

Le droit et la bonne administration

FRANCIS DELPÉRÉE

Sommaire

I. Une approche renouvelée des droits politiques.

II. L'approche intégrée du droit public.

ENTRE AUTRES RÉCITS foisonnants, la mythologie grecque conte la guerre des Atrides. Thyeste, Egisthe, Ménélas, Agamemnon... Ils s'entretuent dans un joyeux désordre où se mêlent les dieux et les hommes.

Le monde académique d'aujourd'hui obéit-il à de meilleurs sentiments, les meurtres mis à part?

Il faut le regretter. Dans plus d'un pays ou dans plus d'une Université, les rapports humains ne sont pas toujours au beau fixe. Les querelles d'égo – Oedipe n'est pas loin... – ne peuvent toujours être évitées.

Plus grave peut-être. Sous couvert de science – et même de science juridique –, des controverses aussi oiseuses qu'interminables divisent les initiés. Celle, par exemple, que prennent plaisir à entretenir à longueur d'années ceux que l'on appelle les constitutionnalistes et les administrativistes¹.

Les uns et les autres cultivent, comment le leur reprocher?, leur champ de connaissance. Mais ils ne s'arrêtent pas là. Ils prennent soin de délimiter avec minutie les contours de leur discipline. Ils n'hésitent pas à dresser des barrières quasi infranchissables entre leurs domaines respectifs d'enseignement et de recherche.

Il va sans dire que les élèves et les disciples empruntent, eux aussi, ces che-

M. Francis Delpérée est sénateur et professeur émérite de l'Université catholique de Louvain.

1. F. DELPÉRÉE, «La Constitution et l'Administration», Bruxelles, IIS Administratives, 2004, p. 13: «J'ai connu une époque - elle n'est pas lointaine, elle remonte à un peu plus de trente ans - où la Constitution et l'Administration s'ignoraient superbement. Elles vivaient dans deux mondes séparés».

mins divergents. Les uns montent sur l'Acropole, les autres au Lycabette... Ils choisissent d'autres sujets d'études. Ils développent d'autres méthodes. Ils ne se rencontrent plus. Au propre comme au figuré².

Dans ce contexte, les comportements schizophréniques – encore un mot d'origine grecque... – ne sont pas à exclure dans le chef des intéressés ou dans celui de leurs équipes.

Et pourtant... Le droit public est unique, dans tous les sens du terme. Il gagne à l'être et à le rester. Les passages et les transitions entre le droit constitutionnel et le droit administratif doivent être pratiqués et entretenus. Il faut connaître les bases constitutionnelles du droit administratif. De la même manière qu'il faut s'interroger sur les soubassements administratifs du système constitutionnel.

Des questions, comme celle de l'organisation du territoire, présentent autant d'aspects constitutionnels que de facettes administratives. Autrement dit, l'ignorance de l'un des volets du diptyque est marque d'appauvrissement et promesse d'inachèvement.

Comment ramener à la raison des juristes bornés? Comment leur faire comprendre que la *disputatio* qui était à l'honneur dans l'Université médiévale manque son but si elle tourne à l'aigre et qu'elle gagne à être toujours animée par une préoccupation unique: se rendre utile à la société des hommes?

Je ne suis pas magicien. Je ne dispose pas de la baguette magique qui me permettrait d'instaurer ou de restaurer, sans coup férir, l'harmonie dans les esprits, les comportements et les travaux. Tout au plus puis-je faire une suggestion pour sortir de l'impasse où peuvent conduire des discours antagonistes. Il faut inviter les uns et les autres à prendre un peu d'altitude et à regarder les institutions et les affaires de l'État d'un peu plus haut.

Le droit international et, en particulier, le droit européen, ces autres branches du droit public, peuvent aider à remplir cet office.

Dépassant les clivages inscrits dans le temps et dans l'espace, ces disciplines peuvent, en effet, contribuer à faire taire les querelles et à calmer les controverses. Elles peuvent transcender les différences superficielles et, pourquoi pas, encourager les collaborations utiles. Ce faisant, elles vont à l'essentiel. Elles concourent à la gestion de l'État, dans ses divers compartiments, et à la promotion de l'homme, sous les différents traits de sa personnalité.

2. Le phénomène est plus accentué encore lorsque l'un ou l'autre se spécialise dans une branche particulière de la discipline mère. Il y a un fossé, pour ne pas écrire: un monde, entre le spécialiste constitutionnaliste des finances publiques et le spécialiste administrativiste de l'aménagement du territoire et de l'environnement. Il n'existe guère de passerelles entre ces disciplines.

La question du droit à ce qu'il est convenu d'appeler «la bonne administration» illustre cette façon de faire syncrétique. Elle peut être appréhendée de deux manières distinctes.

À mon sens, il ne faut pas hésiter à reconnaître, avec le droit européen, un nouveau droit de citoyenneté, celui à la bonne administration. Les ordres juridiques nationaux, et notamment leurs textes constitutionnels, pourraient utilement s'en inspirer (I).

Ce faisant, il sera peut-être permis, fût-ce à titre accessoire, d'envisager la bonne administration du droit, notamment celle du droit public (II).

Il y aurait, en effet, quelque audace et quelque paradoxe, pour ne pas écrire: quelque imposture, à prétendre traiter du droit à la bonne administration sans nourrir l'ambition d'administrer l'univers juridique de manière convenable.

I. Une approche renouvelée des droits politiques.

La réflexion sur les droits politiques s'est longtemps cristallisée autour d'une trilogie classique que résumait, pour la première fois, la Déclaration française du 26 août 1789. Je suis citoyen. Ceci signifie que je suis électeur, que je suis éligible à un mandat politique et que je suis en mesure de postuler un emploi public.

Ces droits de citoyenneté peuvent paraître élémentaires, voire rudimentaires. Il n'empêche. Ils restent plus que jamais d'actualité³. Sur ce terrain, les exigences démocratiques se font, d'ailleurs, chaque jour, plus pressantes. Le souci d'organiser des élections périodiques, libres et honnêtes incite, par exemple, les autorités publiques de tous les continents à se montrer attentives à l'aménagement concret des scrutins, à quelque niveau de pouvoir que ce soit.

Sous des formulations il est vrai différentes, les Constitutions modernes, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, les protocoles additionnels à la Convention européenne des droits de l'homme consacrent, en termes juridiques, ces prérogatives politiques. Le plus souvent, ils instaurent également des mécanismes de contrôle, y compris juridictionnels, pour assurer le respect de ces engagements nationaux et internationaux.

Des préoccupations nouvelles se révèlent, cependant, aujourd'hui. On les

3. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne oublie manifestement de ranger parmi les droits de citoyenneté le droit d'accès à un emploi public. Cette omission est d'autant plus curieuse qu'il a donné lieu à une jurisprudence abondante de la Cour de justice des Communautés européennes. Pourquoi ce silence à propos du droit de chaque citoyen de l'Union de postuler un emploi public, y compris dans un autre État que le sien? Pourquoi ne pas mentionner aussi le droit de postuler un emploi dans la fonction publique européenne?

rassemble communément sous une étiquette générique, celle de la transparence.

Celle-ci est longtemps apparue comme une «notion au sens et aux contours originellement fuyants»⁴. Faute de définition et de consécration normative, elle restait au stade de ces concepts flous que le droit public prend parfois plaisir à véhiculer et dont le succès n'a d'égal que le mystère qui entoure leur contenu.

La transparence était matière à discours et à colloque. Mais elle n'inscrivait pas dans le portefeuille institutionnel du citoyen des droits nouveaux dont il aurait pu se prévaloir contre les autorités publiques ou dont il aurait pu leur réclamer le bénéfice.

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, telle qu'elle a été adaptée le 12 décembre 2007, rompt de manière radicale avec cette approche. Elle comble une lacune. Elle s'exprime en termes juridiques explicites. Elle le fait dans deux dispositions inscrites dans le chapitre V de la Charte. Ledit chapitre a pour intitulé significatif la «citoyenneté»⁵.

L'article 41 de la Charte, auquel il faut joindre l'article 42, poursuit, il est vrai, un objectif ambitieux. Il s'inscrit dans les normes de la «bonne administration» – tel est l'intitulé de l'article –. La notion peut se réclamer de sources distinctes: la jurisprudence, celle de la Cour de justice des Communautés européennes⁶, la doctrine administrative, notamment celle qui s'est développée aux Pays-Bas⁷, des lois nationales, telle la loi belge du 29 juillet 1991 sur la motivation des actes administratifs.

Les cours constitutionnelles et les cours de contentieux administratifs, au nombre desquels il faut mentionner les Conseils d'État, peuvent également apporter une contribution appréciable à l'édification d'une véritable doctrine de la bonne administration⁸.

4. G. CLAMOUR, «La transparence et le service public: vade-mecum», Recueil Dalloz, 2007, p. 2617. Adde: F. DELPÉRÉE, «Le droit constitutionnel et la transparence», in L'accès aux documents administratifs (dir. D. RENDERS), Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 13.

5. Le traité de Lisbonne, signé le 13 décembre 2007, reprend à son compte l'article 6 du traité sur l'Union européenne et reconnaît à son tour «les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte».

6. Voy. en particulier l'arrêt du 31 mars 1992, C-225/90, *Burban*, Rec, 1992, I-2253.

7. G.W. WIARDA, «*Algemene besinselen van behoorlijk bestuur in het Nederlands recht*», T.B.P., 1970, pp. 365-378; J. IN'T VELD, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1976.

8. Dans plusieurs arrêts, la Cour constitutionnelle de Belgique se réfère aux «principes de bonne administration». Elle y joint les préoccupations nées du souci de préserver la sécurité juridique. Sur ce thème, M. VERDUSSEN / A. RASSON-ROLAND, «*Constitution et sécurité juridi-*

La Charte impose ainsi des règles de comportement à l'administration, à ses services et à ses agents. Non pas en leur dictant ce qu'ils doivent faire dans un secteur particulier des affaires publiques, mais en leur assignant des objectifs de qualité⁹. Elle consacre, par la même occasion, des droits nouveaux au profit des particuliers¹⁰. En un mot, elle dessine les contours de la démocratie administrative.

Que couvre la bonne administration? Les articles 41 et 42 de la Charte européenne retiennent, on le sait, six éléments distincts.

1. Lorsque le citoyen de l'Union, mais aussi toute personne physique ou morale résidant ou ayant un siège statutaire dans un État membre, fait ses premiers pas dans l'univers administratif européen, il doit être assuré d'y bénéficier d'une information suffisante et adéquate.

Le «droit d'accès aux documents» du Parlement européen, du Conseil et de la Commission s'inscrit dans cette perspective cognitive élémentaire (article 42).

Mieux encore. À titre plus personnel, le citoyen doit savoir où se trouve et ce que contient le dossier que l'autorité a établi à son propos. Il doit pouvoir rectifier les informations erronées. Il doit être en mesure de fournir les pièces manquantes. Ce droit doit s'exercer «dans le respect des intérêts légitimes de la confidentialité et du secret professionnel et des affaires» (article 41, alinéa 2, 2^{ème} tiret).

Dans l'arrêt *Solvay SA c. Commission* du 29 juin 1995, la Cour de justice des communautés européennes a constaté que, «dans les affaires de concurrence, l'accès au dossier» présente une importance toute particulière. Elle a «pour objet de permettre au destinataire d'une communication de prendre connaissance des

que», *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1999, p. 119. Dans ses arrêts 71/96 (11 décembre 2006) et 147/2004 (15 septembre 2004), la Cour d'arbitrage (aujourd'hui: Cour constitutionnelle) refuse néanmoins d'examiner la constitutionnalité d'une loi ou d'un décret si est seule alléguée la violation du principe de bonne administration.

9. F. DELPÉRÉE, «*Constitution et Administration*»..., p. 45: «En ce sens, (la Charte) amorce des évolutions qui sont de nature à faire progresser le droit public dans l'Union, dans les États membres et même, il faut l'espérer, dans les autres États de la société internationale».

10. La Charte des droits fondamentaux s'ouvre par un préambule. Il offre l'occasion à ses auteurs d'indiquer clairement leurs préoccupations. Il s'agit, précisent-ils, de «réaffirmer» les droits qui résultent des traditions constitutionnelles des États membres et des obligations internationales qu'ils ont souscrites en commun. «Réaffirmer...». Pour l'essentiel, il ne s'agit pas de faire œuvre novatrice. Il s'agit plutôt de rappeler l'état du droit existant. C'est une forme de redondance avec les droits inscrits dans d'autres instruments juridiques nationaux et internationaux. Cette affirmation de principe est exacte. Elle est néanmoins démentie dans le domaine de la démocratie administrative.

éléments de preuve figurant dans le dossier de la Commission, afin qu'il puisse se prononcer utilement, sur la base de ces éléments, sur les conclusions auxquelles est parvenue la Commission dans sa communication des griefs».

2. Lorsque, dans le cadre d'une procédure engagée devant l'une des autorités communautaires, le citoyen de l'Union risque d'être l'objet d'une «mesure individuelle qui l'affecterait défavorablement», il doit être préalablement entendu.

La disposition s'inspire des solutions qui sont retenues par des jurisprudences bien établies au niveau national. Ces dernières veulent, par exemple, qu'un agent public ne soit affecté, dans sa carrière, par une mesure qui le prive de son emploi, d'une partie de son traitement ou d'un élément essentiel de ses charges sans qu'il n'ait eu l'occasion de s'expliquer, en se faisant assister, le cas échéant, par un conseil.

3. L'obligation pour l'administration de motiver ses décisions figure également parmi les droits qu'emporte une bonne administration (article 41, alinéa 2, troisième tiret).

Le citoyen avance ici dans le domaine de l'intelligence. Il veut comprendre pourquoi telle décision a été prise en sa faveur ou à son détriment. Il ne suffit plus, cette fois, de rassembler des pièces ou des documents. Il faut sonder les reins et les cœurs. Il faut pénétrer, si l'on ose dire, dans le cerveau du pouvoir. Il faut reconstituer la démarche intellectuelle des autorités publiques. Il faut chercher à comprendre l'alchimie d'un processus souvent complexe de décision. Il faut, si nécessaire, demander à un juge de vérifier l'exactitude et la pertinence des motifs avancés à l'appui de l'acte décisoire.

En l'occurrence, l'exigence est encore plus précise. Il convient que la décision de l'administration révèle, en la forme, les raisons de fond qui ont conduit l'autorité à prendre sa décision dans le sens qu'elle a choisi.

Si cette exigence procédurale n'est pas remplie, la décision prise s'expose par le fait même à critique. Si elle est satisfaite, elle ouvre la voie à des vérifications juridiques qui prendront pour base les justifications écrites qui assortissent la décision de l'administration.

4. «Toute personne a le droit de voir ses affaires traitées impartialement, équitablement et dans un délai raisonnable par les institutions et organes de l'Union» (article 41, alinéa 1^{er}).

De manière on ne peut plus générale, la Charte met l'accent sur les qualités que doit présenter l'action publique. Ces exigences sont de bon sens. Quel citoyen pourrait accepter que l'administration traite les affaires publiques de manière partielle, discriminatoire ou désinvolte et que les agents se prêtent volontiers à des opérations de corruption?

À raison de sa formulation – qui rappelle celle de la Convention européenne des droits de l'homme, et notamment de son article 6 –, la disposition a néanmoins surpris. Ne tend-elle pas à imposer à l'administration des comportements qui, pour l'essentiel, sont ceux qui sont réclamés des institutions de justice? Ne vise-t-elle pas à instaurer, même inconsciemment, une juridictionnalisation de l'action administrative?

5. La question de l'usage des langues est bien connue dans les États multilingues. Elle prend une dimension plus large encore au niveau de l'Union. Une solution libérale est préconisée: «Toute personne peut s'adresser aux institutions de l'Union dans une des langues des traités et doit recevoir une réponse dans la même langue» (article 41, alinéa 4).

Le problème linguistique est envisagé dans une perspective individuelle. La Charte européenne ne se préoccupe pas de savoir comment doivent être organisés les administrations et les services de l'Union, de préciser quelles sont les compétences linguistiques dont doivent faire preuve leurs agents, d'indiquer la langue de travail qui doit être pratiquée au sein de l'Union.

L'objectif est plus modeste. Au nom de la bonne administration, la Charte se contente d'établir trois principes. Le premier. Le citoyen est libre de s'adresser à l'Union dans la langue de son choix. Deux. Il ne doit pas nécessairement choisir la langue ou l'une des langues qui ont cours dans l'État dont il est ressortissant; il peut, pour des raisons qui ne relèvent que de lui, utiliser la langue d'un autre État. Trois. La réponse doit se faire dans la même langue que celle de la demande.

6. «Toute personne a droit à la réparation par la Communauté des dommages causés par les institutions, ou par leurs agents dans l'exercice de leurs fonctions, conformément aux principes généraux communs aux droits des États membres» (article 41, alinéa 3). La Charte renvoie ici au droit commun de la responsabilité de la puissance publique. Encore qu'il soit utile de vérifier si les solutions retenues correspondent à celles qui sont de mise dans l'ensemble des États de l'Union.

Au-delà de ces six exigences, le citoyen peut encore aspirer à nouer un dialogue utile avec les autorités de l'Union. Comme l'écrit *Jean Rivero*, «la transparence, si elle se réduit à la connaissance de ce qui se passe de l'autre côté, n'implique pas le dialogue»¹¹. Peut-être même l'occulte-t-elle. La maison de verre européenne devient opaque.

Si l'on s'inscrit dans cette perspective, le citoyen est amené à contribuer, selon des modes plus ou moins formalisés qui restent à déterminer, à la confection

11. J. RIVERO, «Rapport de synthèse», in *La transparence administrative en Europe* (dir. CH. DEBBASCH), Paris, CNRS, 1990, p. 307.

de la décision. La bonne administration introduit ainsi à une réflexion sur la participation.

II. L'approche intégrée du droit public.

Le *diritto pubblico* à l'italienne ou l'*Öffentliches Recht* à l'allemande, sans même parler de la *doctrine générale de l'État* à laquelle Jean Dabin consacrait, il y a déjà cinquante ans, des pages significatives, doivent aider les juristes à dépasser les querelles de bornage et à envisager une approche intégrée des disciplines qui leur sont chères. Les tenants de la «syntagma» et les adeptes de la «gestion publique» pourraient trouver ici matière à se réconcilier.

Trois approches distinctes sont concevables.

1. La première revient à inscrire dans la Constitution un certain nombre de principes de droit administratif, en particulier les principes de bonne administration qui viennent d'être rappelés.

Le domaine administratif a été trop longtemps délaissé par ceux qui ont eu la charge de rédiger des Constitutions¹². Pas un mot, ou très peu, dans les Constitutions contemporaines, des autorités administratives indépendantes. La décentralisation, qu'elle soit territoriale ou fonctionnelle, est ignorée un peu partout alors qu'elle est une dimension majeure de l'action politique et administrative. Les techniques de médiation et de participation sont réduites à la portion congrue. La gouvernance, et notamment la gestion des moyens humains et financiers, reste largement dans l'ombre.

Il est difficile de ne pas dire sa surprise devant de tels oublis. Des itinéraires se dessinent pourtant. En Espagne, en Hongrie, en Suisse... Ce qui suffit à indiquer que l'objectif n'est pas hors d'atteinte.

La Constitution espagnole, en particulier, consacre un chapitre essentiel à ce que Pierre Bon appelle le droit administratif matériel. Et de se référer à cinq principes juridiques légalité, objectivité, efficacité, participation et responsabilité dont le citoyen doit être en mesure d'exiger le respect.

Sans tomber dans le travers des Constitutions dithyrambiques mais en se gardant aussi des Constitutions squelettiques, il est temps de réinvestir dans la rédaction des textes constitutionnels. La démocratie administrative peut en constituer un chapitre significatif.

2. La deuxième approche revient à ouvrir la réflexion administrative à ses soubassements politiques, tels qu'ils s'expriment notamment dans les textes con-

12. Sur ce thème, voy. «*Le renouveau du droit constitutionnel*», RFDC, 2008, n° 74.

stitutionnels. L'organisation de l'administration n'est pas neutre. Elle est tributaire de choix politiques. Ceux-ci sont parfois exprimés dans la Constitution ou dans des lois organiques. Où ils gagneraient à l'être.

Il faut relire les Constitutions avec des lunettes administratives. Et y découvrir un ensemble de dispositions qui, usées par le temps, peuvent, à première vue, paraître anodines mais qui, à une seconde lecture, révèlent une doctrine administrative implicite, notamment en termes d'organisation des institutions et services publics.

Pour ne prendre que cet exemple, la Constitution de la République hellénique organise, dès ses premières dispositions, les «rapports entre l'Église et l'État». Elle assigne à ce dernier une mission fondamentale, celle de l'enseignement. Elle place «sous la réglementation et le contrôle de l'État» l'aménagement du territoire du pays, le développement, l'urbanisme et l'extension des villes et des zones à urbaniser. Elle précise que le chef de l'État nomme et révoque les fonctionnaires publics¹³. Elle place les services publics sous l'autorité du Premier ministre et leur assigne pour tâche d'appliquer la politique du gouvernement dans le cadre des lois. Elle institue le Conseil d'État et organise les tribunaux administratifs ordinaires.

Mieux encore, la troisième partie de la Constitution, «Organisation et fonctions de l'État», consacre une section F à «l'administration», soit à son organisation, au statut des fonctionnaires et au régime du mont Athos (qui, d'un point de vue spirituel, relève de la juridiction directe du Patriarcat oecuménique).

3. Troisième manière de réaliser des synergies. Il faut concevoir des enseignements et des recherches où des sensibilités différentes peuvent s'entrecroiser. Il faut constituer des équipes universitaires qui, en liaison avec les milieux gouvernementaux et parlementaires, d'une part, avec les différentes administrations publiques, d'autre part, sans perdre de vue non plus les institutions de justice, pourraient jeter des ponts entre les préoccupations des uns et des autres.

Il n'est pas besoin de dire que la dimension européenne de la réflexion gagne à être présente. La perspective comparative peut aussi contribuer à relativiser les particularismes nationaux.

Je ne choisis qu'un seul exemple. Il m'a été donné, à l'été 2008, de participer, dans le cadre de l'Académie internationale de droit constitutionnel, de réfléchir au thème du «territoire». D'emblée, une réalité méthodologique s'est imposée. Il n'était pas possible de traiter d'un tel sujet sans se référer aux enseigne-

13. «*Constitution et tradition*», in État, loi, administration. Mélanges offerts à Epaminondas Spiliotopoulos, Athènes-Bruxelles, Sakkoulas-Bruylant, 1998, p. 53.

ments les plus fondamentaux du droit international public lorsqu'il cherche, par exemple, dans l'affaire *du détroit de Corfou*, à préciser la nature des droits d'un État sur son territoire, en ce compris dans les eaux territoriales. Il n'était pas non plus permis d'envisager une telle question sans relire les textes constitutionnels et les prolongements doctrinaux qu'ils ont suscités autour de la notion de souveraineté. Il fallait encore se demander comment l'État organise, divise, structure ou aménage le territoire qui est le sien, notamment à travers des développements sur la décentralisation territoriale¹⁴.

L'étude aurait paru lacunaire sans l'un des volets de ce triptyque...

Le Conseil d'État auquel le professeur Pararas a consacré une partie importante de ses activités est un lieu privilégié pour assurer l'osmose des préoccupations constitutionnelles et administratives. Il est juge constitutionnel autant que juge administratif. Il connaît des litiges qui mettent en cause l'action de l'administration mais il place la Constitution au sommet des règles qui lui servent de référence.

Est-ce cet apprentissage quotidien des deux faces du droit public qui a incité notre collègue à s'intéresser par priorité aux droits de l'homme dans son pays et de donner à cette réflexion une portée internationale? Je ne sais. Toujours est-il qu'elle donne aux membres de la communauté scientifique l'occasion de rendre hommage à une œuvre et à un homme qui s'est tout entière placée sous le signe de l'unité du droit public.

Comment ne pas s'en réjouir sans réserve?



14. «*L'État belge: rétrospective et prospective*», in *Problèmes d'interprétation à la mémoire de Constantin N. Kakouris*, Athènes-Bruxelles, Sakkoulas-Bruylant, p. 77.