

Faculté de droit de Lille

27 septembre 2024

Cycle Les grandes œuvres du droit administratif

Guy Braibant et l'élaboration du droit, par Bernard Stirn, président de section honoraire au Conseil d'Etat, secrétaire perpétuel de l'Académie des sciences morales et politiques

En intervenant aujourd’hui dans le cycle sur les Grandes œuvres du droit administratif organisé par Mme Carole Gallo, professeur à l’université de Lille, M. Pierre-Yves Sagnier, maître de conférences et M. François Abouadaou, ATER à cette université, que je remercie tous deux vivement de leur invitation, ma première pensée se tourne vers les Grands arrêts du droit administratif. Il y a plus de cinquante ans, je découvais, comme tous les étudiants en droit, ce recueil incomparable, rédigé par Prosper Weil, Marceau Long et Guy Braibant. Je ne pouvais alors me douter que les chemins de la vie allaient autant me rapprocher de ces trois auteurs. Devenu vice-président du Conseil d’Etat, Marceau Long me proposerait d’exercer auprès de lui les fonctions de secrétaire général, à une époque passionnante où, son autorité, la juridiction administrative retrouvait toute sa vigueur. J’ai eu l’honneur de succéder au professeur Prosper Weil à l’Académie des sciences morales et politiques. Mes liens avec Guy Braibant ont été plus étroits encore.

Après avoir beaucoup travaillé avec le président Braibant au Conseil d’Etat, il m’a été donné de lui succéder dans son cours à Sciences Po puis à la vice-présidence de la Commission supérieure de codification. Nous avons écrit et publié ensemble. Renforcée par un voisinage en Normandie, une forte relation d’amitié s’est de la sorte nouée entre nous. A partir de ses bases professionnelles, elle est devenue plus personnelle et familiale. Son empreinte m’est précieuse et je suis très sensible à la présence aujourd’hui de l’épouse de Guy Braibant, Françoise Fabiani-Braibant, avocat au Conseil d’Etat et à la Cour de cassation.

Réfléchir au rôle de Guy Braibant dans l’élaboration du droit est sans doute la meilleure manière d’évoquer son héritage. Dans des activités nombreuses et des fonctions diverses, il a en effet constamment contribué à la construction, au rayonnement, à la diffusion du droit. En France, en

Europe et même au-delà, notre droit se trouve marqué de manière durable par ses réflexions et par son engagement.

Ses apports ont pour source des activités qu'il a menées tout au long de sa longue et riche vie professionnelle, au Conseil d'Etat comme au travers de l'enseignement et des publications. Parmi ses tâches multiples, deux qui ont un lien direct avec l'élaboration du droit, la codification et la rédaction de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, méritent une attention particulière. Au travers de la force et de la variété des contributions ainsi apportées par Guy Braibant à la construction du droit, apparaissent des préoccupations permanentes et des principes directeurs constants

I/ Guy Braibant et l'élaboration du droit : les activités tout au long de la vie

Né en 1927, Guy Braibant est entré au Conseil d'Etat en 1953. Il y a accompli l'essentiel de sa carrière professionnelle jusqu'à sa retraite en 1995. Parallèlement à son travail au Conseil d'Etat, il a constamment enseigné et publié, poursuivant cette dernière activité jusqu'à son décès en 2008. Le Conseil d'Etat, l'enseignement, les livres ont ainsi été les sources permanentes de la contribution de Guy Braibant à l'élaboration du droit.

Le Conseil d'Etat

Pour reprendre le titre du beau livre de Bruno Latour, le Conseil d'Etat est la « fabrique du droit ». A cette fabrique, Guy Braibant a apporté sa marque, en particulier comme commissaire du gouvernement, fonction qu'il a exercée durant une période exceptionnellement étendue, et comme président de la section du rapport et des études, fonction qu'il a été le premier à occuper.

L'article R. 122-5 du code de justice administrative limite aujourd'hui à sept années la durée durant laquelle les rapporteurs publics peuvent exercer leurs fonctions. Guy Braibant eut la chance d'être commissaire du gouvernement à une époque où de telles contraintes n'existaient pas, ce qui lui a permis d'être au pupitre durant seize ans, de 1958 à 1974 ; entre 1969 et 1974, il fut également commissaire du gouvernement près le Tribunal des conflits.

Durant cette longue période, il a prononcé un grand nombre de conclusions, dont beaucoup ont marqué de manière décisive l'élaboration du droit. Il a en particulier imaginé la théorie du bilan, adoptée par la décision

Ville Nouvelle Est, du 28 mai 1971, qu'il expliquait ainsi : « Il importe que, dans chaque cas, le pour et le contre soient posés avec soin, et que l'utilité publique de l'opération ne masque pas son éventuelle nocivité publique ». Il a également joué un grand rôle dans la généralisation d'un contrôle au minimum de l'erreur manifeste d'appréciation, notamment par ses conclusions sur la décision du 2 novembre 1973, SA Librairie Maspero, où il expliquait : « Le pouvoir discrétionnaire comporte le droit de se tromper, mais non celui de commettre une erreur manifeste, c'est-à-dire à la fois apparente et grave ».

Président de la commission du rapport et des études en 1984, Guy Braibant devint l'année suivante, lorsque la commission fut transformée en section, le premier président de celle-ci et il occupa ces fonctions jusqu'en 1992. L'idée d'une telle section était déjà apparue lors de la révolution de 1848 et, sans nécessairement adhérer à l'idée, Tocqueville rapporte dans ses Souvenirs qu'il avait été alors envisagé « qu'on donnât au Conseil d'Etat une section chargée d'élaborer les idées nouvelles, c'eût été la section du progrès ». Cette appellation n'aurait pas déplu à Guy Braibant, qui concevait la nouvelle section comme un « laboratoire d'idées » pour le gouvernement et l'administration. De nombreuses études furent entreprises à son initiative. Plusieurs d'entre elles ont été les premières d'une série : le rapport public de 1991 sur la sécurité juridique fut suivi d'autres rapports du Conseil d'Etat visant à endiguer l'inflation et l'instabilité normatives ; après l'étude de 1988 qui a ouvert la voie aux premières lois de bioéthique de 1994, toutes les lois de bioéthique ont été précédées d'une étude du Conseil d'Etat. Avec le vice-président Marceau Long, le président Braibant obtint que le rapport annuel du Conseil d'Etat devînt un rapport public. Il fit aussi de la section du rapport et des études le pivot, en lien avec le secrétariat général du Conseil d'Etat, des échanges avec les pays étrangers et de la coopération internationale. Il n'aurait sans doute pas désavoué le nouveau nom de section des études, de la prospective et de la coopération que le décret du 1^{er} mars 2024 a donné à la section. Et il aurait sans doute apprécié que ce décret mentionne explicitement parmi les missions de la section « une réflexion prospective sur la conception et la mise en place des politiques publiques ».

L'enseignement

Parallèlement à son travail au Conseil d'Etat, Guy Braibant eut constamment une activité d'enseignant, en particulier à Sciences Po, où il

assura, après des conférences de méthode, des cours d'institutions administratives comparées et de droit administratif. Avant que Sciences Po ne passe à une scolarité en cinq années, il dispensa de 1971 à 1996 le grand cours de droit public de troisième année. Attaché à la transmission, attentif aux étudiants, Guy Braibant a fait découvrir et aimer le droit administratif à des générations successives. Qu'il me soit permis de citer ici quelques phrases du discours d'hommage qu'il m'a été donné de prononcer lors de ses obsèques : « Des générations ont été formées par la clarté de vos explications, par la force de vos analyses, par votre capacité à retracer les évolutions accomplies, à pressentir, à espérer, à dessiner les changements à venir... Le contact des étudiants stimulait votre réflexion, suscitait votre générosité, répondait à votre curiosité en même temps qu'à votre attente de progrès. Vous saviez, même si votre pudeur vous arrêtait avant de l'exprimer, que vous avez beaucoup apporté à de nombreux jeunes et vous conserviez comme un souvenir précieux les longs applaudissements d'un amphithéâtre debout et ému à la fin de votre dernier cours ».

Les livres

Lorsque le président Cassin eut l'idée des Grands arrêts de la jurisprudence administrative, il en confia la rédaction au major de l'agrégation de droit, Prosper Weil, et au major de l'Ecole nationale d'administration, Marceau Long. Devant l'ampleur de la tâche, les deux auteurs pressentis souhaitèrent que l'équipe fût complétée et c'est ainsi que Guy Braibant les rejoignit. L'aventure des Grands arrêts, dont la première édition parut en 1956, commençait. Guy Braibant fut un partenaire constamment investi dans ce grand projet, jusqu'à à la seizième édition, publiée en 2007. Il veilla aussi au choix de nouveaux auteurs pour assurer la continuité de l'œuvre : grâce à Pierre Delvolvè et à Bruno Genevois, la 24^{ème} édition est parue en 2023.

A partir de son cours à Sciences Po, Guy Braibant publia en 1984 Le droit administratif français, dont il rédigea seul les trois premières éditions. Après que je lui avais succédé pour le cours à Sciences Po, il m'associa aux quatre éditions suivantes, que nous avons rédigées ensemble, de 1997 à 2005. Après son décès, le livre, dont j'ai publié avec Yann Aguilà quatre éditions, a pris un nouveau cours, sous le titre de Droit public français et européen. Il s'ouvre tout naturellement par un hommage au président Braibant.

Outre de nombreux articles et d'autres livres écrits par Guy Braibant, mention doit être faite de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Ce livre, publié en 2001, retrace et éclaire l'une de ses dernières aventures qui, avec la codification, l'a conduit à participer directement à l'écriture du droit.

II/Guy Braibant et l'élaboration du droit : deux expériences directes, la codification, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Guy Braibant n'a pas seulement réfléchi à l'élaboration du droit. Il l'a aussi pratiquée en diverses occasions. Chargé de mission auprès du ministre des transports Charles Fiterman de 1981 à 1984, il a joué un rôle important dans la conception et dans la rédaction de la loi d'orientation des transports intérieurs du 30 décembre 1982, la LOTI. Il s'est également engagé dans la négociation du traité de Cantorbéry, qui a permis la réalisation du tunnel sous la Manche. Avec fidélité à la mémoire de son père, Charles Braibant, directeur général des Archives de France, il a été à l'origine de la loi du 3 janvier 1979 sur les archives. Deux activités lui ont donné l'occasion de prendre part sur une plus grande échelle à l'élaboration du droit, la codification et la Charte des droits fondamentaux.

La codification

Ancrée dans nos traditions juridiques, la codification s'était essoufflée depuis le milieu du XXème siècle. La mise à jour et la maintenance des codes étaient mal assurées. Même dans les domaines couverts par un code, de nombreuses lois étaient adoptées sans être codifiées. Une codification par décret de dispositions législatives était à l'origine de doublons normatifs peu satisfaisants. Aussi est-ce à une véritable relance de la codification qu'a procédé, sous l'impulsion de Guy Braibant, le décret du 12 septembre 1989, qui met en place la Commission supérieure de codification.

Présidée par le Premier ministre, la Commission supérieure de codification a pour vice-président un président de section au Conseil d'Etat, en activité ou honoraire, qui anime effectivement ses travaux. Tout naturellement Guy Braibant fut désigné pour exercer ces fonctions, qu'il occupa durant seize ans, jusqu'en 2005. Le président Daniel Labetoulle, qui lui succéda alors, présida également la Commission durant seize années. J'ai eu l'honneur de prendre la suite en 2022.

Composée d'un député, d'un sénateur, de membres du Conseil d'Etat, de la Cour de cassation et de la Cour des comptes, la Commission comprend également de droit certains directeurs d'administration centrale. Un rapporteur général, fonction que j'ai exercée auprès de Guy Braibant lors de la mise en place de la Commission, de 1989 à 1991, coordonne les travaux, avec l'aide d'un rapporteur général adjoint. Des rapporteurs particuliers sont désignés pour préparer, en lien avec les administrations concernées, les projets de code.

Il revient à la Commission d'élaborer un programme de codification et de définir les règles de codification. Obligatoire pour les codes nouveaux, son intervention est en pratique systématique également lorsqu'il s'agit de refondre un code existant. Sans retracer tout le travail considérable accompli depuis 1989, deux points méritent d'être soulignés. D'une part, les principes fondamentaux de la codification, posés dès l'origine et largement conçus par Guy Braibant, s'appliquent avec une remarquable continuité. D'autre part, les résultats obtenus dépassent les espérances : même si ses ambitions en matière de codification étaient élevées, Guy Braibant n'aurait sans doute pas imaginé que le processus qu'il engageait porterait tant de fruits et qu'il se perpétuerait sur une si longue durée.

Deux règles, affirmées d'emblée, dominent le processus de codification. La première veut que la codification emporte l'abrogation des dispositions intégrées dans le code, qui se substitue ainsi désormais aux textes codifiés. Il en découle que la partie législative d'un code doit être adoptée par la loi ou par ordonnance. Indépendamment de la conjoncture politique, l'ordonnance est devenue la pratique courante, ce qui s'explique notamment par la deuxième règle fondamentale selon laquelle la codification s'effectue à droit constant. « Codifier n'est pas modifier » disait le président Braibant. Si elle s'écrit à droit constant, sans innover, la codification n'en dispose pas moins de marges de manœuvre, qui tiennent au respect du principe de légalité et aux exigences de la hiérarchie des normes, à la cohérence du droit, à l'effacement de mesures obsolètes. La loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations l'a constaté en prévoyant que : « La codification législative rassemble et classe dans des codes thématiques l'ensemble des lois en vigueur à la date d'adoption de ces codes. Cette codification se fait à droit constant, sous réserve des modifications nécessaires pour améliorer la cohérence rédactionnelle des textes rassemblés, assurer le respect de la

hiérarchie des normes et harmoniser l'état du droit ». Il reviendra ensuite aux autorités compétentes de modifier le cas échéant les normes applicables. Leur intervention se trouvera facilitée par la codification. Mais elle relève d'une autre nature.

A ces principes fondamentaux, la Commission a ajouté des règles de bonne méthode. Avant d'inscrire un projet de code à son programme, elle s'assure de l'existence d'une volonté politique ainsi que de la mise en place, dans l'administration concernée, d'une force de travail suffisante. Pour la présentation des codes, elle privilégie un découpage en livres, titres et chapitres, avec une numérotation des articles dite décimale, dont les trois premiers chiffres correspondent respectivement au livre, au titre et au chapitre. Pour certains codes, particulièrement volumineux et dont les modifications sont fréquentes, les livres peuvent être regroupés en parties.

Les résultats du travail continu accompli sur ces fondements sont remarquables. Les règles et la méthode de codification, reprises dans le Guide de légistique publié et tenu à jour par le Conseil d'Etat et le Secrétariat général du gouvernement, ont été assimilées par l'administration. Des codes anciens ont été complètement rénovés. De très nombreux nouveaux codes ont été adoptés dans les domaines les plus variés. 73 codes sont au total aujourd'hui en vigueur. Ils regroupent plus de 60% des textes législatifs et de 40% des textes réglementaires.

Le travail se poursuit car, telle la tapisserie de Pénélope ou le rocher de Sisyphe, la codification est une tâche sans fin. Quelques nouveaux codes sont encore à imaginer. Surtout les codes en vigueur ont besoin d'un réexamen périodique et de temps à autre d'une révision d'ensemble. Au total, la culture de la codification a profondément pénétré l'administration française. Si elle ne suffit pas à endiguer l'inflation et l'instabilité normatives, elle est le meilleur résultat des quarante dernières années en matière de qualité du droit. Elle répond aussi au projet de Guy Braibant, dont la promesse a été consacrée par le Conseil constitutionnel lorsqu'il a jugé que « la codification répond à l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi »¹.

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

¹ CC, décisions du 16 décembre 1999 et du 17 janvier 2008.

En 1999, les Conseils européens de Cologne en juin et de Tempere en octobre décidèrent la rédaction d'une Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Un délai bref était prévu, puisque le projet devait être prêt à la fin de 2000. Une procédure inédite était instituée : le travail de préparation était confié à une «enceinte», qui se baptiserait elle-même «convention», composée de représentants des chefs d'Etat et de gouvernement, du président de la Commission, des parlements nationaux et du Parlement européen.

Le succès était au départ loin d'être assuré. Un certain scepticisme existait sur l'intérêt même de la Charte. Des approches différentes selon les Etats membres rendaient l'exercice difficile. Certains voyaient d'un mauvais œil un instrument qui viendrait concurrencer la Convention européenne des droits de l'homme et interférer avec le rôle du Conseil de l'Europe en matière de garantie des droits fondamentaux.

Désigné conjointement comme représentant de l'exécutif français par le président Jacques Chirac et le Premier ministre Lionel Jospin, Guy Braibant se passionna pour le projet qui marquait, disait-il, «le passage d'une Europe du marché à une Europe des valeurs». Il joua un rôle déterminant dans le bon aboutissement du processus, qui conduisit à l'adoption de la Charte par le Conseil européen de Nice en décembre 2000.

Aux côtés de Roman Herzog, ancien président de la Cour de Karlsruhe et ancien président de la République fédérale d'Allemagne, élu président de la Convention, Guy Braibant en fut vice-président et à ce titre il siégea constamment au «Praesidium» qui dirigeait les travaux. Il suppléa même à la fin le président Herzog, qui connaissait des difficultés de santé. Guy Braibant sut réunir des consensus autour des valeurs communes. Les liens personnels qu'il réussit à tisser avec le représentant du gouvernement britannique, Lord Goldsmith, qui abordait l'exercice avec beaucoup de réserves, furent à cet égard décisifs. Il veilla à une rédaction sobre des articles de la Charte, organisée selon un plan clair en six titres - dignité, libertés, égalité, solidarité, citoyenneté, justice. Il fut attentif à ce que la Charte apporte un niveau de garanties au moins équivalent à celui de la Convention européenne des droits de l'homme et s'ouvre à des questions apparues postérieurement à celle-ci, dans les domaines nouveaux de l'environnement, de l'informatique ou de la bioéthique. Il obtint qu'avec mesure des droits sociaux soient également proclamés.

Guy Braibant souhaitait que la Charte, conçue au départ comme un texte déclaratif, soit rédigée de façon à pouvoir acquérir un jour valeur normative. Son insertion dans le traité de Lisbonne lui a apporté cette consécration. Dans son contrôle du droit dérivé, la Cour de justice a pleinement intégré la Charte, qui est aussi une référence pour les Etats membres comme pour les institutions de l'Union. L'engagement de Guy Braibant dans son écriture et son adoption s'en trouve ainsi pleinement récompensé.

Des diverses et nombreuses contributions de Guy Braibant à l'élaboration du droit se dégagent quelques caractéristiques d'ensemble.

III/ Guy Braibant et l'élaboration du droit : préoccupations permanentes et principes directeurs.

En 1999, une thèse a été soutenue à l'université de Montpellier I par Mme Nathalie Chapel sur « L'œuvre de Guy Braibant. Contribution d'un membre du Conseil d'Etat à la modernisation du droit ». Outre cette thèse, deux ouvrages, tous deux publiés par Dalloz, donnent une vision d'ensemble des travaux de Guy Braibant. En 1996, des Mélanges lui ont été offerts. Sous le titre l'Etat de droit, ils s'ouvrent par une préface cosignée par le président Marceau Long et le doyen Georges Vedel, qui soulignent, parmi les qualités du président Braibant, « la capacité de mobiliser les hommes, le don de convaincre les administrations ou les ministres, le sens des vues synthétiques et prospectives, le goût du droit allié au pragmatisme et à la recherche de l'efficacité ». En 2011, un livre d'hommages, intitulé Guy Braibant, juriste et citoyen, lui a été dédié. Dans la préface de cet ouvrage, Jacques Fournier écrit à propos de son ami : « A la fois auteur, enseignant et praticien, défenseur de l'état de droit et cherchant à le faire progresser, adepte du modèle français de contrôle de l'administration et ouvert aux expériences étrangères, il a occupé pendant plusieurs décennies une position centrale, incontournable dirions-nous aujourd'hui, qui a fait de lui un juriste respecté dans son pays et internationalement reconnu ».

Quatre points en particulier ressortent de ces témoignages comme de l'ensemble des contributions de Guy Braibant à l'élaboration du droit : le souci d'intégrer le droit à une réflexion sur la société, la volonté de travailler en équipe, l'ouverture au monde, la recherche du progrès.

Attaché au droit et à ses valeurs, Guy Braibant est constamment soucieux de ses conséquences concrètes et de ses effets sur la société. Dès les premières pages du Droit administratif français, il souligne que le droit administratif est « un droit vivant et situé ». Il écrit : « Le droit est un élément important de la vie sociale ; l'on n'aborde pas d'une façon scientifique et correcte l'étude de la vie sociale si on néglige les facteurs juridiques. Cela est particulièrement vrai pour le droit administratif en France, parce qu'une des caractéristiques de notre administration, par rapport à beaucoup d'autres, est d'être très largement dominée par le droit, par des règles juridiques. Il n'est pas de grands événements, il n'est pas de grands problèmes de la société actuelle qui n'aient leur traduction ou leur reflet dans le droit administratif ». Le droit, et tout particulièrement le droit public, ne se décrit donc pas en vase clos. Irriguant la société, il exerce un effet structurant sur la vie quotidienne de chacun et il compose, avec les autres sciences sociales, le canevas qui explique et oriente l'ensemble de la vie collective.

Pour mener ses activités de réflexion, d'écriture, de rédaction, Guy Braibant ne se comportait pas en solitaire. Il aimait constituer des équipes, animer des travaux, échanger pour approfondir et préciser l'analyse, concevoir des projets d'une solidité renforcée grâce à une construction collective. Quelle qu'ait été la force de ses convictions personnelles, il cherchait à réunir les talents, sans aucun préjugé, et à associer tous ceux qui partageaient simplement l'ambition d'œuvrer du mieux possible et avec sincérité au bien commun. Sur tous les sujets, il fédérait les énergies par une exceptionnelle capacité à éléver le débat. Pour lui, l'élaboration du droit était avant tout le fruit de discussions éclairées et de volontés partagées.

Ancré dans le droit administratif français, imprégné du modèle français d'administration, Guy Braibant était curieux du monde et convaincu des vertus du droit comparé. Comme Tocqueville, il aurait pu dire : « En regardant l'Amérique, j'ai vu plus que l'Amérique ». L'horizon international fut constamment le sien. Après avoir été secrétaire général de l'Institut français des sciences administratives de 1966 à 1979, il s'impliqua beaucoup dans la vie de l'Institut international des sciences administratives, qu'il dirigea de 1979 à 1981 puis présida de 1992 à 1995. Il aimait les voyages, les rencontres avec les universitaires, les juges, les administrateurs, les hommes politiques étrangers. Il trouvait une grande satisfaction à voir ses ouvrages traduits dans de nombreuses langues et il fut honoré de recevoir le diplôme de docteur

honoris causa de l'université d'Athènes. Avec une personnalité connue et des travaux appréciés bien au-delà des frontières, il a grandement contribué au rayonnement du droit français en Europe et dans le monde.

Guy Braibant croyait au progrès. S'il louait les qualités de notre appareil juridique et administratif, il en percevait les faiblesses, en voyait les insuffisances, en dénonçait les lacunes. Loin de le décourager, le constat lucide de ces imperfections était pour lui un stimulant qui le conduisait à imaginer, à proposer, à continuer d'avancer. Attaché à certaines traditions, défenseur de principes intangibles, il avait l'esprit de réforme et le souci du mouvement. Pour lui, il y avait en permanence des étapes à franchir, des améliorations à rechercher, des avancées à opérer. Sans surestimer le rôle du droit dans la conduite des sociétés, il en faisait un des piliers sur lequel le progrès devait s'appuyer. Son approche de l'élaboration du droit était en conséquence dynamique et positive.

Ces quelques réflexions n'auront pas suffi à rendre compte des aspects si nombreux de la pensée de Guy Braibant, de la force de son action, de la richesse de sa personnalité. Reposant sur des convictions fortes, nourrie du travail d'une vie, inscrite dans le temps long, sa contribution à la construction du droit laisse une empreinte durable qui s'étend bien au-delà de la France. Son nom s'inscrit aux côtés des membres du Conseil d'Etat qui ont associé une œuvre doctrinale à des actions concrètes, tels Léon Aucoc, Edouard Laferrière, Raymond Odent. Aussi méritait-il pleinement de prendre place dans votre cycle de réflexion sur les grandes œuvres du droit administratif.