

Les grands principes du droit administratif : origines, état des lieux et perspectives

Thierry Tanquerel
Professeur honoraire
de l'Université de Genève

Introduction

I. Origines

A. Premier temps : le principe de la légalité

1. Source

- Pas de mention expresse dans les constitutions de 1848 et 1874
- Développement jurisprudentiel et doctrinal
- Emanation du principe de la séparation des pouvoirs
- Pour l'administration restrictive, résulte aussi du catalogue des droits fondamentaux
- Inspiration : art. 4 et 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789
- Plus récemment, justification en quatre points : séparation des pouvoirs, égalité, prévisibilité, démocratie
- Constante : source constitutionnelle implicite (avant qu'elle ne devienne expresse)

A. Premier temps : le principe de la légalité

2. Evolution I

- Extension à l'ensemble de l'activité étatique
 - arrêt *Wäffler*, ATF 103 Ia 369
 - voir déjà ATF 71 I 190, 197, cité par Giacometti
- Développement jurisprudentiel fin par la jurisprudence
 - p. ex droit fiscal
 - p. ex. administration de prestations
- Consécration expresse dans la Constitution de 1999
 - art. 5 al. 1
 - art. 36 al. 1

A. Premier temps : le principe de la légalité

2. Evolution II

- Extension (« inflation législative ») et modification progressive du tissu normatif
- Délégation législative, normes ouvertes, notions juridiques indéterminées, pesée des intérêts, réglementation par les principes directeurs, incitations, contractualisation, régulation
- Morand : *Le droit néo-moderne des politiques publiques*
- Moor : *Pour une théorie micropolitique du droit*
- La loi englobe plus mais de manière moins serrée

B. Deuxième temps : la montée en puissance des autres principes

1. Source

- Constitutions de 1848 et 1874 : uniquement principe de l'égalité de traitement
- Développements jurisprudentiels à partir de l'art. 4 Cst./1874
- Jurisprudence sur la restriction des droits fondamentaux
- A nouveau : principes constitutionnels implicites, avant la consécration expresse dans la Constitution de 1999

B. Deuxième temps : la montée en puissance des autres principes

2. Evolution

- D'abord principes mentionnés « en passant » (Mayer, Fleiner)
- Les autres principes comme « substitut » de la légalité (Giacometti) : applicabilité directe de la Constitution
- Place à part entière dans la théorie du droit administratif (Grisel, Imboden)
- Importance accrue lorsque le tissu légal est (ou se révèle) moins dense
- Portée propre même quand le principe de la légalité est hors-jeu (arrêt *Decaux*, ATF 125 I 209, c. 10) (doc p. 11 ss)

II. Etat des lieux

A. Des principes expressément consacrés dans la Constitution fédérale

- Art. 5 al. 1 : légalité
- Art. 5 al. 2 : intérêt public, proportionnalité
- Art. 5 al. 3 : bonne foi
- Art. 8 : égalité
- Art. 9 : arbitraire, bonne foi (comme droit)
- Art. 36 al. 1 : légalité (restriction aux droits fondamentaux)
- Art. 36 al. 2 : intérêt public (idem)
- Art. 36 al. 3 : proportionnalité (idem)

B. Une justiciabilité étendue et une portée modulée

1. Justiciabilité

- Accès à la justice (art. 29*a* Cst.)
- Le droit à une décision (art. 25*a* PA)
- Elargissement (limité) de la qualité pour agir (art. 48 PA, 89 LTF)

B. Une justiciabilité étendue et une portée modulée

2. Portée

- Variations sur la portée du principe de la légalité
- Variations de la portée selon l'instance de contrôle : tribunaux cantonaux ou Tribunal fédéral
- Différence entre application de l'article 5 ou de l'article 36 Cst. (arrêt *Glarnersach*, ATF 138 I 378 = JdT 2014 I 3, c. 8.2) (doc p. 7)

C. Des rapports à géométrie variable entre les principes

1. Rapport d'intégration

- Lorsque la loi comprend des dispositions qui expriment, notamment, les principes de proportionnalité, d'intérêt public ou de bonne foi
- La violation des principes est alors aussi une violation de la loi

C. Des rapports à géométrie variable entre les principes

1. Rapport d'intégration

- Exemple : **Art. 62 LRDBHD/GE**

Fermeture pour cause de perturbation grave de l'ordre public

¹ Si les circonstances le justifient, un commissaire de police procède à la fermeture immédiate, avec apposition de scellés, pour une durée maximale de 10 jours, de toute entreprise dans laquelle survient une perturbation grave et flagrante de l'ordre public, notamment en matière de tranquillité, santé, sécurité et moralité publiques

C. Des rapports à géométrie variable entre les principes

2. Rapport de complémentarité

- En complément de la légalité
- Pour les restrictions aux droits fondamentaux
- Pour encadrer l'exercice du pouvoir d'appréciation
- En particulier pour les pesées des intérêts
- Pour résoudre de nombreuses questions techniques : rétroactivité, application du droit dans le temps, révocation, changement de pratique
- Pour l'interprétation des décisions et des contrats de droit public

C. Des rapports à géométrie variable entre les principes

3. Rapport d'opposition I

- La légalité peut céder parfois face à un autre principe
- Proportionnalité d'une restriction à un droit fondamental ou d'une mesure de rétablissement d'une situation conforme au droit
- Confiance dans un renseignement erroné
- Egalité dans l'illégalité
- Abus de droit

C. Des rapports à géométrie variable entre les principes

3. Rapport d'opposition II

- Un « autre principe » peut rétablir la primauté de la légalité
- Intérêt public prépondérant face à la bonne foi
- Intérêt public prépondérant face à l'égalité dans l'illégalité

III. Perspectives

A. Au-delà des principes, vers un droit à la bonne administration

- Un système de principes à maturité : consécration expresse, jurisprudence étendue, doctrine approfondie, pratique établie
- Peut-on faire mieux, aller plus loin ?
- Le code de bonne administration du Conseil de l'Europe (doc p. 14 ss)
 - encore largement un catalogue de droits
 - application lacunaire en Suisse
- La bonne administration comme ensemble élargi de principes objectifs de fonctionnement et de comportement
- Néanmoins un droit à la bonne administration ?

B. Quelques exemples envisageables de droits de bonne administration

1. Un droit à la cohérence de l'administration

- Les mésaventures de Frank le cuisinier et de la méchante circulaire
- La cohérence : d'un principe politique à un principe juridique
- La cohérence : d'un principe à un droit

B. Quelques exemples envisageables de droits de bonne administration

2. Un principe de bonne foi étendu

- L'énigme de la demande de subsides d'assurance-maladie (doc p. 22)
- La bonne foi comme exigence de « fair-play » même hors assurances particulières
- Une obligation de prestations (procédurales) positives
- Une obligation de clarté

B. Quelques exemples envisageables de droits de bonne administration

3. Un droit à une administration incarnée

- Tendances à l'anonymisation empruntée au secteur privé (télécom, transports)
- Incompatibilité avec une bonne administration
- Pour un droit des administrés à un interlocuteur réel au sein de l'administration

C. Les moyens de contrôle

1. Les contrôles non-juridictionnels

- Leurs avantages
- La Cour des comptes
- Le contrôle parlementaire
- Un défenseur des droits ?

C. Les moyens de contrôle

2. Quelle justiciabilité ?

- La question de l'acte attaquable
- La question de la qualité pour agir
- La question du pouvoir d'examen

Conclusion

... et épilogue