à la demande d'une partie" ; et de déconcentration maximale, "lorsque le subordonné est soustrait en outre, aux ordres, instructions ou circulaires du supérieur" (art. 83, 2 et 3, loi espagnole sur les procédures administratives).

En matière de compétence, une référence particulière doit être faite à la délégation, comme possibilité pour le supérieur hiérarchique de faire dériver l'exercice de la compétence qui lui a été attribuée par la loi vers un organe inférieur et pour laquelle est également nécessaire un texte exprès qui l'autorise. La Loi Générale sur l'administration publique du Costa-Rica, dans cette manière, a inscrit dans le droit positif les principes fondamentaux (art. 89 et 90) posés dans d'autres pays par la jurisprudence :

a. La délégation doit être publiée au Journal Officiel ;

(8) Voir LGAP du Costa-Rica, Arts. 62 et 70.

(9) Conformément à la LGAP du Costa-Rica "La répartition interne des compétences, ainsi que la création de services sans pouvoirs d'autorité pourront être faites par voie de règlement autonome, mais ce dernier sera subordonné à toute loi future en la matière" (art. 59,2).

b. La délégation peut être révoquée à n'importe quel moment par l'organe délégant ;

c. Les pouvoirs délégués ne peuvent pas être eux-mêmes délégués, c'est-à-dire que l'on ne permet pas la subdélégation ;

d. Une délégation totale ne peut être consentie, ni une délégation des compétences essentielles de l'organe, celles qui lui donnent son appellation ou qui justifient son existence ;

e. La délégation ne peut être consentie qu'en faveur d'organes ou de fonctionnaires subordonnés, au sein d'une même organisation, et entre des organes relevant de la même catégorie, en raison de la matière, du territoire et de la nature de la fonction ;

f. Les organes collégiaux ne peuvent pas déléguer leurs fonctions.

En outre, il convient de souligner le principe selon lequel, lorsqu'un acte administratif est édicté par délégation, cette circonstance doit être expressément indiquée, comme le précisent la loi espagnole sur la procédure administrative (art. 32, 3) et la loi organique sur les procédures administratives du Vénézuéla (art. 18, 7).

Enfin, en ce qui concerne la compétence en tant qu'élément d'un acte administratif, on doit mentionner le vice d'incompétence qui résulte de la violation des principes ci-dessus mentionnés. Selon la voie administrative, comme l'ont prévu la loi espagnole sur la procédure administrative (art. 8) et la Loi Générale sur l'administration publique du Costa-Rica (art. 67), l'incompétence peut être déclarée d'office ou sur la demande de l'intéressé, à n'importe quel moment, par l'organe qui a édicté l'acte, et par le supérieur hiérarchique.

En tout cas, dans le cadre du contentieux administratif, le vice d'incompétence est toujours considéré comme un vice d'ordre public (10), qui, comme l'a précisé la Cour Suprême de Justice du Vénézuéla, "peut être

(10) En ce sens la LPA d'Argentine considère que "l'acte administratif est nul, de nullité absolue et sans régularisation possible... lorsqu'il a été émis dans des conditions d'incompétence en raison de la matière, du lieu, du temps ou du grade, sauf dans ce dernier cas, si la délégation ou la substitution ont été permises" (art. 14, b). La LOPA du Vénézuéla, en revanche, qualifie le vice de nullité absolue seulement lorsqu'il s'agit "d'incompétence manifeste" (art. 19, 4).

invoqué à n'importe quel stade et degré de la cause, même dans un recours d'appel et entraîne la possibilité pour le juge de prononcer la nullité absolue, même d'office" (11). L'importance procédurale de ce vice, invoqué dans le cadre du contentieux administratif, tient en outre au fait qu'il renverse la charge de la preuve, laquelle incombe normalement au requérant en raison de la présomption de légalité des actes administratifs. C'est ce qu'a décidé la jurisprudence vénézuélienne en posant le principe selon lequel, lorsque le requérant allègue l'incompétence du fonctionnaire, la charge de la preuve est inversée et il appartient alors à l'administration de prouver la compétence (12).

B - PRINCIPES RELATIFS A LA MANIFESTATION DE VOLONTÉ

Les actes administratifs sont avant tout des manifestations de volonté de l'administration en vue de produire des effets juridiques et c'est précisément ce qui les distingue des faits administratifs qui, comme le précisait jusqu'à 1989 le code de contentieux administratif de Colombie, sont

"Les événements et les omissions capables de produire des effets juridiques, mais sur la réalisation desquels n'influent pas de manière directe et immédiate la volonté ou l'intelligence" (art. 83).

De ce fait, le second élément de la légalité interne de l'acte administratif exige que cet acte puisse être considéré effectivement comme une manifestation légitime de volonté d'un organe administratif, librement exprimée. Ce principe est posé par la Loi Générale sur l'administration publique du Costa-Rica selon laquelle "l'acte devra apparaître objectivement comme une manifestation de volonté libre et consciente, destinée à produire l'effet juridique désiré en vue de l'objectif voulu par l'ordonnement juridique" (art. 13). La conséquence, évidemment, est que les vices du consentement s'appliquent à la manifestation de volonté dans l'acte administratif, ce dernier pouvant alors s'en trouver affecté.

(11) Voir décision de la Chambre politico-administrative du 26 mars 1984, ratifiée par décision du 5 décembre 1985. Et aussi, la décision de la Première Cour de contentieux administratif du 9 décembre 1985, *Revista de derecho público*, n° 25, 1986, pp. 144 et 108.

(12) Voir décision de la Première Cour de contentieux administratif du 9 décembre 1985, *idem*, p. 108.

La violence, par exemple, ou l'intimidation, quand elle s'exerce sur le fonctionnaire pour le contraindre à prendre un acte administratif, entachent de nullité absolue l'acte ainsi édicté ; ainsi, la Constitution vénézuélienne pose le principe selon lequel

"est nulle toute décision prise sous la contrainte, directement ou indirectement, ou par un rassemblement d'individus dont l'attitude est subversive" (art. 120) (13).

En ce qui concerne l'erreur, comme vice de la manifestation de volonté, celle-ci se produit quand la volonté réelle a été radicalement distincte de celle qui a été déclarée formellement. Ainsi, quand on nomme une personne pour une fonction publique, qui n'est pas celle que l'on veut nommer, en raison d'une homonymie, par exemple (14). Dans ce cas, il n'y a pas erreur de droit ou de fait, lesquelles, comme nous le verrons, sont des vices affectant la base légale de l'acte, ou erreur sur les motifs de fait des actes administratifs, mais plus exactement erreur dans la manifestation de volonté de l'administration.

Il peut aussi arriver, en matière de manifestation de volonté de l'administration, qu'un dol vicie le consentement de l'administration ; il en va ainsi quand l'acte est le résultat de manoeuvres dolosives de l'administré, de demandes qui, par exemple, laissent au demandeur la charge de la preuve des conditions de l'acte (remise d'informations ou de documents faux) ou encore lorsque l'acte résulte d'activités de fonctionnaires contraires à la bonne foi, et qui impliquent, en outre, un détournement de pouvoir, ou quand le fonctionnaire tient pour existants, au moment de prendre sa décision, des faits ou des précédents inexistantes ou faux.

Ces vices de la manifestation de volonté dans les actes administratifs qui, en général, entraînent leur nullité absolue et irrémédiable, ont été résumés par la loi sur les procédures administratives d'Argentine, selon laquelle de tels vices se produisent :

"lorsque la volonté de l'Administration se trouverait exclue par une erreur essentielle ; ou un dol dans la mesure où l'on tient pour existants des faits ou des précédents inexistantes ou faux ; ou

(13) La Constitution vénézuélienne ajoute le principe selon lequel "En aucun cas les Vénézuéliens et les étrangers ne pourront prétendre que la République, les Etats ou les municipalités les indemnisent pour les dommages, préjudices ou expropriations qui n'ont pas été causés par des autorités légitimes dans l'exercice de leurs fonctions publiques", (art. 47).

(14) Voir Agustín Gordillo, *Derecho administrativo*, Tome III, Buenos-Aires, 1979, p. IX-45.

des violences physiques ou morales exercées sur l'agent ; ou par simulation " (art. 14, 1).

C - PRINCIPES RELATIFS A LA BASE LÉGALE

La base légale des actes administratifs est leur fondement légal, c'est-à-dire les normes légales ou réglementaires qui autorisent leur édicition. En d'autres termes, c'est le "motif de droit" de l'acte administratif, qui autorise la décision concrète qu'il comporte. Cette base ou ces fondements légaux constituent, aux côtés des circonstances de fait, l'un des éléments qui doivent être exprimés formellement dans la motivation de l'acte administratif (15).

Toutefois, pour qu'un acte administratif soit valide et produise des effets, non seulement il doit avoir un fondement légal, qui doit effectivement exister au moment de l'édicition de cet acte (et non avant ou après), mais ce fondement doit aussi être celui qui effectivement permet son édicition, c'est-à-dire qu'il doit aussi être exact. L'existence et l'exactitude de la base légale sont, ainsi, une condition ou un élément de la validité de l'acte administratif, de sorte que son inexistence est une cause de nullité (par exemple, lorsque la base légale n'existe pas, qu'elle a fait l'objet d'une abrogation ou encore qu'elle n'a pas été promulguée). L'inexactitude de la base légale, découlant du fait que le fonctionnaire invoque une base légale qui, en aucun cas, ne peut fonder son acte, est également une cause de nullité de l'acte administratif (16).

Ainsi que l'a précisé la jurisprudence française, en premier lieu, la base légale doit être exacte, de sorte que, si l'administration fonde sa décision sur un texte, alors qu'elle aurait dû la fonder sur un texte différent, l'acte est vicié si elle n'existe pas encore, - par exemple, si on applique prématurément une loi qui n'est pas encore en vigueur (CE 12 juillet 1955, *Bennet*, RDP, 1956, p. 438) - ou bien n'existe plus, parce que par exemple, le texte a fait l'objet d'une abrogation ou qu'il est devenu caduc (CE 20 janvier 1950, *Commune de Tignes*, Rec., p. 46) (17).

On doit ajouter aux vices affectant la base légale des actes administratifs les cas d'illégalité ou d'inconstitutionnalité de la base légale, c'est-à-dire par exemple, quand l'acte administratif se fonde sur une loi ou sur

(15) LOPA, Vénézuéla, arts. 9 et 18,5.

(16) J.M. Auby et R. Drago, *op.cit.*, Tome II, p. 383.

(17) Voir R. Drago, "Le défaut de base légale dans le recours pour excès de pouvoir", *Etudes et Documents*, Conseil d'Etat, Paris 1960, pp. 32 et 36.

un règlement vicié en soi d'inconstitutionnalité ou d'illégalité et qui est annulé par l'organe juridictionnel compétent (18). La loi organique relative à la Cour Suprême de Justice du Vénézuéla, qui règle le processus du contentieux administratif, permet par exemple l'exercice d'un recours en annulation formé contre un acte administratif à effets particuliers et en même temps contre l'acte général qui lui sert de fondement, motif pris de l'illégalité pour inconstitutionnalité de ce dernier (art. 132), ce qui illustre cette hypothèse de vice de la base légale pour illégalité.

Font également partie de la base légale ou des motifs de droit de l'acte administratif, l'interprétation correcte et adéquate et la portée que l'auteur de l'acte doit donner à son fondement légal. Dès lors, même lorsque la base légale existe, c'est-à-dire lorsqu'elle est légale et exacte, l'acte administratif peut être vicié sur ce terrain par erreur de droit, c'est-à-dire, en raison de la portée ou du sens erronés qui sont attribuées à la norme légale qui autorise l'activité, ou, selon les termes de la jurisprudence vénézuélienne, "lorsque l'organe qui prend l'acte interprète d'une façon erronée une norme juridique donnée, c'est-à-dire, l'applique mal" (19).

Ce vice de la base légale des actes administratifs, appelé "erreur de droit", a été également qualifié par la jurisprudence vénézuélienne de vice de "fausses conditions" ("*falso supuesto*") lequel "peut se référer indistinctement à l'erreur de fait ou à l'erreur de droit commise par l'administration, c'est-à-dire à une appréciation fautive, inexacte ou incomplète de la part de l'administration de l'élément cause de l'acte, considéré dans son ensemble" (20).

D - PRINCIPES RELATIFS AUX CIRCONSTANCES DE FAIT

Les motifs des actes administratifs, qui constituent sa cause sont définis non seulement par la base légale ou les fondements de droit de l'acte, mais aussi par les circonstances de fait des actes administratifs. A cet égard, la loi

(18) Voir arrêt *Bouland*, C.E. 18 juillet 1947, Rec. p. 327, cit. par R. Drago "Le défaut de base légale...", *loc.cit.*, p. 37.

(19) Décision de la Première Cour de contentieux administratif du 26 mai 1983, p. 142, *Revista de derecho público*, n° 15, Caracas 1983, p. 142. Ce que G. Vedel et P. Delvolvé qualifient de "fautive interprétation de la loi". Voir dans G. Vedel et P. Delvolvé, *Droit Administratif*, Paris 1990, t. 2, p. 307.

(20) Décision de la Première Cour de contentieux administratif du 12 avril 1988, *Revista de derecho público*, n° 34, Caracas 1988, pp. 92-94.

argentine sur les procédures administratives dispose que constitue une "exigence essentielle de l'acte administratif" celle qui s'appuie sur "les faits et les antécédents qui lui servent de cause et sur le droit applicable" (art. 7,b).

Toutefois, en ce qui concerne les motifs de fait des actes administratifs et pour ceux-ci soient édictés, le fonctionnaire est obligé avant tout de les déterminer avec précision ; détermination qui, à ce niveau de l'action, ne comporte aucun élément d'appréciation ni de jugement, mais de constatation des faits qui constituent les circonstances de fait de l'acte.

Pour cette détermination, l'administration doit toujours vérifier les faits de manière à constater qu'ils sont certains (et non faux) ; et elle doit les qualifier correctement pour adopter sa décision, conformément à la base légale et à l'attribution de compétence dont elle dispose.

En tout premier lieu, les faits doivent exister, être exacts et être dûment vérifiés par l'administration. Ceci fait partie de ce que la jurisprudence française a qualifié "contrôle minimum", exercé par le juge administratif, et qui porte, en dehors de l'erreur de droit, sur l'erreur manifeste d'appréciation sur le détournement de pouvoir et sur le contrôle de l'existence et de l'exactitude matérielle des faits (21) .

Ainsi, les actes administratifs sont viciés quand ils se fondent sur des faits inexistant, par exemple si on sanctionne un fonctionnaire pour une faute non commise ou si on se fonde sur des faits inexacts, non vérifiés par l'administration.

Comme l'a admis la jurisprudence vénézuélienne, toute décision administrative "se trouve déterminée par la vérification préalable des circonstances de fait prévues dans la norme, celle-ci étant clairement établie pour obliger l'administration à soumettre ses actes, dans chaque cas, à la norme juridique préexistante ; c'est pourquoi, dans un cas concret, lorsqu'il n'existe aucune preuve des faits qui motivent une décision, celle-ci est "manifestement infondée" et est ainsi entachée de nullité "pour s'être fondée sur des faits non vérifiés" (22).

(21) J.M. Auby et R. Drago, *op.cit.*, Tome II, pp. 370 et 393 ; J. Rivero, *Droit administratif*, Paris 1987, pp. 310-311.

(22) Décision de la Cour Suprême de Justice, Chambre politico-administrative, du 22 mai 1963, *Gaceta Forense*, n° 40, 1963, p. 237. Voir Allan R. Brewer-Carías, "Los límites del poder discrecional de las autoridades administrativas", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad católica Andrés Bello*, n° 2, 1965-1966, Caracas 1966, pp. 16 et 17.

Les faits qui motivent un acte administratif doivent donc non seulement exister réellement et être exacts (23) mais aussi être dûment vérifiés ; et bien que la charge de la preuve incombe essentiellement à l'administration, cela n'exclut pas le droit et parfois l'obligation pour les administrés d'apporter les preuves requises. L'administration ne peut tenir pour établis des faits avec les seuls éléments administratifs, mais elle doit prendre en compte les preuves du dossier administratif dans sa totalité, étant toujours obligée de décider, "conformément à ce qui est établi dans le dossier" (24). Ainsi que nous l'avons indiqué, la jurisprudence française a contrôlé "l'erreur manifeste" d'appréciation des faits comme une limite à l'exercice du pouvoir discrétionnaire, en se référant à l'arbitraire dans la vérification des faits, c'est-à-dire, à ce qui excède les limites du raisonnable.

Ce vice dans la vérification des motifs de fait a été qualifié par la jurisprudence vénézuélienne de vice de "fausse condition", lequel consiste dans l'inexactitude des éléments ou motifs sur lesquels s'est fondé le fonctionnaire qui a pris l'acte ; en considérant que pour que puisse être invalidée une décision pour "fausse condition", il est nécessaire que "s'avèrent totalement inexacts le ou les éléments qui ont servi de base à ce qui a été décidé", et en excluant l'annulation lorsque seulement quelques-uns des faits ont été inexacts, mais non ceux qui ont motivé l'acte administratif (25).

Mais, outre l'exigence que les faits existent et soient dûment et rationnellement établis, l'auteur de l'acte administratif doit réaliser une seconde opération qui consiste à les "conformer à la condition légale" (26), ce que la jurisprudence française dénomme la "qualification juridique des faits", en vertu de laquelle le fonctionnaire doit vérifier si les faits sont "de nature à justifier légalement la décision", ce qui est considéré comme contrôlable par le juge administratif, dans ce que l'on appelle le "contrôle normal" (27). Ce

(23) LGAP Costa-Rica, Art. 133, où l'on exige que le motif doit "exister tel qu'il a été pris en compte pour édicter l'acte".

(24) Décision de la Cour Suprême de Justice (Chambre politico-administrative) du 8 juin 1984, *Gaceta Forense*, n° 44, 1964, pp. 119-121. Voir également Allan R. Brewer-Carias, *Jurisprudencia de la Corte Suprema...*, Tome I, Caracas 1975, pp. 621-622.

(25) Décision de la Première Cour de Contentieux Administratif du 7 novembre 1985, *Revista de derecho público*, n° 24, Caracas, 1985, p. 125. Dans le même sens, décision de la Cour Suprême de Justice (Chambre politico-administrative) du 7 novembre 1988, *Revista de derecho público*, n° 34, Caracas 1988, p. 94.

(26) Décision de la Cour Suprême de Justice du 3 juillet 1961, *Gaceta Forense*, n° 33, 1961, p. 20. Voir commentaire dans Allan R. Brewer-Carias, "Los límites del poder...", *loc.cit.*, p. 18.

(27) Voir J.M. Auby et R. Drago, *op.cit.*, Tome II, p. 403 ; G. Vedel et P. Delvolvé, *op.cit.*, p. 337 (t. 2) ; Long, Weil, Braibant, Delvolvé et Genevois, *op.cit.*, p. 171.

contrôle concerne l'application des concepts juridiques indéterminés, qui ne constituent pas l'exercice du pouvoir discrétionnaire et qui sont nés avec l'arrêt *Gomel* du Conseil d'Etat en date du 4 avril 1914, dans lequel la haute juridiction a décidé que pour prendre la décision de refuser un permis de construire, un préfet devait apprécier si la construction projetée portait atteinte à la perspective monumentale d'une place ; le juge, considérant que la place n'avait pas une telle perspective monumentale, la décision a été annulée (28). Plus récemment, on peut trouver ce même contrôle dans l'arrêt *Pardov* du 3 février 1975, dans lequel le Conseil d'Etat a décidé que, pour justifier l'arrêté d'expulsion d'un étranger, le ministre de l'Intérieur devait apprécier si la présence du sieur Pardov pouvait être regardée comme constituant une "menace pour l'ordre public" aux termes de l'article 23 de l'Ordonnance du 2 novembre 1945. Le ministre, pour justifier l'arrêté d'expulsion, avait fait état d'une part, des conditions irrégulières d'entrée et de séjour de l'intéressé en France, et d'autre part, de ce qu'il ne se livrait à aucune activité et se trouvait dépourvu de ressources normales. Le Conseil d'Etat avait considéré dans ce cas que le ministre avait commis une erreur manifeste d'appréciation, c'est-à-dire, qu'il avait mal appliqué, mal apprécié et mal déterminé les circonstances de fait dans l'application du concept juridique indéterminé de "menace pour l'ordre public" (29).

Dès lors, en ce qui concerne les circonstances de fait des actes administratifs comme éléments de validité de ces actes, les faits doivent exister, être exacts, être dûment établis à l'aide de preuves en fonction desquelles l'administration doit décider, en qualifiant les faits conformément à ce qui est imposé dans le fondement légal de l'acte. En conséquence, tout acte administratif édicté sur la base de faits inexacts, faux, non prouvés ou appréciés de manière erronée est entaché d'illégalité.

En particulier, dans cette opération de qualification juridique des faits, l'ancienne Cour Fédérale du Vénézuéla a considéré en 1957 comme des excès de pouvoir les cas dans lesquels un fonctionnaire, sans violer aucune prescription légale, fait un usage indû du pouvoir qui lui est attribué, parce qu'il tergiverse ou altère la réalité des motifs de fait (30). Le vice, dans ce cas

(28) Long, Weil, Braibant, Delvolvé et Genevois, *op.cit.*, pp. 170-177.

(29) C.E. arrêt *Pardov*, 3 fév. 1975, (R. 83), ou J.F. Lachaume, *Les grandes décisions de la jurisprudence. Droit administratif*, Paris 1991, p. 421 et s.

(30) Décision du 9 août 1957, *Gaceta Forense*, n° 17, 1957, pp. 132-137 ; v. Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema...*, *op.cit.*, Tome III, Vol. 1).

aussi, a été qualifié de "fausse condition" et apparaît quand il y a :

"une mauvaise appréciation des éléments matériels existant dans la procédure administrative, de sorte qu'elle fait produire à la décision des effets différents de ceux qu'elle aurait produits si cette appréciation avait été faite correctement" (31).

En définitive, comme l'affirme la jurisprudence vénézuélienne, l'appréciation correcte des faits sur lesquels reposent les décisions administratives "constitue un facteur essentiel de la légalité et de la correction de ces décisions et en conséquence, un moyen adéquat de pouvoir réaliser leur contrôle juridictionnel en vue du maintien de tels objectifs" (32).

E - PRINCIPES RELATIFS A LA FINALITE DE L'ACTION ADMINISTRATIVE

L'activité administrative, dans l'Etat de droit, est toujours subordonnée par la loi à l'obtention de résultats déterminés (33). Ces buts ou finalités sont toujours déterminés dans l'ordonnement juridique ; il en résulte qu'un acte administratif ne sera valide, comme le prévoit la Loi Générale relative à l'administration publique du Costa-Rica, que s'il "se conforme substantiellement à l'ordonnement juridique, y compris quant au mobile du fonctionnaire qui l'édicte" (art. 128).

Or, les buts de l'activité administrative peuvent être spécifiques, si l'on prend en compte l'action particulière de l'administration, et, en toute hypothèse, ce seront des buts génériques "de service public ou qui sont inclus

(31) Décision de la Première Cour de contentieux administratif du 4 novembre 1986, *Revista de derecho público*, n° 28, 1986, p. 91.

(32) Décision de la Cour Suprême de Justice en Chambre politico-administrative du 9 juin 1988, *Revista de derecho público*, n° 35, 1988, p. 97. Dans cette même décision, la Cour ajouta : "constitue une illégalité le fait que les organes administratifs appliquent les facultés qu'ils exercent à des éléments distincts de ceux qui sont expressément prévus par les normes, ou qui déforment la manière réelle dont les faits se sont produits ou la portée réelle des dispositions légales, afin de parvenir à des effets déterminés sur la base de réalités distinctes de celles qui existent ou qui sont attestées dans le dossier administratif concerné, concrétisation de la procédure destinée à la création correcte de l'acte", *idem*.

(33) L'art. 40, 1 de la loi sur les procédures administratives espagnole prescrit que le contenu des actes administratifs sera ajusté aux buts de ceux-ci ; et l'art. 131, 2 de la LGAP du Costa-Rica prescrit ainsi que "les fins principales de l'acte seront fixées par l'ordonnance".

dans la fonction administrative" (34). Ou alors, comme le souligne en termes généraux le code du contentieux administratif de la Colombie :

"Les fonctionnaires tiendront compte du fait que l'activité administrative a pour objet l'accomplissement des missions étatiques, ainsi que l'indiquent les lois, les prestations adéquates des services publics et l'effectivité des droits et des intérêts des administrés, tels qu'il sont reconnus par la loi" (35).

En conséquence, même quand l'ordonnancement juridique ne fixe pas un but spécifique à l'action administrative, le fonctionnaire ne dispose pas d'un pouvoir discrétionnaire à l'égard des buts qu'elle poursuit, mais il est toujours tenu de réaliser les objectifs génériques de service public que, comme l'indique expressément la Loi Générale sur l'administration publique du Costa-Rica, "le juge devra déterminer en fonction des autres éléments de l'acte et du reste de l'ordonnancement juridique" (36).

Il est évident que la conséquence de la nécessaire obtention de résultats déterminés par l'administration est, comme l'a indiqué la jurisprudence vénézuélienne, que "l'administration publique ne peut aboutir à des résultats différents de ceux poursuivis par le législateur, même lorsque ceux-ci répondent à la plus stricte licéité et à la plus stricte moralité, car ce que l'on cherche, c'est atteindre un but déterminé, que l'on ne peut faire dévier pour aucun motif, aussi plausible soit-il" (37).

En ce sens, la loi sur les procédures administratives d'Argentine, en énumérant les exigences essentielles des actes administratifs, énonce que ceux-ci

"devront réaliser la finalité qui résulte des normes conférant les compétences adéquates à l'organe qui en est l'auteur, sans pouvoir poursuivre, en les dissimulant, d'autres finalités publiques ou privées, distinctes de celles qui justifient l'acte, sa cause et son objet" (art. 7, f).

(34) Décision de l'ancienne Cour fédérale (Vénézuéla) du 28 septembre 1954, *Gaceta Forense*, n° 5, Caracas 1954, p. 217-218.

(35) Art. 2.

(36) LGAP Costa-Rica, art. 131, 2.

(37) Décision de l'ancienne Cour fédérale du 28 septembre 1954, *Gaceta Forense*, n° 5, Caracas 1954, p. 217-218.

En conséquence, comme l'indique expressément la Loi Générale sur l'administration publique du Costa-Rica, "la poursuite d'une finalité distincte du but principal, au détriment de celui-ci, sera un détournement de pouvoir" (art. 131, 3), utilisant ainsi la terminologie consacrée en France pour identifier le vice dans la finalité de l'acte administratif et qui sanctionne par l'illégalité tant les cas pour lesquels l'acte administratif est étranger à l'intérêt général que les cas dans lesquels même conçus dans l'intérêt général, les objectifs qui motivent l'action ne sont pas ceux qui justifient l'octroi du pouvoir d'agir à un fonctionnaire déterminé (38).

A la différence du système français, cependant, dans lequel le vice est une pure création jurisprudentielle, en Amérique latine il a été consacré législativement et même, dans quelques cas, constitutionnellement (ainsi dans la Constitution du Vénézuéla, laquelle, en définissant l'objet de la juridiction administrative, indique, entre autres, l'annulation des actes administratifs "contraires au droit, y compris par détournement de pouvoir") (art. 206).

Sur cette base, la jurisprudence vénézuélienne s'est préoccupée de ce thème, en précisant l'existence d'un tel vice de la manière suivante :

"il y a détournement de pouvoir quand l'acte, même formellement et substantiellement en accord avec la loi, ne l'est pas cependant du point de vue téléologique en ce que, l'administration, en l'édictant, ne poursuit pas le but pour l'obtention duquel la faculté d'agir lui a été accordée, mais une fin distincte qui est, en soi, contraire au droit. Par le biais de ce vice, la jurisprudence qui l'a conçu et postérieurement la doctrine qui en a déterminé les modalités et finalement la norme expresse qui le consacre, tendent à établir un contrôle sur l'intention de l'Administration, ce qui va au-delà du simple examen de l'apparence de l'acte, pour permettre que l'on se penche de plus près sur les motifs réels et concrets qu'a eus son auteur. Le détournement de pouvoir, pour être caractérisé, ne requiert même pas que la fin particulière poursuivie par la décision soit contraire à la loi : il suffit qu'elle soit contraire à l'objectif que, par l'acte spécifique édicté, l'on s'efforce de poursuivre" (39).

(38) Voir l'arrêt *Pariset*, C.E. 26 nov. 1875, Rec. 934 et les commentaires dans Long, Weil, Braibant, Delvolvé et Genevois, *op.cit.*, pp. 38 et s. ; voir en outre, J.M. Auby et R. Drago, *op.cit.*, Tome II, pp. 415 et s.

(39) Décision de la Première Cour de contentieux administratif du 14 juin 1982, *Revista de derecho público*, n° 11, Caracas 1982, p. 134. Voir aussi décision de la Cour Suprême de Justice du 15 novembre 1982, *Revista de derecho público*, n° 12, Caracas, 1982, pp. 134-135 ;

Non seulement la finalité de l'acte administratif ne doit pas être "détournée", mais la procédure administrative spécifique ne peut l'être davantage. C'est dire que les procédures sont aussi instituées en vue de l'obtention d'un résultat concret, de telle manière que tout détournement de procédure entache l'acte qui en résulte. Le vice consiste dans l'utilisation par l'administration d'une procédure administrative ayant un objet distinct de la finalité pour laquelle cette procédure a été instituée. Ce vice, identifié précisément dans la jurisprudence française depuis plus de quatre décennies (40), tient au principe selon lequel le fonctionnaire n'a pas le pouvoir de choisir entre diverses procédures pour obtenir un résultat déterminé. Si ce que l'on cherche, par exemple, est le transfert d'un immeuble privé à l'Etat pour une cause d'utilité publique, l'administration doit utiliser la procédure de l'expropriation, si bien que l'utilisation à cette même fin de toute autre procédure qui ait comme résultat la suppression de la propriété sans paiement d'une juste indemnisation, apparaîtrait comme un détournement de procédure (41).

et décision de la Première Cour de Contentieux Administratif du 13 août 1986, *Revista de derecho público*, n° 28, Caracas 1986, p. 92 par laquelle fut annulé un acte administratif disciplinaire, parce que celui-ci "ne fut pas l'application nette d'une procédure disciplinaire mais dissimulait une vengeance des autorités", circonstance constitutive d'un détournement de pouvoir, que l'article 206 de la Constitution sanctionne comme un vice susceptible d'entraîner la nullité de l'acte", *idem*.

(40) R. Hostiou, *Procédure et formes de l'acte administratif unilatéral en droit français*, Paris 1975, pp. 315 et s.; J.M. Auby et R. Drago, *op.cit.*, p. 810; G. Isaac, *La procédure administrative non contentieuse*, Paris 1968, pp. 59 et s.

(41) Un cas de nullité d'un décret d'expropriation pour détournement de procédure peut être identifié dans la décision de la Cour Suprême de Justice (Chambre Politico-Administrative) du 8 janvier 1970, *Gaceta Oficial*, n° 29122 du 16 janvier 1970 (affaire *Nelson C.A.*) dans laquelle la Cour considéra l'émission d'un nouveau décret d'expropriation visant des immeubles comme "un cas typique de détournement de pouvoir" car "par ces actes, on a essayé d'obtenir des bénéfices pour l'administration en utilisant des procédures qui ne concordent pas strictement à la finalité stricte des pouvoirs qui ont été utilisés. Dans ce cas, il s'agissait d'immeubles déjà occupés et construits par l'Etat, qui avaient fait l'objet d'un décret d'expropriation. La procédure d'expropriation était presque achevée lorsque l'Administration prit un nouveau décret renonçant à l'expropriation; le même jour elle prit un nouveau décret d'expropriation portant sur une zone plus vaste. La Cour considéra que "la finalité poursuivie par le décret n° 791 (de renonciation de l'expropriation) n'a pas été celle de renoncer à la procédure, puisque, à la même date, a été pris le décret n° 792 qui concerne la même chose expropriée; la vraie finalité, comme l'explique l'avis du Procureur général de la République, a été celle de reprendre la procédure et d'avoir une autre occasion d'obtenir un prix plus conforme aux intérêts de la Nation; de telles procédures contribuent,

F - PRINCIPES RELATIFS A L'OBJET DES ACTES ADMINISTRATIFS

Enfin, parmi les éléments de la légalité interne de l'acte administratif, comme de tout acte juridique, il y a son objet ou son contenu, c'est-à-dire, l'effet pratique que l'on prétend atteindre avec l'acte administratif, par exemple la nomination d'un fonctionnaire, la saisie d'un bien, la démolition d'un immeuble ou l'octroi d'un permis.

Cet objet de l'acte administratif, comme de n'importe quel acte juridique, doit être déterminé ou déterminable, être possible et licite. C'est ce que prévoit par exemple, la Loi Générale sur l'administration publique du Costa-Rica, lorsqu'elle énonce que le contenu des actes administratifs "devra être licite, possible, clair et précis"; ou la loi argentine sur les procédures administratives lorsqu'elle pose comme condition essentielle des actes administratifs, que "l'objet doit être clairement, matériellement et juridiquement possible" (art. 7,c).

La conséquence de ces exigences concernant l'objet est qu'un acte administratif dont le contenu est indéterminé, d'exécution impossible, illégal en soi ou dont l'exécution serait illégale, ne peut être valide et doit être frappé de nullité absolue. Ainsi se prononce la loi vénézuélienne sur les procédures administratives, lorsqu'elle considère comme un des cas de nullité absolue des actes administratifs l'hypothèse selon laquelle "son contenu est d'exécution impossible ou illégale" (art. 19, 3) (42). Dans le même sens, la loi espagnole sur la procédure administrative énonce que sont nuls de plein droit les actes de l'Administration "dont le contenu est impossible ou qui sont constitutifs de délit" (art. 47, b).

sans aucun doute, à modifier la nature du jugement d'expropriation". Voir le texte de la sentence in Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema... cit...*, Tome III, Vol 1, p. 338-339.

(42) Par exemple, un décret d'expropriation de quelques immeubles qui ont été expropriés. Voir décision de la Cour Suprême de Justice (Vénézuéla), Chambre politico-administrative, du 8 janvier 1970 (affaire *Nelson C.A.*), *Gaceta Oficial* n° 29122 du 16 janvier 1970. Voir de même in Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema... cit.*, Tome III, Vol. 1, p. 339.

§ 2 - LES ELEMENTS DE FORME DES ACTES ADMINISTRATIFS

Mais les lois sur la procédure administrative dans les pays latino-américains, en dehors des éléments de fond ou de légalité interne, règlent aussi les éléments de forme de actes administratifs, appelés encore éléments de légalité externe, et définis tant par les formalités nécessaires à leur production que par les éléments formels de l'expression externe des actes, en particulier leur forme écrite et leur motivation. Nous distinguons donc, suivant en cela René Hostiou, les *formalités* des actes administratifs constituées par les diverses opérations qui en conditionnent l'émission et l'entrée en vigueur de l'acte et les *formes* qui sont les mentions de l'écrit, traduisant les diverses conditions de régularité de l'acte et notamment la motivation ou l'expression des motifs.

A - LES FORMALITÉS DES ACTES ADMINISTRATIFS

Ainsi que l'indique la loi argentine sur les procédures administratives, avant l'émission de l'acte administratif "doivent être accomplies les procédures substantielles prévues et celles qui découlent implicitement de l'ordonnement juridique" (art. 7, d) (43). En ce sens, la procédure s'identifie avec les formalités qui doivent être accomplies préalablement à l'adoption de l'acte (44).

Or, les formalités établies légalement et qui composent une procédure administrative ont toujours deux objectifs généraux, ainsi que le prévoit la Loi Générale sur l'administration publique du Costa-Rica : en premier lieu, assurer la meilleure réalisation possible des fins de l'Administration et, en second lieu, assurer le respect des droits et des intérêts légitimes des administrés (art. 214). Ces formalités sont prévues fréquemment, de manière disparate, dans les divers textes régulateurs de l'activité administrative ; parmi celles-ci, on peut distinguer celles qui peuvent être considérées comme substantielles et dont la méconnaissance peut affecter l'acte administratif d'un vice de nullité (art. 223, 1, LGAP Costa-Rica), et celles qui ne peuvent pas être regardées comme substantielles et dont la méconnaissance n'affecte pas la validité des actes administratifs.

(43) Voir R. Hostiou, *op.cit.*

(44) Le terme "procédure" s'entend ici au sens strict.

Or, en suivant l'orientation de la jurisprudence française (45), on peut remarquer qu'en Espagne et en Amérique latine sont toujours considérées comme substantielles les formalités prescrites pour garantir les droits des administrés, comme par exemple, celles qui prévoient la comparution ou l'audition des intéressés comme mode d'information préalable à une décision, ou pour assurer les droits de la défense (*audi alteram parte*). La Loi Générale sur l'administration publique du Costa-Rica, de son côté, dispose que doit être considérée comme une formalité substantielle celle dont l'omission "entraînerait une absence de défense" (art. 223).

En outre, doivent aussi être considérées comme substantielles les formalités dont l'inaccomplissement pourrait changer le sens de la décision. Ainsi, de manière expresse, la Loi Générale sur l'administration publique du Costa-Rica, entend

"comme substantielle la formalité dont la réalisation correcte aurait empêché ou modifié la décision finale dans des éléments importants" (art. 223, 2).

Fréquemment, par exemple, les textes légaux exigent, en cours de procédure, l'intervention préalable et obligatoire d'organes consultatifs, dont l'opinion peut être contraignante ou non contraignante pour l'organe qui édicte l'acte. Comme l'indique la loi espagnole sur les procédures administratives, "les avis peuvent être obligatoires ou facultatifs, contraignants ou non contraignants" (art. 85,1).

Toutefois, sauf disposition légale contraire, conformément aux articles 81 f et 57 des lois sur les procédures administratives d'Espagne et du Vénézuéla, les rapports qui sont émis par des organes consultatifs doivent être considérés comme non contraignants par l'autorité qui doit adopter la décision.

Cependant, il faut souligner en ce sens que la loi sur les procédures administratives d'Argentine, à propos de l'émission des actes administratifs, considère toujours comme "essentiel l'avis provenant des services permanents d'assistance juridique quand l'acte pourrait affecter des droits subjectifs et des intérêts légitimes" (art. 7,d), sans prévoir évidemment, dans ce cas, le caractère contraignant de l'avis juridique.

(45) G. Vedel et P. Delvolvé, *op.cit.*, t. 2, p. 303 ; G. Berlia, "Vice de forme et contrôle des actes administratifs", *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, Paris 1940, pp. 377 et s.

Dans d'autres cas, la formalité substantielle consiste à exiger, pour l'émission d'un acte administratif par un organe, la formulation d'une proposition de la part d'un autre organe administratif. Cette proposition peut consister seulement à laisser l'initiative de la décision à l'organe qui propose, ou peut consister en une proposition appelée impérative, de manière que l'intervention de l'organe de proposition a pour effet essentiel de limiter le pouvoir de décision de l'organe qui prend la décision (46). C'est le cas en général des concours pour la nomination de fonctionnaires, dont l'évaluation et la proposition appartiennent à un jury ou à une commission qualifiée, qui ensuite propose la nomination à l'autorité qui décide, sans que cette dernière puisse modifier de quelque manière que ce soit la proposition.

En tout cas, et sauf détermination expresse de la loi, l'organe administratif auquel il appartient de prendre une décision a la liberté de consulter d'autres autorités ou organismes, comme l'indique la loi sur les procédures administratives du Vénézuéla et demander les "rapports, documents ou antécédents qu'il estime convenir pour la meilleure solution de la question" (art. 54). Cependant, l'omission des rapports et antécédents ne suspend pas le cours de l'affaire, sauf disposition expresse contraire, sans préjudice de la responsabilité qu'encourt le fonctionnaire pour l'omission ou le retard (art. 56).

B - LA FORME DES ACTES ADMINISTRATIFS

Le principe concernant la forme des actes administratifs est résumé dans l'article 8 de la loi sur les procédures administratives d'Argentine, qui dispose que :

"L'acte administratif revêtira une forme expresse et écrite; il indiquera le lieu et la date où il a été édicté et contiendra la signature de l'autorité qui l'émet; exceptionnellement et si les circonstances le permettent, une forme distincte pourra être utilisée".

Une formulation similaire figure à l'article 134 de la Loi Générale relative à l'Administration publique du Costa-Rica (47), et sous une forme

(46) Voir R. Hostiou, *op.cit.*, pp. 37 et s.

(47) Art. 134 : "L'acte administratif devra être exprimé par écrit, sauf si sa nature ou les circonstances exigent une forme différente. 2. L'acte écrit devra indiquer l'organe qui agit, le

plus détaillée, à l'article 18 de la loi organique sur les procédures administratives, qui dispose que :

"Tout acte administratif devra contenir : 1. le nom du ministère ou de l'organisme auquel appartient l'organe qui émet l'acte ; 2. le nom de l'organe qui émet l'acte ; 3. les lieux et dates d'édition de l'acte ; 4. le nom de la personne ou de l'organe destinataire ; 5. l'expression succincte des faits, des raisons qui ont été alléguées et des fondements légaux pertinents ; 6. la décision correspondante s'il y a lieu ; 7. le nom du fonctionnaire ou des fonctionnaires qui le signent, avec indication du titre en vertu duquel ils agissent et indication expresse, dans le cas d'un acte par délégation, du numéro et de la date de l'acte de délégation qui a conféré la compétence ; 8. le cachet du bureau".

Cette norme ajoute que "l'original de chaque acte contiendra la signature autographe du ou des fonctionnaires qui le souscrivent". Cette exigence est évidemment complétée par celle de la signature dans les cas de ratification par contreseing ministériel, laquelle est généralement de rang constitutionnel (48). Cependant, en ce qui concerne la signature des actes administratifs, la loi vénézuélienne précise que "dans le cas des actes dont la fréquence le justifie, il pourra être admis par décret que la signature des fonctionnaires "sera imprimée par des moyens mécaniques qui offrent des garanties de sécurité" (art. 18).

Il résulte de ce qui précède qu'en principe l'acte administratif doit être écrit, mais peut, cependant, revêtir une forme verbale ou s'exprimer selon des procédés mécaniques (49), à condition que cette décision n'affecte pas des droits et des intérêts des destinataires.

Il convient de souligner, parmi les exigences de forme des actes administratifs, celle de la loi vénézuélienne selon laquelle ces actes doivent contenir l'expression succincte des fondements légaux pertinents (art. 18,5). C'est ce qui s'appelle, en droit français, le système de "visas" de l'acte administratif, qui impose, entre autres, l'expression formelle de la base légale

droit applicable, la disposition, la date et la signature en mentionnant la fonction du signataire".

(48) Art. 190, Constitution du Vénézuéla.

(49) Par exemple, art. 41,2 LPA Espagne.

de l'acte, c'est-à-dire, des normes légales ou réglementaires qui autorisent son émission (50).

C - LA MOTIVATION DES ACTES ADMINISTRATIFS

La motivation, comme exigence de forme des actes administratifs, consiste en la nécessaire expression formelle des motifs de l'acte, tant ceux qui sont de droit et qui déterminent sa base légale que les motifs de fait qui provoquent l'action administrative. Ainsi la motivation est l'expression formelle de la cause des actes administratifs, c'est-à-dire, des fondements de fait et de droit de ceux-ci.

Or, l'évolution que l'on observe en droit français en matière de motivation des actes administratifs (qui a commencé par un régime d'absence d'obligation de motiver les actes administratifs, jusqu'à l'édition de la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979, laquelle imposa l'obligation de motiver les décisions administratives défavorables aux administrés), s'est produite, on peut le dire, dans tous les pays à régime administratif. La jurisprudence, bien entendu, a joué dans cette évolution un rôle fondamental en exigeant la motivation dans le cas de mesures graves imposées à un particulier, dans le cas où la motivation serait l'unique moyen de pouvoir apprécier la régularité ou la légalité de l'acte administratif, et en particulier lorsque des sanctions disciplinaires sont infligées aux fonctionnaires (51). Mais la timidité de la jurisprudence française en cette matière, en tout cas, fut surmontée par la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979, qui imposa l'obligation de motiver les décisions qui restreignent l'exercice des libertés publiques ou, de manière générale, constituent une mesure de police, qui infligent une sanction, qui subordonnent l'octroi d'une autorisation à des conditions restrictives ou imposent des sujétions, qui retirent ou abrogent une décision créatrice de droits, qui opposent une prescription, une forclusion ou une déchéance, ou refusent un avantage dont l'attribution constitue un droit pour les personnes qui remplissent les conditions légales pour l'obtenir (52).

(50) G. Dupuis, "La présentation de l'acte administratif" dans G. Dupuis (éd), *Sur la forme et la procédure de l'acte administratif*, Paris 1979, p. 15 ; R. Hostiou, *op. cit.* pp. 159 et ss. ; P. Delvolvé, *L'acte administratif* Paris 1983, p. 181.

(51) J.M. Auby et R. Drago, *op. cit.*, Tome II, pp. 305-306 ; R. Hostiou, *op. cit.* pp. 180 et ss. ; P. Delvolvé, *op. cit.*, p. 182 ; G. Isaac, *op. cit.*, p. 561 et ss.

(52) Art. 1. Voir sur la loi 79-587 du 11 juillet 1979, Didier Linotte, "La motivation obligatoire de certaines décisions administratives", *Revue du droit public*, Paris, 1980, n° 6, pp. 1699 et ss. ; J.M. Auby et R. Drago, *op. cit.*, Tome II, p. 307.

Une solution similaire a été adoptée dans la législation espagnole par la loi sur la procédure administrative, dès 1958, selon laquelle :

"Seront motivés, avec une référence succincte aux faits et aux fondements de droit : a) les actes qui limitent des droits subjectifs ; b) ceux qui règlent des recours ; c) ceux qui s'éloignent du critère suivi dans des actions précédentes ou de l'avis d'organes consultatifs ; d) ceux qui doivent l'être en vertu de dispositions légales ; e) les décisions de suspension d'actes qui ont été objet de recours" (53).

Plus radicale a été, en tout cas, l'évolution en Argentine et au Vénézuéla, dont les législations, après le travail continu de la jurisprudence qui avait progressivement exigé la motivation en ce qui concerne les actes-sanctions, ceux qui restreignent les droits des particuliers et ceux qui sont édictés sur la base de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire (54), ont posé l'obligation générale de motivation pour tous les actes administratifs. Ainsi, l'article 7, e, de la loi argentine sur les procédures administratives pose comme une exigence essentielle des actes administratifs qu'"ils devront être motivés, exprimer sous une forme concrète les raisons de l'édition de l'acte, et mentionner en outre les faits et les antécédents qui lui servent de cause ainsi que les fondements de droit en vigueur". Dans un sens identique, la loi vénézuélienne sur les procédures administratives dispose que :

"Les actes administratifs à caractère particulier devront être motivés, à l'exception de ceux qui sont de simple gestion ou sauf disposition expresse de la loi. A cet effet, ils devront faire référence aux faits et aux fondements légaux de l'acte"(art. 9).

En conséquence, l'absence de motivation des actes administratifs à effets particuliers peut s'appuyer seulement sur un texte légal exprès qui la consacre, ce qui n'est pas fréquent.

(53) Dans le même sens, art. 136 LGAP Costa-Rica.

(54) Voir Allan R. Brewer-Carias, *El Derecho administrativo y la ley orgánica de procedimientos administrativos*, Caracas 1985, pp. 158 et ss.

§ 3 - LE REGIME DES NULLITES DES ACTES ADMINISTRATIFS

L'une des conséquences les plus importantes du processus de codification du droit administratif et de la régulation législative des éléments de l'acte administratif en Espagne et en Amérique latine est la réglementation expresse du régime des nullités des actes administratifs et particulièrement, l'établissement par la loi des cas de nullité absolue et leurs conséquences.

En effet, comme l'indique la Loi Générale sur l'administration publique du Costa-Rica, "l'absence ou l'insuffisance d'un quelconque élément de l'acte administratif, expressément ou implicitement exigé par l'ordonnancement juridique, constitue un vice de celui-ci" (art. 158, 1).

Toutefois, tout vice n'est pas de nature à affecter la validité des actes administratifs ou en d'autres termes, n'importe quelle défectuosité ou omission dans les éléments ou conditions d'un acte administratif n'entraînera pas sa nullité. L'invalidité, et par voie de conséquence la possibilité d'annuler les actes administratifs, se produit seulement quand l'acte administratif fait état d'une non-conformité substantielle avec l'ordonnancement juridique (55). En d'autres termes, les vices non substantiels n'invalident pas les actes administratifs et ne conduisent pas à déclarer leur nullité, sans préjudice de la responsabilité disciplinaire du fonctionnaire (56).

Cependant, l'invalidité de l'acte administratif n'a pas toujours la même gravité quant à son origine ni les mêmes effets, puisqu'elle peut apparaître comme le résultat d'un vice de nullité absolue ou d'un vice de nullité relative, selon la gravité de la violation commise. La problématique de la théorie des nullités des actes administratifs consiste alors précisément à déterminer quand le vice de l'acte administratif entraîne la nullité absolue de celui-ci et, à défaut, quand il y a seulement vice de nullité relative ou "annulabilité" ; les effets d'un vice ou d'un autre, dans le monde du droit, sont totalement distincts.

Or, à la différence de ce qui se passe en France, en Espagne et en Amérique latine, en général, ce sont les lois sur la procédure administrative qui déterminent expressément les cas où il y a vice de nullité absolue ou vice de nullité relative des actes administratifs. En ce sens, deux systèmes de

(55) Art. 158 LGAP Costa-Rica.

(56) Art. 158.5 LGAP Costa-Rica. En ce sens l'article 16 de la LPA en Argentine énonce que "l'irrégularité d'une clause incidente ou accessoire d'un acte administratif n'entraînera pas la nullité de celui-ci, à condition qu'elle en soit séparable et qu'elle n'affecte pas l'essence de l'acte émis".

détermination de ces vices ont été suivis par les législations relatives aux procédures administratives en Espagne et en Amérique latine. En premier lieu, se détache le système adopté par la Loi Générale sur l'administration publique du Costa-Rica qui prévoit d'une manière générale, d'une part "qu'il y aura nullité absolue quand font totalement défaut, matériellement ou juridiquement, un ou plusieurs des éléments constitutifs des actes administratifs" et, d'autre part, "qu'il y aura nullité relative de l'acte quand l'un de ses éléments constitutifs est imparfait, sauf si cette imperfection empêche la réalisation du but poursuivi, auquel cas la nullité sera absolue" (art.165, 2 et 3) (57). Ce premier système, basé sur l'absence des éléments de l'acte ou seulement sur leur imperfection, laisse subsister cependant dans la pratique une frontière imprécise entre les deux types de vices des actes administratifs, et de ce fait sa détermination continue de relever de la casuistique.

Le second système général relatif au régime des nullités absolues, plus précis que le précédent, consiste dans l'énumération expresse par la législation des cas dans lesquels les vices entraînent une nullité absolue, ces derniers étant déterminés dans un *numerus clausus*.

C'est le système de la loi espagnole sur la procédure administrative qui prévoit expressément quatre cas seulement de nullité absolue des actes administratifs, ceux qu'elle qualifie de "nullités de plein droit". Ces cas sont : 1. Les actes pris par un organe manifestement incompétent ; 2. Ceux dont l'objet est impossible ou qui sont constitutifs de délit ; 3. Ceux qui sont pris en faisant totalement et absolument abstraction de la procédure légalement établie à cette fin ou des normes qui contiennent les règles essentielles à la formation de la volonté des organes administratifs (art. 47, 1). Il s'agit en résumé, des vices graves de compétence, des vices affectant l'objet de l'acte, et de vices dans les formalités substantielles (58). La loi espagnole sur le régime juridique de l'administration de l'Etat ajoute à ces vices de nullité absolue les cas de violation de la "réserve légale" et du respect de la hiérarchie des actes (59).

La législation relative aux procédures administratives du Vénézuéla, outre les cas précédemment mentionnés d'incompétence manifeste, d'impossibilité ou d'illégalité de l'objet de l'acte et de l'absence absolue et totale de la procédure légalement prescrite (art. 19, 3 et 4), a ajouté comme

(57) Voir Eduardo Ortiz Ortiz, "Nulidades del acto administrativo en la Ley General de Administración Pública (Costa-Rica)", *Revista del Seminario internacional de derecho administrativo*, San José 1981, pp. 381 et ss.

(58) Voir Tomás Ramón Fernández Rodríguez, *Nulidad de los actos administrativos*, Caracas, 1987 ; et *La doctrina de los vicios de orden público*, Madrid 1970.

(59) Arts. 23 à 28 et art. 47, 2 LPA Espagne.

causes de nullité absolue des actes administratifs, en premier lieu, les cas dans lesquels la Constitution ou la loi en décident ainsi expressément (art. 9, 1) : par exemple, lorsque la Constitution prescrit la nullité des actes comportant une violation des droits et garanties constitutionnels (art. 467), les actes pris dans le contexte d'une usurpation de fonctions (art. 119) et ceux qui résultent de l'emploi direct ou indirect de la force (art. 120). En second lieu, la législation vénézuélienne ajoute comme vice de nullité absolue, les cas d'actes administratifs retirant des actes antérieurs normalement irrévocables parce qu'ils ont créé des droits particuliers (art. 19, 2).

Pour sa part, la législation argentine sur les procédures administratives est encore plus compréhensive dans la précision des cas de vices de nullité absolue, quand elle dispose que l'acte administratif est nul, de nullité absolue et irrévocable, dans les cas suivants : en premier lieu, quand la volonté de l'Administration est exclue par le fait d'une erreur essentielle ; quand il y a eu dol, dès lors que l'on tient pour existants des faits ou des antécédents inexistantes ou faux ; et quand l'acte est le résultat de la violence physique ou morale exercée sur l'agent ou est le résultat de la simulation. En second lieu, quand l'acte a été émis dans des conditions d'incompétence *ratione materiae*, *ratione loci* ou *ratione temporis* ; quand il y a absence de cause, parce que les faits ou le droit invoqué n'existent pas ou sont faux ; ou quand l'acte a violé la loi applicable, les formes essentielles ou la finalité qui devait inspirer son édicition (art. 14).

Toutefois, la conséquence de l'énumération des cas de nullité absolue est l'indication résiduelle par la loi que n'importe quelle autre infraction à l'ordonnement juridique, c'est-à-dire n'importe quel autre vice des actes administratifs qui n'entraîne pas la nullité absolue, ou comme l'indique la loi argentine, n'importe quelle irrégularité ou omission qui n'arriverait pas à supprimer l'un ou l'autre des éléments essentiels de ces actes, les rendront seulement annulables, c'est-à-dire viciés de nullité relative (60).

De ce qui vient d'être dit résulte donc, qu'en général, dans les législations d'Espagne et d'Amérique latine, les vices des éléments de fond ou de la légalité interne des actes administratifs, lorsqu'ils sont graves et manifestes, tels que l'incompétence manifeste, les vices dans la manifestation de volonté, la violation de la Constitution ou la violation grave de la loi, l'inexistence des motifs de fait et l'absence absolue et totale de la procédure légalement prescrite, entraînent la nullité absolue de ceux-ci. Dans le cas contraire, ils conduisent à des vices de nullité relative ou d'"annulabilité", en

(60) Art. 48 LPA Espagne ; art. 2 LOPA Vénézuéla ; art. 15 LPA Argentine.

incluant les cas de détournement de pouvoir et de méconnaissance de limites à l'exercice du pouvoir discrétionnaire (61).

Il convient de remarquer, cependant, en matière de vices de forme, que quoique l'absence absolue et totale de la procédure légalement prescrite soit de nature à conduire à la nullité absolue, la jurisprudence dans certains pays comme le Vénézuéla a admis que les violations des formalités substantielles, comme celles qui sont destinées à protéger les droits des administrés, doivent être assimilées à des cas de nullité absolue (62). Du reste, les vices de forme, en principe, conduisent à l'"annulabilité" des actes administratifs, au moins s'ils affectent les exigences formelles indispensables pour parvenir au but de l'acte, car, dans le cas contraire, l'irrégularité ne conduit même pas à l'invalidité (63). Il s'agit, en définitive, en ce qui concerne les vices de forme, de la distinction élaborée par la jurisprudence française entre la violation de formalités substantielles, celles qui sont établies pour protéger les administrés ou dont le non-accomplissement pourrait modifier la décision de fond (64), et la violation des formalités non substantielles.

Ainsi, la distinction entre les vices de nullité absolue et les vices de nullité relative est essentielle dans les législations hispano-américaines, eu égard à ses conséquences et aux caractéristiques qui sont attribuées aux cas de nullité absolue et qui sont les suivantes :

1. L'acte administratif vicié de nullité absolue ne peut être présumé légitime et son exécution ne peut être ordonnée ; en revanche, si le vice est de nullité relative, joue le principe de la présomption de légitimité de l'acte tant qu'une juridiction n'aura pas déclaré le contraire. En outre, l'exécution des actes administratifs viciés de nullité absolue engage la responsabilité des fonctionnaires qui l'exécutent (65).

2. La nullité absolue est un vice qui affecte la totalité de l'acte et ne peut pas être régularisé ; par contre, la nullité relative peut affecter partiellement un acte administratif et en tout cas, peut être régularisée (66).

(61) Art. 160 LGAP Costa-Rica.

(62) Décision de la Première Cour de contentieux administratif (Vénézuéla) du 26 juin 1986, *Revista de derecho público*, n° 27, Caracas, 1986, p. 101.

(63) Art. 42, 2 LPA Espagne.

(64) G. Berlia, *loc. cit.*, pp. 377 et ss.

(65) Arts. 169, 170 et 176 LGAP Costa-Rica. Au Vénézuéla, pour cela, si on allègue un vice de nullité absolue dans un recours administratif, l'Administration peut suspendre l'exécution de l'acte (art. 87 LOPA).

(66) Art. 172 et 187 LGAP Costa-Rica ; art. 53 LPA Espagne ; arts 21 et 81 LOPA Vénézuéla.

3. La nullité absolue des actes administratifs peut être déclarée par l'Administration à n'importe quel moment, c'est-à-dire que les actes viciés de nullité absolue peuvent toujours être retirés par l'administration ; alors que les actes administratifs créateurs de droits au profit de particuliers, même s'ils sont viciés de nullité relative, ne peuvent être retirés par l'administration elle-même (67). Dans le premier cas, on pourrait parler de l'existence d'un recours administratif sans aucun délai de caducité pour solliciter de l'Administration la reconnaissance de la nullité absolue de ses actes (68).

4. L'annulation d'un acte administratif vicié de nullité absolue produit en règle générale des effets *ex tunc*, c'est-à-dire a des effets déclaratifs et rétroactifs à la date de l'acte (69) ; par contre, en principe, l'annulation d'un acte relativement nul produira des effets *ex nunc*, c'est-à-dire seulement pour le futur, sauf si l'effet rétroactif est nécessaire pour éviter des dommages au destinataire de l'acte administratif, aux tiers ou à l'intérêt public (70).

5. Dans certains cas, la nullité absolue des actes administratifs permet que l'on puisse solliciter leur nullité, par voie juridictionnelle, à n'importe quel moment, comme par exemple dans les cas de violation de droits et de garanties constitutionnels (71), auquel cas il n'y aurait pas de délai de caducité pour intenter le recours d'annulation. En revanche, le recours en annulation contre les actes administratifs à effets particuliers, quand il se fonde sur des vices de nullité relative, doit être intenté dans un délai de temps déterminé, sans préjudice du fait que, postérieurement, on puisse toujours lui opposer l'exception d'illégalité (72).

6. Enfin, s'agissant de vices de nullité absolue, ceux-ci peuvent être invoqués d'office par le juge administratif, dans le cours d'un procès. Par contre les vices de nullité relative doivent être soulevés par le requérant pour pouvoir être appréciés par le juge administratif (73).

(67) Arts. 173 et 174 LGAP Costa-Rica ; arts. 17, 18 LPA Argentine ; arts. 19,2 et 81 LOPA Vénézuéla.

(68) Art. 81 LOPA Vénézuéla.

(69) Art. 171 LGAP Costa-Rica.

(70) Art. 178 LGAP Costa-Rica.

(71) Art. 5, la Loi Organique relative à la protection des droits et garanties constitutionnels (Vénézuéla).

(72) Art. 136, Loi Organique relative à la Cour Suprême de Justice (Vénézuéla).

(73) Art. 87, Loi Organique relative à la Cour Suprême (Vénézuéla). Voir sur les vices que le juge de contentieux administratif peut examiner d'office, G. Vedel et P. Delvolvé, *op.cit.*, t. 2, p. 302.

On doit enfin remarquer que quelques-unes des législations analysées règlent expressément les cas de confirmation, réfection et conversion des actes administratifs quand ils sont affectés de quelque vice de nullité relative. En ce sens, par exemple, la loi espagnole sur la procédure administrative dispose que si le vice consiste en une incompétence, "la confirmation peut être réalisée par l'organe compétent hiérarchiquement supérieur à celui qui a édicté l'acte confirmé" (art. 53,2) ; et la loi argentine sur les procédures administratives se prononce dans le même sens, en qualifiant la procédure de "ratification" (art. 19,1).

En matière de vices de forme, la réfection est régie par la Loi Générale relative à l'administration publique du Costa-Rica, laquelle dispose que :

"Quand le vice de l'acte relativement nul consiste en l'absence d'une formalité substantielle, telle qu'une autorisation obligatoire, une proposition ou une demande d'un autre organe, ou une pétition ou une demande de l'administré, ces formalités pourront être accomplies après l'acte, accompagnées d'une manifestation expresse de conformité dûment établie" (art. 188.1) (74).

Dans quelques cas, le principe est posé que l'acte confirmé produira des effets *ex nunc* (75) ; dans d'autres cas, que les effets tant de la confirmation que de la réfection d'un acte administratif seront rétroactifs "à la date d'émission de l'acte objet de ratification ou de confirmation" (76).

Les lois analysées prévoient aussi le cas de la "conversion" qui conformément à la loi argentine, se réalise si les éléments valides d'un acte administratif nul permettent d'intégrer un autre acte qui est valide, auquel cas la conversion pourra s'effectuer d'un acte à l'autre, à condition que l'administré soit d'accord et que l'Administration le déclare expressément. Dans ces cas, la conversion produit ses effets à partir du moment où le nouvel acte est amendé (77).

(74) Selon la même loi du Costa-Rica, la rectification n'est évidemment pas possible quand il s'agit d'omissions d'avis et dans les cas où les omissions engendrent la nullité absolue, en empêchant la réalisation du but de l'acte final. Art. 188,2.

(75) Art. 53,3 LPA Espagne.

(76) Art. 19 LPA Argentine ; art. 187,1 et 188,3 LGAP Costa-Rica.

(77) Art. 20 LPA Argentine ; art. 189 ; LGAP Costa-Rica.

CHAPITRE II

PRINCIPES RELATIFS AUX EFFETS DES ACTES ADMINISTRATIFS

Les lois sur les procédures administratives d'Espagne et d'Amérique Latine, non seulement règlent dans le détail les éléments des actes administratifs qui conditionnent leur *validité*, mais aussi règlent avec précision les aspects essentiels relatifs à l'*efficacité* des actes administratifs et, entre autres : la détermination du moment où ils commencent à produire leurs effets ; le principe de la non-rétroactivité de ces effets ; le principe du respect des droits acquis et le régime du retrait ; le principe de la présomption de légitimité des actes administratifs ; et les principes relatifs à leur exécution.

§ 1 - LE COMMENCEMENT DES EFFETS : PUBLICATION ET NOTIFICATION

Le principe général qui oriente la législation espagnole sur les procédures administratives est que les actes administratifs non seulement sont valides mais aussi qu'ils "produisent des effets à compter de la date de leur émission", sauf disposition contraire ou si leur contenu subordonne leur efficacité à la communication de l'acte aux intéressés (art. 45). L'exception prévue ici, s'agissant évidemment de décisions exécutoires qui produisent des effets généraux ou particuliers à l'égard des individus, s'est indubitablement convertie dans la pratique en règle, puisque normalement le début des effets des actes administratifs se situe au moment où ils sont portés à la connaissance des intéressés. C'est, du reste, le principe qui découle des législations latino-américaines, selon lequel les effets des actes administratifs commencent au moment où ces actes sont portés à la connaissance des

intéressés (1). C'est ce que l'on appelle la publicité des décisions exécutoires dans le système français, laquelle peut être impersonnelle, par la publication de l'acte dans un recueil officiel, ou personnelle, par la notification directe de l'acte à l'intéressé (2). Ainsi, comme le prévoit la loi argentine sur les procédures administratives.

"Pour que l'acte administratif de portée particulière acquière une efficacité, il doit faire l'objet d'une notification à l'intéressé et, en ce qui concerne l'acte de portée générale, d'une publication" (art. 11) (3).

Cependant, la Loi Générale sur l'administration publique du Costa-Rica précise que même avant qu'il soit porté à la connaissance des intéressés, si l'acte leur accorde uniquement des droits, il produira ses effets dès la date de son adoption (art. 140). Dans un sens analogue, dans la législation argentine sur les procédures administratives il est aussi prévu, comme exception au principe de l'efficacité subordonnée à la publication ou à la notification de l'acte, le fait que les intéressés peuvent, avant que cela se produise, demander l'exécution des actes administratifs, à condition toutefois que ceux-ci ne lèsent pas les droits des tiers (art. 11).

Or, lorsque l'on parle de publication ou de notification pour déterminer le début des effets des actes administratifs, on doit distinguer le régime des actes à effets généraux, et le régime des actes particuliers.

En effet, en ce qui concerne les actes qui produisent des effets généraux et qui par conséquent, sont de contenu réglementaire (normatif) et même, en ce qui concerne les actes qui, n'étant pas réglementaires, concernent un groupe indéterminé de personnes (une convocation à un concours par exemple), (4) le commencement de l'efficacité de l'acte se situe toujours au moment de sa publication dans un recueil officiel (5). Exceptionnellement cependant, dans quelques cas comme en Colombie en ce qui concerne les petites collectivités territoriales, est permise, pour marquer le début des effets des actes réglementaires, la publication "dans un journal de grande diffusion dans la zone territoriale relevant de la compétence de celui qui a édicté l'acte".

(1) Comme l'indique l'article 40 de la LGAP Costa-Rica : "L'acte administratif produira ses effets après avoir été communiqué à l'administré".

(2) Voir G. Isaac, *La procédure administrative non contentieuse*, Paris, 1968, p. 570 et ss. ; G. Vedel et P. Delvolvé, *Droit administratif*, Paris 1990.

(3) Art. 240, 1 LGAP Costa-Rica.

(4) Art. 72 LOPA Vénézuéla.

(5) Art. 29 LRJAE Espagne ; art. 72 LOPA Vénézuéla ; Art. 43 CCA Colombie.

Il est même prévu que dans les communes où n'existe pas d'organe officiel de publicité, on pourra faire connaître ces actes par l'apposition ou la distribution d'affiches ou par des annonces (art. 83).

En revanche, en ce qui concerne les actes administratifs à effets particuliers qui affectent les droits ou les intérêts des administrés, ils doivent être notifiés aux intéressés (6) pour commencer à produire leurs effets. En ce sens, les législations sur la procédure administrative règlent dans le détail la forme et le contenu de ces notifications, en appliquant les principes suivants :

1 - Les notifications, en principe, doivent être personnelles à l'intéressé, à son mandataire ou à son représentant et doivent être réalisées par communication écrite, télégramme ou tout autre moyen qui permette d'avoir un accusé de réception, de la date et de l'identification de l'acte notifié (7).

2 - Les notifications doivent être adressées au domicile ou à la résidence de l'intéressé, ou, à l'endroit désigné par celui-ci. Quelques législations exigent la réception personnelle des notifications (8) ; d'autres, par contre, prévoient qu'au lieu dit, si l'intéressé, son mandataire ou son représentant ne sont pas présents, la notification pourra être remise à toute personne qui se trouve là et qui peut faire état de sa parenté ou de la raison de sa présence en ce lieu (9).

3 - Quand la notification personnelle s'avère impossible ou que l'on ignore le domicile ou la résidence de l'intéressé, quelques législations permettent exceptionnellement de remplacer la notification par la publication de l'acte administratif dans un recueil officiel (10). Dans d'autres cas, dans un journal de plus grande diffusion dans le ressort territorial où l'autorité qui connaît de l'affaire a son siège (11), et même, dans d'autres circonstances, par l'affichage d'un acte dans un endroit public du service concerné pendant une durée de plusieurs jours (12). Hormis ces cas, en général, joue le principe

(6) Art. 79 LPA Espagne ; art. 44 CCA Colombie ; Art. 243 LGP Costa-Rica ; Art. 73 LOPA Vénézuéla.

(7) Art. 80,1 LPA Espagne ; art. 44 CCA Colombie ; Art. 243 LGAP Costa-Rica ; Art. 73 LOPA Vénézuéla.

(8) Art. 243 LGAP Costa-Rica ; Art. 44 CCA Colombie.

(9) Art. 80,2 LPA Espagne ; Art. LOPA Vénézuéla.

(10) Art. 80,3 LOPA Espagne ; Arts. 241 et 242 LGAP Costa-Rica.

(11) Art. 76 LOPA Vénézuéla.

(12) Art. 45 CCA Colombie.

selon lequel "la publication ne peut normalement pas remplacer la notification" (13).

En toute hypothèse, en ce qui concerne le contenu des notifications, les législations d'Espagne et d'Amérique Latine exigent toujours que celles-ci contiennent le texte intégral de l'acte administratif qui est notifié, avec l'indication très importante que les notifications doivent indiquer les recours qui peuvent être utilisés contre l'acte notifié, l'organe devant lequel ils doivent être présentés et les délais nécessaires pour les exercer (14).

Cette dernière indication du délai est d'une importance telle que dans certaines législations, comme la législation vénézuélienne, il est prévu que si sur la base d'une information erronée contenue dans la notification, l'intéressé avait intenté une procédure inadéquate, le temps écoulé ne sera pas pris en compte pour déterminer la date d'expiration des délais de présentation du recours approprié (15).

Or, la conséquence fondamentale de la précision par la loi de ce que doit contenir la notification des actes administratifs est que la notification d'un acte administratif qui serait faite sans transcription du texte intégral, sans indication des recours, des délais pour les exercer et des autorités devant lesquelles ceux-ci doivent être présentés, sera considérée légalement comme défectueuse et donc inefficace (16). La conséquence la plus importante de cette règle relative à l'insuffisance d'informations est que dans les cas de notifications défectueuses, donc inefficaces, le déclenchement du délai pour l'exercice des recours contre les actes administratifs ne se produit pas (17). Toutefois, si l'intéressé affirme de lui-même avoir reçu notification ou, par exemple, exerce spontanément le recours approprié contre l'acte, la notification est présumée être faite à partir de cet instant (18).

On doit remarquer cependant, que les législations espagnole et constaricienne instituent une sorte de correction à l'inefficacité des notifications défectueuses en raison de l'indication des recours appropriés

(13) Art. 241,1 LGAP Costa-Rica.

(14) Art. 79,1 LPA Espagne ; Arts. 44 et 47 CCA Colombie ; Art. 73 LOPA Vénézuéla ; Art. 245 LGAP Costa-Rica.

(15) Art. 77 LOPA Vénézuéla.

(16) Art. 79,3 Espagne ; Art. 74 LOPA Vénézuéla ; Art. 48 CCA Colombie.

(17) Art. 141,1 LGAP Costa-Rica.

(18) Art. 79,3 LPA Espagne ; Art. 48 CCA Colombie.

contre l'acte du fait de l'écoulement d'un certain laps de temps, sans qu'il y ait eu protestation formelle (19).

§ 2 - LE PRINCIPE DE LA NON-RETROACTIVITE DES ACTES ADMINISTRATIFS

Le second principe général relatif à l'efficacité des actes administratifs est celui de la non-rétroactivité de ces actes. En effet, comme on l'a remarqué, le commencement des effets des actes administratifs se situe normalement au moment de la publicité de l'acte, soit par la publication, soit par la notification. La conséquence en est que, conformément au principe constitutionnel de non-rétroactivité de la loi, il n'est pas possible d'admettre la rétroactivité des effets des actes administratifs. En d'autres termes, le principe général, en la matière, est que les actes administratifs peuvent seulement produire des effets *pro futuro*, l'application d'un acte administratif dans le passé étant aussi inconstitutionnelle qu'illégale ; principe qui s'applique non seulement aux actes réglementaires mais aussi aux actes à effets particuliers.

Le principe a été établi en France par la jurisprudence du Conseil d'Etat (arrêt du 25 juin 1948, *Société du Journal l'Aurore*, Rec. 289), comme un principe général du droit (20), complété par les considérations doctrinales relatives à l'arrêt *Le Bigot* du 17 mai 1907 (Rec. 460), au sujet de la prise en considération de l'attribution d'effets rétroactifs à un acte administratif, comme un cas d'incompétence *ratione temporis*, en ce sens que le fonctionnaire n'a pas compétence pour exercer une compétence qui a appartenu à des prédécesseurs (21).

En Espagne et en Amérique Latine, le principe de la non-rétroactivité des actes administratifs, outre le fait d'avoir, contrairement à la France, un fondement constitutionnel (22) et d'avoir été appliqué par la jurisprudence comme principe général (23), est aussi institué en ce qui concerne les actes

(19) Art. 79,4 LPA Espagne (6 mois) ; Art. 247,2 LGAP Costa-Rica (10 jours).

(20) *Recueil Dalloz* 1948, pp. 437-438 ; Long, Weil, Braibant, Delvolvé et Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris 1990, pp. 400 et ss.

(21) Voir J.M. Auby "L'incompétence *ratione temporis*. Recherche sur l'application des actes administratifs dans le temps", *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1953, pp. 5-60.

(22) Par exemple, art. 44 Constitution du Vénézuéla.

(23) Voir par exemple, la jurisprudence vénézuélienne dans les décisions de la Cour Suprême de Justice (Chambre politico-administrative) du 11 août 1983, *Revista de derecho público*, n° 16,

administratifs, dans les lois sur les procédures administratives, et, s'applique tant aux actes de caractère réglementaire qu'aux actes à effets particuliers. Il en va ainsi, par exemple, dans la Loi Générale relative à l'administration publique du Costa-Rica, qui dispose que "l'acte administratif produira des effets à l'encontre de l'administré uniquement pour l'avenir" (142-1). Indirectement, en outre, ce principe est posé dans la loi vénézuélienne sur les procédures administratives lorsqu'elle prévoit la possibilité pour l'administration de modifier les critères fixés par ses organes, mais en ajoutant que "la nouvelle interprétation ne pourra pas être appliquée à des situations antérieures sauf dans le cas où celles-ci seraient plus favorables aux administrés" (art.11) (24).

Cependant, tant dans la législation espagnole que dans la législation latino-américaine et de la même manière que dans la jurisprudence française (25), le principe de non-rétroactivité des actes administratifs connaît diverses exceptions.

En premier lieu, on admet en général la rétroactivité des actes administratifs lorsqu'ils produisent des effets favorables aux intéressés (26). Toutefois, dans ces cas, il est indispensable que les éléments de fait ou les motifs de l'acte existent à la date à laquelle l'efficacité de l'acte est reconnue de manière rétroactive et que celui-ci ne lèse pas des droits ou des intérêts légitimes d'autres personnes (27).

En second lieu, parallèlement aux solutions de la jurisprudence française (28), il est également établi qu'auront des effets rétroactifs, à

Caracas, 1983, pp. 156-157 ; et du 9-4-87, *Revista de derecho público*, n° 30, Caracas 1987, pp. 110 et 111.

(24) Le principe a été appliqué par la jurisprudence de la Première Cour de contentieux administratif, arrêt du 19 mars 1987, *Revista de derecho público*, n° 30, Caracas 1987, pp. 111-112.

(25) Voir M. Letourneur, "Le principe de la non-rétroactivité des actes administratifs", *Études et documents*, Conseil d'État, Paris 1955, pp. 37-48.

(26) Art. 45,3 LPA Espagne ; Art. 13 LPA Argentine. Voir sur l'Espagne, J.L. de la Vallina Velarde, *La retroactividad del acto administrativo*, Madrid 1964, p. 1964, p. 61. En France, l'arrêt du 9 juillet 1943, *Office public d'H.L.M. de la Ville de Marseille*, Rec., p. 172. Voir J.M. Auby, "L'incompétence...", *loc. cit.*, p. 53.

(27) Art. 45,3 LPA Espagne ; Art. 142,2 LGAP Costa-Rica.

(28) Voir M. Letourneur, *loc. cit.*, pp. 46 et ss ; J.M. Auby, "L'incompétence ...", *loc. cit.*, pp. 47 et ss ; J.M. Auby et R. Drago, *Traité de contentieux administratif*, Paris 1984, Tome II, p. 348 ; Long, Weil, Braibant, Delvolvé et Genevois, *op. cit.*, pp. 400 et s. ; P. Delvolvé, *L'acte administratif*, Paris 1983, pp. 225 et ss.

condition qu'ils ne lèsent pas des droits acquis, les actes administratifs qui sont pris à la place d'un autre acte annulé, soit par l'Administration soit par décision de justice (29). Ainsi que l'indique la Loi Générale sur l'administration publique du Costa-Rica :

"L'acte administratif aura des effets rétroactifs à l'encontre de l'administré, quand il est pris pour annuler des actes nuls de nullité absolue qui favorisent celui-ci ; ou pour consolider, en les rendant valides et efficaces, des actes qui le défavorisent" (art.143).

§ 3 - LE RESPECT DES DROITS ACQUIS ET LE REGIME DU RETRAIT DES ACTES ADMINISTRATIFS

Une conséquence du principe de la non-rétroactivité des actes administratifs, est le principe général selon lequel les droits ou situations juridiques subjectives acquises ou nées d'actes administratifs individuels ne peuvent pas être supprimés postérieurement par d'autres actes administratifs. C'est le principe général de l'intangibilité des situations juridiques nées d'actes individuels ou de l'irrévocabilité des actes administratifs à effets particuliers, créateurs de droits en faveur des administrés ; principe qui a reçu une consécration légale expresse dans les lois de procédure administrative d'Amérique Latine.

La formule de la loi argentine sur les procédures administratives, qui coïncide avec les principes de la jurisprudence française (30), peut être considérée comme résumant, en général, la position du droit administratif latino-américain, quand elle prévoit que :

"L'acte administratif régulier, générateur de droits subjectifs en faveur des administrés, ne peut pas être retiré, modifié ou remplacé par l'administration, dès qu'il a été notifié" (art. 18).

Dans cette formule découlent plusieurs conséquences :

En premier lieu, le principe de l'intangibilité des situations juridiques dérivées d'un acte administratif s'applique seulement aux actes créateurs de droits en faveur de particuliers : dès lors, les actes administratifs qui ne créent

(29) Art. 45,3 LPA Espagne ; Art. 13 LPA Argentine ; Art. 143 LGAP Costa-Rica.

(30) Voir P. Delvolvé, *op. cit.*, pp. 252 et ss.

pas de droits en faveur de particuliers peuvent être retirés à tout moment. Ainsi que le prévoit la loi vénézuélienne sur les procédures administratives.

"Les actes administratifs qui n'engendrent pas de droits subjectifs ou des intérêts légitimes, personnels et directs pour un particulier, pourront être retirés à tout moment, en tout ou partie, par l'autorité même qui les a édictés ou par le supérieur hiérarchique" (art. 82).

En second lieu, le principe de l'irrévocabilité des actes administratifs créateurs de droits s'applique bien entendu seulement aux actes administratifs valides et réguliers, susceptibles de créer des droits ; il en résulte que si l'acte est entaché de nullité absolue, il ne peut pas créer ces droits et il est essentiellement susceptible de retrait (31). Conformément à la loi espagnole sur le régime juridique de l'administration de l'Etat, cependant, même en cas d'infractions manifestes à la loi, le délai dont dispose l'administration pour retirer ces actes est de quatre ans (art. 37-1).

En troisième lieu, on considère que le principe de l'irrévocabilité des actes administratifs créateurs de droits en faveur de particuliers est d'application complète à partir du moment où l'acte administratif devient définitif, c'est-à-dire à partir du moment où sa légalité ne peut plus être remise en cause directement devant le juge administratif. En conséquence, l'acte créateur de droits en faveur de particuliers, conformément à la jurisprudence du Conseil d'Etat inaugurée dans l'arrêt *Dame Cachet* du 30 novembre 1922 (Rec. 790), (32), peut être abrogé pour des raisons de légalité dans le délai prévu pour l'exercice du recours en annulation (33).

(31) Art. 83 LOPA Vénézuéla. Selon la jurisprudence de la Première Cour de contentieux administratif, l'acte nul de nullité absolue équivaut à l'acte inexistant, aucun droit ne pouvant en découler. Arrêts du 29 mars 1984, *Revista de derecho público*, n° 18, Caracas, 1984, p. 173 et du 11 février 1988, *Revista de derecho público*, n° 33, Caracas, 1988, pp. 101-103.

(32) Voir dans *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1922, pp. 552-561 ; Long, Weil, Braibant, Delvolvé et Genevois, *op. cit.*, p. 231 ; G. Isaac, *op. cit.*, p. 606.

(33) Voir par exemple, la jurisprudence de la Cour Suprême de Justice (Vénézuéla), Chambre politico-administrative, du 14 mai 1985 (cas *Freddy M. Rojas*), *Revista de derecho público*, n° 231 et s., Caracas, 1985, pp. 143-148 ; et du 9 mars 1987, *Revista de derecho público*, n° 30, Caracas, 1987, pp. 118-119 ; et de la Première Cour de Contentieux Administratif du 11 juillet 1985, *Revista de derecho público*, n° 24, Caracas, 1985, p. 126.

En quatrième lieu, le principe de l'irrévocabilité est en vigueur tant que le particulier qui tient des droits de l'acte administratif ne consent pas à son retrait, ainsi que le prévoit le code de contentieux administratif de Colombie (art. 73).

Enfin, et en ce qui concerne les principes relatifs à l'irrévocabilité des actes administratifs réguliers et définitifs, créateurs de droit en faveur de particuliers, on doit remarquer que les législations latino-américaines admettent comme exception les cas où la révocation est accompagnée d'une indemnisation. Ainsi le prévoient expressément la loi argentine sur les procédures administratives (art. 18) et la Loi Générale sur l'administration publique du Costa-Rica (art. 155), laquelle dispose que si l'acte de retrait ne contient pas la reconnaissance et le calcul de l'indemnisation complète des dommages et préjudices causés, il sera vicié de nullité absolue (art. 155-1). C'est pour cela qu'au Vénézuéla, à propos du principe général de la nullité absolue de l'acte retirant un acte précédent créateur de droits en faveur de particuliers (art. 19-2), nous avons indiqué qu'en réalité, cela se produit seulement si le retrait n'est pas accompagné de l'indemnisation correspondante (34).

§ 4 - LA PRESOMPTION DE LEGALITE DES ACTES ADMINISTRATIFS ET LES PRINCIPES DE LEUR EXECUTION

La conséquence la plus importante de l'efficacité des actes administratifs est qu'ils acquièrent une présomption de légitimité, de véracité et de légalité. Cela signifie que les actes administratifs valides et efficaces s'imposent tant à l'administration elle-même qu'aux particuliers, qu'ils ont des effets immédiats et que les recours administratifs ou judiciaires en annulation qui pourraient être exercés contre eux n'entraînent pas leur suspension.

Evidemment, cette présomption de légitimité n'apparaît pas quand les actes administratifs sont frappés de nullité absolue, auquel cas ils ne peuvent pas être exécutés, comme l'indique expressément la Loi Générale sur l'administration publique du Costa-Rica (art. 169).

La présomption de légalité et de légitimité implique donc, d'une part, que les actes administratifs sont obligatoires dès le moment où ils produisent leurs effets ; et d'autre part, que les recours qui seraient exercés contre eux

(34) Voir Allan R. Brewer-Carías, *El derecho administrativo y la ley orgánica de procedimientos administrativos*, Caracas 1985, p. 68.

n'ont pas d'effet suspensif. En outre, s'agissant d'une présomption *juris tantum*, il en résulte que la charge de la preuve pour faire tomber cette présomption incombe en principe au requérant intéressé.

Dans la législation espagnole et latino-américaine sur les procédures administratives, ces principes ont été expressément posés. Un exemple en est donné par l'article 12 de la loi sur les procédures administratives d'Argentine qui dispose que :

"L'acte administratif jouit d'une présomption de légitimité : sa force exécutoire permet à l'Administration de le mettre à exécution par ses propres moyens, à moins que la loi ou la nature de l'acte exigent l'intervention du juge, et empêchent que les recours que les administrés pourraient intenter suspendent son exécution et ses effets, sauf si une norme expresse prévoit le contraire".

Or, en matière d'exécution des actes administratifs, on doit distinguer le caractère exécutoire ("*ejecutivo*") de ceux-ci, la "*ejecutividad*" dans la terminologie de langue espagnole, de la possibilité même de leur exécution par l'Administration même, dénommée la "*ejecutoriedad*" (35).

Dans le monde du droit hispano-américain, la "*ejecutividad*" des actes administratifs signifie que ceux-ci ont un caractère "*ejecutivo*", c'est-à-dire, qu'ils sont en soi susceptibles d'exécution et qu'ils peuvent être exécutés immédiatement, sans que ce droit doive être déclaré par une quelconque autorité juridictionnelle. La "*ejecutividad*" des actes administratifs est donc le pouvoir de l'administration de produire elle-même un "*título ejecutivo*", (titre exécutoire) sans nécessité de faire juger ou de faire déclarer sa prétention par les juges.

Par contre, la "*ejecutoriedad*", est la propriété des actes administratifs selon laquelle l'Administration elle-même, par ses propres moyens, peut les exécuter y compris par la force. La distinction est établie expressément, par exemple, dans le code de contentieux administratif de Colombie qui se réfère au caractère "*ejecutivo*" et "*ejecutorio*" des actes administratifs (art. 64).

(35) Voir Allan R. Brewer-Carías, "Aspectos de la ejecutividad y de la ejecutoriedad de los actos administrativos fiscales y la aplicación del principio *solve et repete*" dans *Jurisprudencia de la Corte suprema de Justicia 1930-1974 y Estudios de derecho administrativo*, Tome III, Vol. 1, 1976, pp. 97 et ss.

A - LA "EJECUTIVIDAD" DES ACTES ADMINISTRATIFS

Or, selon cette distinction, dans les pays hispano-américains, sauf norme expresse contraire, les actes qui sont devenus définitifs au terme d'une procédure administrative ont un caractère "*ejecutivo*" (sont en eux-mêmes, des "*titulos ejecutivos*"), c'est-à-dire, sont suffisants, en eux-mêmes, pour que l'administration puisse immédiatement prendre les actes nécessaires à leur mise en oeuvre (36).

Conformément au principe de la "*ejecutividad*", quand l'Administration édicte un acte administratif, elle déclare d'elle-même le droit par l'intermédiaire de ces actes unilatéraux, qui créent directement des droits et des obligations et ont en eux-mêmes force de titres "*ejecutivos*". La "*ejecutividad*" des actes administratifs, en définitive, signifie que ceux-ci, au moment où ils sont édictés, sont susceptibles d'exécution parce qu'ils ont un caractère "*ejecutivo*". Cette caractéristique est celle que l'on désigne en droit français, quand il est question d'un acte administratif, par "décision exécutoire", en ce sens qu'elle entraîne d'elle-même une modification des situations juridiques (37). Ainsi que l'a résumé P. Delvolvé, "Le caractère exécutoire de la décision a lui-même un double aspect : la décision est exécutoire à la fois en ce qu'elle commande l'exécution en obligeant ses destinataires à s'y conformer et en ce qu'elle comporte déjà l'exécution en entraînant par elle-même, dès son adoption, le résultat qu'elle commande" (38).

Ce sens de l'expression "décision exécutoire", notion qui se rapporte au caractère "*ejecutivo*" de la décision administrative et sans faire à ce stade aucune référence aux modalités et formes de l'exécution, est celui qui a été précisé dans la jurisprudence française la plus récente (39), laquelle, s'attachant au caractère obligatoire de l'acte administratif, souligne que le propre de la décision administrative est de s'imposer immédiatement aux administrés, quel qu'en soit le contenu. C'est ce que l'on a appelé aussi traditionnellement le "privilège du préalable" qui permet à l'autorité administrative de prendre des mesures qui s'imposent préalablement à toute intervention d'un juge : les intéressés sont tenus de s'y soumettre

(36) Art. 64 CCA Colombie.

(37) Voir P. Delvolvé, *op. cit.*, pp. 23-255 et 209.

(38) *Idem* p. 25.

(39) C'est le sens fixé par le Conseil d'Etat dans l'arrêt *Huglo* du 2 juillet 1982, qui considère que "le caractère exécutoire d'une décision administrative est la règle fondamentale du droit public". *Rec.*, p. 258, *cit.* par Delvolvé, *op. cit.*, p. 27.

immédiatement et pour s'en libérer, de s'adresser eux-mêmes à un juge dans un second temps (40).

C'est la formule que reprend l'article 8 de la loi organique sur les procédures administratives du Vénézuéla, lorsqu'elle prévoit que :

"Les actes administratifs qui nécessitent pour leur mise en oeuvre d'être accompagnés des actes d'exécution, devront être exécutés par l'administration au terme fixé. En l'absence de délai, ils seront exécutés immédiatement".

Précisément, c'est cette possibilité d'exécution immédiate des actes administratifs, en ce sens que pour être exécutés, ils se suffisent à eux-mêmes et n'exigent pas l'intervention d'une autre autorité, qui dessine cette première caractéristique de la "*ejecutividad*" des actes administratifs, que la législation espagnole résume en indiquant que les actes et les décisions des autorités et organismes de l'administration de l'Etat seront immédiatement "*ejecutivos*" (41).

Comme nous l'avons indiqué, cette "*ejecutividad*" des actes administratifs, conséquence directe de leur présomption de légitimité, implique comme principe que leurs effets ne soient pas suspendus par l'exercice à leur encontre de recours soit administratifs soit contentieux.

En matière contentieuse, cependant, conformément à la tradition de la jurisprudence française relative à ce qu'on appelle le "sursis à exécution" (42), le juge peut suspendre l'exécution des actes administratifs objets de recours, quand leur exécution peut causer des dommages graves et irréparables (ou de réparation difficile) par le jugement définitif, dans le cas où l'acte contesté est annulé (43).

(40) P. Delvolvé, *op. cit.*, p. 28.

(41) Arts. 44 et 101 LPA et art/ 33 LRJAE, Espagne.

(42) CE 12 nov. 1938, arrêt *Chambre syndicale des constructeurs de moteurs d'avions*, Rec. 840, voir Long, Weil, Braibant, Delvolvé et Genevois, *op. cit.*, pp. 333 et s.

(43) Voir par exemple, dans le droit espagnol, l'article 122 de la loi sur la juridiction contentieuse administrative qui dispose :

1. La présentation d'un recours contentieux administratif n'empêchera pas l'Administration d'exécuter l'acte ou la disposition objet de celui-ci, sauf si le Tribunal accorde, à l'initiative du demandeur, le sursis.
2. Le sursis sera accordé si l'exécution est susceptible d'occasionner des dommages et des préjudices de réparation impossible ou difficile". Dans un sens similaire, art. 136 de la loi organique de la Cour Suprême de Justice du Vénézuéla.

En matière de recours administratifs, la situation législative en Espagne et en Amérique latine n'est cependant pas totalement uniforme. Le principe est aussi celui des effets non suspensifs des recours, sauf disposition légale contraire (44), et dans tous les cas, l'autorité administrative peut, d'office ou à la demande d'une partie, suspendre l'exécution de l'acte administratif lorsque cette exécution pourrait causer des préjudices de réparation difficile ou impossible, ou lorsque le recours est fondé sur un vice de nullité absolue (45).

Toutefois, dans d'autres législations, comme le code du contentieux administratif de Colombie, c'est le principe contraire qui est posé, en ce sens que "les recours seront admis avec effet suspensif" (art. 55).

En tout cas, et même en présence du principe général, dans le cadre d'une loi expresse, la présentation d'un recours peut signifier la suspension des effets des actes administratifs (46), auquel cas, comme le postule la loi argentine sur les procédures administratives, l'administration doit s'abstenir :

"de mettre à exécution un acte, lorsqu'un recours administratif du type de ceux qui, en vertu d'une norme expresse, impliquent la suspension des effets exécutoires de celui-ci, est pendant ou quand, alors que cet acte a été décidé, il n'a pas été notifié" (art. 9.b).

B - LA "EJECUTORIEDAD" DES ACTES ADMINISTRATIFS

La "ejecutividad" des actes administratifs dérivée de leur caractère "ejecutorio" se distingue en droit administratif espagnol et latino-américain, de la "ejecutoriedad" des actes, caractéristique se référant à la possibilité qu'à l'Administration d'exécuter, par ses propres moyens, et même sous une forme contraignante, ses actes administratifs, avec la faculté, si cela est nécessaire, d'avoir recours à la force publique.

(44) Art. 24 RJAЕ Espagne ; art. 116 LPA Espagne ; Art. 87 LOPA Vénézuéla ; art. 148 LGAP Costa-Rica.

(45) Art. 116 LPA Espagne ; Art. 87 LOPA Vénézuéla ; Art. 12 LPA Argentine ; Art. 148 LGAP Costa-Rica.

(46) C'est le principe général au Vénézuéla, par exemple en matière fiscale. Voir le Code fiscal, art. 178.

La Loi Générale sur l'administration publique du Costa-Rica, pose un tel principe, quand elle prévoit que :

"l'Administration aura le pouvoir d'exécuter d'elle-même, sans avoir recours aux juges, les actes administratifs efficaces, valides ou annulables, même contre la volonté ou la résistance de la personne obligée, sans préjudice de la responsabilité qui pourrait en résulter" (art. 146-1).

Cependant, il est évident que, dans nombre de cas, la législation prévoit expressément des cas dans lesquels l'exécution de l'acte administratif requiert une intervention juridictionnelle. Mais si l'exécution juridictionnelle n'est pas prévue expressément, le principe est celui de la possibilité pour l'Administration d'exécuter ses propres décisions.

C'est ainsi qu'il est posé comme principe, dans la loi organique sur les procédures administratives du Vénézuéla, que :

"l'exécution forcée des actes administratifs sera réalisés d'office par l'Administration, sauf si, par disposition légale expresse, elle doit être dévolue à l'autorité juridictionnelle" (art. 79).

Le privilège d'exécution forcée en Espagne et en Amérique Latine donc, n'est pas aussi exceptionnel qu'en France, à partir de la doctrine établie par les conclusions du Commissaire du Gouvernement Romieu sur l'arrêt du Tribunal des Conflits du 2 décembre 1902, *Société immobilière de Saint-Just*, (Rec. 713) (47), car en général, ce sont les lois mêmes de procédure administrative qui l'ont prévu.

Bien entendu, on doit remarquer que dans tous les cas les législations exigent, pour que l'administration puisse entreprendre des actions matérielles qui troublent, limitent ou perturbent l'exercice des droits des particuliers, que la décision qui leur sert de fondement doit avoir été préalablement adoptée (48). De là vient que l'on oblige les organes qui ordonnent les actes d'exécution matérielle à communiquer par écrit à l'intéressé l'acte administratif qui autorise l'action administrative (49). De là découle le

(47) Voir Long, Weil, Braibant, Delvolvé et Genevois, *op. cit.*, pp. 72 et s. Voir G. Isaac, qui affirme en général que, en droit français, "l'exécution des actes administratifs, comme des lois, est affaire de justice et non affaire administrative, dès qu'elle n'est pas volontaire, dès qu'elle devient contentieuse", *op. cit.*, p. 171.

(48) Art. 100,1 LPA Espagne ; Art. 78 LOPA Vénézuéla.

(49) Art. 100,2 LPA Espagne.

principe selon lequel toute action matérielle qui n'est pas précédée d'un acte administratif valide et efficace peut être considérée comme une voie de fait (50).

Or, quelques lois hispano-américaines établissent divers cas d'exécution forcée des actes administratifs, mais en exigeant que, préalablement, l'intéressé soit invité à procéder à une exécution volontaire, c'est-à-dire, qu'il y ait une mise en demeure préalable (51). Ces cas d'exécution forcée dans les lois hispano-américaines sont les suivants :

En premier lieu, l'exécution par astreinte sur le patrimoine, sous forme d'amendes. En ce sens, conformément à la loi organique sur les procédures administratives du Vénézuéla, s'il s'agit d'actes d'exécution très personnelle et si la personne obligée se refuse à les accomplir, l'administration peut lui imposer des amendes successives pour des montants légalement fixés. Tant qu'elle demeure en état de "rebellion" et dans le cas où elle persiste dans son refus, on peut lui imposer de nouvelles amendes égales ou plus lourdes que celles qui lui ont été appliquées, en lui accordant un délai raisonnable pour qu'elle fasse ce qui lui a été ordonné (art. 80, 2) (52). C'est en définitive, le système d'exécution des actes administratifs appuyée par des sanctions, tel qu'il existe en droit français (53).

On doit remarquer, d'autre part, que dans d'autres législations comme la législation espagnole, la loi sur la procédure administrative prévoit expressément le principe de l'exécution forcée des actes administratifs qui imposent aux administrés une obligation très personnelle de ne pas faire ou de laisser faire, sous forme de contrainte directe sur les personnes, dans les cas où la loi l'autorise expressément et toujours avec la garantie du respect dû à la dignité de la personne humaine et aux droits et garanties constitutionnels (art. 108, 1). Par contre, si l'obligation très personnelle consiste en une obligation de faire et si la prestation n'est pas réalisée, la personne obligée devra réparer les dommages et préjudices, dont la liquidation et le paiement pourront être effectués par la voie administrative (art. 108, 2) (54).

(50) Sur la voie de fait, voir l'arrêt du Tribunal des Conflits du 8 avril 1935, *Action Française*, Rec. 1226, dans Long, Weil, Braibant, Delvolvé et Genevois, *op. cit.*, pp. 297 et s. Voir art. 9 LPA Argentine.

(51) Art. 102 LPA Espagne ; Art. 150,1 LGAP Costa-Rica.

(52) Dans un sens similaire, art. 65 CCA Colombie et art. 107 LPA Espagne.

(53) Voir P. Delvolvé, *op. cit.*, pp. 262 et ss.

(54) Dans un sens similaire, art. 149,1, c LGAP Costa-Rica.

En second lieu, quand il s'agit d'actes qui, n'étant pas très personnels, sont susceptibles d'exécution indirecte à l'égard de la personne obligée, la loi organique sur les procédures administratives du Vénézuéla (art. 80, 1), la Loi Générale sur l'administration publique du Costa-Rica (art. 149, 1, c) et le code du contentieux administratif de Colombie (art. 65), autorisent l'Administration à procéder à son exécution, soit par leurs propres organes soit par la personne qu'ils désignent, aux frais de la personne obligée. C'est ce qui est qualifié "d'exécution subsidiaire" dans la loi sur la procédure administrative d'Espagne (art. 106).

En troisième lieu, il faut remarquer les cas d'exécution d'obligations de donner des sommes d'argent, à propos desquels la loi espagnole sur les procédures administratives (art. 105) et la Loi Générale sur l'administration publique du Costa-Rica (art. 149, 1, a) prévoient l'exécution forcée par la voie administrative, moyennant astreinte sur le patrimoine, tout en exigeant cependant l'intervention d'un juge pour autoriser les visites domiciliaires (55) et en excluant expressément la possibilité d'actions possessoires s'agissant d'actions de l'administration (56).

§ 5 - LA DUREE DES EFFETS DES ACTES ADMINISTRATIFS

Enfin, on doit indiquer qu'en dehors des cas de suspension des effets par décision administrative ou juridictionnelle, ou de réalisation d'une condition résolutoire, certaines législations prévoient expressément l'hypothèse de la perte de force exécutoire des actes administratifs au terme d'un délai de cinq ans à partir de sa mise en vigueur, lorsque, durant cette période, l'administration n'a pas accompli les actes qu'il lui appartient d'effectuer. Ainsi en disposent le Code du contentieux administratif de Colombie (art. 66) et la loi organique sur les procédures administratives du Vénézuéla, laquelle qualifie l'institution de "prescription" (art. 70). Dans le système français, en revanche, le principe est que la décision s'applique sans limitation de durée (57).

(55) Voir Jesús González Pérez, *Comentarios a la ley de procedimiento administrativo*, Madrid, 1977, p. 622.

(56) Art. 103 LPA Espagne.

(57) Voir J. Rivero, *op. cit.*, p. 130.

TROISIEME PARTIE

LES PRINCIPES DE LA PROCÉDURE ADMINISTRATIVE ET LES GARANTIES DES ADMINISTRÉS

Nous avons indiqué que les lois de procédure administrative en Espagne et en Amérique Latine, même si beaucoup d'entre elles conservent la dénomination traditionnelle, comprennent, comme le souligne l'exposé des motifs de la loi espagnole, "outre la procédure administrative au sens strict, le régime juridique des actes administratifs, ainsi que d'autres aspects de l'action administrative qui conservent des relations avec celui-ci" (1). De ce fait, en étudiant les principes de la procédure administrative en Espagne et en Amérique Latine, nous avons commencé par faire référence dans la première partie à leur contribution à la consolidation du principe de légalité et dans la deuxième partie au régime des actes administratifs.

On doit maintenant, dans cette troisième partie, analyser les aspects les plus significatifs de la procédure administrative au sens strict, telle qu'elle est réglementée dans lesdites lois, analyse pour laquelle nous partons de la notion de procédure administrative, définie par le Tribunal Suprême d'Espagne, "comme une combinaison d'actes dont les effets juridiques sont liés entre eux dans le but de parvenir à une décision correcte ou valide". Cette finalité "permet de soutenir, à des fins procédurales, que les actes ou maillons entre lesquels il convient de diviser ou de fragmenter la procédure peuvent être essentiels ou non essentiels ; de telle sorte qu'un acte essentiel vicié brise ou peut briser la connexion entre les différents actes ou maillons existant dans une procédure et rompre ainsi l'unité des effets juridiques, qui est l'aspect essentiel de toute procédure" (2).

Il est évident que la réglementation de la procédure administrative considérée comme combinaison d'actes dont les effets juridiques sont liés éventuellement entre eux, a un triple motif et une conséquence générale. La conséquence est que la réglementation de la procédure administrative tant par la jurisprudence que par la loi a été l'un des aspects qui ont le plus contribué dans le monde contemporain à la consolidation du principe de légalité et à la

(1) Voir Jesús González Pérez, *Comentarios a la ley de procedimientos administrativos*, Madrid 1977, pp. 55 et 96.

(2) Décision du 6-11-74 citée par Jesús González Pérez, *op.cit.*, p. 69.

soumission de l'administration au droit. Quant aux motifs qui ont milité pour l'établissement de son régime législatif, il y a en premier lieu, comme l'a signalé Guy Isaac (3), la protection de l'intérêt général ; en second lieu, l'intérêt de la propre administration ; et enfin, l'intérêt des administrés.

En effet la réglementation de la procédure administrative cherche en premier lieu à protéger l'intérêt général dont la réalisation conditionne toujours l'action administrative, en ce sens que ses règles s'efforcent, dans nombre de cas, d'assurer que les décisions qui sont adoptées seront prises dans le souci de l'intérêt général. Ainsi, il faut signaler tous les mécanismes de procédure établis pour assurer la participation des administrés et des organisations privées représentatives d'intérêts collectifs, par exemple à l'élaboration d'une décision administrative ; et tous les mécanismes de consultation prescrits, avant la prise des décisions, tendent à assurer que celles-ci seront, dans la mesure du possible, conformes à l'intérêt général de la collectivité. Pour cela, par exemple, la loi sur les procédures administratives d'Espagne dispose d'une façon générale, en ce qui concerne la "procédure pour l'élaboration des dispositions de caractère général", que :

"chaque fois que cela est possible et que la portée de la disposition y invite, l'organisation syndicale et les autres entités qui, en vertu de la loi, détiennent la représentation ou la défense des intérêts à caractère général ou corporatif affectés par cette disposition, bénéficieront de la possibilité d'exposer leur point de vue dans un rapport circonstancié, dans un délai de dix jours à compter du dépôt du projet" (art. 130,4).

La même loi prescrit également que, quand "la nature de la disposition y invite, le projet de décision devra être soumis à information publique dans le délai qui sera fixé dans chaque cas" (art. 130,5).

Mais, en deuxième lieu, la réglementation de la procédure administrative est également motivée par l'intérêt de l'administration elle-même, en tant qu'organisation, en vue de parvenir à une plus grande efficacité et à une meilleure rationalisation de l'activité administrative. Ainsi, la simplification, la normalisation et l'unification de l'activité administrative ont été, dans nombre de cas, des motifs fondamentaux de la codification de la procédure administrative. En ce sens par exemple, doivent être mentionnés les principes posés par la loi espagnole sur la procédure administrative (art. 30) et par la loi organique sur les procédures administratives du Vénézuéla (art. 32), en ce qui concerne le maniement des documents et dossiers administratifs,

(3) Guy Isaac, *La procédure administrative non contentieuse*, Paris 1968, pp. 175 et ss.

lesquels doivent faire l'objet de normalisation et d'uniformisation, de manière que chaque série ou type de ceux-ci respectent des caractéristiques et des formats égaux. De plus, la loi espagnole ajoute comme principe que "les travaux bureaucratiques seront rationalisés et seront effectués au moyen de machines adéquates, en vue d'instituer une mécanisation et un automatisme progressifs dans les bureaux, chaque fois que le volume de travail rendra économique l'emploi de ces procédés" (art. 30,2) (4).

Dans le même ordre d'idées, il est prévu que dans les cas où l'Administration doit traiter une nombreuse série de dossiers homogènes, on doit établir une procédure sommaire de gestion comportant des formulaires, imprimés ou autres moyens qui permettent le traitement rapide des affaires, incluant éventuellement l'utilisation, quand sont identiques les motifs et les fondements des décisions, de tout moyen mécanique de production en série de celles-ci, à condition que les garanties juridiques des intéressés ne soient pas lésées (5).

Mais en dehors de la protection de l'intérêt général et de celle de l'intérêt de l'administration, la réglementation de la procédure administrative, en troisième lieu, a été faite essentiellement dans l'intérêt des administrés dans leurs relations avec l'Administration, ou plus exactement, pour la protection des droits et intérêts des citoyens à l'égard de l'action administrative et en particulier à l'égard des moyens d'action unilatéraux de l'Administration.

C'est donc précisément grâce à la réglementation de la procédure administrative que le droit administratif initialement destiné à réglementer l'administration, son organisation et son fonctionnement, est devenu un droit également destiné à réglementer pour l'essentiel les relations entre l'administration et les administrés, en insistant particulièrement sur la protection et la garantie des droits de ces derniers. En conséquence l'équilibre traditionnel de notre discipline entre les deux extrêmes qui traditionnellement et historiquement l'ont conditionné, d'un côté les prérogatives de l'Administration, de l'autre les droits et les intérêts des administrés, commence sans doute à paraître pencher en faveur de ces derniers et dans ce processus administratif, conçu pour garantir de la part de l'Administration un *due process of law* aux particuliers, quand ils entrent en relation avec elle (ce qui se produit quotidiennement), a joué vraisemblablement un rôle fondamental.

(4) Dans le même sens, art. 31 LOPA Vénézuéla.

(5) Art. 38 LPA Espagne ; art. 35 LOPA Vénézuéla.

Notre propos, dans la troisième partie de cette étude sur les principes de la procédure administrative en Espagne et dans les pays d'Amérique latine, est précisément d'étudier ce troisième aspect de la motivation de la codification de la procédure administrative, ce que nous ferons en analysant, en premier lieu, les principes de la procédure administrative qui sont posés dans l'intérêt des administrés, et en second lieu, tout particulièrement le régime du "droit à la défense" des administrés face à l'Administration, ce qui représente peut-être l'aspect le plus important de la codification de la procédure administrative.

CHAPITRE I

LES PRINCIPES DE LA PROCEDURE ADMINISTRATIVE

La codification de la procédure administrative en Espagne et en Amérique latine, comme manifestation de la consolidation du principe de légalité, a été élaborée en tenant compte principalement de la protection qui est due aux administrés ; bien que les lois aient prescrit des normes et des phases de procédure qui doivent guider les activités de l'administration, cela a été fait principalement en vue d'instituer des garanties juridiques en faveur des administrés face à l'administration.

Ces réglementations ont été conditionnées par une série de principes auxquels on va se référer et qui concernent le commencement de la procédure, la phase d'instruction, et le contenu de la décision.

§ 1 - PRINCIPES RELATIFS A L'INITIATIVE ET AU COMMENCEMENT DE LA PROCEDURE

A - LE DROIT DE PÉTITION

Conformément à la tradition la plus classique en matière de déclaration des droits de l'Homme, la Constitution du Vénézuéla institue comme un des droits individuels le droit de pétition, quand elle dispose dans son article 67 que

"Tout citoyen a le droit de présenter ou d'adresser des pétitions à toute entité ou à tout fonctionnaire public, sur les questions qui

sont de la compétence de ceux-ci et d'en obtenir une réponse appropriée".

Un principe similaire est prescrit dans presque toutes les Constitutions modernes, en partant du principe établi dans l'Amendement n° 1 à la Constitution des Etats-Unis d'Amérique du Nord, en 1789.

La procédure administrative légalement réglementée a pour objet en conséquence, avant tout, de garantir tant le droit d'adresser des pétitions à l'administration, que celui d'obtenir des autorités administratives la réponse appropriée à ces pétitions ou requêtes. Pour cela, la loi organique sur les procédures administratives du Vénézuéla va jusqu'à reprendre l'affirmation constitutionnelle en précisant le droit de pétition devant l'administration de la manière suivante :

Art. 2 - "Toute personne intéressée pourra, d'elle-même ou par l'intermédiaire de son représentant, présenter des pétitions ou des requêtes à tout organisme, entité ou autorité de l'administration. Ces derniers devront répondre aux pétitions ou requêtes qui leur sont présentées ou bien déclarer, éventuellement, les motifs de ne pas le faire".

Ce principe, les lois sur la procédure administrative (art. 70,1), sur le régime juridique de l'Administration de l'Etat (art. 39) en Espagne, et le Code du contentieux administratif de Colombie (arts. 5 à 24), le reprennent expressément.

Evidemment, la réglementation du droit de pétition dans les lois relatives à la procédure administrative entraîne plusieurs conséquences formelles.

En premier lieu, s'agissant de pétitions ou requêtes administratives, les lois sur les procédures administratives distinguent les simples pétitions d'information ou de consultation et les requêtes qui tendent par exemple à obtenir une décision qui crée ou déclare un droit. Dans ce dernier cas, les lois exigent une habilitation concrète pour pouvoir introduire des pétitions, conférée aux "intéressés" (1), c'est-à-dire à ceux qui ont un intérêt personnel, légitime et direct dans l'affaire (2).

(1) Voir Art. 67 LOPA ; Art. 48 LOPA Vénézuéla ; art. 284 LGAP Costa-Rica.

(2) Voir art. 22 LOPA Vénézuéla.

En second lieu, en réglementant le droit de pétition, les lois prescrivent la forme des requêtes, en ce qui concerne les éléments formels qu'elles doivent contenir sur l'identification du requérant, la détermination précise de l'objet de la pétition et les fondements ou motifs de celle-ci (3).

En troisième lieu, s'agissant de requêtes ou de pétitions des intéressés, les lois de procédure administrative établissent généralement des normes relatives à la réception et à l'enregistrement des documents (4), afin de conserver une trace authentique, entre autres, de la date des requêtes. Ceci a une certaine importance en matière de procédure, du fait de l'obligation que les lois imposent aux fonctionnaires de respecter l'ordre rigoureux de présentation des requêtes, au moment de décider de celles-ci, et d'éviter ainsi le favoritisme (5).

En quatrième lieu, les lois de procédure administrative, en réglementant les pétitions comme un droit des administrés, admettent aussi le droit de ces derniers de se désister de leurs requêtes ou de renoncer à leur droit (6). Dans le même ordre d'idées, les lois réglementent l'extinction de la procédure par péremption, quand celle-ci est paralysée pendant un certain délai (2 mois dans la loi vénézuélienne par exemple) pour des causes imputables à l'intéressé, délai qui court à partir de la notification faite par l'Administration (7). Cependant, les lois disposent que nonobstant le désistement ou la péremption, l'Administration peut poursuivre la gestion des procédures si des raisons d'intérêt public le justifient (8).

En cinquième lieu, s'agissant d'un droit de pétition avec garantie de réponse, les lois de procédure administrative réaffirment l'obligation de l'Administration et de ses fonctionnaires de traiter rapidement et opportunément les requêtes (9), en fixant en outre des délais pour les décisions. Ainsi, par exemple, la loi sur les procédures administratives du Vénézuéla fixe les délais en fonction des types de procédure de pétition : s'il s'agit de procédures simples, qui n'exigent pas une instruction, l'administration est obligée de prendre une décision dans un délai de 20 jours ; par contre, si la

(3) Voir art. 285 LGAP Costa-Rica ; Art. 49 LOPA Vénézuéla ; Art. 5 CCA Colombia ; Art. 69,1, LPA Espagne.

(4) Arts. 65-66 LPA Espagne ; Arts 44-46 LPA Vénézuéla.

(5) Art. 74,2 LPA Espagne ; Art. 296 LGAP Costa-Rica.

(6) Art. 96,1 LPA Espagne ; Art. 63 LOPA Vénézuéla.

(7) Art. 64 LOPA Vénézuéla ; Art. 99 LPA Espagne.

(8) Art. 98,1 LPA Espagne ; Art. 66 LOPA Vénézuéla ; Art. 8 CC Colombia.

(9) Art. 31 CCA Colombie.

procédure requiert une instruction, la loi prévoit un délai de 4 mois pour la décision avec possibilité de prorogation de 2 mois (10).

Enfin, en dernier lieu, la conséquence de la réglementation du droit de pétition et du droit d'obtenir une réponse appropriée est la déclaration formelle dans les lois de procédure de la responsabilité des fonctionnaires publics pour retard, omission, détournement ou inaccomplissement de toute procédure (11).

B - LE DÉCLENCHEMENT D'OFFICE

Il est toutefois évident que toutes les procédures administratives ne sont pas mises en oeuvre à la demande des intéressés, sur la base de l'exercice du droit de pétition ; la mise en route des procédures d'office, à l'initiative de l'administration elle-même, est également fréquente. De ce fait, en général, les lois de procédure administrative disposent que "la procédure pourra être mise en oeuvre d'office ou à la demande d'une partie intéressée" (12).

En outre, dans l'hypothèse d'une mise en oeuvre d'office des procédures, par exemple, la loi espagnole sur la procédure administrative exige qu'une décision formelle soit prise par l'organe compétent, soit de sa propre initiative, soit sur ordre d'un organe supérieur et même, sur requête des subordonnés ou sur dénonciation (art. 68).

C - L'INITIATIVE DU DÉCLENCHEMENT DE LA PROCÉDURE ET LA TYPOLOGIE DES PROCÉDURES

En tout cas, l'initiative du déclenchement de la procédure et le fait de déterminer si elle requiert l'exercice d'un droit de pétition ou si elle peut être déclenchée d'office dépendent des "types" de procédure. Généralement, les lois de procédure n'établissent pas une typologie des procédures correspondant aux effets de l'acte administratif qui en résulte ; cependant, c'est d'elle que dépendra précisément le fait de savoir quand peut et doit être mise en oeuvre la procédure sur requête de la partie intéressée et quand elle peut ou doit être mise en oeuvre d'office.

(10) Arts 3, 5 et 60 LOPA Vénézuéla.

(11) Arts 3, 100 et 101 LOPA Vénézuéla.

(12) Art. 67 LPA Espagne ; Art. 48 LOPA Vénézuéla ; art. 286 LGAP Costa-Rica.

En effet, conformément à la typologie rendue célèbre par Massimo Severo Giannini (13) et en fonction de la nature des effets des actes administratifs qui résultent des procédures administratives, on peut distinguer quatre types de procédures : de déclaration, "d'ablation", de concession et d'autorisation.

Les procédures de déclaration sont celles qui ont pour résultat des actes qui affirment la certitude de faits juridiques significatifs et consistent en des déclarations de connaissance et en des vérifications. En ce sens on peut dire que toutes les procédures qui se concluent par des actes d'enregistrement, par exemple de la propriété de brevets d'invention ou de marques, de véhicules ou d'avions, etc., sont des procédures de déclaration. De même, les procédures visant à déterminer l'identité des personnes.

Ces procédures de déclaration, en général, demandent pour leur mise en oeuvre une requête de la partie intéressée et c'est seulement dans les cas exceptionnels où l'ordre public est concerné qu'elles pourraient être déclenchées d'office (ainsi en matière d'identification des personnes).

Ensuite, on trouve les procédures dites "d'ablation", ainsi dénommées dans la doctrine italienne en raison de l'usage du vocable latin "ablatio", qui signifie l'action de supprimer, de couper ou d'éliminer. Ces procédures ont pour objet d'éliminer ou de restreindre certains droits des administrés : c'est pourquoi généralement elles sont déclenchées d'office par l'Administration. On trouve des exemples de ces procédures dans les procédures d'expropriation, de réquisition ou de sanction qui affectent une chose (saisie) ou le patrimoine d'une personne (amende).

Puis viennent les procédures de concession, lesquelles ont pour objet des actes administratifs qui renforcent les droits subjectifs des administrés. L'octroi de concessions (par exemple, de service public), se situe traditionnellement dans ces procédures de concession. Cependant, d'autres procédures, comme celles qui ont trait à l'octroi de subventions, ou qui attribuent une qualification juridique aux personnes, telle que l'octroi de la nationalité prennent une importance de plus en plus grande. Ces procédures de concession, bien entendu, exigent toujours l'initiative d'une partie intéressée et ne peuvent être mises en oeuvre d'office.

(13) M. S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, Vol. II, pp. 825 et ss. ; voir les commentaires de Hildegard Rondón de Sansó, *El procedimiento administrativo*, Caracas 1983, pp. 61 et ss.

Enfin, on doit mentionner les procédures d'autorisation ayant pour objet l'émission d'actes administratifs qui permettent à un particulier d'exercer un droit, en supprimant un obstacle juridique qui existe légalement pour son plein exercice. Ce sont les procédures les plus communes dans les relations entre l'Administration et les particuliers; elles donnent lieu à des autorisations, des permis ou des licences pour que les particuliers puissent exercer des droits ou réaliser des activités. Ces procédures, en général, requièrent l'initiative d'une partie et ne peuvent être déclenchées d'office.

§ 2 - PRINCIPES RELATIFS A "L'ITER PROCESSUEL" (*)

La procédure administrative en général est réglementée dans les lois de procédure administrative de telle manière que peuvent être distinguées clairement trois étapes de celle-ci : en premier lieu, son déclenchement ; en second lieu, "l'iter processuel" qui englobe fondamentalement les formalités d'instruction ; et en troisième lieu, les formalités relatives à la décision.

En ce qui concerne "l'iter processuel", on peut y trouver plusieurs principes qui le réglementent. Avant tout, le non-formalisme des formalités de telle sorte que la procédure ne se transforme pas en une atteinte aux droits des administrés. Par ailleurs, les principes relatifs à la célérité et à l'économie du processus ; au caractère inquisitoire de l'instruction ; au caractère contradictoire de la procédure ; à l'impartialité qui doit la guider ; et à la publicité de l'action administrative.

A - LE NON-FORMALISME DES FORMALITÉS

La procédure administrative se présente comme un ensemble d'actes et d'actions étroitement liés entre eux, dans le but d'obtenir un résultat concret qui généralement est matérialisé par un acte administratif. C'est pour cela en définitive que la procédure administrative s'identifie avec l'ensemble des formalités établies pour guider l'action de l'administration en vue de l'obtention de ce résultat, comme garantie des administrés contre l'arbitraire des fonctionnaires.

(*) Le terme latin *iter* nous a paru pouvoir être maintenu ; le terme français le plus proche pourrait être "cheminement" (N.d.T.)

Cependant, il est évident comme l'a observé Guy Isaac, que si la procédure administrative devait se transformer en un formalisme pointilleux et étroit conduisant à une administration tâtilfone, la procédure administrative se retournerait en définitive contre les citoyens, au lieu de constituer à leur profit une garantie (14). D'où le principe du caractère non formaliste de la procédure administrative ou de "l'informalisme" des formalités relatives aux administrés.

En ce sens, le loi argentine sur les procédures administratives prescrit expressément que les normes de procédure qu'elle établit doivent s'adapter à l'exigence de "l'informalisme", dans la mesure où doit "être excusée l'inobservation par les intéressés des exigences formelles non essentielles et qui peuvent être accomplies postérieurement" (art. 1, c). Plus précisément, en Uruguay, le décret 640 dispose que :

"En matière de procédure administrative s'appliquera le principe de "l'informalisme" en faveur de l'administré, chaque fois qu'il s'agit de l'inobservation d'exigences formelles non essentielles et qui peuvent être accomplies postérieurement" (art. 23).

En outre, la Loi Générale sur l'administration publique du Costa-Rica précise que les normes de la procédure administrative "devront être interprétées de manière favorable à l'admission et à l'accueil au fond des requêtes des administrés".

C'est, en définitive, le principe *in dubio pro actore*, ou de l'interprétation la plus favorable à l'exercice du droit d'action, pour assurer au-delà des difficultés de nature formelle une décision sur le fond de la question, objet de la procédure. En matière de procédure administrative, le principe se traduit en ce que le formalisme doit être interprété en faveur de l'administré, la législation argentine précisant cependant que "l'informalisme ne pourra servir à corriger des nullités qui sont absolues (art. 224).

En application de ce principe, les lois de procédure administrative posent, par exemple, l'obligation pour les fonctionnaires qui reçoivent les requêtes d'avertir les intéressés des omissions et des irrégularités qu'ils observent dans celles-ci, mais sans pouvoir refuser de les recevoir (15).

En outre, si, après présentation de la requête, l'administration observe que, dans la demande orale ou écrite, l'une quelconque des conditions exigées

(14) G. Isaac, *La procédure administrative non contentieuse*, Paris 1968, p. 287.

(15) Art. 45 LOPA Vénézuéla ; art. 11 CCA Colombie.

par les lois fait défaut, le fonctionnaire est obligé de le notifier à l'intéressé et de lui faire connaître les omissions ou les erreurs observées afin que dans un délai déterminé (10 jours généralement), il procède à leur correction. Il est même prévu dans ces cas que si l'Administration n'accepte pas les corrections, l'intéressé peut présenter un recours hiérarchique contre la décision (16).

B - LES PRINCIPES DE CÉLÉRITÉ, ÉCONOMIE ET EFFICACITÉ

Outre "l'informalisme" des formalités qui, en tant que principe, est établi en faveur des droits des administrés, les lois de procédure administrative, en général, ont aussi prévu comme principes qui doivent guider l'iter processuel les principes d'économie, de célérité et d'efficacité.

En ce sens, la loi argentine sur la procédure administrative prescrit comme principe général pour l'application des normes de procédure la "célérité, l'économie, la simplicité et l'efficacité dans les démarches" (art. 1, b) de même que la loi vénézuélienne (art. 30), la loi du Costa-Rica (art. 225) et la loi espagnole (art. 29). Le Code du contentieux administratif de Colombie, cependant, va plus loin et définit dans le détail ces principes d'orientation de la manière suivante (art. 2) :

"En vertu du principe d'économie, on tiendra compte de ce que les normes de procédure sont faites pour activer les décisions, pour que les procédures progressent dans le minimum de temps et avec le minimum de dépenses pour les intervenants, pour que l'on exige seulement le strict nécessaire de documents et de copies, sans authentification et sans notes de présentation personnelle, sauf quand la loi l'ordonne de façon expresse.

En vertu du principe de célérité, les autorités seront l'élément dynamique officieux des procédures, elles supprimeront les formalités qui ne sont pas nécessaires, utiliseront des formulaires pour des actions en série quand la nature de celles-ci le rend possible et sans que cela dispense les autorités de l'obligation de prendre en considération tous les arguments et preuves des intéressés.

(16) Art. 50 LOPA Vénézuéla ; art. 71 LPA Espagne ; art. 12 CCA Colombie ; art. 287 LGAP Costa-Rica.

En vertu du principe d'efficacité, on tiendra compte du fait que les procédures doivent atteindre leur but, en écartant d'office les obstacles purement formels et en évitant des décisions du type inhibitoire".

De ces principes découle un autre principe fondamental de la procédure administrative qui est le caractère inquisitoire de l'instruction.

C - LE PRINCIPE INQUISITOIRE

En effet, la procédure administrative est avant tout l'affaire de l'administration ; c'est la raison pour laquelle le principe fondamental qui la régit, ainsi que le déclare la loi argentine sur les procédures administratives, est "l'impulsion et l'instruction d'office, sans préjudice de la participation des intéressés" (art. 1, a).

Ainsi, la procédure administrative doit être en principe suscitée d'office dans toutes ses formalités (17), l'administration étant obligée de ce fait de mettre en route le processus. Dans ce but, la loi espagnole sur la procédure administrative dispose que les fonctionnaires concernés sont responsables de l'adoption des mesures appropriées pour que la procédure ne souffre pas de retard, avec obligation de proposer ce qui convient à l'élimination de toute anomalie dans la gestion des dossiers et dans les relations avec le public (art. 76).

La conséquence fondamentale du principe inquisitoire est que l'administration est obligée de prouver les faits, c'est-à-dire qu'elle supporte la charge de la preuve. C'est pour cela que la Loi Générale sur l'administration publique du Costa-Rica prescrit expressément que :

"Dans la procédure administrative on devra vérifier les faits qui servent de motif à l'acte final, de la manière la plus fidèle et la plus complète possible, vérification pour laquelle l'organe qui la dirige devra adopter toutes les mesures probatoires pertinentes ou nécessaires, même si elles n'ont pas été proposées par les parties, et même contre la volonté de ces dernières" (art. 221).

La conséquence de cette obligation d'activer la procédure et de la déclaration expresse de la responsabilité des fonctionnaires pour le retard,

(17) Art. 74,1 LPA Espagne ; art. 22 Décret 640 Uruguay.

l'omission, le détournement ou l'inaccomplissement des démarches et formalités (18), est le droit des administrés de pouvoir formuler un recours contre le fonctionnaire responsable, devant le supérieur hiérarchique, en vue d'une sanction. Il est évident que l'exercice d'un recours de ce type ne paralyse pas la procédure et ne fait pas obstacle à la possibilité d'en corriger les insuffisances (19).

D - LE PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE ET LA NOTION DE PARTIE

Un quatrième principe général de la procédure administrative est le principe de la contradiction qui implique la nécessité de la confrontation des critères entre l'administration et les administrés et même, dans de nombreux cas, entre plusieurs administrés, avant que l'administration ne prenne sa décision.

Comme le déclare expressément le Code colombien du contentieux administratif :

"en vertu du principe de contradiction, les intéressés auront l'occasion de connaître et de contester les décisions par les moyens légaux" (art. 3).

Il est certain, comme nous l'avons indiqué, qu'en principe la procédure administrative est l'affaire de l'administration elle-même, concernant l'émission de ses actes administratifs. Cependant, compte tenu du fait que les intérêts réciproques des administrés, en face de l'administration, sont opposés, les garanties juridiques dont ces derniers disposent devant elle exigent leur participation effective à la procédure, afin qu'ils exposent leurs points de vue. En outre, quand leurs droits ou leurs intérêts peuvent être affectés par l'acte administratif, le principe contradictoire apporte la garantie, en dernière instance, de l'exercice de leurs droits à la défense.

C'est pour cela que la conséquence fondamentale du principe du contradictoire en matière de procédure administrative est qu'il implique la notion de partie. Ainsi, dans la relation administration - administré (ou administrés), les deux éléments du rapport sont parties à la procédure, et l'on

(18) Art. 3 LOPA Vénézuéla.

(19) Art. 77,1 LPA Espagne ; Art. 3 LOPA Vénézuéla.

considère également comme parties tous les autres administrés qui peuvent se trouver affectés par l'acte administratif.

Ainsi que le précise la Loi Générale sur l'administration publique du Costa-Rica :

"Pourront être partie à la procédure administrative, en dehors de l'administration, tous ceux qui peuvent avoir un intérêt légitime ou un droit subjectif susceptible de se trouver directement affecté, lésé ou satisfait, en raison de l'acte final. L'intérêt de la partie doit être actuel, propre et légitime et pourra être moral, scientifique, économique et de toute autre nature" (art. 275).

La notion de partie donc, appliquée aux administrés, peut être assimilée à celle d'intéressés (art. 22 de la loi organique vénézuélienne sur la procédure administrative) ; ces derniers, en définitive, comme le précise la loi espagnole sur la procédure administrative (art. 23), sont en premier lieu ceux qui animent la procédure en tant que titulaires de droits ou d'intérêts légitimes ; en second lieu ceux qui, sans avoir déclenché la procédure, font état de droits qui peuvent se trouver directement affectés par la décision qui sera prise ; et en troisième lieu, ceux dont les intérêts légitimes, personnels et directs peuvent être affectés par l'acte administratif et comparaissent devant l'administration tant que la décision définitive n'a pas été prise (20).

Dans les lois de procédure administrative d'Espagne et d'Amérique latine, le concept d'intéressé, comme partie, fait l'objet d'une réglementation précise, en particulier pour la capacité et la représentation. En ce qui concerne la capacité, les lois s'en remettent en général à ce qui est prévu dans la législation civile (21), sauf disposition législative contraire, c'est-à-dire sauf si une loi spéciale établit, à propos d'une relation juridico-administrative déterminée, des causes qui conditionnent la capacité juridique, par exemple en fonction de la nationalité, de la résidence, du sexe, de l'âge et même de la condition sociale.

A propos de la représentation, il arrive que les lois de procédure administrative s'en remettent aux exigences du droit commun (22) ; dans certains cas, car elles posent des principes moins formalistes que ceux qui sont établis en matière civile ou de procédure civile. Au Vénézuéla par exemple, la loi organique sur les procédures administratives permet que, dans tous les cas

(20) Dans le même sens Art. 23 LOPA Vénézuéla.

(21) Art. 22 LPA Espagne ; Art. 282 LGAP Costa-Rica ; Art. 24 LOPA Vénézuéla.

(22) Par exemple, art. 282 LGAP Costa-Rica.

où la comparution personnelle de l'intéressé n'est pas exigée, les administrés peuvent se faire représenter moyennant une simple désignation dans la demande ou le recours devant l'Administration, sans préjudice de ce qu'une telle représentation puisse être aussi accréditée par un document authentifié (arts. 25 et 26). Dans d'autres cas, comme dans la loi espagnole de procédure administrative, le document authentifié est la pièce indispensable pour formuler des réclamations, se désister d'une instance et renoncer à des droits au nom d'une autre personne (art. 24).

Enfin, pour ce qui est de la notion de partie à la procédure administrative, dans certaines lois comme la Loi Générale sur l'administration publique du Costa-Rica, est réglementée la notion juridique de "partie administrative conjointe" ("*coadyuvante*"), à propos de ceux qui ne sont intéressés que de manière indirecte à l'acte final ou à son rejet ou à sa modification, même si leur intérêt est dérivé ou non actuel comparé à celui qui est propre à la partie à laquelle ils sont associés (art. 226). Dans ces cas, la partie "conjointe" peut l'être tant du promoteur de l'affaire que de l'administration ou de la partie adverse (art. 227), et elle ne pourra rien demander pour elle ni ne pourra modifier la présentation à laquelle elle est associée. Elle peut cependant produire toutes les allégations de fait et de droit et mettre en oeuvre tous les recours et les moyens de procédure pour faire valoir son intérêt, sauf en ce qui peut porter préjudice à la partie à laquelle elle est associée (art. 278).

E - LE PRINCIPE DE LA PUBLICITÉ ET LE SECRET ADMINISTRATIF

L'un des grands défis de l'Etat de droit, en ce qui concerne les relations entre l'administration et les administrés, est celui du remplacement du principe du secret administratif par le principe contraire, celui de la publicité ou transparence des actions de l'administration. On peut dire cependant que cette évolution n'est pas complètement achevée dans nos pays. Au contraire, dans la pratique et dans de nombreux pays, le principe du secret discrétionnaire, selon lequel l'administration a le pouvoir de conserver le secret sur tout document ou information, en le déclarant "réserve", est toujours en vigueur, ce qui a pour conséquence que les particuliers n'ont pas la certitude de recevoir l'information dont ils ont besoin pour contrôler l'activité administrative. Ainsi, le secret de l'action administrative et le mystère qui la couvre, non seulement à l'égard des particuliers (à l'extérieur), mais aussi à l'égard des divers organes des l'administration elle-même (à l'intérieur), continuent d'être, en effet, une pratique administrative courante dans les

administrations contemporaines, la plupart du temps pour dissimuler des actes arbitraires, des comportements irresponsables et des incompétences de la part des fonctionnaires. C'est pour cela que le secret et l'inefficacité administrative constituent un binôme historiquement inséparable.

En tout cas, la question du secret administratif s'est progressivement heurtée d'une manière générale aux lois destinées à assurer le droit de tous à l'information et l'accès public aux documents officiels. C'est le cas de la loi n° 78-753 du 11 juillet 1978, adoptée en France sous l'influence de la loi sur la liberté de l'information aux Etats-Unis de 1966 (23), qui, même si elle ne signifie pas la fin du secret, comme l'observe Guy Braibant, peut être considérée comme le commencement de la fin (24). A l'exception de la Colombie, où a été édictée une importante loi sur la publicité des actes et documents officiels (loi n° 57 du 5 juillet 1985) (25), en général, dans les autres pays de l'Amérique latine, des lois de ce genre n'ont pas été votées. Même dans les régimes démocratiques, l'usage reste toujours celui du secret ou de l'accès limité ; en outre, l'administration conserve le pouvoir de qualifier certains documents de confidentiels.

Cependant, dans le domaine spécifique de la procédure administrative, on peut constater que le principe exprès de la publicité de la procédure commence à être réglementé, notamment à l'intention des parties ou des intéressés, ce qui constitue un grand progrès.

La loi organique sur les procédures administratives du Vénézuéla, par exemple, pose ainsi le principe général selon lequel les intéressés et leurs représentants ont le droit d'examiner à n'importe quel stade ou niveau de la procédure le dossier correspondant, de lire et de copier tout document qui y figure, ainsi que de demander des copies certifiées de tout document (art. 59) (26).

Une exception est toutefois prévue, en ce sens que sont maintenus en dehors de ce droit d'accès les documents qui sont expressément et

(23) Voir Donald C. Rowat, "Las nuevas y proyectadas leyes sobre el acceso público a los documentos oficiales", *Revista de derecho público*, n° 9, Caracas 1982, p. 73.

(24) Guy Braibant, "Droit d'accès et droit à l'information", *Service public et libertés*, Mélanges offerts au Professeur Robert-Edouard Charlier, Paris 1981, p. 709.

(25) Laquelle, en outre, garantit l'accès du citoyen aux documents (arts. 12 et suivants), mais sans éliminer le principe de la réserve de documents qui peut être décidée par l'autorité administrative.

(26) Dans le même sens, Art. 272 LGAP Costa-Rica ; Art. 62 LPA Espagne.

formellement qualifiés de confidentiels par le supérieur hiérarchique, lesquels doivent donc être conservés dans des pièces séparées du dossier.

Dans un sens comparable, mais d'un façon plus large, la loi générale sur l'administration publique du Costa-Rica dispose qu' :

"Il n'y aura pas d'accès aux pièces du dossier dont la connaissance pourrait mettre en cause des secrets d'Etat ou une information confidentielle concernant la partie adverse ou en général, quand l'examen de ces pièces confère à l'intéressé un privilège indû ou une occasion de causer illégitimement un dommage à l'administration, à la partie adverse ou à des tiers, à l'occasion du dossier ou en dehors de celui-ci" (27).

Cependant, en présence de ces normes qui réglementent les zones secrètes ou réservées des dossiers administratifs, on exige, tant dans la loi costaricienne que dans la loi vénézuélienne que la qualification de "confidentiel" soit faite par un acte administratif motivé, ce qui fait que le traditionnel pouvoir discrétionnaire en la matière demeure limité. En outre, l'acte qui est pris peut faire l'objet de recours administratifs ou contentieux (28).

F - LE PRINCIPE D'IMPARTIALITÉ

Enfin, parmi les principes qui régissent la procédure administrative figure le principe d'impartialité, dérivé du principe d'égalité des administrés et de non-discrimination entre eux, selon lequel l'Administration dans le cours de la procédure et lorsqu'elle prend sa décision, ne doit pas prendre partie, faire pencher la balance en faveur d'une partie au détriment de l'autre ou en favoriser une illégitimement, mais doit prendre sa décision uniquement en conformité avec l'ordonnancement juridique et la finalité de l'intérêt général qui motive celui-ci.

Afin de garantir l'impartialité de l'Administration et conformément à l'orientation des principes qui régissent la matière dans la procédure

(27) Art. 273,1. Il faut souligner que la loi costaricienne présume qu'ont le caractère confidentiel, sauf preuve contraire, les "projets de résolution, de même que les rapports destinés aux organes consultatifs et les avis de ces derniers avant qu'ils aient été rendus" (art. 273,2).

(28) Art. 274 LGAP Costa-Rica ; Art. 59 LOPA Vénézuéla. Dans le même sens, la loi colombienne n° 57 de 1985 (art. 21).

juridictionnelle (29), les lois de procédure administrative ont posé, d'une part le devoir général des fonctionnaires dont l'impartialité pourrait être suspectée, de s'abstenir d'intervenir dans la procédure ; et d'autre part, dans certains cas, le droit des intéressés de récuser les fonctionnaires qui auraient fait preuve, par leur comportement, de partialité.

Ainsi par exemple, la loi organique sur les procédures administratives du Vénézuéla (art. 36), s'inspirant des principes de la loi espagnole de procédure administrative (art. 20), impose aux fonctionnaires publics de s'interdire ou de s'abstenir de connaître d'une affaire dont la compétence leur est légalement attribuée, dans les cas suivants :

1. Quand le fonctionnaire lui-même ou son conjoint ou un parent jusqu'au quatrième degré de consanguinité ou au second degré de collatéralité, auraient intérêt à la procédure. C'est l'application concrète, en matière administrative, du principe *nemo iudex in causa sua*, selon lequel le fonctionnaire public ne doit pas intervenir dans des procédures auxquelles il a intérêt. La loi espagnole ajoute à ce cas d'empêchement celui du fonctionnaire administrateur d'une société ou entité intéressée (art. 20, 2, a) ; ou du fonctionnaire parent d'un administrateur d'entités ou de sociétés intéressées ; il en va de même s'il s'agit d'assesseurs, de représentants légaux ou de mandataires qui interviennent dans la procédure (art. 20, 2, b).

2. Quand ils éprouvent une amitié intime ou une inimitié manifeste à l'égard d'une des personnes intéressées qui interviennent dans la procédure. Dans ce contexte, le code du contentieux administratif de Colombie ajoute comme motif le fait pour le fonctionnaire d'avoir fait partie de listes de candidats à des corps collégiaux soumis à l'élection populaire, ou d'être membre de ces corps (art. 30, 1).

3. Quand il sont intervenus comme témoins ou experts dans l'affaire dont la solution est en cause ou bien si, en tant que fonctionnaires, ils ont manifesté préalablement leur opinion sur celle-ci, de sorte que l'on pourrait préjuger déjà une telle solution ou, encore s'agissant d'un recours administratif, s'ils sont l'auteur de la décision correspondant à l'acte contesté ou y ont pris part.

4. Quand ils ont des relations de service ou de subordination avec l'une des personnes directement intéressées à l'affaire. Dans ce contexte, le code du

(29) Par exemple, l'art. 6 LPA Argentine, l'art. 30 CCA Colombie et l'art. 230 LGAP Costa-Rica s'en remettent en la matière aux règles des codes de procédure civile ou du pouvoir judiciaire.

contentieux administratif de Colombie ajoute le cas du fonctionnaire recommandé par l'intéressé pour parvenir à la position qu'il occupe ou qui a été désigné par celui-ci comme référence dans le même but (art. 30, 2).

Les lois de procédure varient quant à la détermination des effets de l'action du fonctionnaire exposé à un motif d'empêchement. La Loi Générale sur l'administration publique du Costa-Rica pose le principe de l'invalidité de tels actes (art. 237, 3, b) ; par contre, la loi espagnole dispose que l'action des fonctionnaires qui auraient eu des raisons de s'abstenir n'entraînera pas nécessairement l'invalidité des actes ainsi pris (art. 20,3). Cependant, la non abstention, dans les cas où elle s'impose, engage la responsabilité du fonctionnaire (30).

Les législations sur la procédure administrative consacrent, outre l'abstention ou l'empêchement (comme devoirs du fonctionnaire), le droit des intéressés de récuser les fonctionnaires qui entrent dans l'une des hypothèses prévues, et instaure une procédure sommaire qui doit être conduite par le supérieur hiérarchique (31). Dans certains cas, toutefois, la procédure de récusation n'est pas conçue comme un droit des intéressés, mais comme un droit incitant le supérieur hiérarchique dans l'entité où est traitée une affaire à ordonner aux fonctionnaires passibles d'un empêchement de s'abstenir de toute intervention dans la procédure (32).

§ 3 - PRINCIPES RELATIFS A LA DÉCISION

L'objectif final de toute procédure administrative est la production d'un acte administratif, c'est-à-dire l'adoption d'une décision par l'administration. A cet effet, une fois une procédure administrative déclenchée, en particulier à l'initiative d'une partie ou lorsque les administrés y ont intérêt, l'administration est obligée de décider ; en d'autres termes, l'administration n'est pas libre de prendre ou de ne pas prendre une décision. Cette obligation, du reste, est la garantie du droit de pétition qui comporte le droit d'obtenir une réponse appropriée.

Nous étudierons cette obligation de décider dans la codification de la procédure administrative, ainsi que les effets du silence administratif, pour terminer avec l'analyse d'autres principes relatifs aux décisions, en particulier,

(30) Art. 6 LPA Argentine ; Art. 237, 1 LGAP Costa-Rica.

(31) Art. 21 LPA Espagne ; Art. 6 LPA Argentine ; Art. 236 LGAP Costa-Rica.

(32) Art. 39 LOPA Vénézuéla.

le contenu de celles-ci en relation avec les questions posées au cours de la procédure.

A - L'OBLIGATION DE DÉCIDER ET LES EFFETS DU SILENCE ADMINISTRATIF

Comme nous l'avons vu, qu'elle soit ou non le résultat de l'exercice d'un droit de pétition, une fois déclenchée une procédure administrative, l'administration est en principe obligée de l'instruire et, en définitive, de prendre la décision correspondante. Evidemment, s'il s'agit d'une procédure déclenchée à la suite de la mise en oeuvre du droit de pétition, celui-ci comporte aussi le droit d'obtenir la réponse appropriée, comme par exemple le prévoient plusieurs Constitutions, dont celle du Vénézuéla (Art. 67). Pour cette raison, la loi organique sur les procédures administratives du Vénézuéla exige des autorités administratives qu'elles répondent "aux pétitions ou aux requêtes qui leur sont adressées ou bien indiquent, le cas échéant, les motifs qu'elles ont de ne pas faire" (art. 2) (33).

En définitive, donc, l'administration est obligée de conduire les procédures administratives concernant les administrés et elle doit le faire dans les délais fixés par les lois.

Cependant, il est bien connu que l'attitude traditionnelle de l'administration, dans nombre de cas, est celle de laisser passer le temps, c'est-à-dire de ne pas décider ou de ne pas répondre, ce qui a obligé le législateur, dans des réglementations isolées, par exemple en France, à attribuer un effet généralement négatif ou de rejet au silence de l'administration une fois expiré le délai de quatre mois, celui-ci se transformant en une décision implicite susceptible de recours devant le juge administratif (34). Ce principe législatif a conduit la jurisprudence constitutionnelle à identifier un principe général du droit dont l'objet est de garantir la situation des administrés face à cette inaction administrative. De là procède le principe selon lequel le silence de l'administration, lorsque celle-ci dispose d'un délai légalement prescrit pour décider, est considéré comme équivalent à une décision implicite de rejet, afin de permettre à l'administré d'avoir recours à la voie contentieuse administrative. C'est ce qu'a jugé le Conseil constitutionnel dans une décision n° 55-L du 26 juin 1969, *Protection des sites*, en considérant que ce "principe général du droit", dérivé de la règle selon laquelle "qui ne dit mot refuse",

(33) Dans le même sens, Art. 70 LPA Espagne ; arts. 98 et 99 D 640 Uruguay.

(34) Pierre Delvolvé, *L'acte administratif*, Paris 1983, p. 172.

pouvait être écarté seulement par la voie législative ; en conséquence, une disposition réglementaire ne peut pas fixer des cas de décisions implicites d'acceptation (35). Ce principe n'a pas été accueilli cependant sous cette forme par le Conseil d'Etat, lequel a reconnu la validité d'actes réglementaires qui prévoient l'octroi tacite du permis de construire en cas de silence de l'administration (CE Ass. 27 fév. 1970, *Commune de Bozas*) (36).

Or, l'un des intérêts majeurs de la codification de la procédure administrative en Espagne et en Amérique Latine a été précisément de poser des règles générales tendant à garantir la situation des administrés devant le silence de l'administration parmi lesquelles figurent tant le principe du silence négatif ou silence-rejet, que celui du silence positif ou silence-accord, et la possibilité d'avoir recours à la voie contentieuse administrative contre la carence de l'administration.

1°/ La garantie née du silence négatif

On peut dire que le principe des effets négatifs du silence administratif est le plus généralisé et le mieux établi dans presque toutes les législations sur la procédure administrative du monde hispanique. Un exemple de sa formulation la plus générale se trouve à l'article 4 de la loi organique sur les procédures administratives du Vénézuéla, selon lequel :

"Dans le cas où un organe de l'administration publique ne règle pas une affaire ou un recours dans les délais établis, on considérera qu'elle s'est prononcée négativement et l'intéressé pourra exercer immédiatement le recours correspondant, sauf disposition expresse contraire. Cette disposition toutefois, n'exonère pas les organes administratifs ni leurs fonctionnaires des responsabilités qui peuvent leur être imputées pour omission ou retard".

Il s'agit donc de la consécration générale d'un effet négatif à l'écoulement du temps, sans qu'il y ait décision de l'administration, à partir de la présomption qu'au terme du délai légalement prescrit pour décider, s'est

(35) Voir Louis Favoreu et Loïc Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, 6^e éd., 1991, p. 223. Voir la référence dans R. Hostiou, *Procédures et formes de l'acte administratif unilatéral en droit français*, Paris 1975, p. 124.

(36) Cit. par L. Favoreu et L. Philip, *op. cit.*, p. 223 et P. Delvolvé, *op. cit.* p. 394

produite une décision tacite de rejet de ce qui a été sollicité ou demandé ou du recours exercé.

Cependant, on peut distinguer trois cas de figure différents de la norme afférente au silence valant rejet.

En premier lieu, le silence peut valoir rejet dans le cas de pétitions ou de requêtes. Conformément au Code du contentieux administratif de Colombie "une fois expiré le délai de trois mois à compter de la présentation d'une pétition sans que soit notifiée la décision qui y répond, il faut tenir celle-ci pour négative" (art. 40).

Dans la législation espagnole, à ce principe s'ajoute l'obligation pour l'intéressé de mettre en demeure l'administration. C'est seulement trois mois après avoir dénoncé le retard qu'il "pourra considérer sa requête comme rejetée, afin d'exercer contre ce rejet présumé le recours administratif ou juridictionnel correspondant, selon le cas, ou attendre le règlement exprès de sa requête" (art. 94,1). Le même principe de la mise en demeure de l'administration, comme condition d'existence d'une décision présumée négative découlant du silence de l'administration est adopté par la législation argentine (art. 10).

En second lieu, le silence valant rejet au terme d'un certain laps de temps est également prévu dans les procédures qui sont déclenchées d'office et qui, de ce fait, ne résultent pas de l'exercice du droit de pétition. L'écoulement du temps permettrait l'exercice du recours correspondant chaque fois que, d'une manière évidente, l'acte négatif tacite lèse un intérêt ou un droit des administrés. Par exemple, si un immeuble menace ruine et si l'administration ne se prononce pas sur la procédure déclenchée d'office pour ordonner ou non sa démolition, les voisins intéressés pourraient intenter les recours correspondants (37).

Le troisième cas dans lequel le silence vaut rejet concerne l'exercice des recours administratifs, en ce sens que s'il n'y est pas répondu par l'administration dans les délais prescrits, celle-ci est présumée les avoir rejetés, l'intéressé pouvant alors exercer, selon les cas, ou un second recours administratif ou un recours contentieux.

En cette matière, le code du contentieux administratif de Colombie précise que l'existence d'une décision implicite du rejet "implique la perte de

(37) Voir Allan R. Brewer-Carías, *El derecho administrativo y la ley orgánica de procedimientos administrativos*, Caracas 1985, p. 230.

compétence de l'Administration pour répondre au recours" (art. 60), règle qui n'est pas générale en Amérique latine. Dans d'autres pays, si la décision tacite de rejet est acquise et si elle a fait l'objet d'un recours, l'Administration ne perd pas pour autant le pouvoir de décider, ainsi qu'on le constate au Vénézuéla (38).

En toute hypothèse, et sauf le cas de la Colombie, l'aspect important des réglementations législatives relatives aux décisions tacites de rejet est que le principe de la décision tacite est établi au bénéfice exclusif des administrés, comme une garantie de leurs droits. En conséquence, l'exercice d'un recours contre la décision tacite n'est pas une obligation imposée aux intéressés, lesquels dans tous les cas peuvent attendre la décision expresse.

D'autre part, on doit signaler que la réglementation de cette garantie ne relève pas le fonctionnaire de son obligation de décider, sa responsabilité demeurant engagée pour retard éventuel. Ainsi se prononcent expressément diverses législations (39) et en particulier la loi espagnole sur la procédure administrative, laquelle dispose en toute clarté que "le rejet présumé n'excluera pas l'obligation pour l'administration de prendre une décision expresse", et ajoute "qu'en cas d'inexécution de cette obligation, l'intéressé pourra former une réclamation qui servira de préalable à la mise en jeu de la responsabilité personnelle, s'il y a lieu, de l'autorité ou du fonctionnaire négligents" (art. 94,3).

2°/ La garantie née du silence positif

Le principe général, en matière de consécration du silence administratif à effets positifs, à l'exception du cas de la législation du Costa-Rica, est qu'il doit être consacré par une loi spéciale dans chaque cas. C'est ce que prévoient expressément le code du contentieux administratif de Colombie (art. 41), et les lois sur la procédure administrative d'Espagne (art. 95) et d'Argentine (art. 10). Dans d'autres pays, comme le Vénézuéla, même s'il n'est pas prévu dans la loi sur les procédures administratives, c'est dans des lois spéciales, comme la loi relative à l'aménagement du territoire et l'aménagement urbain, qu'est

(38) Voir Allan R. Brewer-Carías, *Estado de derecho y control judicial*, Madrid 1985.

(39) Art. 4 LOPA Vénézuéla ; art. 239 LGAP Costa-Rica.

réglementé le silence positif en matière d'autorisations, approbations et permis (40).

Contrastant avec le régime du silence positif institué seulement dans des lois spéciales, la Loi Générale sur l'administration publique du Costa-Rica, d'une manière exceptionnelle en droit comparé, a consacré en la généralisant, la garantie née du silence administratif positif dans les cas de procédure d'autorisation. L'article 330 de cette loi dispose en effet que :

"1. Le silence de l'administration sera considéré comme positif quand il est ainsi expressément disposé ou lorsqu'il s'agit d'autorisations ou d'approbations qui doivent être accordées dans l'exercice des fonctions de contrôle et de tutelle.

2. Le silence sera également considéré comme positif, s'il s'agit de demandes de permis, licences et autorisations".

Dans cette norme, en réalité, sont déterminés deux cas de silence positif : en premier lieu, dans les relations entre organes internes de l'administration, lorsqu'il s'agit d'autorisations ou d'approbations qui, comme l'indique la législation espagnole (art. 95) à propos de l'exercice de fonctions de contrôle et de tutelle, mettent en relation les organes supérieurs avec les organes inférieurs, au sein d'une même structure hiérarchique ou dans les relations de décentralisation fonctionnelle. En dépit du fait que la loi du Costa-Rica ne le précise pas comme le fait la loi espagnole, on admettra que ce type de silence positif ne peut concerner, par exemple, les fonctions de surveillance et de contrôle que des organes constitutionnels, comme la "Contraloría General" de la République, exercent à l'égard des organes de l'administration centrale ou décentralisée.

Le second cas de silence administratif positif consacré d'une manière générale, concerne les cas de demandes de permis, licences et autorisations, c'est-à-dire les procédures d'autorisation que précisément, dans d'autres pays, des lois spéciales réglementent en principe.

Cependant, la loi du Costa-Rica ne réglemente pas les modalités pratiques de l'efficacité de l'acte tacite positif ; ce point est en revanche effectivement précisé dans le code du contentieux administratif de Colombie selon lequel la personne se trouvant dans les conditions prévues par les

(40) Voir Allan R. Brewer-Carías, *Ley orgánica para la ordenación del territorio*, Caracas 1983, pp. 66 et 67 ; Allan R. Brewer-Carías, *Ley orgánica de ordenación urbanística*, Caracas 1988, pp. 57 et ss. ; Humberto Muci, *idem*, pp. 144 et ss.

dispositions légales qui déterminent les effets favorables du silence administratif positif, doit enregistrer la copie de la pétition ou du recours, en même temps que sa déclaration sous serment de ne pas avoir reçu notification d'une décision dans le délai prévu. De cette façon, l'écriture enregistrée produira tous les effets légaux de la décision favorable qui a été demandée et toutes les personnes et autorités publiques doivent l'accepter ainsi (art. 42).

En tout cas, s'agissant d'un acte administratif tacite déclaratif de droits en faveur des intéressés, l'acte administratif qui résulte du silence positif est pour l'administration un acte irrévocable (41).

3°/ La garantie contre la carence administrative

Tant la fiction juridique du silence négatif que celle du silence positif ont sans doute été instituées dans l'ordonnement juridique comme garanties des droits des administrés afin que, après un temps d'inaction, ils puissent exercer leur droit à la défense moyennant la présentation des recours administratifs ou contentieux correspondants.

Cependant, surtout dans le cas du silence administratif négatif, dans les cas de pétitions ou de recours, particulièrement en matière de procédures d'autorisations, il est évident dans la pratique que les administrés n'obtiennent pas toujours une garantie de leurs droits du fait que l'on considère que le silence de l'administration équivaut à un rejet tacite. Ce qui intéresse par exemple le demandeur d'un permis ou d'une autorisation d'entreprendre une activité est en définitive de pouvoir réaliser concrètement cette activité grâce au permis ou à l'autorisation. Ce n'est pas le résultat qu'il obtient si le silence présume qu'on lui refuse. D'autre part, il faut se demander comment il pourra attaquer l'acte tacite dénégatoire par voie de recours, s'il n'y a ni motif ni motivation ? Quels seraient les motifs de sa contestation ?

En réalité, dans les cas d'abstention ou de refus de l'administration de décider, la véritable garantie juridique de l'administré serait de pouvoir exiger du juge qu'il oblige l'administration à prendre la décision grâce à un recours contentieux, non pas contre un acte, qui n'existe pas, mais contre la carence de l'administration. Cette possibilité n'a jamais été acceptée par le système contentieux administratif français, qui exige l'existence d'un acte exprès ou tacite pour que puissent être exercés les recours juridictionnels. Toutefois, au

(41) Art. 331, 2 LGAP Costa-Rica, D'autre part, l'art. 41 CCA Colombie prévoit divers cas de révocation.

lendemain de l'entrée en vigueur du Traité de la Communauté Economique du Charbon et de l'Acier et à propos de la compétence de la Cour de Justice des Communautés Européennes, on a cru trouver dans l'article 35 du Traité de la CECA un recours en carence, précisément contre l'abstention ou le refus des Hautes Autorités de la Communauté d'adopter certaines décisions, mais cela n'eut pas de suite, et la tradition française s'imposa (42).

En revanche, le système vénézuélien des recours contentieux, outre le recours en annulation et des demandes formées contre les entités publiques, a expressément institué le recours pour abstention ou carence qui s'exerce contre les omissions de l'administration. Ainsi, on a attribué compétence expresse aux tribunaux administratifs pour :

"connaître de l'abstention ou du refus des fonctionnaires nationaux, provinciaux ou municipaux d'accomplir des actes déterminés auxquels ils sont tenus par les lois, quand cela est le cas, et en conformité avec celles-ci (43).

Comme l'a précisé la jurisprudence administrative :

"le recours pour abstention (ou carence) s'inscrit dans la catégorie des actions contentieuses, dont la caractéristique commune est de permettre le contrôle de la légalité et de rétablir les intérêts légitimes violés. De telle sorte qu'il est parfaitement possible de réviser la légalité de l'action administrative moyennant un recours pour abstention ou en carence, dont la finalité n'est pas la nullité d'une action quelconque, mais de qualifier de légitime ou non une omission tacite ou expresse de l'administration, afin que si elle apparaît illégale, le tribunal supplée à cette abstention ou à ce rejet, en prenant l'acte ou la formalité omis ou rejeté... En conclusion, le recours pour abstention ou en carence peut être intenté contre un refus exprès ou présumé (inertie) de l'administration d'accomplir un acte. Ce qui est déterminant est donc que l'objet de la prétention soit celui de parvenir, grâce à l'intervention du tribunal administratif, à réaliser l'acte dont l'administration a dit qu'elle ne le réaliserait pas, ou que, simplement, elle s'abstiendrait de réaliser, et cela chaque fois que le requérant a

(42) Voir Nicolas Catalano, *Manual de derecho de las Comunidades europeas*, Buenos-Aires, 1966, pp. 109 et 110 ; J. A. Carillo Salcedo, *La recepción de contencioso-administrativo en la Comunidad europea del carbón y del acero*, Séville 1958, pp. 43 et ss.

(43) Arts. 42, 23 et 182, 1 Loi organique de la Cour suprême de Justice (Vénézuéla).

droit à celui-ci et qu'existe la norme prévoyant le devoir d'agir de l'administration" (44).

Un tel recours serait absolument inadmissible conformément au système français. Cependant, ce recours contentieux en carence complète le cadre des garanties des administrés devant le refus exprès ou tacite (inertie) de l'Administration de prendre une décision, lorsque la seule présomption de décision tacite de rejet ne permet pas de satisfaire les droits ou intérêts des administrés.

B - LA GLOBALITÉ DE LA DÉCISION ET LES EFFETS DU PRINCIPE INQUISITOIRE

Un autre principe général relatif à la procédure administrative en matière de décision porte sur l'obligation qu'à l'Administration de décider sur toutes les questions posées dans la procédure, tant par les parties que d'office.

En ce qui concerne les questions soulevées par les intéressés, le principe est expressément institué dans la loi vénézuélienne sur les procédures administratives, quand elle dispose que :

"L'acte administratif relatif à l'affaire soumise à l'administration résoudra toutes les questions qui ont été posées, tant initialement que durant le processus des formalités" (art. 62) (45).

Le principe, en outre, est consacré dans la législation argentine comme un droit des administrés "à une décision fondée" en tant qu'élément du droit au "*debido proceso*" (art. 1,f,3) (*due process*).

Mais il est évident que dans le cours de la procédure administrative, qu'elle soit engagée d'office ou à l'initiative d'une partie, en vertu du principe inquisitoire, l'administration peut prendre position d'office sur certains éléments non invoqués par les parties mais sur lesquels la décision devra aussi porter. C'est pourquoi la loi espagnole sur la procédure administrative dispose que la décision se prononcera non seulement sur toutes les questions posées

(44) Arrêt de la Première Cour de contentieux administratif du 28 octobre 1987, *Revista de derecho público* n° 32, Caracas 1987, p. 118. Dans le même sens, v. les sentences de la même Cour du 12 février 1987, *Revista de derecho público* n° 29, Caracas 1987, pp. 142 et ss.

(45) Dans le même sens, art. 35 CCA Colombie ; Art. 132, 1 LGAP Costa-Rica.

par les intéressés, mais aussi "sur les autres qui découlent du dossier" (art. 93,1).

A cet égard, cependant, le principe du "*debido proceso*" exige que les questions non formulées ou proposées par les intéressés doivent, pour pouvoir être prises en considération dans la décision, avoir été notifiées à des derniers et que ceux-ci doivent avoir été entendus au préalable. Ainsi le précise expressément la loi argentine sur les procédures administratives (art. 7,C).

CHAPITRE II

LE DROIT A LA DEFENSE ET SES CONSEQUENCES

Une des motivations centrales du processus de codification de la procédure administrative en Espagne et en Amérique Latine a été, sans doute, la consécration de garanties effectives pour assurer le droit à la défense, en tant que droit inhérent à la personne humaine (1).

Sa formulation jurisprudentielle historique se situe lors du fameux *Dr Bentley's case* jugé en 1723 par une Cour anglaise, lorsque le Juge Fortescue, en se référant à ce principe comme à un principe de *natural justice*, indiqua :

"The objection for want of notice can never be got over. The laws of God and men both give the party an opportunity to make his defence, if he has any. I remember to have heard it observed an occasion, that even God himself did not pass sentence upon Adam before he was called upon to make his defence, "Adam (says God) where are you ? Hast thou not eaten of the tree whereof I commanded thee that thou shouldest not eat ? And the same question was put to Eve also" (2).

Par cette décision il fut admis que le *Chancellor* de l'Université de Cambridge, le Dr Bentley, ne pouvait avoir été dépouillé de ses titres ou grades académiques sans qu'on l'ait préalablement informé des charges

(1) Michael Stassinopoulos, *Le droit à la défense devant les autorités administratives*, Paris 1976, p. 50.

(2) *Dr Bentley's case* : *The King v. The Chancellor, Ec., of Cambridge* (1723), Str. 557. Voir les références dans *Cooper v. The Board of Works for Wandsworth District* (1863), 14 C.B. (n.s) 180, dans S.H. Bailey, C.A. Cross et J.F. Garner, *Cases and materials in administrative law*, Londres 1977, pp. 348-351.

formulées contre lui et sans lui avoir donné la possibilité d'y répondre (3). De là est née la formulation judiciaire du principe du droit à la défense en droit anglais, comme l'un des principes de *natural justice*, aussi vieux que le monde.

Dans le monde contemporain, de nombreuses Constitutions consacrent le droit à la défense comme un droit constitutionnel (4), mais même en l'absence de telles déclarations, il a été garanti, non seulement en matière juridictionnelle, mais aussi contre l'Administration. On notera en ce sens la doctrine jurisprudentielle du Conseil d'Etat inaugurée avec l'arrêt *Tery*, du 20 juin 1913 (Rec., p. 736), à propos de sanctions disciplinaires infligées à un professeur de lycée sans qu'on lui ait assuré le droit d'être entendu (5).

En matière de procédure administrative, le droit à la défense a eu de multiples développements de telle sorte qu'on parle même des "droits de la défense" (6), dont les principes ont fait l'objet d'une abondante réglementation législative dans les lois de procédure administrative en Espagne et en Amérique latine. Nous analyserons ces principes en premier lieu, et ensuite nous étudierons la réglementation particulière la plus achevée concernant le droit à la défense en matière administrative, au travers des recours administratifs.

§ 1 - ASPECTS DU DROIT A LA DEFENSE

En matière administrative, le droit à la défense a été considéré avec raison comme une exigence non seulement du principe de justice, mais aussi du principe d'efficacité, "parce qu'il assure - comme l'a relevé la jurisprudence

(3) Voir E.C.S. Wade and G. Godfrey Phillips, *Constitutional and administrative law*, London 1981, p. 599.

(4) L'article 68 de la Constitution du Vénézuéla dispose que "La défense est un droit inviolable à tout état et niveau du procès". Selon la jurisprudence de la Cour suprême de Justice (Chambre politico-administrative), ce droit à la défense "constitue une garantie inhérente à la personne humaine et est, en conséquence, applicable à n'importe quel type de procédure qui peut donner lieu à une condamnation", décision du 23 octobre 1986, *Revista de derecho público*, n° 28, Caracas, 1986, pp. 88-89. Cf. Sentence de la Cour suprême de Justice (Chambre politico-administrative) du 11 août 1983, *Revista de derecho público*, n° 16, Caracas, 1983, p. 150.

(5) M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé et B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris 1990, pp. 164-169.

(6) Voir, par exemple, R. Odent, "Les droits de la défense", *Etudes et Documents*, Conseil d'Etat, Paris 1953, pp. 50 et ss.

vénézuélienne - une meilleure connaissance des faits, contribue à améliorer l'administration et garantit une décision plus juste" (7). Bien entendu, l'aspect qu'il convient de mettre le plus en valeur est celui des garanties particulières fixées dans l'ordonnement juridique afin de rendre effectif ce droit à la défense ; dans cette perspective on doit considérer, comme l'a souligné la Cour suprême de Justice du Vénézuéla, que :

"le droit à la défense doit être considéré non seulement comme l'occasion pour le citoyen inculpé ou auteur présumé d'une infraction d'entendre ses arguments, mais aussi comme le droit d'exiger de l'Etat l'accomplissement, préalablement à l'imposition de toute sanction, d'un ensemble d'actes ou de procédures destinés à lui permettre de connaître avec précision les faits qui lui sont imputés et les dispositions légales applicables à ceux-ci, de présenter au moment opportun les arguments à sa décharge et de produire et réaliser des preuves qui oeuvrent en sa faveur. Cette perspective du droit de défense est comparable à ce qui, dans d'autres Etats de droit, a été appelé le principe du "*debido proceso*" (8).

De ce point de vue du *due process of law*, le droit à la défense en matière de procédure administrative comprend, dans les législations de droit positif d'Espagne et d'Amérique latine, les droits suivants : droit de recevoir notification, droit de se porter partie, droit d'avoir accès au dossier, droit d'être entendu, droit de présenter des preuves et des arguments et droit d'être informé des moyens de défense dont on dispose face à l'administration.

A - LE DROIT DE RECEVOIR NOTIFICATION

"Tout acte de procédure qui affecte les droits ou les intérêts des parties ou d'un tiers, devra être dûment communiqué à la personne concernée" (9) ; ce droit est ainsi consacré en termes exprès par la Loi Générale sur l'administration publique du Costa-Rica et le principe vaut non seulement à propos de la publication et de la notification des actes administratifs qui

(7) Décision de la Première Cour de contentieux administratif (Vénézuéla) du 15-5-86, *Revista de derecho público*, n° 26, Caracas 1986, p. 110.

(8) Décision du 17-11-83, Chambre politico-administrative, *Revista de derecho público*, n° 16, Caracas 1983, p. 151.

(9) Art. 239 LGAP Costa-Rica.

résultent d'une procédure, mais aussi à propos des actes administratifs que l'administration adopte au cours de celle-ci.

La première manifestation de ce droit de recevoir notification figure dans les lois de procédure comme une première étape lorsque celle-ci est déclenchée. En particulier, le droit de recevoir notification est consacré quand la procédure est mise en oeuvre d'office, auquel cas l'autorité administrative compétente doit notifier l'existence de la procédure (10) aux administrés dont les droits subjectifs ou les intérêts légitimes, personnels ou directs, pourraient être affectés (11). Nous devons considérer, cependant, que le droit de recevoir notification reçoit aussi application dans les procédures qui sont mises en oeuvre à l'initiative d'une partie, et qui sont susceptibles d'affecter d'autres administrés (12). Ainsi le prévoit expressément le décret uruguayen n° 640, selon lequel :

"s'il résulte d'une pétition ou requête que la décision peut affecter des droits ou des intérêts d'autres personnes, on notifiera à celles-ci ce qui a été fait afin qu'elles interviennent dans la procédure pour faire les déclarations correspondantes. Dans le cas d'une comparution, elles devront le faire dans les mêmes formes que le pétitionnaire et elles auront les mêmes droits que ce dernier" (art. 10).

De la même manière, le Code du contentieux administratif de Colombie exige que :

"quand d'une pétition ou d'une requête enregistrée auprès d'une autorité administrative, il résulte qu'il y a des tiers qui peuvent être directement intéressés aux résultats de la décision, on les convoquera pour qu'ils puissent y être partie et faire valoir leurs droits... Dans l'acte de convocation on doit faire connaître clairement le nom du requérant et l'objet de la requête" (art. 14).

Quant à l'acte administratif qui résulte de la procédure, il doit évidemment être notifié lui aussi aux intéressés comme condition de son efficacité, ainsi que nous l'avons déjà souligné.

(10) Art. 28 CCA Colombie.

(11) Art. 48 LOPA Vénézuéla.

(12) Voir Allan R. Brewer-Carías, *El derecho administrativo y la ley orgánica de procedimientos administrativos*, Caracas 1985, p. 301.

B - LE DROIT D'ETRE PARTIE

Outre le droit de recevoir notification, le droit à la défense dans la procédure administrative implique le droit de tout intéressé d'être partie à la procédure, quand celle-ci n'a pas été mise en oeuvre sur son initiative, mais d'office ou sur l'initiative d'une autre personne, si son intérêt personnel, légitime et direct ou son droit subjectif peut être lésé, affecté ou satisfait dans la procédure (13).

Ce droit d'être partie implique le droit de comparaître en cours de procédure, quel que soit l'état dans lequel se trouve l'affaire (14) et à condition que la solution définitive de celle-ci ne soit pas intervenue (15).

C - LE DROIT D'ACCES AU DOSSIER ADMINISTRATIF

La troisième manifestation du droit à la défense est le droit des intéressés d'avoir accès au dossier (16). Ce droit présente plusieurs aspects dans la législation sur les procédures administratives.

En premier lieu, comme l'indique la loi espagnole de procédure administrative, les personnes intéressées à une procédure administrative ont le droit de connaître, à n'importe quel moment, l'état d'avancement du dossier, en réclamant l'information adéquate aux bureaux correspondants (art. 62).

En second lieu, le droit d'accès au dossier administratif exige comme garantie le droit à l'unité du dossier administratif, en ce sens que celui-ci, matériellement, doit être unique et rassembler tous les documents qui concernent la procédure effective. De là vient le principe institué à l'article 31 de la loi organique sur les procédures administratives du Vénézuéla, à propos de l'obligation imposée à l'administration :

"De chaque affaire on formera un dossier et on maintiendra l'unité de celui-ci et de la décision respective, même si doivent intervenir dans la procédure des bureaux de différents ministères ou des établissements publics autonomes" (art. 31).

(13) Art. 275 LGAP Costa-Rica.

(14) Art. 23 LOPA Espagne.

(15) Art. 23 LPA Espagne.

(16) Art. 216 LGAP Costa-Rica.

Cette loi ajoute :

"Dès que la procédure est mise en oeuvre, on procèdera à l'ouverture d'un dossier dans lequel on rassemblera toutes les pièces que l'affaire pourra susciter. Copie des communications entre les différentes autorités, ainsi que des publications et des notifications qui seront réalisées, sera annexée au dossier".

En troisième lieu, comme l'indique la loi organique sur les procédures administratives du Vénézuéla, les intéressés et leurs représentants ont le droit d'examiner le dossier administratif dans sa totalité à n'importe quel état ou stade de la procédure (art. 59). On excepte, cependant, le cas déjà analysé des documents qualifiés de confidentiels par le supérieur hiérarchique, lesquels en conséquence peuvent être archivés dans des liasses séparées du dossier (17).

Finalement, le droit d'avoir accès au dossier implique aussi le droit des intéressés de lire et de copier tout document contenu dans le dossier, de même que celui de demander copie certifiée de celui-ci (18).

D - LE DROIT D'ÊTRE ENTENDU (audition de l'intéressé)

Outre le droit de recevoir notification, d'être partie et d'avoir accès au dossier administratif, la manifestation la plus importante du droit à la défense est le droit d'être entendu. A cet effet l'administration, avant de régler une affaire qui peut affecter les droits et les intérêts d'un administré, doit lui accorder audience. C'est le principe "*audi alteram partem*", qui, en matière administrative, signifie l'obligation pour l'administration d'entendre préalablement les intéressés (19).

Le principe général en la matière est énoncé dans la loi argentine sur les procédures administratives qui réglemente le droit des intéressés "*al debido proceso*" et, comme élément de celui-ci, prévoit le droit pour les personnes concernées "d'exposer les raisons de leurs prétentions et de leurs objections avant l'édition d'actes qui portent sur leurs droits subjectifs ou intérêts

(17) Art. 273 LGAP Costa-Rica ; Art. 59 LOPA Vénézuéla, Art. 41 Décret 640 Uruguay ; art. 19 Loi 57, 1985, Colombia.

(18) Art. 63 LPA Espagne ; Art. 59 LOPA Vénézuéla ; Art. 272 LGAP Costa-Rica ; Art. 42 Décret Uruguay.

(19) Voir Stassinopoulos, *op. cit.*, p. 159.

légitimes" (art. 1, f, 1) (20). Par ailleurs, certaines législations réglementent les modalités exactes de l'audition. Par exemple, dans le cas de la loi espagnole sur la procédure administrative, il est prescrit que l'acte d'audition doit avoir lieu une fois les dossiers instruits et immédiatement avant de rédiger la proposition de décision. A cet effet, les dossiers doivent être mis à la disposition des intéressés afin que, dans un délai qui ne sera pas inférieur à dix jours, ni supérieur à quinze jours, ils fassent valoir leurs allégations et présentent les documents et justifications qu'ils estiment pertinents (art. 91, 1).

Dans la loi organique sur les procédures administratives du Vénézuéla en revanche, l'audition de l'intéressé doit être réalisée au début de la procédure, immédiatement après son ouverture, ce qui est évidemment un inconvénient car le dossier n'a pas encore été instruit. En réalité, l'audition des intéressés, pour que l'exercice du droit d'être entendu ait un sens, doit avoir lieu une fois que l'instruction de l'affaire est terminée et que tous les documents relatifs à celle-ci se trouvent dans le dossier. Cependant, cette loi dispose que, dès que l'ouverture de la procédure a été ordonnée, on doit la notifier aux particuliers dont les droits subjectifs ou les intérêts légitimes, personnels et directs, peuvent être affectés, en leur accordant un délai de dix jours pour qu'ils exposent leurs preuves et présentent leurs arguments (art. 48).

Etant donné le principe du caractère non formaliste de la procédure, le fait que l'intéressé ne se rende pas à la convocation dans le délai indiqué ne l'empêche pas de se présenter à n'importe quel stade de la procédure et de formuler les allégations correspondantes. C'est-à-dire qu'en principe les délais prescrits n'ont pas pour les administrés le caractère de délais de forclusion et que leurs droits à se faire entendre peuvent être exercés à n'importe quel moment, mais bien entendu avant que la décision soit adoptée.

D'autre part, nous avons indiqué que conformément à ce que prévoit la loi argentine sur la procédure administrative, l'administration doit décider sur toutes les questions qui apparaissent dans le dossier ; de ce fait, si certaines d'entre elles non soulevées par les parties le sont d'office par l'administration, la décision ne peut être prise qu'après audition de l'intéressé (art. 7, c). Le même principe pourrait être appliqué dans le cas des législations qui prévoient l'audition de l'intéressé au début de la procédure ; c'est-à-dire que si, au cours de l'instruction du dossier, apparaissent d'autres éléments non discutés mais qui affectent ses droits et intérêts, l'administration doit les lui communiquer avant de prendre sa décision, afin d'assurer à celui-ci son droit à la défense.

(20) L'art. 35 CCA de Colombie exige que la décision soit adoptée seulement "après que l'administration ait offert aux intéressés l'occasion d'exprimer leurs opinions".

L'audition de l'intéressé peut être un acte oral et privé comme le prévoit la Loi Générale sur l'administration publique du Costa-Rica (arts. 218 et 309), auquel cas le droit à la défense doit être exercé par l'administré d'une manière raisonnable, l'administration pouvant limiter l'intervention de l'intéressé à ce qui est "prudemment nécessaire" (art. 220). En tout cas, l'audition de l'intéressé doit se matérialiser sous forme de défense écrite, afin de l'inclure dans le dossier.

En outre, l'acte d'audition de l'intéressé doit bien évidemment être réalisé en présence de l'autorité qui doit décider de l'affaire et l'intéressé peut être assisté d'un avocat, comme manifestation de son droit de choisir les moyens de sa défense (21). La loi argentine sur la procédure administrative, exige, en outre, en cas de représentation de l'intéressé par des personnes qui ne sont pas avocats, l'assistance obligatoire d'un avocat dans les cas où sont posées ou débattues des questions juridiques (art. 1, f, 1).

Or, il est évident que l'audition de l'intéressé n'est pas une exigence qui doit être formellement satisfaite dans tous les types de procédure. Dans la typologie des procédures que nous avons mentionnée, qui distingue entre les procédures de déclaration, d'ablation, de concession et d'autorisation, il est évident que l'audition formelle des intéressés s'impose dans les procédures *d'ablation* dont la conséquence est l'élimination ou la restriction des droits des personnes affectées et parmi celle-ci, particulièrement, les procédures de sanction. En ce sens, la jurisprudence administrative du Vénézuéla a formulé le critère suivant concernant un type des procédures *d'ablation*, c'est-à-dire, celles qui débouchent éventuellement sur une sanction :

"L'audition de l'intéressé comme acte de procédure, est nécessaire et essentielle dans les procédures dites de sanction dans la mesure où, en pareille hypothèse, l'administration, par le biais de l'audition de l'intéressé, informe formellement l'administré de l'existence d'une procédure ouverte à son encontre qui a pour cause une action présumée illicite de celui-ci, et l'avertit que le fait d'établir sa véracité entraînerait pour lui une sanction. Or, dans les procédures d'autorisation, au contraire, la mise en oeuvre de la procédure dépend de l'administré ; l'administration va se prononcer sur une requête, une exigence du particulier, cas pour lesquels l'audition de l'intéressé n'apparaît pas nécessaire. Dans ces procédures, l'omission de l'audition préalable n'affecte pas le droit à la

(21) Art. 220 LGAP Costa-Rica.

défense, car la procédure est mise en oeuvre ordinairement à l'initiation de l'intéressé et la décision aura, si elle est favorable, un contenu positif pour l'administré" (22).

Cependant, comme nous l'avons indiqué, même dans les cas de procédures de déclaration, de concession ou d'autorisation, si par exemple dans le cours de celles-ci apparaît une opposition de la part d'autres intéressés, l'administration doit assurer le droit à la défense en accordant une audition à l'intéressé qui la sollicite.

C'est ce qu'indique expressément l'article 34 du Décret n° 640 d'Uruguay, selon lequel :

"Une fois l'instruction terminée ou lorsque le délai prévu pour y procéder est expiré, lorsqu'il résulte du dossier qu'une décision contraire à la requête formulée peut être prise ou qu'une opposition s'est manifestée, l'administration doit accorder une audition dans un délai de 10 jours à la où les personnes concernées par la procédure".

En tout cas, c'est dans les procédures de sanction que la formalité de l'audition de l'intéressé est la plus rigoureuse. Ainsi, l'exigence de la loi espagnole sur les procédures administratives que dans ces procédures doit être rédigé un "cahier des charges", dans lequel doivent être exposés les faits imputés et qui doit être notifié aux intéressés pour que dans un délai de 8 jours ils puissent les réfuter (art. 136). Par la suite, lorsque le mémoire a fait l'objet des contestations ou lorsque le délai pour ce faire est expiré, le fonctionnaire instructeur doit formuler une proposition de décision qui doit être notifiée aux intéressés, pour que ces derniers, dans un délai de 8 jours, puissent plaider tout ce qu'ils considèrent comme utile à leur défense (art. 137).

Le même principe est expressément retenu par le décret uruguayen n° 640 dans le cadre des procédures administratives ouvertes d'office, pour "l'application de sanctions ou lorsqu'un préjudice peut être causé à un administré déterminé", auquel cas la décision ne doit pas être prise sans audition préalable de l'intéressé afin qu'il puisse organiser sa défense (art. 40).

(22) Décision de la Première Cour de contentieux administratif (Vénézuéla), du 7 juillet 1988, *Revista de derecho público*, n° 35, Caracas, 1988, p. 91.

E - LE DROIT DE FORMULER DES ALLÉGATIONS ET D'EN APPORTER LA PREUVE

La conséquence fondamentale du droit d'être partie et d'être entendu, comme manifestation du droit à la défense, est le droit des intéressés de formuler des allégations et des arguments en défense et de présenter des preuves, ce qui évidemment non seulement peut se produire lors de l'audition de l'intéressé, mais également à tout moment au cours de la procédure (23).

La loi espagnole sur la procédure administrative a formulé ce droit de présenter des allégations de la manière suivante :

"Les intéressés pourront, à tout moment de la procédure, et toujours antérieurement aux formalités de l'audition, faire état d'allégations qui seront prises en compte par l'organe compétent au moment de rédiger la proposition de décision correspondante" (art. 83).

En conséquence, à n'importe quel stade de la procédure et évidemment au cours de l'audition de l'intéressé, celui-ci peut présenter pour qu'ils soient versés au dossier, tous les écrits et allégations qu'il estime utiles pour l'éclaircissement de l'affaire et pour exercer sa défense (24).

En outre, dans la procédure administrative, l'intéressé a le droit de présenter des preuves, comme le prévoit le code du contentieux administratif de Colombie, "sans conditions ni délais spéciaux" (art. 34) ; sont en général admis tous les moyens de preuve reconnus par le droit privé et par la procédure civile et criminelle (25). Certaines législations, comme la législation espagnole, prescrivent cependant une période de preuves qui doit être ouverte par le fonctionnaire compétent et pendant laquelle doivent être présentées celles que l'on jugera pertinentes, l'administration étant obligée de notifier aux intéressés, avec un délai suffisant, le début des opérations nécessaires à la démonstration de preuves qui ont été retenues (art. 88 et 89).

Nous avons indiqué en outre, que conformément au principe inquisitoire, la preuve en matière de procédure administrative reste essentiellement à la charge de l'Administration elle-même, celle-ci devant

(23) Art. 217 LGAP Costa-Rica.

(24) Art. 32 LOPA Vénézuéla.

(25) Art. 88. LPA Espagne ; Art. 58 LOPA Vénézuéla ; art. 1, f, 2, LPA Argentine ; Art. LGAP Costa-Rica.

d'office vérifier les faits et les prouver. Cependant, dans ce cas, les preuves que produit l'Administration doivent être portées à la connaissance des intéressés qui, comme l'énonce expressément la loi argentine sur les procédures administratives, "pourront présenter des allégations et des preuves à décharge, une fois terminée la période probatoire" (art.1, f, 1).

Enfin, on doit signaler, au sujet des preuves sollicitées par les intéressés, que si leur réalisation implique des frais que ne doit pas supporter l'administration, ceux-ci doivent être pris en charge par les intéressés, l'Administration pouvant même en exiger le paiement anticipé en attendant la liquidation définitive, après la réalisation de l'acte probatoire (26).

F - LE DROIT DE PRÉSENTER UN RECOURS

Le dernier aspect du droit à la défense est le droit de contester ou d'attaquer les actes administratifs qui résultent de la procédure, c'est-à-dire, le droit d'exercer des recours contre ceux-ci, ce qui entraîne plusieurs conséquences.

En effet, en premier lieu, le droit à la défense par l'exercice de recours implique le droit à ce que la décision soit dûment fondée, en ce sens qu'elle doit prendre expressément en considération les arguments et les questions présentées dans la procédure administrative (27) ; et en outre, qu'elle soit motivée. Le droit à la défense est donc intimement lié au droit à la motivation des actes administratifs, condition indispensable pour qu'il puisse être effectif. Comme l'a prévu la jurisprudence administrative vénézuélienne,

"Le droit à la défense dans la procédure administrative est intimement lié au droit à la motivation, parce que la connaissance opportune des motifs de l'action administrative est ce qui peut déterminer l'efficacité et la pertinence des décisions qui sont édictées, leur correcte adéquation avec le droit objectif et l'équilibre nécessaire qu'elles doivent ménager entre les intérêts publics et particuliers concernés par la décision, sur l'initiative des intéressés. Il suffit donc que l'acte administratif ne soit pas dûment motivé pour que l'on considère qu'a existé tacitement une impossibilité de se défendre pour les particuliers susceptibles de s'opposer à la décision, avant que celle-ci ne

(26) Art. 90. LPA Espagne ; art. 299 LGAP Costa-Rica.

(27) Art. 1, f, 3 LPA Argentine ; Art. 18,5, LOPA Vénézuéla.

parvienne à affecter leurs intérêts légitimes, personnels et directs ; de là vient la nécessité de faire également référence aux raisons qui ont été alléguées, parmi les conditions de la motivation" (28).

Sans motivation des actes administratifs, donc, il n'y aurait pas de réelle possibilité d'exercer le droit à la défense par l'exercice d'un recours puisque il n'y aurait pas de possibilité réelle de déterminer les cas d'ouverture du recours.

En deuxième lieu, le droit de recourir implique le droit d'être informé des recours qui peuvent être exercés contre l'acte administratif et leurs délais. Comme l'indique le code du contentieux administratif de Colombie, dans le texte de la notification ou de la publication de l'acte administratif "seront indiqués les recours qui peuvent être légalement exercés contre les décisions dont il s'agit, les autorités devant lesquelles ils doivent être présentés et les délais pour le faire" (29).

Enfin, bien entendu, le droit de recours comme moyen de défense contre les actes administratifs exige la prévision formelle des moyens de recours administratifs, c'est-à-dire que ceux-ci puissent être formulés devant l'Administration elle-même. Cela nous amène à étudier le régime des recours administratifs, comme procédure de contestation des actes administratifs.

§ 2 - LE REGIME DES RECOURS ADMINISTRATIFS

A - LA PROCÉDURE DE RÉVISION DES ACTES ADMINISTRATIFS

La procédure administrative non contentieuse, en général, se déroule en deux phases : en premier lieu la procédure constitutive des actes administratifs, tendant à la formation et à l'édition de ceux-ci ; et en second lieu, la procédure de révision des actes administratifs qui se déroule quand ils ont été édictés et qui a pour objet de les corriger, réformer, modifier, révoquer ou annuler par la voie administrative.

(28) Décision de la Première Cour de contentieux administratif (Vénézuéla) du 14 mars 1988, *Revista de derecho público*, n° 34, Caracas, 1988, p. 86.

(29) Art. 47 CCA Colombie ; art. 73 et 74, LOPA Vénézuéla.

Cette procédure de révision peut être ouverte d'office ou à l'initiative d'une partie, dans ce dernier cas moyennant l'exercice par les intéressés des recours administratifs gracieux, hiérarchiques ou en révision.

En ce qui concerne la révision d'office des actes administratifs et avant d'analyser les principes relatifs aux recours administratifs en Espagne et en Amérique Latine, nous devons exposer les normes les plus importantes établies dans les lois de procédure administrative, car quoique l'Administration puisse la commencer *motu proprio*, il peut y avoir aussi des demandes en ce sens formées par les intéressés, c'est-à-dire l'initiative d'une partie.

Le premier cas de révision d'office des actes administratifs porte sur la possibilité qu'a toujours l'Administration de modifier les actes administratifs à effets généraux, c'est-à-dire les actes normatifs ou réglementaires. Ces derniers, donc, peuvent être réformés ou faire l'objet d'une abrogation, étant donné les caractéristiques de généralité et d'impersonnalité des situations juridiques qu'ils règlent. Bien entendu, ces modifications peuvent être aussi demandées par les intéressés, en vertu "du droit de pétition dans l'intérêt général" ainsi que le qualifie le code du contentieux administratif de Colombie (art. 5 à 8).

En second lieu, les lois sur les procédures administratives prévoient la possibilité pour l'Administration de corriger ou de rectifier à tout moment les erreurs matérielles de fait, de calcul ou les données arithmétiques susceptibles d'intervenir dans la configuration des actes administratifs (30). Les intéressés, évidemment, peuvent aussi solliciter cette révision des actes administratifs.

En troisième lieu, comme nous l'avons indiqué, les actes administratifs qui ne créent pas de droits subjectifs ou des intérêts légitimes, personnels et directs en faveur de particuliers, peuvent être retirés à tout moment par l'Administration, soit par l'autorité même qui les a édictés soit par le supérieur hiérarchique (31). Cette décision peut être aussi adoptée d'office ou sur requête d'une partie.

Enfin, en quatrième lieu, l'Administration peut "d'office ou à la demande d'une partie" reconnaître ou déclarer la nullité absolue des actes administratifs, dans les cas énumérés dans les lois de procédure administrative, ainsi qu'il en est expressément disposé, par exemple, dans les

(30) Art. 11 LPA Espagne ; art. 157 LGAP Costa-Rica ; Art. 84 LOPA Vénézuéla.

(31) Art. 82 LOPA Vénézuéla ; Art. 18 LPA Argentine.

législations espagnole (art. 109), vénézuélienne (art. 83, argentine (art. 17) et costaricienne (art. 174).

Il faut remarquer que dans ce dernier cas, le fait que les lois mentionnées permettent expressément d'introduire à la demande d'une partie cette procédure de révision des actes administratifs dans les cas de vices de nullité absolue, met en évidence l'existence effective d'un "recours administratif" spécifique, dont l'objectif est de demander la déclaration de nullité absolue d'un acte administratif conformément aux cas limitativement énumérés dans les lois, mais avec la caractéristique très spéciale que ce recours peut être présenté à tout moment, sans qu'existe aucun délai de caducité. Ceci entraîne des conséquences importantes en ce qui concerne l'éventualité postérieure de l'exercice de recours contentieux contre les actes administratifs nuls de nullité absolue.

En effet, si à tout moment on peut demander à l'administration qu'elle reconnaisse et déclare la nullité absolue des actes administratifs, même quand ceux-ci sont devenus définitifs, cela signifie que la demande de l'intéressé ouvre toujours la possibilité d'émission d'un nouvel acte administratif qui déclare ou non la nullité absolue, contre lequel peuvent, en définitive, être exercés les recours contentieux adéquats. C'est pour cela, en conséquence, qu'en présence d'actes administratifs viciés de nullité absolue, il sera toujours possible d'obtenir une révision judiciaire de ceux-ci.

B - LES DIVERS RECOURS ADMINISTRATIFS

En dehors de ces moyens de révision d'office des actes administratifs, qui admettent aussi l'initiative d'une partie intéressée, les lois de procédure administrative ont réglementé spécifiquement les recours administratifs comme des voies formelles de requête mises à la disposition des intéressés pour la révision des actes administratifs par la voie administrative. En général, ces recours administratifs, même avec des dénominations variables, sont au nombre de trois : le recours gracieux, le recours hiérarchique et le recours en révision ; les deux premiers étant considérés comme des recours ordinaires et le dernier comme un recours extraordinaire (32).

(32) Art. 343 LGAP Costa-Rica.

1°/ Le recours gracieux

Le recours en "réconsideration" (33), en "réexamen" (34) en vue du retrait (35) ou en abrogation (36), appelé aussi en droit français "recours gracieux" (37), est le mode formel de la requête mise à la disposition des administrés pour solliciter de l'autorité même qui a adopté une décision qu'elle la reconsidère, la révise, la modifie ou l'abroge.

Il s'agit du recours administratif le plus commun et le plus général, dont le fondement réside dans les pouvoirs d'auto-protection de l'Administration. C'est pour cela que ce recours est toujours pertinent, quel que soit le rang hiérarchique du fonctionnaire qui a adopté la décision.

2°/ Le recours hiérarchique

Le recours hiérarchique (38), en appel (39) ou "en évocation" (40), est le moyen formel de contestation des actes administratifs tendant à obtenir la révision de ceux-ci par le supérieur hiérarchique dans l'organisation à laquelle appartient l'auteur de l'acte attaqué. Avec ce recours s'expriment les pouvoirs de direction et de contrôle du supérieur hiérarchique et les relations elles-mêmes hiérarchisées entre les organes administratifs.

Le recours hiérarchique ne convient donc pas, en principe, dans les relations inter-organiques de tutelle, comme celles qui lient l'administration décentralisée aux organes de l'administration centrale, sauf dans des cas aberrants dans lesquels ce qui est appelé "recours de tutelle" en droit français (41) a été assimilé improprement au recours hiérarchique, comme cela s'est produit au Vénézuéla (42).

(33) Art. 94 LOPA Vénézuéla ; Art. 84 Règlement LNPA Argentine.

(34) Art. 50, 1 CCA Colombie ; Art. 126 LPA Espagne.

(35) Art. 345 LGAP Costa-Rica.

(36) Art. 120 D 640 Uruguay.

(37) G. Isaac, *La procédure administrative non contentieuse*, Paris 1968, p. 622.

(38) Art. 94 LOPA Vénézuéla, art. 89 Règlement LNPA Argentine.

(39) Art. 50 CCA Colombie.

(40) Art. 122 LPA Espagne ; Art. 350 LGAP Costa-Rica.

(41) G. Isaac, *op. cit.*, p. 624.

(42) Art. 96 LOPA Vénézuéla.

Normalement, le recours hiérarchique exercé devant le supérieur hiérarchique de la même organisation a comme résultat de mettre fin à la voie administrative et, en conséquence, laisse ouverte la voie contentieuse.

3°/ Le recours en révision

Mais en dehors des recours gracieux et hiérarchiques qui sont les recours ordinaires en matière de procédure administrative non contentieuse, les législations d'Espagne et d'Amérique Latine ont prévu un troisième type de recours, à caractère extraordinaire, dénommé recours en révision. Ce type de recours est aussi exercé devant le supérieur hiérarchique non seulement par les motifs de la contestation, mais aussi parce qu'il est utilisable contre les actes devenus définitifs et à l'abri des recours, précisément parce qu'il n'ont pas été attaqués opportunément par les moyens de recours ordinaires.

Conformément à la loi espagnole sur la procédure administrative (art. 127) et à la Loi Générale sur l'administration publique du Costa-Rica (art. 353), ce recours en révision contre des actes administratifs devenus définitifs et à l'abri des recours ordinaires peut être exercé devant le Ministre dans quatre cas :

1. Quand, au moment où l'acte administratif a été édicté, a été commise une erreur de fait manifeste qui résulte des documents eux-mêmes incorporés au dossier ;

2. Quand sont apparus des documents de valeur essentielle pour la solution de l'affaire, ignorés au moment de prendre la décision ou impossibles à apporter alors au dossier ;

3. Quand, dans l'édition de l'acte administratif ont été pris en compte essentiellement des documents ou des témoignages déclarés faux par décision judiciaire définitive, antérieure ou postérieure à la date d'édition de l'acte (si, dans le premier cas, l'intéressé ne connaissait pas la déclaration établissant la fausseté des documents ou des témoignages) ;

4. Quand l'acte a été édicté à la suite de faits de prévarication, de corruption, de violence ou autre machination frauduleuse et a été déclaré pris dans ces conditions par décision judiciaire définitive.

Dans le premier cas, selon la législation espagnole, le recours en révision doit être présenté dans le délai de 4 ans à partir de la date de la

notification de l'acte administratif attaqué ; dans les autres cas, le délai est de 3 mois à compter de la découverte des documents ou du moment où la décision judiciaire est devenue définitive (art. 128) (44).

Au Vénézuéla (45) et en Argentine (46), toujours à propos du recours en révision, des réglementations similaires de ce recours comme recours extraordinaire ont été également prévues.

C - PRINCIPES DE LA PROCÉDURE CONCERNANT LES RECOURS ADMINISTRATIFS

Or, en ce qui concerne les recours administratifs, particulièrement les recours ordinaires (gracieux et hiérarchiques), les lois de procédure administrative d'Espagne et d'Amérique latine ont consacré une série de principes généraux qui se réfèrent aux conditions de recevabilité, à l'objet des recours, au motif de ceux-ci, à leurs aspects procéduraux et à la décision qui en résulte.

1°/ Conditions de recevabilité

En tant que moyens formels de contestation des actes administratifs, les recours administratifs sont soumis à une série de conditions de recevabilité portant sur l'aptitude à agir, les formalités, le délai de présentation et la réalisation de certaines opérations préalables.

En ce qui concerne l'habilitation ou aptitude à agir, contrairement au principe du droit français dans lequel l'admissibilité des recours administratifs n'est pas directement soumise à des conditions de capacité ou d'intérêt (47), les lois de procédure administrative accordent invariablement ces recours aux intéressés quand l'acte lèse leurs droits subjectifs ou leurs intérêts légitimes, personnels et directs (48).

(44) Dans la LGAP du Costa-Rica, les délais sont de 1 an et 3 mois respectivement, art. 354.

(45) Arts. 97 et 98 LOPA Vénézuéla.

(46) Art. 22 LPA Argentine.

(47) Voir G. Isaac, *op. cit.*, p. 626.

(48) Art. 85 LOPA Vénézuéla ; Art. 113 LPA Espagne ; Art. 52 CCA Colombie ; art. 127 D 640 Uruguay.

Les lois de procédure administrative règlent aussi les conditions de forme quant à la recevabilité des recours, contrairement au principe du droit français (49), en exigeant qu'ils soient présentés par écrit avec les mêmes indications demandées pour les pétitions ou les requêtes (50), au point que dans certaines législations comme la législation vénézuélienne et la législation colombienne, il est posé en principe que les recours qui ne satisfont pas aux conditions exigées ne seront pas admis, une résolution motivée devant être notifiée à l'intéressé (51). Cependant, en ce qui concerne les formalités, le principe de l'absence de formalisme est celui qui est consacré en général, de manière qu'il suffit, pour une formulation correcte, que la requête se déduise clairement du texte écrit (52), l'erreur dans la qualification n'étant pas un obstacle au bon déroulement du recours (53).

Les recours administratifs ordinaires, d'autre part, à l'inverse de ce qui se passe en France (54), sont soumis dans les législations d'Espagne et d'Amérique latine, à des délais de caducité précis, décomptés en jours (en général ils peuvent aller jusqu'à 15 jours) (55). L'expiration du délai prévu pour l'exercice des recours administratifs met l'acte à l'abri du recours et le rend donc inattaquable.

Enfin, en ce qui concerne les conditions de recevabilité des recours, dans certains cas, les législations exigent que pour être exercé, le recours hiérarchique doit nécessairement être précédé par le recours gracieux, comme cela se produit au Vénézuéla (56), même si cette condition est exceptionnelle (57). Dans certains cas aussi est posé le principe *solve et repete* comme condition de recevabilité, si bien qu'il est réglementé par des lois spéciales. Le code du contentieux administratif de Colombie, cependant, parmi les conditions de recevabilité des recours administratifs, dispose que le requérant doit, entre autres, "justifier le paiement ou la réalisation de ce que le requérant reconnaît devoir" (art. 52,2).

(49) G. Isaac, *op. cit.*, p. 626.

(50) Art. 86 LOPA Vénézuéla ; Art. 114 LPA Espagne ; Art. 52,1 CCA Colombie.

(51) Art. 86 LOPA Vénézuéla ; Art. 53 CCA Colombie.

(52) Art. 347 LGAP Costa-Rica.

(53) Art. 114, 2 LPA Espagne.

(54) G. Isaac, *op. cit.*, pp. 626 et 635.

(55) Art. 122, 4 LPA Espagne ; art. 51 CCA Colombie ; Arts 94 et 95 LOPA Vénézuéla ; Art. LGAP Costa-Rica.

(56) Art. 95 LOPA Vénézuéla.

(57) Art. 89 Règlement LPA Argentine.

2°/ Objet des recours

En général, les recours administratifs ordinaires peuvent seulement être exercés contre les actes administratifs à effets particuliers (58) qui sont définitifs mais qui ne sont pas à l'abri des recours parce que les délais prévus pour leur exercice ne sont pas expirés. L'exigence que l'acte administratif attaqué soit un acte définitif est générale dans la législation espagnole et latino-américaine (59), la définition des actes définitifs dans le code du contentieux administratif de Colombie étant par exemple ceux "qui mettent fin à une activité administrative, ou qui décident directement ou indirectement du fond de l'affaire" (art. 50).

En conséquence, l'acte administratif d'instruction, donc non définitif (de procédure) ne peut pas faire l'objet en principe d'un recours administratif (60) sauf s'il conditionne l'impossibilité de poursuivre la procédure, empêche la défense ou préjuge la décision définitive (61), auquel cas il peut être alors attaqué par la voie administrative.

D'autre part, en particulier à propos des recours hiérarchiques, ceux-ci ne conviennent évidemment pas contre les actes administratifs qui épuisent la voie administrative ; et dans certains cas, comme dans la législation du Vénézuéla, l'objet d'un recours hiérarchique peut seulement être un acte administratif qui règle un recours gracieux (62).

Enfin, on doit mentionner qu'en général les lois de procédure administrative d'Espagne et d'Amérique latine admettent l'exercice des recours administratifs contre les actes tacites qui résultent du silence administratif. Il y a toutefois une exception, le cas de la Colombie, dont le code du contentieux administratif dispose qu'"aucun recours administratif ne

(58) Le Code de contentieux administratif de Colombie prescrit expressément qu'il "n'y aura pas de recours contre les actes de caractère général". En revanche, l'art. 120 LPA (Espagne) admet le recours hiérarchique contre des dispositions de caractère général.

(59) Art. 113 LPA Espagne ; art. 85 LOPA Vénézuéla ; art. 84 et 89 Règlement LPA Argentine ; Art. 50 CCA Colombie ; Art. 342 LGAP Costa-Rica.

(60) L'article 342 LGAP du Costa-Rica au contraire, prévoit les recours en général "contre les résolutions de simple procédure, ou incidentes ou finales".

(61) Art. 113, 1 LPA Espagne ; Arts 49 et 50 CCA Colombie ; Art. 85 LOPA Vénézuéla ; Art. 345 LGAP Costa-Rica.

(62) Art. 95 LOPA Vénézuéla.

pourra être exercé contre les actes tacites qui résultent du silence administratif" (63).

3°/ Motifs des recours

Si on laisse de côté le recours en révision qui est conditionné par des motifs déterminés expressément fixés, les recours administratifs peuvent être fondés sur des motifs d'illégalité, comme l'indique la loi espagnole de procédure administrative, "sur toute infraction à l'ordonnancement juridique, y compris le détournement de pouvoir" (art. 115,1) ; et aussi sur des motifs d'opportunité et de convenance (64). De là la différence entre les recours administratifs et les recours contentieux qui peuvent être exercés seulement lorsqu'ils sont fondés sur des motifs d'illégalité (65).

4°/ Aspects procéduraux

Du point de vue procédural, divers éléments concernant les recours administratifs sont réglementés dans les lois sur la procédure administrative en Espagne et en Amérique latine.

D'abord, ainsi que le précise la loi espagnole sur les procédures administratives, on doit mentionner le principe selon lequel l'exercice du recours "ne suspend pas l'exécution de l'acte attaqué" (art. 116). Un principe analogue est posé dans la législation vénézuélienne (66) mais au contraire, le principe de l'effet suspensif est expressément retenu dans la législation de Colombie (67).

De toutes façons, même dans les cas où est reconnu l'effet non suspensif des recours, la législation attribue toujours à l'autorité administrative le pouvoir de suspendre les effets de l'acte objet de recours, soit d'office soit à la demande d'une partie, quand l'exécution de l'acte contesté peut causer "des préjudices impossibles ou difficiles à réparer" ou "un préjudice grave ou

(63) Art. 40 CCA Colombie.

(64) Motifs de "non conformité" selon l'article 59 CCA Colombie. Voir Allan R. Brewer-Carías, *op. cit.*, p. 336.

(65) Voir G. Isaac, *op. cit.*, p. 627.

(66) Art. 87 LOPA Vénézuéla.

(67) Art. 55 CCA Colombie.

irréparable dans le cas où l'acte attaqué serait abrogé ultérieurement" (68), et quand les recours se fondent sur des motifs de nullité absolue (69).

D'autre part, les recours administratifs étant des voies formelles pour attaquer les actes administratifs en tant que garanties de l'exercice du droit à la défense, il est évident que dans la procédure administrative qui accompagne leur exercice, l'administration doit assurer le droit à la défense des intéressés. Dans ce but, la législation espagnole et uruguayenne, par exemple, indiquent expressément qu'une fois exercé un recours contre un acte administratif qui reconnaît un droit, l'intervention dans la procédure des personnes intéressées à ce que l'acte soit maintenu doit être assurée et qu'à cet effet celles-ci doivent recevoir une notification du recours afin qu'elles puissent présenter les arguments, les documents et les justifications qu'elles estiment pertinents (70).

En outre, en matière procédurale, on doit souligner le caractère de forclusion que certaines législations attribuent aux recours administratifs, en ce sens que, comme l'indique la loi vénézuélienne sur les procédures administratives :

"Une fois déposé le recours gracieux ou le recours hiérarchique, l'intéressé ne pourra se présenter devant la juridiction administrative tant que n'aura pas été prise la décision correspondante ou que ne sera pas expiré le délai dont dispose l'administration pour décider" (art. 92).

Passé ce délai, l'administration peut décider, mais selon le code du contentieux administratif de Colombie, ceci ne peut se produire si l'intéressé a déjà utilisé la voie du recours contentieux (art. 61).

Enfin, en ce qui concerne les aspects procéduraux, les lois de procédure administrative d'Espagne et d'Amérique latine fixent en général des délais pour que l'administration se prononce sur les recours administratifs, et consacrent le principe du silence administratif négatif en ce sens qu'une fois le délai expiré, on tiendra le recours pour rejeté (71) sans que cela dispense l'autorité administrative de son obligation de décider (72).

(68) Art. 116 LPA Espagne ; art. 87 LOPA Vénézuéla ; art. 125 D. 640 Uruguay.

(69) Art. 116 LPA Espagne ; Art. 87 LOPA Vénézuéla.

(70) Arts 91 et 117 LPA Espagne ; Art. 128 D 640 Uruguay.

(71) Art. 125 LPA Espagne ; art. 60 CCA Colombie ; Art. 352 LGAP Costa-Rica ; Arts. 91, 94 et 95 LOPA Vénézuéla ; Art. 121 D 640 Uruguay ; Art. 87 Règlement LPA Argentine.

(72) Art. 122 D 640 Uruguay.

5°/ La décision relative au recours

En dehors des cas de décision tacite de rejet résultant du silence administratif "négatif", la décision relative au recours doit être expresse et, par elle, l'administration est obligée de "résoudre toutes les questions qui sont soumises à son examen dans le domaine de sa compétence ou qui apparaissent à l'occasion du recours, bien qu'elles n'aient pas été soulevées par les intéressés". C'est ce que prévoient expressément les lois d'Espagne et du Vénézuéla (73).

La décision doit donc régler toutes les questions de légalité et d'opportunité (74) posées tant par le requérant que par les intéressés ou qui apparaissent en cours de procédure. Le résultat, comme le prévoit la loi vénézuélienne sur les procédures administratives, qui suit la législation espagnole (art. 124), est donc que l'organe compétent pour décider pourra :

"ratifier, modifier ou abroger l'acte attaqué, ainsi qu'ordonner la remise en l'état en cas de vices de procédure, sans préjudice de la faculté pour l'administration de confirmer les actes annulables" (art. 90) (75).

Or, le caractère inquisitoire et contradictoire de la procédure administrative et donc l'obligation pour l'administration de décider sur toutes les questions qui apparaissent dans la procédure (soit d'office soit parce qu'elles sont posées par les intervenants) et non seulement sur celle qui est posée dans le recours, pose le problème de déterminer si la *reformatio in pejus* est ou non admissible en matière de décision prise sur recours administratifs.

En effet, dans le domaine de la procédure juridictionnelle, on peut dire que le principe est celui de la prohibition de la *reformatio in pejus*, ce qui signifie que le juge *ad quem*, en décidant, ne peut modifier la décision du juge inférieur au préjudice de l'appelant lui-même, si la partie adverse, de son côté, n'a pas fait appel de la décision *a quo* (76).

(73) Art. 119 LPA Espagne ; Art. 89 LOPA Vénézuéla.

(74) Art.

(75) Dans un sens analogue ; art. 351, 3 LGAP Costa-Rica.

(76) Voir en général J.C. Hitters, "Imposibilidad de empeorar la situación del recurrente. Prohibición de la "reformatio in pejus", *El Derecho*, Tome III, n° 6141, Buenos-Aires 1984, pp. 1-3.

Ce principe, évidemment, est une conséquence du caractère accusatoire ("*dispositivo*") du procès civil, qui n'apparaît pas en matière de procédure administrative non contentieuse, étant donné son caractère inquisitoire.

En général on peut donc remarquer d'abord que l'interdiction de la *reformatio in pejus* n'est pas posée comme principe dans les cas où le recours administratif est fondé sur des motifs de légalité ou dans les cas où, à l'occasion de l'exercice d'un recours pour des raisons d'opportunité, des questions d'illégalité apparaissent d'elles-mêmes. C'est pourquoi par exemple, la Loi Générale sur l'administration publique du Costa-Rica prévoit que "le recours pourra être résolu même au préjudice du requérant, quand il s'agit de nullité absolue" (art. 351,2).

En réalité, quelle que soit la nature du vice, la compétence de l'autorité saisie de la révision de l'acte administratif doit être obligatoirement exercée quand sont en jeu des questions d'illégalité, de telle sorte qu'elle peut même abroger l'acte administratif, en se fondant sur d'autres motifs d'illégalité, distincts de ceux qui ont été allégués par l'intéressé (77).

Dans le même sens, si le recours est fondé sur des questions de légalité, l'administration peut être conduite à modifier l'acte attaqué pour l'adapter à la légalité. Par l'effet d'une telle modification, la situation du requérant pourrait être aggravée (si, par exemple, l'administration trouve que l'amende imposée devait être supérieure à celle qui figure dans l'acte objet du recours, étant donné les circonstances aggravantes précisées à l'occasion du recours) (78). Comme l'a jugé le Conseil d'Etat dans l'arrêt *Société Grand Café de Châlons*, du 24 juin 1949, "quelles que soient les circonstances dans lesquelles l'autorité supérieure doit examiner la décision de l'autorité subordonnée, elle a la faculté de réformer ou d'annuler cette décision, même dans un sens contraire aux prétentions de l'auteur du recours" (79). Cependant, dans les cas où apparaissent de nouveaux éléments d'illégalité distincts de ceux allégués par les parties, le principe du respect du droit à la défense exige que le fonctionnaire notifie aux intéressés cette circonstance pour qu'ils exposent leurs arguments et ce, antérieurement à l'adoption de la décision, comme le garantit la loi espagnole de procédure administrative (art. 119) (80).

(77) Voir dans Allan R. Brewer-Carías, *op. cit.*, pp. 336-337.

(78) En sens contraire, voir décision de la Cour Suprême de Justice (Vénézuéla) en matière fiscale, du 17 avril 1980, *Revista de derecho público*, n° 2, Caracas, 1980, p. 113.

(79) *Cit.* par G. Isaac, *op. cit.*, p. 638.

(80) Dans la jurisprudence de la Cour Suprême de Justice (Vénézuéla) cependant, en vertu du fait que cette audience n'avait pas été annoncée expressément et préalablement à l'intéressé ainsi que le prévoit la loi espagnole, on a considéré que l'autorité administrative n'était pas

Lorsque les questions débattues dans le recours administratif sont des questions d'opportunité, le thème de la *reformatio in pejus* revêt un plus grand intérêt. On estime en général dans la jurisprudence française que dans ces cas, l'abrogation de l'acte administratif peut seulement se produire avec l'accord du requérant et que sa modification ne peut se faire qu'en faveur de celui-ci (81). Cependant, en présence de normes légales comme celle de la loi organique sur les procédures administratives du Vénézuéla, selon laquelle l'organe administratif "doit résoudre tous les problèmes qui sont soumis à son appréciation dans le domaine de sa compétence ou qui apparaissent au moment du recours, même s'ils n'ont pas été soulevés par les intéressés" (art. 89), c'est-à-dire qui sont traités d'office, la *reformatio in pejus* doit être considérée comme pertinente à condition que soit respecté le droit à la défense et que soient notifiées à l'intéressé, préalablement à la décision, les nouvelles questions apparues, pour qu'il puisse présenter ses arguments en défense.

D - LES RECOURS ADMINISTRATIFS ET LA VOIE CONTENTIEUSE

Enfin, en ce qui concerne les recours administratifs, contrairement à la solution du droit français, où il n'est pas nécessaire d'exercer un recours administratif préalablement au recours contentieux (82), en Espagne et en Amérique latine, on exige comme condition de recevabilité des recours contentieux, l'épuisement de la voie administrative, ce qui précisément impose dans la plupart des cas l'exercice préalable de recours administratifs.

En effet, par exemple, la loi argentine sur la Cour Suprême de Justice du Vénézuéla, qui régleme la juridiction contentieuse administrative, pose comme condition de recevabilité du recours en nullité que l'acte administratif objet de celui-ci "épuse la voie administrative", c'est-à-dire que cet acte représente le dernier mot de l'Administration, ce qui est le cas s'il émane du

obligée de la notifier aux intéressés, ce que nous trouvons très peu satisfaisant. Voir décision de la Chambre politico-administrative du 9 février 1989, *Revista de derecho público* n° 37, Caracas, 1989, p. 83. Voir aussi, de la même Cour, décision du 16 octobre 1986, *Revista de derecho público*, n° 28, Caracas 1986, p. 97; et de la Première Cour de Contentieux Administratif du 18 avril 1985, *Revista de derecho público*, n° 22, Caracas, 1985, p. 164.

(81) Voir G. Isaac, *op. cit.*, p. 638.

(82) J.M. Auby et R. Drago, *Traité de contentieux administratif*, Paris 1984, Tome 1, p. 68, Tome 2, p. 234; G. Isaac, *op. cit.*, pp. 664 et ss.

supérieur hiérarchique (83). Il s'agit d'un privilège de l'Administration que de pouvoir réviser ses actes administratifs avant qu'il ne soient soumis au contrôle judiciaire.

Cependant, l'épuisement de la voie administrative peut se produire sans qu'il soit exigé d'exercer un recours administratif, ce qui arrive dans les cas des actes édictés par le supérieur hiérarchique lui-même (un ministre par exemple), ou par des organes déconcentrés dont les décisions épuisent la voie administrative et ne sont pas susceptibles de recours hiérarchique (84). Du reste, s'il s'agit d'un acte administratif édicté par un fonctionnaire d'un rang hiérarchique inférieur dans une organisation administrative, l'intéressé avant d'avoir recours à la voie contentieuse doit épuiser les recours administratifs, c'est-à-dire doit exercer le recours gracieux et ensuite le recours hiérarchique (85).

La loi organique sur les procédures administratives du Vénézuéla dispose dans ces cas que :

"la voie administrative restera ouverte lorsque, une fois introduits les recours qui mettent fin à la voie administrative, ceux-ci ont fait l'objet d'une décision dans un sens distinct de celui qui était sollicité ou que la décision n'a pas été prise dans les délais correspondants" (art. 93).

On peut dire que le principe de l'épuisement de la voie administrative, comme étape préalable pour avoir recours à la voie contentieuse, est général en Amérique latine et qu'il est expressément consacré dans les législations du Costa-Rica, de Colombie, d'Argentine et d'Uruguay (86), lesquelles, bien qu'elles prévoient le système des recours administratifs, dans nombre de cas, admettent la contestation contentieuse des actes administratifs qui *per se* épuisent la voie hiérarchique, sans qu'il soit nécessaire d'intenter un recours administratif.

La situation de l'Espagne est différente ; la loi régulatrice de la juridiction administrative y pose comme principe l'obligation de former un recours en réexamen (*reposición*) comme formalité préalable à l'exercice du

(83) Arts. 84,5 et 124,2. Voir dans Allan R. Brewer-Carías, *Estado de derecho y control judicial*, Madrid, 1987, pp. 298 et ss.

(84) Allan R. Brewer-Carías, *El derecho administrativo y la ley orgánica...*, *cit.*, p. 367.

(85) *Idem.*, p. 368.

(86) Art. 356 LGAP Costa-Rica ; Arts 63 et 635 CCA Colombie ; Art. 23 LPA Argentine.

recours contentieux (87). Cependant l'exercice du recours contentieux contre un acte administratif qui implique le rejet d'un recours administratif et contre les actes présumés en vertu du silence administratif (88) est dispensé d'une telle formalité.

(87) Arts. 52 CRJAE et 126 LPA Espagne.

(88) Art. 53 Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, Espagne.

TABLE DES MATIERES

PRÉFACE , par Franck MODERNE, Professeur à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne)	1
INTRODUCTION	7
PREMIERE PARTIE : LA CONTRIBUTION DE LA CODIFICATION DE LA PROCÉDURE ADMINISTRATIVE A LA CONSOLIDATION DU PRINCIPE DE LÉGALITÉ	19
CHAPITRE I - LE CARACTERE INFRA-LEGAL DE L'ACTIVITE ADMINISTRATIVE	25
§ 1 - Le respect de la loi	25
§ 2 - Le respect de la réserve légale (domaine réservé au législateur)	26
§ 3 - Le respect des actes administratifs réglementaires	29
§ 4 - Le respect de la hiérarchie des actes administratifs et le parallélisme des formes	31
CHAPITRE II - LES LIMITES DE L'EXERCICE DU POUVOIR DISCRETIONNAIRE	33
§ 1 - La réduction de la sphère du pouvoir discrétionnaire : les concepts juridiques indéterminés	34
§ 2 - Les limites du pouvoir discrétionnaire : les principes généraux du droit administratif	45
DEUXIEME PARTIE : LE RÉGIME DES ACTES ADMINISTRATIFS DANS LA CODIFICATION DE LA PROCÉDURE ADMINISTRATIVE	57
CHAPITRE I - LES ELEMENTS DE L'ACTE ADMINISTRATIF	61
§ 1 - Les éléments de fond des actes administratifs	62
A - Principes relatifs à la compétence	62
B - Principes relatifs à la manifestation de volonté	67
C - Principes relatifs à la base légale	69
D - Principes relatifs aux circonstances de fait	70
E - Principes relatifs à la finalité de l'action administrative	74

F - Principes relatifs à l'objet des actes administratifs	78
§ 2 - Les éléments de forme des actes administratifs	79
A - Les formalités des actes administratifs	79
B - La forme des actes administratifs	81
C - La motivation des actes administratifs	83
§ 3 - Le régime des nullités des actes administratifs	85
CHAPITRE II : PRINCIPES RELATIFS AUX EFFETS DES ACTES	
ADMINISTRATIFS	91
§ 1 - Le commencement des effets : publication et notification	91
§ 2 - Le principe de la non-rétroactivité des actes administratifs	95
§ 3 - Le respect des droits acquis et le régime du retrait des actes administratifs	97
§ 4 - La présomption de légalité des actes administratifs et les principes de leur exécution	99
A - La "ejecutividad" des actes administratifs	101
B - La "ejecutoriedad" des actes administratifs	103
§ 5 - La durée des effets des actes administratifs	106
TROISIEME PARTIE : LES PRINCIPES DE LA PROCÉDURE	
ADMINISTRATIVE ET LES GARANTIES DES ADMINISTRÉS	107
CHAPITRE I - LES PRINCIPES DE LA PROCEDURE	
ADMINISTRATIVE	113
§ 1 - Principes relatifs à l'initiative et au commencement de la procédure	113
A - Le droit de pétition	113
B - Le déclenchement d'office	116
C - L'initiative du déclenchement de la procédure et la typologie des procédures	116
§ 2 - Principes relatifs à "l'iter processuel"	118
A - Le non-formalisme des formalités	118
B - Les principes de célérité, économie et efficacité	120
C - Le principe inquisitoire	121
D - Le principe du contradictoire et la notion de partie	122
E - Le principe de la publicité et le secret administratif	124
F - Le principe d'impartialité	126
§ 3 - Principes relatifs à la décision	128
A - L'obligation de décider et les effets du silence administratif .	129
1°/ La garantie née du silence négatif	130
2°/ La garantie née du silence positif	132
3°/ La garantie contre la carence administrative	134
B - La globalité de la décision et les effets du principe inquisitoire	136

CHAPITRE II - LE DROIT A LA DEFENSE ET SES	
CONSEQUENCES	139
§ 1 - Aspects du droit à la défense	140
A - Le droit de recevoir notification	141
B - Le droit d'être partie	143
C - Le droit d'accès au dossier administratif	143
D - Le droit d'être entendu (audition de l'intéressé)	144
E - Le droit de formuler des allégations et d'en apporter la preuve	148
F - Le droit de présenter un recours	149
§ 2 - Le régime des recours administratifs	150
A - La procédure de révision des actes administratifs	150
B - Les divers recours administratifs	152
1°/ Le recours gracieux	153
2°/ Le recours hiérarchique	153
3°/ Le recours en révision	154
C - Principes de la procédure concernant les recours administratifs	155
1°/ Conditions de recevabilité	155
2°/ Objet des recours	157
3°/ Motifs des recours	158
4°/ Aspects procéduraux	158
5°/ La décision relative au recours	160
D - Les recours administratifs et la voie contentieuse	162