



Secrétariat

Distr.
LIMITÉE

ST/SG/AC.6/1995/L.4
20 juillet 1995
FRANÇAIS
ORIGINAL : ANGLAIS

Douzième Réunion d'experts chargés d'examiner
le Programme d'administration des finances
publiques de l'Organisation des Nations Unies
New York, 31 juillet-11 août 1995

LE CADRE JURIDIQUE ET RÉGLEMENTAIRE DE
L'ADMINISTRATION PUBLIQUE*

TABLE DES MATIÈRES

	<u>Paragaphes</u>	<u>Page</u>
INTRODUCTION : LE DROIT ET L'ADMINISTRATION PUBLIQUE	1 - 10	2
I. LE POINT DE DÉPART : LE DROIT ET L'ADMINISTRATION AUJOURD'HUI	11 - 53	5
II. PRINCIPES DIRECTEURS PROPOSÉS POUR LE DÉVELOPPEMENT DU CADRE JURIDIQUE DE L'ADMINISTRATION PUBLIQUE .	54 - 89	16
III. LES VOIES QUI MÈNENT AU CHANGEMENT	90 - 108	25
IV. CONCLUSION. PERSPECTIVES POUR LE XXI ^e SIÈCLE . .	109 - 112	30

* Document préparé par Gérard Marcou, consultant du Département des services d'appui et de gestion pour le développement du Secrétariat de l'ONU. Les vues exprimées sont celles de l'auteur et ne reflètent pas nécessairement celles de l'Organisation des Nations Unies.

INTRODUCTION : LE DROIT ET L'ADMINISTRATION PUBLIQUE

1. Les ouvrages consacrés à l'administration publique ignorent généralement le droit, tandis que les juristes, pour leur part, ignorent habituellement les problèmes auxquels est confrontée l'administration publique dans l'accomplissement de ses tâches. Quelques auteurs seulement ont cherché à dépasser le conflit entre le règne du droit et l'efficacité.

2. La plupart des études sur l'administration publique visent à la moderniser et à améliorer son efficacité. La question clef est de savoir quel est le type d'organisation et quelles sont les méthodes de gestion les mieux appropriées compte tenu de la tâche à accomplir; la réponse doit être fondée sur l'observation et sur une analyse de la façon dont l'administration fonctionne. L'on accuse également le droit, qui est fondé sur le respect des règles établies, d'aller à l'encontre de la logique de la gestion, qui consiste à organiser l'action collective conjuguant les moyens et les objectifs. Cette critique du droit a fréquemment servi à légitimer les sciences administratives et la gestion, par opposition à une approche juridique et formaliste de l'administration considérée comme obsolète et dépassée.

3. En fait, l'objet du droit n'est ni de savoir, ni de comprendre, mais plutôt de façonner la réalité en définissant les rapports juridiques entre sujets du droit; le droit n'a pas pour intention de réaliser des objectifs, mais plutôt de définir les conditions ou les contraintes spécifiques qui doivent être respectées par chacun pour poursuivre ses propres objectifs ou pour avoir accès aux avantages prévus par la loi. Autrement dit, même si c'est peut-être aller un peu loin, la règle de droit a un objet, mais pas un but. La règle de droit définit ce qui doit être, et pas ce qui est en fait; elle prescrit un certain comportement aux sujets du droit auxquels la loi s'applique, mais ne détermine pas les comportements : ces derniers sont dictés par une multiplicité de facteurs sociaux et le risque d'une sanction judiciaire ou d'une peine n'est qu'un de ces facteurs. La règle de droit, ou une application plus rigoureuse de la règle de droit, peut constituer un élément de la politique des pouvoirs publics, mais, une fois qu'elle est en vigueur, l'avis juridique de la règle est fondé sur l'interprétation, processus indispensable pour déterminer si un acte ou une situation donnés sont conformes à la règle ou pas. L'interprétation n'est pas le seul fait du juge : elle appartient également à la pratique, à laquelle participent tous les acteurs sociaux intéressés en tant que sujets du droit. Inversement, les autorités responsables de la politique des pouvoirs publics ne peuvent pas méconnaître l'avis juridique de la règle car son efficacité dépendra en partie de son interprétation.

4. Il ne faut pas opposer droit et gestion ni droit et efficacité. Toute réflexion sur le cadre juridique et réglementaire de l'administration publique, spécialement dans le contexte du développement, doit surmonter le conflit entre ces termes. En fait, dans la mesure où le système juridique est suffisamment substantiel, le droit est étroitement lié à la gestion.

5. La principale hypothèse qui sous-tend la présente étude est qu'il ne saurait y avoir déficience sans réglementation juridique appropriée de l'organisation et des activités de l'administration publique. Dans le contexte

/...

de la gestion, le droit doit être considéré simultanément comme un cadre, comme un objet et comme un outil.

6. Le droit est un cadre qui revêt une importance capitale pour la gestion publique. En termes généraux, l'on peut affirmer que toute institution est à la fois source de droit et sujet de droit dans la mesure où elle fait partie d'un ordre juridique supérieur plus large. Cela est vrai aussi de l'administration publique. Mais le qualificatif "publique" signifie aussi que l'administration est investie de pouvoirs publics spécifiquement exercés par les autorités désignées par la loi. Comme l'administration publique est publique, la question du cadre juridique dans lequel elle opère ne revient pas seulement à déterminer quels sont les droits et les obligations qui lui incombent dans ses relations avec les autres sujets du droit dans les limites de l'ordre public : il s'agit aussi de faire prévaloir l'intérêt public pour le bien commun. À la différence des organisations privées, l'administration publique n'opère pas à son propre avantage, mais plutôt dans l'intérêt de la collectivité. De ce fait, elle est soumise aux règles et aux objectifs déterminés par les corps constitués représentant la collectivité. Les institutions de l'administration publique sont ainsi établies par la loi, leurs compétences et leurs pouvoirs sont définis par la loi, et leurs attributions en ce qui concerne les droits garantis aux citoyens sont réglementées par la loi. Cette fonction du droit en tant que cadre de la gestion publique est essentielle : elle détermine quels types de rapports existeront entre les différentes autorités publiques, et par conséquent les conditions dans lesquelles elles devront poursuivre leurs propres objectifs et accomplir leurs propres tâches de la manière la plus efficace possible. Pour les administrer, le droit assure également une certitude et une sécurité juridiques indispensables à leurs propres activités, tout en leur permettant de revendiquer les avantages qui leur sont garantis. Autrement dit, la fonction du droit en tant que cadre de la gestion publique est nécessaire à la fois à l'organisation de l'administration publique et au respect des droits garantis par la loi. Il est tout à fait possible qu'il surgisse un conflit entre les exigences d'efficacité (du point de vue de l'organisation) et la garantie des droits. Si le règne du droit est une valeur à laquelle adhèrent les corps constitués, la garantie des droits sera primordiale et devra prévaloir. Le principe de l'égalité, historiquement, était la première et la plus importante des formes qu'a revêtues cette valeur, mais il peut être nécessaire, aujourd'hui, de parler de garantie des droits de l'homme étant donné que la légalité, à elle seule, risque de ne pas suffire à garantir leur jouissance.

7. Deuxièmement, le droit est aussi un outil qui permet à l'administration publique de réaliser certains objectifs spécifiques. Comme on l'a déjà dit, la plupart des politiques des pouvoirs publics exigent une réglementation; l'allocation des droits et des devoirs est censée orienter les comportements et les choix individuels afin de favoriser la réalisation des objectifs recherchés. Chacun sait que certains programmes peuvent être considérés comme "à haute intensité juridique" (par exemple les relations industrielles ou la sécurité sur les lieux de travail, la protection de l'environnement), tandis que d'autres sont plutôt "à haute intensité pécuniaire" (programmes de protection sociale, même si ceux-ci exigent habituellement aussi une réglementation détaillée) ou "à haute intensité d'argent et de main-d'oeuvre" (par exemple les programmes d'éducation et de santé) ou enfin "à moyenne intensité d'argent et d'emploi". D'une façon plus générale, toutefois, le droit peut être une source de

/...

légitimité pour les politiques des pouvoirs publics étant donné qu'il est censé refléter un large accord de la société sur les règles qui doivent régir son comportement. Le respect du droit signifie que l'on souscrit à cet accord et que l'on accepte la possibilité qu'il soit contesté sur un point de droit, c'est-à-dire que quiconque puisse invoquer les recours prévus par la loi pour faire valoir ses droits. En agissant dans le respect de la loi, l'on accepte les politiques adoptées même si leur bien-fondé est contesté, surtout si le processus de réglementation est suffisamment ouvert pour faire en sorte que tous les intérêts en présence soient pris en considération.

8. Troisièmement, le droit peut être l'un des objets de la politique des pouvoirs publics, et ce, à plusieurs égards. Le respect du droit n'est pas assuré par le droit lui-même et ne peut jamais être ramené à une question de police ou de sanctions. Toutefois, cela est important pour son efficacité. Différentes mesures peuvent être prises pour faire respecter le droit sans avoir recours à la magistrature, notamment au moyen des formes d'information, de persuasion, d'encouragements, de formation des agents publics, etc. L'application du droit peut être un élément d'un programme des pouvoirs publics tout comme la réglementation. En outre, la réglementation et l'application du droit peuvent donner lieu à des politiques spécifiques des pouvoirs publics en évaluant la mesure dans laquelle les règles envisagées sont vraiment nécessaires, par une simulation ou une expérimentation, par la fixation de délais de caducité automatique des règles, par une amélioration de la façon dont les nouvelles règles sont appliquées ou enfin par une évaluation de l'impact de la réglementation, choses que prévoient aujourd'hui souvent les règlements eux-mêmes.

9. La présente étude portera en fait sur la première de ces trois fonctions du droit dans le contexte de l'administration et de la gestion publiques. Les thèmes ci-après ont été sélectionnés en vue d'une discussion plus approfondie, mais ils ne sont pas exhaustifs :

- Capacité de développement des systèmes juridiques;
- Modèles de systèmes juridiques;
- Intégration du cadre législatif;
- Dispositions juridiques de nature à améliorer l'efficacité du secteur public;
- Transparence et responsabilité;
- Perspectives pour le XXI^e siècle.

10. La difficulté tient au fait que le développement d'un système juridique n'est pas une question d'ingénierie juridique et que les solutions techniques (apparemment) les meilleures ne donneront pas de résultats si l'on méconnaît différents contextes, surtout si ces solutions sont transposées d'un système juridique étranger. En raison de la diversité extrême des situations, mieux vaut élaborer une approche plutôt que vouloir concevoir en quelque sorte une recette toute faite sur ce que devrait être le cadre juridique réglementaire de

/...

l'administration publique. Les thèmes proposés seront par conséquent étudiés en trois étapes. La première consistera à évaluer la situation de départ pour ce qui est de l'état du droit et de l'administration dans les pays en développement, les changements qui se sont produits dans les pays industrialisés dans ce domaine étant donné qu'ils ont un impact sur lesdits pays et les ressources disponibles aux fins des réformes. La deuxième étape consistera à identifier les mesures à prendre pour développer les systèmes juridiques, sous forme de larges principes directeurs qui devront être adaptés et varier selon la situation de chaque pays. La troisième méthode consistera à identifier et à définir les différents moyens à mettre en oeuvre pour améliorer le cadre juridique réglementaire de l'administration publique. En conclusion, l'on essaiera de définir les perspectives pour le XXI^e siècle.

I. LE POINT DE DÉPART : LE DROIT ET L'ADMINISTRATION AUJOURD'HUI

11. D'une façon générale, la mesure dans laquelle l'administration publique est soumise au droit dans les pays en développement n'est pas jugée satisfaisante, mais la situation, dans la pratique, est extrêmement différenciée. Il faut tenir compte des mutations que traversent les systèmes de droit public des pays industrialisés car elles influent sur les pays en développement, soit en servant d'exemple, soit en constituant une réaction à de profondes transformations sociales qui affectent aussi les pays en développement. En conséquence, il faut identifier et évaluer les ressources qui sont disponibles aux fins des réformes dans chaque pays.

A. Le droit et l'administration dans les pays en développement

12. Il paraît essentiel de tenir compte de la diversité extrême des situations pour ce qui est de la mesure dans laquelle l'administration publique est soumise au droit, ainsi que de la spécificité de l'administration publique dans le développement des systèmes juridiques. D'une façon générale, cependant, il existe un déficit frappant dans l'application du droit, spécialement dans le contexte de l'administration publique.

La diversité des situations dans les pays en développement

13. Dans presque tous les pays en développement, il existe un cadre juridique réglementaire de l'administration publique dans la mesure où il y a une constitution et des lois qui régissent le fonctionnement du gouvernement et la fonction publique, et, habituellement, des recours judiciaires plus ou moins larges. Néanmoins, cela ne signifie pas que l'administration publique soit en fait soumise au droit. La portée du droit public, la place qu'il occupe dans le système juridique dans son ensemble et l'intensité de sa réglementation diffèrent beaucoup d'un pays à un autre, et encore plus son efficacité, c'est-à-dire le respect de ses dispositions.

14. Les différences qui caractérisent le champ d'application du droit public et la place qu'il occupe dans le système juridique dans son ensemble sont imputables pour une large part à l'histoire et aux traditions. C'est pourquoi la plupart des pays d'Amérique latine ont un large droit administratif inspiré du modèle français, comme c'est le cas aussi des pays francophones d'Afrique. Dans le cas de ces derniers, il s'agit d'un héritage colonial; longtemps après

/...

l'indépendance, la continuité du système juridique est appuyée par celle des institutions administratives, et encore plus par les études de droit, étant donné que les règles nouvelles seront formulées sur la base des concepts juridiques fondamentaux propres au système juridique en place. Cela n'est pas propre aux anciennes colonies françaises, et c'est aussi le cas des pays du Commonwealth, dont les systèmes sont profondément enracinés dans la tradition de la common law. Dans les pays d'Amérique latine, l'influence du droit administratif français est le reflet de l'influence politique et culturelle de la France sur les dirigeants de la fin du XIXe siècle, en même temps que d'autres pays d'Europe influaient eux aussi sur divers aspects de la politique, de la culture et des affaires militaires. De nos jours, les concepts fondamentaux du droit administratif demeurent vivants dans ces pays et, en Colombie, le droit français demeure une source d'inspiration. Quelques différences importantes démontrent toutefois une évolution autonome : la codification de la procédure administrative en matière contentieuse, qui a beaucoup réduit la portée de la notion de "service public" en tant que critère de détermination de la compétence des tribunaux administratifs ou de l'ordre judiciaire, une loi générale sur les contrats passés par l'administration publique et le principe selon lequel les contrats soumis au droit administratif sont seulement ceux stipulés par la loi.

15. Cependant, les différences qui caractérisent l'intensité et l'efficacité de la réglementation juridique doivent être imputées à d'autres facteurs. Dans de nombreux pays d'Amérique latine, le paradoxe d'une législation surabondante et d'une démocratie exagérée dans le contexte d'une société fragmentée, de profondes inégalités économiques et d'une faible participation à la vie politique portent à penser que l'élite gouvernante cherche à surmonter le manque d'intégration de la société en élaborant le cadre juridique d'un état de droit démocratique englobant la population tout entière. Le manque d'efficacité peut être analysé au moyen du modèle proposé il y a 30 ans par Fred Riggs, la "société prismatique". Nombre de pays en développement demeurent caractérisés par un faible degré de différenciation fonctionnelle et un manque d'intégration, de sorte qu'une différenciation progressive peut s'accompagner d'une "désintégration" de plus en plus grave. Dans une société mal intégrée, il coexiste plusieurs communautés ou groupes sociaux dont les structures, bien que non formelles, prévalent souvent, dans la pratique, sur les règles institutionnelles formelles lorsque leurs membres sont investis de fonctions officielles; inversement, des fonctions qui tendent à être différenciées dans la société dans son ensemble sont assumées de façon non formelle par le groupe ou par la communauté. Par conséquent, le droit risque de ne pas être toujours appliqué par l'État et par ses institutions dans la mesure où il va à l'encontre des normes auxquelles souscrivent les membres de ces communautés ou groupes, spécialement ceux qui sont au pouvoir. Cela peut expliquer le contraste entre un système juridique perfectionné et son taux d'efficacité pour ce qui est de la mesure dans laquelle les administrations publiques sont soumises au droit (dans un certain nombre de pays d'Amérique latine) ou de l'absence de système cohérent de règles juridiques applicables à l'administration publique (dans un certain nombre de pays d'Asie de la région du Pacifique). Le népotisme dans les fonctions publiques, que l'on constate souvent, peut être considéré comme un cas particulier lorsqu'il se présente dans de telles sociétés, mais il peut apparaître aussi dans les pays industrialisés, tandis que le modèle de la "société prismatique" reflète une situation plus commune dans les pays en

/...

développement. Le mérite de Fred Riggs a été de mettre en relief le fait que, dans les pays en développement, l'administration publique est soumise à un contexte social spécifique et que, pour la moderniser, il ne suffira pas de transposer des pratiques et des modèles bien connus en provenance de pays industrialisés; il a fait observer qu'il faut tenir compte de ce contexte si l'on veut progresser, spécialement si le but est d'améliorer l'efficacité du cadre juridique de l'administration publique.

La spécificité de l'administration publique

16. L'hypothèse précédente concernant le manque d'efficacité du cadre juridique de l'administration publique a déjà illustré la spécificité de cette dernière. Deux autres éléments doivent aussi, toutefois, être pris en considération.

17. Premièrement, l'administration publique fait partie de l'État; elle est subordonnée au pouvoir politique. Cela signifie qu'un cadre juridique soumettant l'administration publique au droit ne peut être élaboré que dans un contexte où le pouvoir politique est prêt à admettre que l'administration publique puisse être limitée par la loi, de même que, indirectement, sa propre action. Cela étant, le progrès de l'état de droit dans le domaine de l'administration publique est conditionné par le progrès de la démocratie.

18. Deuxièmement, dans presque tous les pays en développement, le système existant de droit public est marqué par deux caractéristiques : son modernisme et son unité. Il s'agit d'un système de droit moderne car sa formation est liée à la mise en place des institutions et de l'État. Dans les pays jadis soumis à la colonisation, la norme d'État généralement acceptée semblait supposer le maintien ou l'importation de règles et d'institutions conformes à cette norme, sans qu'il soit assez tenu compte des caractéristiques de la société. Dans tous les États, le droit public a été délibérément développé par la loi et, de ce fait, par les élites administratives. L'unité du droit public contraste de façon frappante avec le pluralisme du système juridique ou la diversité des règles de droit qui caractérisent la plupart des pays en développement. En matière de droit privé, la coexistence d'une législation moderne et de sources coutumières et religieuses est fort commune, spécialement en droit de la famille ou en droit des biens. L'on dit qu'il y a un droit pluraliste lorsque plusieurs ordres juridiques reflètent l'hétérogénéité de la société, chaque élément social tendant à générer son propre ordre juridique; l'on dit que le système est mixte lorsque les interactions qui se produisent entre les divers systèmes juridiques au sein de la société tendent à former un système de droit cohérent. Le droit public n'a habituellement que les sources modernes et étrangères, il n'y a (le plus souvent) aucune influence de la coutume ou de la religion, et il n'existe aucune interaction avec des sources de droit prémodernes. Cela est très facile à comprendre : le processus d'édification de l'État est l'issue d'un processus de différenciation qui rend l'État peu à peu autonome par rapport à la religion ou aux traditions.

Le déficit d'application et ses conséquences sur la conscience juridique

19. L'application est un aspect capital des programmes des pouvoirs publics et des législations, et ce, dans tous les pays, mais la plupart des pays en développement souffrent d'un déficit général d'application des lois,

/...

spécialement en ce qui concerne l'administration publique ou la garantie des droits de l'homme. Il existe de ce fait un hiatus entre la réalité et les règles que consacre ostensiblement la loi. Cela est vrai même en présence de procédures excessivement démocratiques dans un certain nombre de pays d'Amérique latine : ces procédures ou garanties ne sont guère appliquées, ou bien elles sont ignorées, voire parfois détournées de leurs objectifs. C'est ce que l'on constate dans la réglementation de la fonction publique dans différents pays francophones d'Afrique, ces règlements étant directement transposés du droit français, tandis que la hiérarchie, le recrutement et les droits sont faussés par les comportements et par les coutumes, qui s'écarterent des principes qui sous-tendent les lois.

20. Cette situation a des conséquences dramatiques sur la conscience juridique : bien des gens occupant des fonctions et des positions diverses ont l'habitude de se comporter en suivant des règles formelles ou au contraire non formelles selon les relations dont il s'agit. Lorsque de tels comportements prévalent, le droit ne peut plus jouer son rôle étant donné que seules les circonstances détermineront si telle ou telle règle sera appliquée ou non. Il est impossible de mettre en place le cadre juridique réglementaire nécessaire à l'administration publique sans stratégie visant à éliminer le déficit d'application. Mais les difficultés résident dans le fait que ce déficit a sa source non dans l'application, mais plutôt dans le droit lui-même lorsque celui-ci ne reflète pas les normes qui inspirent réellement le comportement des acteurs sociaux.

B. Les mutations dans les pays industrialisés

21. Il importe d'analyser très brièvement les mutations qu'a connues le cadre juridique de l'administration publique dans les pays industrialisés étant donné que ces pays donnent généralement l'exemple, constituent un modèle pour d'autres pays et influencent les organisations internationales qui fournissent une assistance aux pays en développement. Par mutation, l'on entend ici un changement de la structure des systèmes juridiques, et pas seulement un changement de la substance des règles de droit.

22. Dans tous les pays industrialisés, l'administration publique est soumise à un vaste cadre juridique, et il est généralement admis que l'administration publique fonctionne selon les règles légales. Il subsiste entre ces pays un clivage important selon que leur système juridique est fondé sur la common law ou plutôt sur la tradition romaniste; ce n'est que dans ce dernier groupe de pays que le droit administratif constitue une branche distincte du droit. Néanmoins, il est certainement possible de trouver des principes très généraux communs à tous ces pays, ainsi que certaines tendances majeures, même si elles ne peuvent pas être discernées dans tous. Il serait utile de pouvoir évaluer dans quelle mesure ces principes et tendances pourraient utilement inspirer des réformes dans les pays en développement, selon les conditions qui prévalent dans chacun d'eux.

Principes communs

23. Nous pouvons, en l'occurrence, nous fonder en partie sur les travaux de J. Schwarze, qui ne concernent que 12 pays de la Communauté européenne, mais sa

/...

systematisation peut incontestablement être étendue au Canada et aux États-Unis d'Amérique étant donné que les principes communs qu'il a dégagés sont extrêmement généraux. Selon J. Schwarze, l'on peut affirmer que le cadre juridique de l'administration publique dans les pays en question est basé sur cinq grands principes ou groupes de principes qui se reflètent de différentes façons dans les divers systèmes juridiques (parfois par le biais d'autres principes). Ces principes sont les suivants :

a) Le principe de l'égalité : l'action administrative est sujette à la loi, et la loi circonscrit les pouvoirs discrétionnaires dont les autorités publiques sont investies; ces dernières sont responsables si leurs activités causent un préjudice;

b) Le principe de l'égalité au regard de la loi et l'interdiction de toute discrimination, ce qui signifie, à tout le moins, que toute distinction arbitraire ou injustifiée est illicite;

c) Le principe de proportionnalité : les mesures adoptées doivent être proportionnelles à l'objectif recherché; ce principe, qui a été exprimé pour la première fois en droit allemand et en droit international, est accepté en tant que principe général de l'administration publique dans tous les systèmes juridiques, mais il est habituellement reflété dans des principes spécifiques de portée plus ou moins limitée;

d) Les principes de sécurité (ou de certitude) juridique et le droit de faire fond sur des anticipations légitimes : ces deux principes sont étroitement liés étant donné qu'ils doivent l'un et l'autre implicitement être pesés en fonction du principe de l'égalité, avec lequel ils peuvent entrer en conflit; l'une des principales manifestations du droit de compter sur des anticipations légitimes, dans les pays de common law, est le principe d'estoppel;

e) Des principes de procédure administrative fondés sur la règle de droit : il est plus difficile de dégager des principes véritablement communs dans ce domaine, mais le droit à un procès équitable ou le droit de présenter sa propre défense est généralement reconnu, tandis que l'obligation de motiver une décision individuelle, bien qu'encore controversée, est habituellement reconnue dans des situations spécifiques.

24. Ces principes, ou certains d'entre eux, se retrouvent aussi dans les systèmes juridiques d'un certain nombre de pays en développement, et spécialement dans le droit administratif des pays d'Amérique latine. C'est le respect de ces principes, et non leur reconnaissance, qui suscite des controverses.

25. Néanmoins, une telle synthèse n'est possible qu'à un niveau très élevé de généralité, tandis que l'efficacité des règles juridiques dépend habituellement des détails et de la procédure. De plus, une question majeure est négligée : l'existence ou l'absence de droit administratif autonome et le champ d'application du droit administratif. Cette dernière question revêt une importance primordiale étant donné que le droit applicable aux contrats passés par les autorités publiques et les recours qui sont ouverts aux plaignants dépendront de la solution pour laquelle penche chaque système juridique. Enfin,

/...

l'existence de principes communs très généraux ne permet pas de déduire pour autant que tous les systèmes de droit public se rapprochent et sont marqués par une tendance générale à la mondialisation. En dépit de certaines tendances convergentes dans certains groupes de pays et d'influences réciproques considérables, une analyse soigneuse de la nature et des causes des principaux changements qui peuvent être décelés dans le droit administratif de la plupart des pays de la Communauté européenne montre que ces changements ont été dus davantage à des facteurs endogènes qu'à l'effet externe produit par le droit communautaire.

26. Néanmoins, la formulation de tels principes généraux dans une recommandation de l'Assemblée générale semble bien relever du rôle d'harmonisation de l'Organisation des Nations Unies et pourrait appuyer les réformes dans un certain nombre de pays.

Quelques tendances majeures

27. Ces tendances majeures ne sont pas majeures parce qu'elles peuvent être identifiées dans tous les pays industrialisés mais plutôt en raison de l'importance qu'elles revêtent pour les systèmes juridiques en question et de leur influence sur d'autres pays. Il semble que l'on puisse identifier cinq tendances majeures : déréglementation, indépendance des agences, ouverture de l'administration, mise en place de recours plus efficaces dans le domaine du contentieux administratif et impact de l'intégration régionale. Il convient d'analyser une par une ces tendances dans le contexte des conditions qui prévalent dans les pays en développement.

a) Déréglementation

28. Cette tendance est apparue aux États-Unis au milieu des années 70 dans le contexte très spécifique de l'intervention de l'État dans l'économie, l'objectif étant de réduire le fardeau imposé par la réglementation édictée par les nombreuses agences fédérales. Par un effet de concurrence et d'imitation, la déréglementation est devenue un thème virtuellement inévitable de la politique des pouvoirs publics dans la plupart des pays industrialisés ou des pays en développement au cours des 10 dernières années. Toutefois, son essor a été favorisé par son ambiguïté. L'on se trouve en effet en présence de trois orientations différentes au moins, qui ne s'excluent pas mutuellement : il s'agit : a) d'enrayer l'inflation des règles légales; b) de réduire le rôle de la réglementation gouvernementale dans l'économie et dans la société; et c) de transférer un certain nombre d'activités du secteur public au secteur privé et au marché. Toutes ces orientations supposent des changements importants pour l'administration publique dans les secteurs considérés mais ne signifient pas que le droit recule. Bien au contraire, les mesures adoptées dans ce sens tendent soit a) à rendre la réglementation plus efficace; soit b) à diversifier les instruments juridiques en cause; soit encore c) à mettre en place de nouveaux instruments et de nouvelles institutions réglementaires.

29. Il peut en résulter un réaménagement du cadre juridique régissant les relations entre l'administration et la société, les instruments réglementaires coercitifs classiques faisant place à des instruments juridiques plus encourageants, davantage orientés vers le marché ou plus négociés. Pour

/...

transposer ces nouvelles méthodes dans les pays en développement, il faut d'abord évaluer les conditions qui doivent être réunies pour qu'elles puissent réussir, faute de quoi l'efficacité risque de s'en trouver atteinte et l'administration compliquée.

b) Indépendance des agences

30. Le modèle américain d'agences indépendantes est devenu très en vogue dès lors qu'il semble souhaitable d'organiser une tâche réglementaire indépendamment de la politique des parties afin de garantir sa neutralité et sa continuité. Dans les pays d'Europe, les politiques de "déréglementation" et de privatisation ont donné naissance à un certain nombre d'autorités de ce genre, créées par la loi en dehors de l'administration ministérielle traditionnelle dans des secteurs comme les services d'utilité publique au Royaume-Uni, les licences de télévision en France ou la réglementation des activités boursières en Espagne, en France et en Italie). En fait, ces agences indépendantes sont extrêmement diversifiées pour ce qui est de leur "indépendance" réelle ou de leur autonomie et de leurs pouvoirs, et évidemment pour ce qui est des activités dont elles s'occupent. Dans certains cas, il s'agit en fait d'autorités publiques qui ont des pouvoirs de réglementation et/ou de décision; d'autres sont des organes consultatifs ou des organes de tutelle; certaines jouissent d'un statut très protégé tandis que d'autres ne sont autonomes que sur le plan de l'organisation. Si la formule des agences indépendantes peut être utile pour neutraliser un problème controversé (comme c'est le cas de la télévision en France), elle prête le flanc à la critique pour d'autres raisons. La coordination est rendue difficile pour l'État étant donné que son autorité ne s'étend plus à un certain nombre d'organismes qui fonctionnent selon une logique purement sectorielle. L'indépendance à l'égard de l'État peut être remplacée par un contrôle plus étroit des groupes d'intérêts. Ce danger est encore plus grand lorsque les structures de l'État sont faibles et lorsque l'on ne peut pas attendre de la participation des citoyens ou des groupes de consommateurs qu'elle fasse contrepoids. Même aux États-Unis, il ne faut pas oublier que l'objectif premier des politiques de déréglementation était l'activité réglementaire d'un certain nombre d'agences ou de commissions indépendantes. Les pays en développement qui se sont inspirés de ce modèle se sont généralement heurtés à des problèmes.

c) Ouverture de l'administration

31. L'ouverture ou la transparence de l'administration, qui est peut-être la tendance la plus prometteuse des quelques dernières années dans la mesure où elle a inversé les vieilles traditions du secret de la bureaucratie, signifie que les citoyens ont désormais accès aux documents administratifs et au processus de réglementation.

32. S'agissant de l'accès aux documents administratifs, qui constitue le problème le plus délicat pour l'administration publique, la Suède a été le premier pays du monde à introduire une loi garantissant ce droit, lequel est désormais protégé par la Constitution. Toutefois, une poignée de pays seulement ont véritablement suivi cet exemple : parmi les pays industrialisés, l'on peut citer l'Espagne (Constitution, art. 105), les États-Unis, la France et l'Italie, ainsi que certains pays d'Amérique latine comme le Brésil (Constitution, art. 5-XXXIII) et la Colombie (Constitution, art. 74).

/...

33. Une administration ouverte suppose un profond changement d'attitude à l'égard des citoyens : elle exige de nouvelles méthodes d'administration adaptées au nouveau modèle de gouvernement et elle doit constituer un élément de toute stratégie d'émancipation des groupes marginalisés.

d) Recours

34. L'on constate une tendance générale consistant à renforcer la garantie des droits du citoyen en conjuguant des recours judiciaires et non judiciaires; en outre, il faut assurer l'exécution des décisions des tribunaux. À cet égard, l'opposition traditionnelle entre les systèmes de common law et les systèmes qui ont un droit administratif, entre les systèmes basés sur des recours non judiciaires et ceux qui sont fondés sur des recours judiciaires a perdu une partie de son importance. Les recours non judiciaires sont indispensables car ils permettent d'obtenir justice plus rapidement et de parvenir à une solution équitable même lorsqu'aucune obligation, en droit, n'incombe à l'administration publique. Les recours judiciaires, de leur côté, sont indispensables pour soumettre à l'administration publique au droit et pour surmonter, le cas échéant, la méfiance à l'égard de l'administration publique. Seule une pluralité de recours peut éviter une situation de vide.

35. Pour ce qui est de l'exécution des décisions des tribunaux, les systèmes de common law ont toujours eu l'avantage que les tribunaux ont les mêmes pouvoirs sur les autorités publiques que sur les autres sujets de droit, sauf lorsqu'elles jouissent d'une immunité. L'évolution du droit administratif en Allemagne, en Italie et, plus récemment, en France montre qu'il est également possible, dans les systèmes qui connaissent un tel droit, de faire en sorte que les décisions judiciaires soient exécutées par l'administration publique.

e) Intégration régionale

36. Pour les pays d'Europe occidentale, l'intégration régionale a eu des conséquences importantes sur le cadre juridique et réglementaire de l'administration publique. Non seulement le droit communautaire a-t-il une influence omniprésente sur l'administration publique, qui est responsable de son application, mais encore il a favorisé un certain développement du principe de légalité. Par exemple, les mesures conservatoires ordonnées par le juge administratif à un organisme public en ce qui concerne certaines catégories de contrats publics ont abouti directement à faire admettre l'obligation d'appliquer les directives de la Communauté même lorsque cette obligation n'était pas prévue par le droit interne. Non moins importante est l'application de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui a des incidences sur les procédures et les juridictions administratives.

37. Lorsque la politique ou l'intérêt s'opposent au développement du cadre juridique de l'administration publique, les processus d'intégration régionale, soutenus par la mondialisation de l'économie, peuvent faciliter l'acceptation d'une légalité plus rigoureuse par le biais des principes qui inspirent le règlement par une juridiction internationale des questions relevant du traité.

/...

C. Les ressources nécessaires à la réforme

38. Si le développement du cadre juridique de l'administration publique est considéré comme un progrès pour les pays en développement, tout comme pour les autres pays, trois ressources différentes peuvent être mobilisées : les modèles étrangers et hérités, sous réserve d'une évaluation pour déterminer s'ils sont adaptés aux conditions et aux objectifs actuels; la culture et les traditions juridiques nationales (elles aussi sous réserve d'évaluation); et les valeurs universelles reflétées dans les instruments adoptés par l'Organisation des Nations Unies.

Les modèles étrangers hérités

39. L'on a beaucoup parlé des carences des structures administratives et des systèmes juridiques produits par les puissances coloniales. L'on a fait valoir que le fossé qui sépare l'esprit, les normes, les méthodes et les procédures de l'administration moderne, d'une part, et, de l'autre, les valeurs sociales, culturelles et humaines des sociétés traditionnelles et rurales entraîne souvent un rejet des modèles d'administration moderne par la population. Or, un régime mal accepté est toujours peu respecté. Néanmoins, et même si cette appréciation est très largement partagée, l'on constate dans la plupart des pays en développement jadis colonisés une stabilité remarquable de l'héritage colonial. L'explication actuelle est que la nouvelle élite dirigeante, éduquée dans la métropole, a été investie de certains pouvoirs par ces structures et par ces lois et a été encouragée par l'ancienne puissance coloniale à les maintenir en place après l'indépendance.

40. Cependant, il ne faut pas négliger d'autres explications. Premièrement, l'influence d'un modèle étranger a parfois précédé la colonisation. Dans les pays arabes, la pensée réformiste du XIXe siècle a essayé de concilier la charia et un droit inspiré de la raison universelle ainsi que de développer les structures de l'État selon les modèles européens, l'État étant considéré comme la source du pouvoir de l'Occident. Pour les auteurs réformistes, l'État était indispensable à toute réforme de la société, et c'était l'État qui devait poser les règles juridiques qu'exigeaient les temps nouveaux. Ces auteurs ont inspiré les réformes entreprises en Tunisie et en Turquie vers le milieu du siècle. Les premières influences du droit administratif français résultent de ce processus de réforme intellectuelle et politique, qui est comparable aux réformes entreprises à partir de la fin du XIXe siècle dans un certain nombre de pays d'Amérique latine, qui se sont eux aussi inspirés de l'Europe. Deuxièmement, les structures administratives et les lois importées d'Europe ont également contribué, dans une certaine mesure, à renforcer les structures étatiques dans les sociétés qui n'avaient pas pleinement acquis la qualité d'État à l'époque précoloniale. Le professeur Yadh Ben Achour, de Tunis, a analysé les raisons de l'essor du droit français dans les pays arabes, même si cet avis a toujours été contesté par les auteurs traditionnelles, et l'a expliqué par son penchant pour la conceptualisation, le formalisme et la logique. Ce goût de l'abstraction a rendu le droit français particulièrement capable d'englober des concepts juridiques divers. En droit public, l'association étroite de l'autorité et du libéralisme a contribué à l'assimilation du droit français après l'indépendance, même dans des pays comme l'Égypte qui n'avaient pas été colonisés par la France. Selon le professeur Ben Achour, le droit public français est une arme pour les

/...

nouveaux États-nations en formation dans la mesure où il repose sur des concepts fondamentaux de service public et de droit administratif autonome reflétant la supériorité de l'intérêt général, tandis que son visage libéral a inspiré les mouvements réformistes et nationalistes militant en faveur des principes révolutionnaires et républicains. Les raisons de cette assimilation de l'héritage colonial pourraient être analysées de la même façon dans d'autres pays. Qui dit assimilation dit appropriation, et l'héritage reçu peut être développé ultérieurement, de façon autonome, en fonction des circonstances locales.

41. Néanmoins, il ne faut pas méconnaître que les lois et les institutions imposées par la puissance métropolitaine ont toujours été altérées et déformées pour faciliter la domination coloniale. Un excellent exemple est l'introduction de la justice administrative en Tunisie en 1888 : les réclamations dirigées contre l'administration publique devaient être formées devant une juridiction civile, mais le juge n'était pas habilité à annuler les actes administratifs irréguliers. La raison de cette dérogation au droit français était que "l'oeuvre accomplie par l'administration publique ne doit pas être entravée et rendue suspecte par des réclamations irréflechies et futiles qui risquent de jeter le discrédit sur des mesures dictées par l'intérêt public".

La culture et les traditions juridiques traditionnelles

42. Les liens entre modernisme et tradition n'ont jamais été définis comme il convient et l'écart est creusé par un sous-développement persistant dans de larges domaines, ce qui rend l'élite encore plus distante, dans de nombreux pays, qu'elle ne l'était probablement il y a un siècle.

43. Le droit fait partie de la culture, et le droit public est lié aux représentations de l'État et du pouvoir dans la société qui sont plus ou moins partagées par toutes les classes sociales. Dans le cas contraire, l'État et l'administration publique, ainsi que les règles juridiques, seront aliénés de la société, et le manque d'acceptation se traduira par un respect insuffisant.

44. Au moins deux aspects de la culture traditionnelle sont très répandus dans les pays en développement et doivent être pris en considération dans toute réforme juridique touchant l'administration publique : l'importance des relations personnelles dans une société orale et l'importance du groupe, c'est-à-dire de la collectivité, pour l'individu.

45. La bureaucratie moderne dépend du mot écrit, alors même que la répugnance à l'égard de l'écrit est bien connue et a été bien documentée, même dans les pays industrialisés, spécialement parmi les groupes moins favorisés, malgré leur soumission aux exigences du travail administratif. Cela est encore plus vrai dans les pays en développement, où une proportion élevée de la population est illettrée. L'écrit et l'informatique sont nécessaires pour garantir la légalité et la modernisation, mais un intermédiaire demeure souvent nécessaire pour l'homme de la rue. Dans la pratique, cet intermédiaire est un scribe rémunéré, ou bien même un agent public. Ces dernières années, l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO) a entrepris un programme de mise au point d'une approche socioculturelle de la communication dans l'administration publique des pays en développement dont les résultats

/...

n'ont pas encore été évalués mais dont les aspects juridiques doivent être pris en considération.

46. La procédure administrative doit être réglementée pour :

- a) Privilégier l'entrevue par rapport à l'écrit;
- b) Faciliter la médiation de tierces parties pour fournir une assistance, sous réserve de conditions visant à éviter les abus;
- c) Préciser les devoirs des agents publics à l'égard des citoyens;
- d) Mettre en place des moyens de supervision de l'accomplissement de ces devoirs.

Le droit d'accès aux écrits établis par l'administration doit être garanti à toutes les parties en cause. La simplification des procédures administratives demeure un défi, mais elle peut être facilitée par la décentralisation.

47. La solidarité est aussi une valeur importante dans les sociétés traditionnelles. L'engagement premier de l'individu est à l'égard du groupe; aussi est-il spécialement sensible à l'avis des membres du groupe, et la loyauté de groupe prévaut actuellement sur les autres, ou se personnifie dans le groupe. Ce fait est bien documenté dans les sociétés africaines. Les structures étatiques et les lois modernes n'ont jamais réussi à inculquer les valeurs des sociétés intégrées de l'Occident. La communauté et la loyauté à son égard ont été prises en considération dans de nombreux programmes de développement appuyés par les organisations internationales, mais elles ne l'ont presque jamais été dans les règles de droit applicables à l'administration publique et à l'activité de l'État. La difficulté réside dans le fait que si le droit public est fondé sur l'hypothèse de droits et de devoirs individuels, il est en réalité sujet à l'attachement manifesté par l'individu à l'égard de la collectivité. L'intégration de ces liens dans le système juridique serait contraire aux principes et aux valeurs qui sous-tendent les institutions et les règles juridiques de l'administration publique. Néanmoins, le chemin exploré par les auteurs arabes réformistes du XIXe siècle mérite d'être poursuivi, et il faudrait élaborer des principes juridiques pouvant combler le fossé entre les différentes communautés et l'administration publique moderne, étape indispensable à toute participation réelle à l'économie mondiale. T. Ould Daddah a proposé de relancer le concept d'"Asabiya", c'est-à-dire de conscience du bien commun, introduit par Ibn Khaldoun au XIVe siècle, mais cela n'aurait de sens que si ce concept pouvait se refléter dans des institutions ou des procédures spécifiques. La Charte africaine des droits des peuples et des droits de l'homme a reconnu l'attachement de l'individu à sa communauté ainsi qu'à la famille (art. 18, 27 et 29), mais l'on n'a pas encore défini quelles sont les incidences de cet attachement pour l'administration publique et pour les relations entre celle-ci et l'individu ou la communauté. L'équilibre est difficile à trouver étant donné que la communauté peut opprimer l'individu, spécialement les femmes. Cela doit être évité aussi dans la mesure où, juridiquement, ce sont les droits de l'individu qui doivent prévaloir (voir les Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme adoptés par l'Assemblée générale en 1966 dans l'annexe à sa résolution 2200 (XXI)).

/...

48. La concrétisation de ces valeurs par des normes juridiques applicables à l'administration publique devrait être l'un des objectifs de la réforme, qu'il s'agisse de formuler les droits et les devoirs de l'administration ou de mettre au point de nouvelles formes d'administration volontaire plus proches de la population au moyen d'une délégation de pouvoirs des organes étatiques aux communautés reconnues.

49. Il peut être plus difficile d'intégrer les traditions juridiques à l'administration publique. Ces traditions sont soit un droit coutumier immanent dans les relations sociales au sein d'une société dépourvue d'État, soit un droit fondé sur la foi et les principes religieux. Aussi les traditions juridiques ne font-elles généralement aucune place à l'administration publique : l'autorité n'est pas fondée sur le règne du droit ni sur une légitimité démocratique, et elle ne peut pas être sujette à l'appréciation ou au contrôle des citoyens. Comme indiqué ci-dessus, le cadre juridique existant de l'administration publique n'est pas un droit mixte.

Les valeurs universelles

50. L'Organisation des Nations Unies a lancé ou adopté de nombreux documents qui ont intégré les valeurs universelles reconnues au droit international. Les deux Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme peuvent constituer un point de départ pour élaborer des principes nouveaux en matière d'administration publique.

51. Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels stipule que les États ont l'obligation de fournir les services ou les garanties nécessaires à la jouissance de ces droits. Cela signifie que l'administration publique doit être dotée des moyens nécessaires et être organisée de façon à permettre à l'État de s'acquitter des obligations internationales qui lui incombent en vertu du Pacte.

52. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques pose le principe de l'égalité au regard de la loi et garantit le droit à une protection égale de la loi, en tant que principe universellement applicable à tout être humain. Cela est également un devoir de l'administration publique, et l'individu a le droit d'être dûment protégé contre tous ceux qui enfreignent ce principe.

53. L'on pourrait développer davantage les garanties internationales des droits de l'homme en adoptant de nouvelles dispositions ou un nouvel instrument concernant spécifiquement l'administration publique.

II. PRINCIPES DIRECTEURS PROPOSÉS POUR LE DÉVELOPPEMENT DU CADRE JURIDIQUE DE L'ADMINISTRATION PUBLIQUE

54. Sur la base des observations qui précèdent, les principes directeurs proposés relèvent essentiellement de cinq rubriques : a) application du principe de légalité; b) les citoyens et l'administration publique; c) la gestion du personnel; d) les services publics assurés par le secteur public ou le secteur privé; e) le droit et l'administration.

/...

A. Application du principe de légalité

55. Historiquement, c'est le juge qui a soumis l'administration publique à la légalité, et le système judiciaire devrait par conséquent être amélioré à cette fin. Aujourd'hui, la constitution a un rôle à jouer.

Dispositions constitutionnelles relatives à l'administration publique

56. Les constitutions récentes contiennent des dispositions concernant l'administration publique, indépendamment des dispositions usuelles relatives à la structure et aux principes fondamentaux des administrations locales. L'existence de principes constitutionnels ne suffit certainement pas à garantir le respect du droit par l'administration publique, mais elle contribue incontestablement à populariser les principes fondamentaux qui justifieront les réclamations des citoyens et ouvre aux juges de nouvelles possibilités d'interprétation. L'on peut donner comme exemples les constitutions de la Grèce (1975, art. 20 et 101 à 104), de l'Espagne (1978, art. 103 à 107), du Portugal (art. 266 à 272), de la République tchèque (Déclaration des droits de 1992, art. 36), de la Roumanie (1991, art. 48) ainsi que de la Colombie (1991, art. 86 à 92 et 365 à 370) ou du Brésil (1988, différentes dispositions des articles 5 et 6 et art. 36 à 38). Ces dispositions varient beaucoup par leur objet et par leur portée. Les plus importantes sont celles qui définissent les recours ouverts aux citoyens en cas d'abus et de préjudices causés par l'administration publique.

Amélioration des recours judiciaires

57. Il faut tout d'abord, au niveau de la magistrature, garantir l'indépendance des juges. Cependant, même si leur indépendance est assurée, les principales carences auxquelles il importe de remédier sont le coût de l'accès aux tribunaux, qui exige qu'une assistance soit fournie aux plaignants indigents, la possibilité pour les juges d'ordonner des mesures conservatoires, la rapidité de la procédure, qui doit être raisonnable, et l'exécution des jugements par les autorités publiques. La possibilité de soumettre une plainte à une juridiction internationale peut encourager des améliorations dans ces domaines, comme en témoigne l'exemple de la Cour européenne des droits de l'homme.

3. Les citoyens et l'administration publique

58. L'existence d'un système adéquat de garantie des droits des citoyens face à l'administration publique permet de parvenir à un règlement sans devoir intenter une action en justice, mais cette dernière possibilité est essentielle à l'efficacité des procédures de règlement. En outre, il faut encourager la participation et l'information des citoyens.

Procédure administrative

59. Nombreux sont maintenant les pays à avoir réglementé et unifié les procédures administratives de prise de décisions, ce qui permet à tout sujet de droit affecté par une décision d'être traité comme partie à la procédure, et par conséquent d'être entendu, de connaître les motifs de la décision et, si besoin est, de faire appel devant une autorité supérieure. L'origine de ces codes de

/...

procédure administrative a été l'Autriche des dernières années de l'empire Habsbourg. Il est intéressant de constater qu'un certain nombre de régimes autoritaires ont eux aussi adopté ou maintenu des codes de procédure administrative (par exemple l'Espagne sous la dictature de Franco ainsi que la Hongrie, la Pologne et la Tchécoslovaquie sous le régime communiste). Les recours judiciaires n'ont été introduits que plus tard, lorsque la démocratie a été établie, pour donner aux juges la possibilité de revoir les décisions administratives ou de statuer sur un appel.

60. Ces exemples portent également à penser que, dans les pays où la démocratie n'est pas encore solidement établie, la situation des citoyens à l'égard de l'administration publique peut être améliorée par une procédure administrative convenablement codifiée. Plus tard, son efficacité pourra être améliorée par l'introduction de recours judiciaires, mais elle n'en conservera pas moins son utilité. Un autre bon exemple est celui de la France, pays où le droit administratif constitue une tradition ancienne et où, en général, la procédure administrative était régie par la jurisprudence : un simple décret (en date du 28 novembre 1983) a contribué à faire pencher la balance en faveur des citoyens en imposant une procédure contradictoire pour la prise de décisions lorsque les droits des intéressés doivent être affectés, la publication d'informations sur la possibilité de faire appel des décisions adoptées et l'obligation de retirer à tout moment une règle qui est ou qui est devenue illicite et, à la demande de l'intéressé, toute décision individuelle fondée sur cette règle. Ces nouvelles dispositions sont largement invoquées par les plaignants, au besoin devant les tribunaux administratifs.

Intérêt de l'expérience du médiateur

61. Très rares sont les institutions qui ont été aussi largement imitées que l'ombudsman suédois, et ce, dans des contextes politiques et administratifs extrêmement différents. Le succès de cette institution est tout à fait justifié. En comparaison des appels administratifs ou des recours judiciaires, les plaintes déposées devant un médiateur ne sont habituellement soumises à aucune condition de forme, l'intérêt à agir est évalué sur la base de critères beaucoup plus larges et n'a parfois même pas à être établi, c'est le médiateur, et pas le plaignant, qui doit discuter avec l'autorité publique, et le médiateur peut rechercher un arrangement qui soit juste pour le plaignant même s'il ne reflète pas une obligation de l'autorité publique. L'expérience montre qu'un règlement peut être obtenu plus rapidement qu'au moyen des autres procédures.

62. Grâce à son manque de formalisme, cette institution peut être extrêmement utile dans les pays en développement, et nombre d'entre eux l'ont déjà adoptée. Mais l'influence du médiateur dépend beaucoup du contexte : en Suède, l'ombudsman est appuyé par l'autorité du Parlement, qui l'élit, et par le pouvoir qu'il a d'intenter une action contre les agents publics si ces derniers ne se conforment pas à ses recommandations. Dans les autres pays, il est essentiel de donner au plaignant la possibilité de saisir les tribunaux, car cela donne à l'administration publique le choix de se conformer volontairement aux recommandations du médiateur, ou d'être obligée à le faire.

/...

Accès à l'information et participation des citoyens

63. Il ne peut y avoir de participation sans accès à l'information. Le nouveau modèle d'administration aujourd'hui préconisé par les instances internationales exige et suppose une attitude nouvelle de la part tant des agents publics que des citoyens. Le droit doit constituer le nouveau cadre des relations entre l'administration publique et les citoyens sur la base de l'information et de la participation. L'on peut distinguer quatre aspects : a) le droit d'accès à l'information; b) le devoir de l'administration publique de rendre l'information disponible; c) la politique des pouvoirs publics en matière d'information; et d) la participation des citoyens au processus de prise de décisions. Seule la politique de l'information des pouvoirs publics n'a pas à être réglementée par la loi : elle a pour but de faire en sorte que les politiques de l'État soient appuyées, de prévenir une opposition et d'éviter les obstacles à l'action de l'État : elle exige de se faire des alliés des groupes d'intérêts et elle doit considérer les médias comme des partenaires.

64. Le droit d'accès est le droit de tout citoyen d'avoir communication ou copie de tout acte officiel, sous réserve seulement des exceptions stipulées par la loi ou des conditions également fixées par la loi pour ce qui est de l'auteur de la demande. Cependant, ces conditions restreignent la jouissance de ce droit. Il faut mettre en place une procédure propre à régler, sous le contrôle du juge, les litiges que peut susciter l'application de ce droit (voir l'exemple français de la Commission d'accès aux documents administratifs).

65. L'obligation qu'a l'administration publique de rendre l'information disponible signifie qu'elle doit publier les informations nécessaires pour permettre aux citoyens de porter un jugement sur la gestion et sur les choix du gouvernement. Il est essentiel que l'information diffusée soit pertinente, et le choix des informations à publier ne doit pas être laissé à l'administration intéressée, mais être défini avec précision par la loi. La responsabilité des agents publics, élus ou non, dépend de la pertinence des informations publiées. Il y a peu d'exemples de réglementations juridiques de ce type. La loi française de février 1992 relative à l'administration territoriale a défini les types d'informations relatives au budget des administrations locales et aux services sous-traités au secteur privé que toute administration locale doit rassembler et mettre à la disposition du public; plusieurs décrets ont défini les différentes catégories d'informations devant être publiées.

66. La question de la participation du citoyen au processus de prise de décisions dépasse de beaucoup celle du cadre juridique de l'administration publique. Mais elle en fait partie à plusieurs égards. Une participation est nécessaire : a) pour que tous les intérêts affectés par une décision soient pris en considération; b) pour légitimer la démarche politique choisie; c) pour faire apparaître à l'avance les difficultés d'application prévisibles; et d) pour informer l'administration publique des besoins et des problèmes qui appellent une intervention de l'État. La participation permet à l'administration publique de prévoir. Sans participation, elle risque de souffrir de cécité bureaucratique; c'est pourquoi, dans les pays industrialisés, les administrations publiques appuient différents groupes ou associations pouvant assurer l'interface avec le public qu'ils représentent.

/...

laquelle doit déterminer son organisation et ses procédures de recrutement ainsi que les perspectives de carrière, les droits, les obligations et les garanties des fonctionnaires, et indiquer à quelles catégories de personnel ce statut doit s'appliquer. L'application de la loi exige l'existence de recours judiciaires, mais aussi la liberté pour les fonctionnaires de se syndiquer ou de faire grève.

D. Les services publics assurés par le secteur public ou privé

73. En dépit de la mondialisation de l'économie et du fait que l'économie de marché soit aujourd'hui généralement acceptée, des divergences de vues sur les rôles respectifs de l'État et du marché persistent et continueront d'exister, selon les traditions politiques, la solidité des structures étatiques, le niveau de développement économique et la vitalité du secteur privé dans chaque pays. De ce fait, la même activité peut être accomplie, dans différents pays, par une entreprise publique ou bien par le secteur privé; elle peut être considérée comme un service d'utilité publique ou un service public soumis à une étroite réglementation des pouvoirs publics ou, au contraire, être laissée au libre jeu des forces du marché, sous réserve seulement (par exemple) du droit de la concurrence et de l'ordre public. Ce vaste domaine, qui revêt une importance primordiale, ne se prête donc pas à des recommandations internationales de caractère général.

74. Néanmoins, du point du cadre juridique de l'administration publique, il faut envisager plusieurs situations dès lors qu'il intervient un intérêt général dont la satisfaction n'est pas assurée par l'administration publique elle-même.

75. Dans une première catégorie de situations, l'intérêt général est donné naissance à une mission publique qui doit être menée à bien sous une responsabilité publique. Elle peut néanmoins être réalisée par une entreprise publique ou par une société privée, chacune, dans l'un et l'autre cas, devant être investie des pouvoirs ou des privilèges étatiques qu'exige la mission à accomplir. La relation entre l'autorité publique et l'entreprise peut être réglementée par des arrêtés administratifs et par la pratique ou bien par des contrats. Le contrat permet une négociation concernant les conditions de prestation des services et les responsabilités en matière de gestion. Dans le cas d'une entreprise publique, le contrat permet de circonscrire l'étendue de l'autonomie de gestion, sous réserve des exigences de la mission à accomplir, tandis que, dans le cas d'une entreprise privée, le contrat vise à établir une coopération ou une association durable avec l'administration publique ainsi qu'à permettre à celle-ci de superviser la façon dont les activités sont exécutées. Le droit français a conçu pour ce genre de situations une très large gamme d'arrangements contractuels. Les accords de concession sont utilisés avec les entreprises privées; il en existe plusieurs types qui diffèrent par les dispositions qu'ils prévoient en matière de financement et de partage des risques et ils sont désormais soumis à un certain nombre de règles communes pour assurer une plus grande transparence et une concurrence ouverte dans l'adjudication des marchés. Dans le cas des entreprises publiques, l'on utilise des cahiers des charges qui définissent la mission à accomplir et les conditions dans lesquelles les services doivent être fournis aux usagers, ainsi que les mesures convenues en ce qui concerne le financement et la gestion, et notamment l'étendue du soutien budgétaire justifié par les conditions du service public.

/...

76. Les accords de concession, d'une façon générale, ne paraissent pas être très différents des accords de licence qui existent dans différents pays, comme aux États-Unis ou au Royaume-Uni dans différents secteurs, et qui sont conclus soit avec une autorité publique, soit avec une agence indépendante. En pareils cas, l'autorité de tutelle peut imposer dans l'accord de licence un certain nombre d'obligations touchant le service à fournir, les prix ou la concurrence; les différends sont réglés par l'autorité de tutelle, sous réserve de l'appréciation du juge. Néanmoins, ce type d'instrument est fondé sur une nette séparation entre le secteur public et le secteur privé et offre moins de possibilités d'association lorsque le caractère public des objectifs recherchés justifie que l'État prenne à sa charge une partie des risques ou des coûts (dépenses d'équipement ou dépenses de fonctionnement). En termes juridiques, l'on peut dire que de tels accords reposent sur la théorie de la police plutôt que sur celle du service, même si l'objet du contrat est la prestation d'un service.

77. Les politiques de privatisation ont abouti au transfert au secteur privé d'un certain nombre de services d'utilité publique qui sont désormais, à des degrés divers, soumis aux forces du marché ainsi qu'à la création d'autorités de tutelle spécifiques. L'expérience britannique dans ce domaine est particulièrement intéressante car elle remonte à 15 ans déjà et car elle touche un grand nombre de services d'utilité publique. Elle démontre que l'équilibre entre l'intérêt général et l'économie privée exige, dans ces secteurs, une réglementation détaillée et complexe. Il s'est avéré difficile, et pas toujours possible, de faire respecter la concurrence dans des secteurs dominés par les monopoles, comme le gaz ou l'électricité, surtout lorsque ces secteurs peuvent être considérés comme des monopoles naturels, et la Commission des monopoles et des fusions a parfois dû intervenir. Celle-ci a introduit davantage de transparence dans des domaines comme les tarifs. Les structures de supervision revêtent dans tous les cas la forme d'un organisme réglementaire indépendant, tandis que le contrôle de l'État est assuré par le ministre compétent; de larges pouvoirs sont accordés à ce dernier dans le cas de l'électricité, et les pouvoirs accordés aux quatre organismes de tutelle chargés respectivement du gaz, des télécommunications, de l'approvisionnement en eau et de l'électricité ont été harmonisés par la loi de 1992 sur la concurrence et les services d'utilité publique. En fait, l'influence de l'État peut apparemment se faire sentir dans des domaines extrêmement divers, mais le ministre n'a pas le pouvoir de modifier les conditions d'une licence une fois que celle-ci a été accordée. Comme l'a fait observer le professeur McEldowney, cette structure de réglementation rappelle celles qui existaient au XIXe siècle, par exemple pour les chemins de fer.

78. Il est remarquable de constater qu'une telle structure de réglementation dualiste n'a jamais existé en France, même lorsque les activités correspondantes relevaient du secteur privé. Dans les secteurs soumis aux directives communautaires, qui ont imposé la concurrence mais qui n'ont pas donné lieu à des privatisations, l'autorité réglementaire est demeurée le ministre de tutelle (voir, pour les télécommunications, la loi du 2 juillet 1990, et, pour les chemins de fer, le décret du 9 mai 1995).

79. La conclusion à tirer de cette trop brève comparaison entre la France et le Royaume-Uni est que, quelle que soit la solution préférée, la responsabilité

/...

76. Les accords de concession, d'une façon générale, ne paraissent pas être très différents des accords de licence qui existent dans différents pays, comme aux États-Unis ou au Royaume-Uni dans différents secteurs, et qui sont conclus soit avec une autorité publique, soit avec une agence indépendante. En pareils cas, l'autorité de tutelle peut imposer dans l'accord de licence un certain nombre d'obligations touchant le service à fournir, les prix ou la concurrence; les différends sont réglés par l'autorité de tutelle, sous réserve de l'appréciation du juge. Néanmoins, ce type d'instrument est fondé sur une nette séparation entre le secteur public et le secteur privé et offre moins de possibilités d'association lorsque le caractère public des objectifs recherchés justifie que l'État prenne à sa charge une partie des risques ou des coûts (dépenses d'équipement ou dépenses de fonctionnement). En termes juridiques, l'on peut dire que de tels accords reposent sur la théorie de la police plutôt que sur celle du service, même si l'objet du contrat est la prestation d'un service.

77. Les politiques de privatisation ont abouti au transfert au secteur privé d'un certain nombre de services d'utilité publique qui sont désormais, à des degrés divers, soumis aux forces du marché ainsi qu'à la création d'autorités de tutelle spécifiques. L'expérience britannique dans ce domaine est particulièrement intéressante car elle remonte à 15 ans déjà et car elle touche un grand nombre de services d'utilité publique. Elle démontre que l'équilibre entre l'intérêt général et l'économie privée exige, dans ces secteurs, une réglementation détaillée et complexe. Il s'est avéré difficile, et pas toujours possible, de faire respecter la concurrence dans des secteurs dominés par les monopoles, comme le gaz ou l'électricité, surtout lorsque ces secteurs peuvent être considérés comme des monopoles naturels, et la Commission des monopoles et des fusions a parfois dû intervenir. Celle-ci a introduit davantage de transparence dans des domaines comme les tarifs. Les structures de supervision revêtent dans tous les cas la forme d'un organisme réglementaire indépendant, tandis que le contrôle de l'État est assuré par le ministre compétent; de larges pouvoirs sont accordés à ce dernier dans le cas de l'électricité, et les pouvoirs accordés aux quatre organismes de tutelle chargés respectivement du gaz, des télécommunications, de l'approvisionnement en eau et de l'électricité ont été harmonisés par la loi de 1992 sur la concurrence et les services d'utilité publique. En fait, l'influence de l'État peut apparemment se faire sentir dans des domaines extrêmement divers, mais le ministre n'a pas le pouvoir de modifier les conditions d'une licence une fois que celle-ci a été accordée. Comme l'a fait observer le professeur McEldowney, cette structure de réglementation rappelle celles qui existaient au XIXe siècle, par exemple pour les chemins de fer.

78. Il est remarquable de constater qu'une telle structure de réglementation dualiste n'a jamais existé en France, même lorsque les activités correspondantes relevaient du secteur privé. Dans les secteurs soumis aux directives communautaires, qui ont imposé la concurrence mais qui n'ont pas donné lieu à des privatisations, l'autorité réglementaire est demeurée le ministre de tutelle (voir, pour les télécommunications, la loi du 2 juillet 1990, et, pour les chemins de fer, le décret du 9 mai 1995).

79. La conclusion à tirer de cette trop brève comparaison entre la France et le Royaume-Uni est que, quelle que soit la solution préférée, la responsabilité

/...

doit être garantie. Dès lors qu'une activité est considérée comme un service d'utilité publique ou un service public, la responsabilité en est imputée à l'État, lequel doit par conséquent continuer à jouer un rôle de supervision.

80. Les choses changent du tout au tout si, après avoir été privatisée, l'entreprise n'est plus considérée comme chargée d'un service d'utilité publique ou d'un service public, mais simplement comme une entité réalisant une activité commerciale sujette au libre jeu des forces du marché et aux considérations d'ordre public en matière économique résultant, principalement, du droit de la concurrence. En pareil cas, un organisme de tutelle n'est pas nécessaire, sauf pour faire respecter l'ordre public. Il existe maintenant dans de nombreux pays des agences ou commissions indépendantes chargées de réglementer la concurrence ou d'autoriser les fusions dans des domaines comme les activités boursières ou même les programmes de télévision. L'on en trouve un bon exemple, une fois de plus, au Royaume-Uni après la privatisation de British Airways : l'Office de l'aviation civile est responsable de la sécurité, mais pas de la réglementation, des services aériens, lesquels sont exploités sur une base purement commerciale.

81. Pour résumer, la conclusion est que les services publics ou les services d'utilité publique, qu'ils soient gérés par une entité publique ou privée, doivent être assurés sous une responsabilité publique. L'État demeure responsable des services fournis étant donné que l'objectif recherché a un caractère général; il ne peut donc pas intégralement abandonner les pouvoirs de contrôle à une commission ou une agence indépendante. La question consiste à déterminer si une activité donnée qui vient d'être privatisée doit être considérée comme un service public et quels pouvoirs, s'il ne les conserve pas tous, doivent continuer d'être exercés par l'État. Il n'existe aucun autre moyen de préserver la responsabilité. D'un autre côté, des agences ou des commissions réellement indépendantes peuvent avantageusement remplacer une administration ministérielle si elles sont créées dans des domaines ou à des fins en rapport avec l'ordre public, que ce soit de façon générale ou spécifique, et si elles doivent prendre des décisions quasi judiciaires, c'est-à-dire à la suite d'une procédure contradictoire et transparente, et doivent pour cette raison être mises à l'abri de la politique : de bons exemples sont le droit de la concurrence, la télévision et la protection du caractère confidentiel des données, comme au Royaume-Uni, et, dans ce dernier pays, la Commission chargée d'assurer l'égalité entre les races et l'égalité des chances. En pareils cas, ces commissions n'ont vraiment d'autre objectif public que l'application de la loi.

82. Cette distinction peut aider les pays en développement qui ont entrepris de réorganiser leur administration publique à déterminer quelles sont les tâches qui doivent continuer d'être assurées par les services ministériels et quelles sont celles qui, de préférence, devraient être confiées à une commission ou à une agence indépendante.

83. Cependant, un problème capital, pour de nombreux pays en développement comme d'ailleurs pour les pays en transition, est qu'ils devront faire appel à des entreprises étrangères pour réaliser un certain nombre de tâches tout en se trouvant placés dans une situation désavantagée par rapport à celle de leurs partenaires pour ce qui est du pouvoir financier, des compétences et des possibilités. Pour y remédier, il faudra veiller à assurer la transparence des

/...

activités, ce qui pourra contribuer à en garantir l'équité. Indépendamment de cette recommandation, différentes mesures pourraient être adoptées pour garantir un règlement équitable des différends, par exemple si l'ONU fournissait une assistance aux tribunaux d'un État qui en ferait la demande. De même, la Convention de Washington du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États pourrait être étendue aux contrats relatifs à l'exploitation de services publics. L'on pourrait également envisager la création sous les auspices des Nations Unies d'un tribunal arbitral qui connaîtrait des différends concernant les contrats ou licences d'exploitation de services ou de travaux publics.

E. Droit et gouvernance

84. Le concept de gouvernance a commencé à être utilisé comme outil d'analyse pour décrire les différentes forces sociales ou les divers acteurs qui interviennent afin d'administrer une société donnée; il s'agit à la fois de l'issue d'un processus social et du support de l'action poursuivie par les participants à la recherche de leurs propres objectifs. Le concept de gouvernabilité, qui se distingue de celui de gouvernance, désigne l'équilibre entre le besoin et les capacités de gouverner. L'on peut cependant dériver de ce dernier aspect une interprétation normative de la gouvernance : quel est le type de gouvernement souhaité et à quelles fins? Le système juridique doit alors être réformé pour promouvoir le type de gouvernement souhaité. Cette approche de l'administration publique devrait donner à celle-ci une plus grande réceptivité.

85. L'on ne peut décrire qu'en termes extrêmement généraux les conditions qui doivent être réunies pour adapter le cadre juridique de l'administration publique aux exigences du type d'administration souhaité. Ces conditions peuvent être résumées en trois mots : information, participation et contrats. Les deux premiers concepts ont été exposés ci-dessus (par. 63 à 68). L'accent, ici, sera par conséquent mis sur les contrats. Mais, pour éviter tout malentendu, il y a lieu de souligner que l'intention n'est pas de faire en sorte que le cadre juridique soit fondé sur des contrats plutôt que sur la loi. Au contraire, l'administration publique est sujette à la constitution et aux lois écrites; il n'est envisagé de rôle pour les contrats que dans le contexte de la formulation et de l'exécution des politiques. L'administration publique elle-même est encore et doit demeurer fondée sur la réglementation et la décision, mais avec la participation des citoyens ou des groupes.

86. À l'intérieur de ce cadre, il y a place pour les contrats dans deux types de relations : les relations intergouvernementales et les partenariats avec les acteurs sociaux qui participent à la formulation des politiques publiques.

87. Le développement des relations intergouvernementales est l'une des caractéristiques les plus usuelles de l'administration moderne. Il a débouché sur l'apparition d'un certain nombre de concepts juridiques nouveaux dans des pays ayant des traditions très différentes comme la Belgique, l'Espagne, la France, l'Italie, les Pays-Bas, le Royaume-Uni et la Suisse. Dans ces pays, des pactes ou des contrats ont été introduits au cours des 10 dernières années pour réglementer les relations entre les autorités publiques et les différents niveaux de l'administration; au Royaume-Uni, il n'y a pas de contrats, mais

/...

plutôt des procédures d'appel d'offres pour la réalisation des activités municipales, ce qui est également une riche source d'expérience pour le développement de ce type d'instruments dans plusieurs des pays susmentionnés. Les contrats servent à harmoniser les politiques, à formuler des politiques concertées ou à planifier conjointement les investissements. La nature juridique et la force juridique de ces instruments ne sont pas toujours claires, mais ils ont parfois été qualifiés par la loi de contrats ayant force contraignante (la France dans les cas les plus importants et l'Italie). Le principal avantage du contrat tient à la négociation qui précède la signature et qui donne lieu à l'élaboration concertée des politiques et des mesures à mettre en oeuvre dans un avenir proche. L'intérêt que chacune des parties a à pouvoir faire fond sur le comportement de l'autre encourage beaucoup l'observation de ce type de contrats.

88. L'on peut également avoir recours aux contrats dans le contexte des partenariats établis avec les divers acteurs qui participent à la formulation et à l'exécution des politiques publiques. Cette pratique est déjà fort répandue dans le cas des partenariats entre les secteurs public et privé en vue de la réalisation d'activités de développement ou de projets d'infrastructure. Suivant l'exemple français, la conclusion d'accords-cadres a été recommandée par la Banque mondiale pour définir les relations nouvelles entre les gouvernements et les entreprises publiques et de concilier ainsi l'autonomie de la gestion et le contrôle du gouvernement. Des partenariats peuvent être établis aussi au moyen d'accords avec les acteurs sociaux, les collectivités locales ou les organisations non gouvernementales.

89. L'on s'éloigne ici certes du droit normatif, mais ces arrangements font également partie du système juridique même si les recours judiciaires sont rarement invoqués en cas de rupture du contrat. Cependant, comme la gouvernance est fondée sur les interactions et les processus sociaux, elle ne saurait être renfermée dans le carcan de règles rigides et fixes, mais le gouvernement a le pouvoir de tracer la marche à suivre et de créer les instruments nécessaires pour organiser et exploiter ces interactions et ces processus.

III. LES VOIES QUI MÈNENT AU CHANGEMENT

90. Pour progresser dans le sens proposé, l'on peut envisager quatre modalités qui sont cependant étroitement interdépendantes : a) la codification; b) la réforme des lois; c) l'information juridique et l'émancipation; et d) l'appui international.

A. Codification

91. Une condition indispensable à l'efficacité du cadre juridique et réglementaire de l'administration publique est que le droit doit être connu de ceux qui doivent pouvoir exiger son respect. Comme le droit ne peut pas être simplifié beaucoup, la codification demeure le meilleur moyen d'éclaircir le droit en vigueur et de permettre aux citoyens d'y avoir accès plus facilement.

92. L'expérience porte à penser qu'il importe de séparer la codification de la réforme des lois. Jadis, l'une et l'autre étaient l'avvers et le revers de la même médaille; aujourd'hui, certains pays (l'Allemagne est un excellent exemple)

/...

continuent de voir dans la codification un moyen de procéder à une réforme majeure du droit. En France, la Commission supérieure de la codification, présidée par le Premier Ministre, est chargée des travaux dans ce domaine et, depuis 1987, le Gouvernement a décidé d'entreprendre la codification de toutes les lois françaises. La codification n'est cependant pas synonyme de réforme des lois : elle a pour but de remplacer les lois écrites éparses qui existent dans telle ou telle branche du droit par un recueil méthodique de normes classées selon un ordonnancement logique. Le but est de faciliter l'accès au droit et sa mise à jour lorsque des amendements s'imposent. La conception française de la législation, qui est en fait commune à la plupart des pays d'Europe continentale, est appropriée à ce type de travail étant donné qu'elle est fondée sur une logique déductive du droit, les principes généraux étant énoncés en premier.

93. Paradoxalement, la France n'a jamais entrepris de codification de la procédure administrative, la raison étant que celle-ci est fondée sur la jurisprudence et qu'une codification équivaldrait en réalité à une réforme du droit, et pas à une codification au sens où cette expression est entendue ici. Toutefois, la procédure administrative a été codifiée ou va l'être dans certaines branches spécifiques du droit : par exemple le Code d'urbanisme ou le Code de l'environnement, actuellement en cours d'élaboration.

94. En séparant la codification et la réforme des lois, l'on peut dans des délais assez brefs éclaircir considérablement le droit en vigueur.

B. Réforme des lois

95. La réforme des lois consiste à modifier la substance du droit, et pas seulement sa présentation. Lorsqu'elle concerne toute une branche du droit, elle constitue également un processus politiquement très délicat, et fort long. Au Royaume-Uni, la Commission des lois est un organe indépendant chargé d'évaluer les différents titres du droit britannique et de proposer des changements. Le droit administratif fait l'objet d'une telle évaluation. En Allemagne, lorsqu'une codification est réalisée sur l'initiative du Gouvernement, la première étape consiste en un travail scientifique, à savoir une sorte d'audit du droit en vigueur afin de le moderniser : le code introduira un droit nouveau. Dans l'ensemble, le prochain Code de l'environnement aura exigé une vingtaine d'années de travail et de formalités.

96. L'on peut cependant obtenir des résultats en modifiant le droit peu à peu. Les grandes réformes peuvent susciter une opposition et ne jamais aboutir, tandis que des changements modestes peuvent profondément affecter les pratiques suivies si les dispositions les plus importantes ont été soigneusement identifiées. Par conséquent, la partie analytique du processus de réforme est fort importante : elle contribuera à déterminer les changements qui sont nécessaires pour obtenir les résultats les plus efficaces. Il importe également de distinguer ce qui doit être déterminé et appliqué sur l'ensemble du territoire et ce que l'on peut laisser à la réglementation locale en fonction des conditions locales. Dans les pays en développement, cela peut être particulièrement pertinent en raison du fossé qui sépare les villes, et en particulier les très grandes agglomérations, et les régions rurales. Le

/...

problème de la relation entre l'administration publique et la population doit être envisagé différemment en milieu rural et en milieu urbain.

C. Information juridique et émancipation

97. Si le gouvernement est véritablement désireux de développer l'administration publique sur la base de la gouvernance et de la communication, les règles juridiques et les procédures arrêtées à cette fin doivent être popularisées : il est peu probable que les choses changent si les citoyens ne demandent rien. Les réformes doivent comprendre des dispositions obligeant le gouvernement à rendre compte au parlement et/ou au chef de l'État des mesures prises pour diffuser une information juridique auprès du public. À cet égard, il importera de faire participer les organisations non gouvernementales à ces campagnes.

98. Dans les pays en développement encore plus que dans les pays industrialisés, les droits reconnus à l'individu ne doivent pas être envisagés séparément d'une action collective. Dans ces pays, la majeure partie de la population n'est pas à même de jouir de ses droits non seulement sous l'effet des traditions, qui sont habituellement enracinées dans la communauté, mais aussi en raison du contexte social et culturel (pourcentage élevé d'analphabétisme, spécialement chez les femmes, et dénuement économique). Aussi, les organisations non gouvernementales, tout comme les collectivités, doivent pouvoir assister ou représenter leurs membres, ou leurs mandants, lors des procédures administratives. Un appui financier doit leur être accordé pour leur permettre de s'acquitter de cette tâche et, si besoin est, de retenir les services d'un avocat, et elles doivent être autorisées par la loi à former des recours devant les autorités supérieures ou, selon le cas, devant les tribunaux pour contester les décisions ou les règles administratives qui affectent directement ou indirectement leurs intérêts statutaires. Il importe, à cet égard, que l'intérêt à agir de ces organisations soit interprété largement, ce qui contribuera aussi à prévenir des différends.

99. Enfin, le développement du cadre juridique et réglementaire de l'administration publique exige une transformation de la culture juridique et administrative des élites. En réalité, la situation varie beaucoup d'un pays à un autre : certains pays ont hérité d'une tradition administrative fondée sur le droit, tandis que d'autres ont une tradition administrative dans laquelle le droit ne joue qu'un rôle incident et est réservé aux spécialistes. Néanmoins, tous les agents publics doivent être éduqués ou formés dans une culture des droits plutôt que dans une culture juridique. Pour l'administration publique, le principe de légalité doit être interprété comme relevant non pas de l'autorité mais des droits de l'individu.

100. L'on peut influencer le développement de la culture administrative au moyen de nouveaux programmes de concours de recrutement des fonctionnaires à différents niveaux; en imposant l'obligation d'accepter différentes affectations à telle ou telle étape de la carrière afin d'acquérir une expérience des relations avec le public (une telle obligation est plus facile à imposer dans un système de carrière) avant de pouvoir prétendre à une promotion à des fonctions plus élevées; et en modifiant les critères appliqués en matière d'appréciation

/...

du comportement professionnel. De telles méthodes ont déjà été introduites dans certains pays, mais leurs résultats n'ont pas encore été évalués.

D. Assistance internationale

101. L'ONU pourrait fournir une assistance et mettre au point son propre programme sur la base des résultats des efforts déployés par les autres organismes du système des Nations Unies. L'ONU devrait s'attacher à favoriser le développement de nouveaux principes dans le contexte du droit international. En outre, elle devrait appuyer l'intégration régionale.

Exploitation de l'expérience acquise par les organismes des Nations Unies en matière d'administration publique

102. Depuis une dizaine d'années, la Banque mondiale a mis un accent très marqué sur les réformes administratives qu'exigent, dans de nombreux pays en développement, les programmes d'ajustement structurel. Ces programmes ont visé non pas tant le cadre juridique de l'administration publique mais plutôt la gestion du personnel. Dans une perspective plus large, les transformations organisationnelles devraient avoir des incidences sur la réglementation juridique de l'administration publique. Les programmes de la Banque mondiale permettraient sans doute de dégager des informations utiles s'ils étaient analysés dans le contexte d'une évaluation du cadre juridique existant et des incidences de ce dernier sur lesdits programmes.

103. L'ONU pourrait exploiter aussi l'expérience acquise par l'Organisation internationale du Travail (OIT), qui a adopté plusieurs recommandations ou conventions concernant les droits des employés de la fonction publique, ainsi que de l'UNESCO, qui a mis en oeuvre un programme tendant à renforcer l'aspect communication de l'administration publique sur la base du contexte socioculturel.

Aide à la réforme

104. L'ONU pourrait fournir une assistance aux pays désireux de réformer le cadre juridique de l'administration publique en mettant en oeuvre des programmes comme les suivants :

a) Codification : Au sens français, c'est-à-dire dans le but de faciliter l'accès au droit;

b) Réforme des lois : L'ordre du jour spécifique des réformes sera évidemment propre à chaque pays, mais il faudrait certainement s'attacher à améliorer l'information (droit d'accès à l'information et devoir de la fournir), la codification des procédures administratives (tout au moins en partie), y compris pour ce qui est de la participation des citoyens et de la consultation du public, et les recours juridiques. Il faudrait aussi renforcer les droits qui sont reconnus aux organisations non gouvernementales et aux communautés en matière de procédure administrative. L'ONU devrait s'employer à évaluer les règles existantes ainsi qu'à identifier les réformes à entreprendre en priorité;

/...

c) Coordination des programmes d'appui : Il s'agirait en l'occurrence de développer le cadre juridique de l'administration publique au moyen de programmes visant à promouvoir la gouvernance et à aider ainsi à mettre en place des institutions et des pratiques de nature à appuyer une telle approche;

d) Information juridique et appui aux programmes réalisés dans ce domaine par les organisations non gouvernementales;

e) Formation des hauts fonctionnaires pour faire en sorte que les droits des citoyens soient davantage pris en considération dans l'action de l'administration, et fourniture d'une assistance à la réforme de la gestion du personnel.

Nouveaux principes de droit international relatifs à l'administration publique

105. L'Organisation des Nations Unies pourrait, en adoptant des recommandations ou au moyen d'une convention internationale, promouvoir le développement du cadre juridique de l'administration publique. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques stipule que chacun doit avoir également droit d'accéder à la fonction publique, et les instruments de l'OIT ont engagé les États à garantir certains droits aux employés du secteur public. L'Assemblée générale des Nations Unies pourrait aussi promouvoir la garantie des droits des citoyens à l'égard de l'administration publique.

106. Les nouveaux principes à définir pourraient être les suivants :

a) Le droit à une audition équitable avant qu'une décision affectant les droits de la personne ne soit adoptée;

b) Le droit de participer à la procédure administrative sur la base d'un intérêt à agir défini de façon large;

c) Révision judiciaire des décisions administratives;

d) Droit d'accès aux documents officiels, sous réserve des conditions et exceptions stipulées par la loi;

e) Obligation de fournir les informations pertinentes aux citoyens;

f) Responsabilité de l'administration publique en cas de dommages causés par ses activités.

107. Le commentaire de ces principes devrait mettre en relief le fait que les droits susmentionnés doivent être appliqués afin de transformer la relation entre l'administration publique et les citoyens vu qu'il est nécessaire de promouvoir un nouveau modèle de l'administration publique qui soit plus propre à favoriser le développement. L'appui de l'ONU dans ce domaine pourrait revêtir la forme d'une résolution de l'Assemblée générale ou d'une proposition envisageant la conclusion d'un pacte supplémentaire relatif aux droits de l'homme.

/...

Intégration régionale

108. L'expérience de la Communauté européenne et de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales montre que l'intégration régionale peut favoriser le respect du droit par les administrations publiques. Il peut être plus aisé pour les gouvernements d'États qui partagent les mêmes valeurs culturelles et qui sont confrontés à des problèmes économiques et des problèmes de développement semblables d'accepter à ce niveau de généralisation un certain nombre de principes fondamentaux touchant l'administration publique et, peu à peu, la compétence d'une juridiction internationale créée par un traité de connaître de questions ou d'affaires limitativement déterminées. L'ONU pourrait fournir une assistance aux organisations régionales existantes pour qu'elles puissent mettre en place de telles dispositions et institutions.

IV. CONCLUSION. PERSPECTIVES POUR LE XXI^e SIÈCLE

109. La fin du XX^e siècle est marquée par un sentiment de scepticisme à l'égard de l'État en tant qu'organe politique et que moyen de fournir des services à la population, l'idée étant qu'il fallait laisser au marché le soin de déterminer si telle ou telle activité était nécessaire et d'imposer l'efficacité dans la gestion. Le XXI^e siècle verra probablement un retour de la confiance dans l'État, celui-ci ayant apporté la preuve de sa nécessité pour concrétiser la solidarité sociale et pour permettre l'exercice d'une direction politique.

110. Parallèlement, l'expérience a fait apparaître de nouvelles défaillances du marché : non seulement les agents économiques qui opèrent sur le marché ne peuvent-ils pas s'acquitter de fonctions essentielles relevant de la solidarité sociale, mais encore l'aspect solidarité d'un grand nombre d'activités se trouve sacrifié si elles sont abandonnées exclusivement aux forces du marché. Le secteur public, ou une réglementation par l'État, permet de sauvegarder cette solidarité lorsque cela est nécessaire. La décision sur le point de savoir si une activité économique doit ou non être considérée comme un service public ou un service d'utilité publique continue de faire partie des prérogatives essentielles de l'État.

111. En outre, l'État est l'expression institutionnelle et juridique du corps politique dans son ensemble, et les institutions de l'État doivent inévitablement être investies du pouvoir de direction politique. Cela permet au corps politique de former sa volonté, et il ne saurait y avoir de démocratie politique sans corps politique pouvant exprimer ses préférences collectives sur un certain nombre de questions fondamentales. Or, il n'y a pas d'organe politique, ou celui-ci n'est que rudimentaire, dans une société où les tâches de solidarité ne sont pas accomplies. Le lien social et l'acceptation des institutions disparaissent lorsque l'homme de la rue ne peut plus voir quels sont les avantages que lui apporte la société dont il fait partie.

112. La solidarité est au coeur de la mission de l'administration publique dans l'État moderne. Aussi n'y a-t-il pas lieu de s'attendre à un recul de l'administration publique. Toutefois, l'État, et aussi l'administration publique, du XXI^e siècle seront différents de ce qu'ils étaient à la fin du XX^e. Les caractéristiques autoritaires héritées de l'époque coloniale ou d'idéologies

/...

dépassées du développement disparaîtront peu à peu. L'État doit être juste, efficace, plus proche des administrés, transparent et plus réceptif. La substance de l'administration publique doit changer en même temps que les anticipations de la société, et son organisation et ses règles doivent évoluer en conséquence. Les fonctions qui sont devenues obsolètes et les institutions qui en étaient chargées doivent disparaître. La principale difficulté, par conséquent, consistera à déterminer, dans chaque cas particulier, quelles sont les tâches de solidarité qui doivent être préservées et celles qui doivent être abandonnées. Il appartiendra au corps politique de se prononcer à ce sujet par l'entremise des institutions de l'État.
