

## La codification de la procédure administrative

Pascale Gonod, Professeur à l'université Paris XI

### L'essentiel

Annoncé depuis dix ans, le code de l'administration, qui emporte codification de la procédure administrative, peine à voir le jour. Porté par une forte volonté politique, les freins à son adoption ne sauraient être aussi raisonnablement affectés aux difficultés inhérentes à toute opération de codification. Sans doute peut-on en chercher la source dans cette conviction ancrée chez nombre de juristes selon laquelle la procédure administrative est rétive à toute codification.

Les études consacrées à la codification de la procédure administrative (1), c'est-à-dire de l'ensemble des règles qui gouvernent l'édition des actes administratifs, sont aussi riches que nombreuses. L'actualité invite toutefois d'y faire retour, la codification de la procédure administrative figurant en effet au confluent de deux préoccupations majeures des gouvernants actuels : d'un côté, la sécurité juridique, qui se traduit notamment par l'amélioration de l'accessibilité des citoyens au droit (v. Conseil d'Etat, *Rapport public 1991*, EDCE n° 43) - l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi étant d'ailleurs promues au rang d'objectifs de valeur constitutionnelle (Cons. const. 16 décembre 1999, n° 99-421 DC, JO 22 décembre 1999 ; AJDA 2000, p. 31, note J.-E. Schoettl) - ; de l'autre, la modernisation de l'Etat, au coeur de laquelle est placée la refondation des relations entre l'administration et ses usagers, administrés élevés au rang de citoyens. Elle relève donc autant de la politique de codification (2) qu'elle constitue un instrument de la politique de réforme de l'Etat dans son volet dit de « simplification des procédures administratives » (v. la circulaire du Premier ministre du 25 juin 2003 relative aux stratégies ministérielles de réforme [JO 17 juillet 2003] et la loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 autorisant le gouvernement à simplifier le droit [JO 3 juillet 2003 ; P. Gonod, La simplification du droit par ordonnances, AJDA 2003, p. 1652]).

Bien que la relance de la codification ait débuté en 1989, il faut attendre 1995 pour que figure au sein du programme général de codification un code de l'administration : le principe en est arrêté lors du séminaire gouvernemental sur la réforme de l'Etat en septembre 1995, adopté par la Commission supérieure de codification le 4 décembre 1996 au titre de son programme d'action 1996-2000 (6e rapport 1995 CSC, Les éditions des journaux officiels, p. 30), et rappelé dans la circulaire du Premier ministre du 30 mai 1996 sur la codification des textes législatifs et réglementaires de 1996 (JO 5 juin 1996). Tel qu'il est alors conçu, le code de l'administration a vocation à regrouper les dispositions générales sur les procédures et les structures administratives non reprises dans des codes spécifiques, et à s'articuler autour de ces deux thématiques. Il emporte donc codification de la procédure administrative.

Son principe une fois retenu, l'élaboration du code de l'administration est confiée, sous l'autorité du ministère de la Fonction publique et de la Réforme de l'Etat, à la délégation interministérielle à la réforme de l'Etat (DIRE) qui débute ses travaux au printemps 1998. Pour autant, le code de l'administration ne figure pas dans le champ d'application de la loi du 16 décembre 1999 qui autorise le gouvernement à adopter, par ordonnances, la partie législative de neuf codes (loi n° 99-1071 [JO 22 décembre 1999] ; v. également Cons. const. 16 décembre 1999, n° 99-421 DC, JO du même jour, préc.). Les travaux de la DIRE se poursuivent cependant si l'on en croit la Commission supérieure de codification qui, dans son rapport d'activité de 2000, relève : « Une première version de la première partie du code

relative aux relations entre les administrations et le public est prête. La partie législative de cette première partie prend en compte les ajouts et les modifications résultant de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations ; un travail similaire sera réalisé sur la partie réglementaire, dès la publication des décrets d'application de cette loi. Une première version du livre 1er de la seconde partie du code comportant les principes et les règles générales relatives à l'organisation des administrations civiles de l'Etat a été également établie. En revanche, l'élaboration du second livre qui, eu égard à son objet, nécessite le concours des différents ministères, est toujours en cours d'élaboration ». Ces mêmes termes sont repris dans le rapport d'activité 2001. Curieusement, le rapport annuel 2002 ne comporte qu'une seule et unique mention du code de l'administration, dans un développement consacré à l'accomplissement du programme de codification, à savoir : « Quant au code de l'administration, la Commission y a provisoirement renoncé, faute de structure ministérielle pour mener à bien sa réalisation » ; en 2003, le rapport de la Commission supérieure de codification se contente d'indiquer : « Il est également souhaitable que la Commission soit à même d'adopter les plans du code de l'administration, du code du sport et du code général des transports avant la fin de l'année 2004 ». Ce qui ressemble assurément à un abandon n'est toutefois que de courte durée.

En effet, si la loi du 2 juillet 2003, qui chahute quelque peu tant la conception que le processus de codification, ignore certes le code de l'administration, en revanche, la loi cadette, n° 2004-1343 du 9 décembre 2004, autorise le gouvernement à procéder à l'adoption par ordonnance et à droit constant, de la partie législative dudit code, dans un délai de 18 mois, soit avant l'été 2006 prochain ; il serait ainsi satisfait au vœu de l'actuel rapporteur général de la Commission supérieure de codification qui faisait valoir en octobre 2004 « un espoir maintenu » (R. Schwartz, *Le code de l'administration*, AJDA 2004, p. 1860 ). Ce renouveau semblerait donc s'inscrire non pas dans le strict cadre de la poursuite de la codification (3), mais dans celui de la réactivation, parallèle, des actions menées en vue de la modernisation de l'Etat (4). Reste que le dernier rapport annuel de la Commission supérieure de codification, postérieur à la loi du 9 décembre 2004, ne comporte qu'une citation du code de l'administration, et ce dans la seule énumération des plans de code qui sont... « en projet » (Rapport 2004, *Les éditions des journaux officiels*, 2005, p. 67 ; mention en est également faite en annexe 1, au même titre de projet dans les seules « perspectives de codification », p. 72).

Il existe donc sinon un paradoxe, du moins un fort contraste, entre d'une part, la convergence de politiques dont la codification de la procédure administrative est l'un des instruments privilégiés, et d'autre part, l'enlisement du code de l'administration : alors que le gouvernement n'hésite pas à se doter des moyens d'action pour le moins audacieux (et des plus contestables) pour parvenir à ses fins en la matière, ce code ne figure pas, à ce jour, à l'ordre du jour des travaux de la Commission supérieure de codification. Or, au-delà de difficultés liées à l'opération de codification, la singularité de la matière n'est sans doute pas indifférente à la manifestation de résistances à la codification de la procédure administrative.

#### Des difficultés liées à l'opération de codification

Il ne s'agit nullement ici de débattre des vertus ou des méfaits de la codification, ni du bien-fondé des principes retenus pour son élaboration, pas plus, à propos de la procédure administrative, de militer pour ou contre sa codification, mais, seulement, de s'interroger sur les difficultés qui freinent son adoption. Dès lors, quelques précisions s'imposent. L'élaboration du code de l'administration est engagée à droit constant ; par suite, il est peu utile de rechercher la source des difficultés dans ce que pourrait exiger une codification à droit inconstant, ou plus largement encore, une codification de type napoléonien. Dans le même ordre d'idées, la codification envisagée porte sur le seul droit écrit. Enfin, il faut écarter l'argument souvent invoqué selon lequel un droit en construction ne pourrait être objet de codification : il est propre au droit d'être en perpétuel mouvement, et le droit administratif ne fait évidemment pas exception. Aussi, sauf à considérer que la codification bride cette évolution du droit - ce qui est totalement contraire à la réalité des faits, est-il besoin d'y insister ? -, une telle considération ne saurait raisonnablement être considérée, aujourd'hui comme hier, comme une difficulté à la réalisation de la codification de la procédure

administrative.

Compte tenu de la méthode mise en oeuvre par les actuels codificateurs, sur la base des principes sur lesquels le pouvoir politique a engagé l'élaboration d'un code de l'administration, la suspension de sa réalisation est officiellement justifiée par des difficultés courantes dans l'opération de codification.

Ce serait tout d'abord faute d'interlocuteur au sein des structures administratives centrales, que la Commission ne pourrait efficacement poursuivre la confection de la partie législative du code (v. par exemple, R. Schwarz, préc.). Or, outre que des structures propres à satisfaire une telle réalisation existent - la direction interministérielle à la réforme de l'Etat, qui a pris en charge ce code dès l'origine, voire, à l'avenir, la toute récente direction générale de la modernisation de l'Etat -, la circonstance qu'existe une faiblesse des ressources aptes à la codification dans les administrations paraît valoir pour de nombreux codes ; l'élaboration de ceux-ci peut en être retardée mais n'en est pas pour autant « suspendue ». Le dernier rapport de la Commission souligne cette difficulté, générale, en consacrant l'un de ses développements à « une inquiétude : la perte d'aptitude de certaines administrations », développement dans lequel il n'est d'ailleurs pas même fait allusion à la situation spécifique du code de l'administration, au contraire d'autres codes, eux explicitement visés (préc., p. 65).

Ensuite, des interrogations se font jour sur la détermination du périmètre du code de l'administration, en particulier quant à l'opportunité d'une insertion des dispositions relatives à la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), ce qui, dans le travail du codificateur, est des plus usuel. En revanche, depuis dix années, l'approche qui est faite de ce code n'a guère varié : si l'on s'en tient au seul volet « procédures » ou plus exactement « relations entre les administrations et le public », le champ de la première partie du code présente une certaine stabilité. Dans sa dernière appréhension (telle qu'issue des travaux préparatoires à la loi du 9 décembre 2004), il est établi que, devant être réalisé à droit constant, « le code a vocation à réunir les règles de portée générale s'appliquant à l'ensemble des activités administratives, par opposition aux règles sectorielles. Cela concernerait aussi bien les grands textes de la fin des années 1970 et du début des années 1980 qui sont habituellement assimilés à l'amélioration des relations entre l'administration et ses usagers et à la transparence administrative, que ceux qui régissent les procédures administratives non contentieuses » (E. Blanc, Rapport AN n° 1635, 2 juin 2004, v. à l'article 56). Il est par ailleurs précisé : « La partie consacrée aux relations entre les administrations et le public devrait rassembler les dispositions législatives adoptées depuis les années 1970, avec les premières réformes tendant à améliorer la transparence administrative et les droits des usagers. Seraient ainsi codifiées les lois relatives à la protection des données à caractère personnel (loi du 6 janvier 1978), à l'accès aux documents administratifs (loi du 17 juillet 1978), à la motivation des actes administratifs (loi du 11 juillet 1979) et au Médiateur de la République (loi du 3 janvier 1973). Trouveraient également leur place dans cette partie du code les dispositions plus récentes issues de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (DCRA), ou des ordonnances à prendre en application du présent projet de loi, sur l'administration électronique. » (B. Saugey, Rapport Sénat n° 5, 7 octobre 2004, v. à l'article 56). Il n'est en outre pas envisagé d'inclure dans ce code les procédures en matière de contrats et marchés, celles-ci étant appelées à prendre place dans un autre code. Ainsi, depuis la première ébauche de plan, seuls deux changements sont intervenus : l'incorporation de la loi sur les archives dans le code du patrimoine impose que les règles relatives à l'accès aux archives ne puissent être reprises qu'au titre de dispositions dites « suiveuses » dans le code de l'administration ; la prise en compte de la loi du 12 avril 2000. En conséquence de quoi, et de l'aveu même des codificateurs, « le *corpus* à codifier » est désormais « bien cerné » (R. Schwartz, préc.).

Par conséquent, et sans qu'il s'agisse de négliger les difficultés pouvant naître de la réalisation concrète de ce code qui tiennent, comme pour tout autre, à l'opération même de codification, la possibilité de la codification de la procédure administrative n'est plus contestable, comme le montrait déjà Guy Isaac (*La procédure administrative non contentieuse*, LGDJ, 1968).

Les objections « plus pragmatiques que doctrinales » formulées en 1975 par Raymond Odent à la codification de la procédure administrative, tirées notamment du « degré d'évolution » des règles applicables et d'une absence de méthodologie à la codification (C. Wiener, *Vers une codification de la procédure administrative*, PUF, 1975, p. 7), manquent aujourd'hui de pertinence. De ce point de vue, la « transversalité » si souvent soulignée de la matière, par opposition aux codes thématiques (ou par « matières »), retire à la réalisation concrète de cette codification toute sa singularité. Resteraient alors, et encore, les « objections doctrinales ». Aux difficultés somme toute banales, se superposent de probables résistances.

Des résistances liées à la singularité de l'objet de la codification

Après avoir constaté que « le droit administratif n'est pas codifié », Edouard Laferrière (*Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, introduction à la 1<sup>re</sup> éd., 1887-1888, tome 1, p. 7) affirme et défend l'idée qu'il est en outre « douteux qu'il puisse l'être ». On sait combien, depuis lors, cette dernière idée comme l'analyse qui l'étaye ont prospéré, si bien que s'est enracinée cette conviction selon laquelle le droit administratif est rebelle à toute codification. L'on enseigne aussi communément aujourd'hui que l'une des caractéristiques majeures du droit administratif français est d'être un droit jurisprudentiel, et, par opposition au droit civil, de n'être pas un droit codifié. D'ailleurs, la circonstance que, depuis la relance de la codification en 1989, des pans entiers du droit administratif (code général des collectivités locales, code de justice administrative...) soient objet de codification, n'écarte nullement la question de la possibilité, en France, d'une codification du droit administratif. Or, à ce titre, la codification de la procédure administrative joue un effet miroir. En effet, si l'on admet que le droit administratif est tout à la fois le droit de l'action administrative et le droit de protection des administrés contre l'arbitraire administratif, et que la procédure administrative est elle-même composée des règles qui constituent des garanties propres à assurer autant la protection des particuliers que la maturité des décisions administratives, le sort réservé à la codification de la procédure administrative est particulièrement révélateur des rapports conflictuels qu'entretiennent codification et droit administratif français.

Il n'est aussi guère surprenant de retrouver à l'appui de la thèse selon laquelle, dans son « principe même », la codification de la procédure administrative « est contestable » (R. Odent, préc.), les arguments développés à l'appui de celle qui expose que le droit administratif français serait rétif à toute codification. Il suffit pour s'en convaincre de mettre en regard les analyses, à près d'un siècle d'intervalle, de ces deux juristes que sont Edouard Laferrière et Raymond Odent. Préfaçant un ouvrage qui, prenant notamment appui sur les expériences étrangères, se montre favorable à une telle codification, ce dernier s'en écarte. Pour ce faire, le président de la Section du contentieux du Conseil d'Etat oppose « la rigidité du droit écrit », source de sclérose, à la souplesse de la norme jurisprudentielle, initiatrice de « progrès ». Une telle approche répond, sans s'y tromper, comme par écho, aux propos de Edouard Laferrière pour lequel, en droit administratif, et en raison tout à la fois de « l'abondance des textes, [de] la diversité de leurs origines, [du] peu d'harmonie qu'ils ont souvent entre eux », la jurisprudence est essentielle parce qu'elle « seule peut faire la part entre les principes permanents et les dispositions contingentes, établir une hiérarchie entre les textes, remédier à leur silence, à leur obscurité, à leur insuffisance en s'inspirant des principes généraux du droit et de l'équité » (préc., tome 1, p. 8). On ne peut ignorer que, sous la plume de ces deux membres éminents du Conseil d'Etat, le propos constitue l'un des soutiens d'un programme qui touche au rôle de la juridiction administrative dans la production du droit administratif (P. Gonod, *Edouard Laferrière, un juriste au service de la République*, LGDJ, coll. Droit public, tome 190, 1997).

En d'autres termes, la codification apparaîtrait comme une menace à la place, jusqu'ici accordée, du fait des conditions historiques, à la jurisprudence dans la formation du droit administratif français. Il n'est point nécessaire de revenir sur la contestable opposition entre production textuelle et production jurisprudentielle du droit administratif et du supposé déclin de son caractère jurisprudentiel, comme sur cette idée que la codification aurait pour effet de faire du juge une autorité sans pouvoir (v. P. Gonod et O. Jouanjan, A propos des sources du droit administratif. Brèves notations sur de récentes remarques, *AJDA* 2005, p. 992) ; en

revanche on ne peut s'abstenir de remarquer qu'elle nourrit, encore, des réticences à la codification du droit administratif. Or, à travers elle, la question de l'étendue des pouvoirs du juge administratif est à l'oeuvre.

Il n'est pas interdit de penser que ces craintes, qu'elles soient d'ailleurs ou non conscientes - tant les présupposés sur lesquelles elles reposent sont si fortement ancrés -, rejaillissent sur les conditions de réalisation de la codification de la procédure administrative dont on n'hésite pas à reconnaître le caractère « atypique » (R. Schwartz, préc.), et alors que nul ne conteste au demeurant que la fixité des règles juridiques est la garantie première à accorder aux administrés. Certes, et d'après la Commission supérieure de codification, le projet serait seulement suspendu : il n'existe pas de renonciation à la réalisation d'un code de l'administration, même quand, certainement par écart de langage, le rapporteur général de ladite Commission écrit que le code de l'administration « n'est pas encore abandonné »... Le sort de ce code témoignerait de ce que cette conviction selon laquelle le droit administratif français serait impropre à la codification ne se laisse pas aisément ébranler.

Comme chacun sait, une codification privée ne saurait jamais être assimilée à une codification officielle, mais elle peut toutefois jouer de manière durable un rôle palliatif, ou encore permettre le passage d'un temps à un autre. En 1975, Raymond Odent promeut, contre une codification de la procédure administrative, l'adoption d'une « sorte de guide-formulaire, dont les dispositions n'auraient pas un caractère réglementaire », avec des mises à jour constantes : « on bénéficierait ainsi des avantages de l'écrit statique sans se priver de ceux de la dynamique jurisprudentielle ». Il est remarquable que la publication récente d'un excellent code de l'administration, (B. Stirn et S. Fornery [dir.], *Code de l'administration*, Litec, coll. Juris-Code, 2004. Sur le plan retenu, v. l'introduction de l'ouvrage), dirigé notamment par le premier rapporteur de la Commission supérieure de codification, sur la base du plan arrêté en 1998, soit en quelque sorte venue satisfaire ce voeu.

### **Pour en savoir plus**

- Y. Gaudemet, La codification de la procédure administrative non contentieuse en France, D. 1986, p. 107.

- M. Fromont (dir), La procédure administrative non contentieuse en droit français, Bibliothèque de droit public européen, Vol. XIV, 2000.

### **Mots clés :**

LOI \* Procédure \* Codification \* Procédure administrative

ACTE ADMINISTRATIF (GENERALITES) \* Entrée en vigueur \* Retrait \* Abrogation \* Publicité

(1) Ce texte est la reprise d'une intervention présentée lors des 1<sup>res</sup> rencontres franco-italiennes de droit administratif, tenues en janvier 2006. L'expression de procédure administrative est utilisée de préférence à celle, plus usuelle, de procédure administrative *non contentieuse*.

(2) Parmi les nombreuses études consacrées à la codification récemment livrées à l'occasion de la célébration du deuxième centenaire du code civil, v. *Journées d'études à l'occasion du bicentenaire du code civil*, Les éditions des journaux officiels, 2 vol., 2005, et Les perspectives de la codification, dossier AJDA 2004, p. 1841 , 1849 , 1856 , 1860 , 1862 et 1867 .

(3) Puisqu'il ne semble pas qu'il ait été donné suite au projet de la DIRE de soumettre à la Commission un plan actualisé à l'automne 2005, comme indiqué par Rémy Schwartz dans son article précité.

(4) Le Comité d'évaluation des stratégies ministérielles, qui s'est réuni pour la première fois mardi 14 septembre 2004, a rendu publiques 225 propositions de réformes à mener dans l'administration. Sur la conduite et le suivi de ces actions consulter

[www.premier-ministre.gouv.fr](http://www.premier-ministre.gouv.fr)

AJDA © Editions Dalloz 2009