

REMERCIEMENTS*

JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA**

Cher Spyridon,

Chers Amis et Collègues,

À L'ÂGE de 76 ans, dont plus de 20 de participation engagée au Groupe européen de droit public, voici venu mon tour de me soumettre à notre rituel de la "Laudatio". Les noms et les visages de tant d'autres, que j'ai vus recevoir ici le même hommage, me viennent à la mémoire. Certains ne sont plus parmi nous. Quand je pense à la fécondité de leurs vies, comme chercheurs, enseignants et praticiens du Droit public, et à la renommée bien méritée que leur ont value leurs qualités intellectuelles et leur attachement aux valeurs, je mesure tout le sens de ce moment qu'il m'est donné de vivre ici, parmi vous. Un sens renforcé par la dimension académique et humaine de mes compagnons à cette célébration, Gérard Timsit et Eberhard Schmidt-Assmann.

C'est avec une grande émotion que je remercie les organisateurs de la "Laudatio" pour cette distinction. Permettez-moi tout d'abord de citer Spyridon Flogaïtis, à qui nous devons la fondation du Groupe européen de droit public et sa persistante dynamisation. Au fil du temps, grâce à la direction éclairée de Flogaïtis et Timsit et à la collaboration dévouée et fidèle de ses membres, le Groupe s'est institutionnalisé et a gagné un poids qui transcende l'échelle euro-

* Ce texte a été rédigé *a posteriori*, en développant les notes succinctes sur lesquelles ont été prononcés en l'occasion des mots de remerciement.

** Professeur émérite à la Faculté de droit à l'Université de Lisbonne

péenne. Je tiens également à exprimer toute ma reconnaissance à Jean-Bernard Auby, à Gordon Anthony et à David Duarte pour les aimables paroles qu'ils ont bien voulu prononcer à mon sujet. Elles traduisent la grande culture et la formation humaniste de ces collègues et amis qui resteront particulièrement associés à un moment aussi marquant de la vie de l'un de leurs modestes compagnons sur le chemin du progrès du Droit. Et elles renforcent ma croyance aux vertus de la connaissance mutuelle et du compagnonnage entre les spécialistes du droit public sans considération de nationalité.

Mon âge, allié au bon sens que la vieillesse est supposée nous apporter, ne me permet pas d'envisager le futur comme un champ encore ouvert à mon intervention personnelle. Cela ne veut pas dire que le temps à venir n'ait plus d'intérêt pour moi. Au plan génétique, socioculturel et civique, en tant que participant à une Histoire en devenir, je suis un infime maillon d'une chaîne dont les développements m'enthousiasment et m'inquiètent même si je sais que je ne les verrai pas. Mais c'est bien du futur dont nous nous occupons ici en permanence, au long des travaux du Groupe. Permettez-moi donc de regarder en arrière, du haut de ce sommet encore baigné de soleil, duquel je vais devoir descendre vers la vallée des ombres. Loin de moi l'idée de vous importuner avec des épisodes de ma vie personnelle. En revanche, je veux bien croire que mon témoignage sur l'évolution du droit administratif au long des 58 années que je lui ai consacrées peut présenter quelque intérêt. En tant que juristes spécialisés en droit public, nous avons tous une idée des grandes lignes de la transformation du droit administratif au cours du XX^{ème} siècle, une transformation qui, comme tout l'indique, s'est accélérée au cours de ces premières années du XXI^{ème} siècle. Mon expérience du droit administratif me permet de conjuguer les données d'une analyse théorique avec le récit d'un vécu subjectif, à la fois en tant qu'universitaire et en tant que jurisconsulte et avocat spécialisé. C'est en cela que pourrait éventuellement résider l'intérêt d'un témoignage. Je n'aurais pas pu imaginer meilleure assemblée pour le faire.

En 1955, alors âgé de 17 ans et étudiant en deuxième année de droit à l'Université de Lisbonne, je suivais les cours de droit administratif. Le titulaire de cette chaire était le Professeur Marcello

Caetano, véritablement l'auteur d'une première construction théorique intégrale du droit administratif dans mon pays. Même si ce n'est pas lui qui a assuré les cours en cette année scolaire 1955/56, nous avons étudié à partir de son *Manuel*, un vaste ouvrage qui alliait rigueur conceptuelle et grande clarté d'expression et qui conjuguait le souci des sources historiques et de la jurisprudence des tribunaux portugais avec une théorisation non dépourvue d'originalité mais en corrélation avec la production théorique étrangère, surtout française et italienne. Ce fut donc au travers de ce *Manuel*, mis à jour au long des décennies par des éditions successives, que, au Portugal, ceux de ma génération se sont initiés à la théorie générale du droit administratif. Et ce sont les fenêtres que cet ouvrage nous a ouvertes sur certains secteurs de la doctrine étrangère qui nous ont guidés dans les premiers contacts avec elle.

Je dirais que, en cette seconde moitié des années 50 du siècle dernier, le droit administratif qui m'a été enseigné correspondait à une idée fondamentale d'"Etat légal" ou "Etat administratif de légalité". "Etat légal" et non "Etat de droit", car au principe, généralement bien suivi, selon lequel les actes administratifs illégaux seraient déclarés nuls ou annulés par les tribunaux devant lesquels ils seraient attaqués, ne correspondaient pas les présupposés de l'origine démocratique de la loi et de la nécessaire conformité de la loi avec des valeurs essentielles dotées de force supralégislative.

Comme le Doyen Vedel allait l'observer quelques années plus tard à propos de la France, dans un célèbre essai intitulé *Bases constitutionnelles du droit administratif*, on pouvait déceler au Portugal à cette époque-là une solution de continuité entre les normes constitutionnelles et le droit administratif. Par rapport à la France, cette caractéristique s'aggravait au Portugal à cause de la liberté laissée au législateur par la nature non démocratique du régime en ce qui concerne la restriction des libertés publiques. Mais le positivisme logico-formel régnant conduisait, dans les deux cultures juridiques nationales, à reléguer au second plan la fonction des normes du droit public en tant que modèle matériel de situations subjectives face à l'administration pour ne valoriser pratiquement que leur rôle dans la validation formelle des commandements juridiques émis sous leur égide. Pour cette raison, le contentieux administratif "par nature"

n'était pas construit comme un contentieux de droits assisté par la plénitude des pouvoirs de décision du juge, mais comme un contentieux d'annulation, où le juge n'avait que le pouvoir d'annulation ou de déclaration de nullité des actes administratifs mais pas de condamnation de l'administration à pratiquer les actes et les prestations nécessaires à rétablir les situations juridiques subjectives affectées.

A une forte influence de la *Reine Rechtslehre* de Kelsen s'alliait ainsi, insensiblement, une vision objectiviste du droit administratif reçue du droit français. Le Droit était vu comme une pyramide de normes successivement concrétisées à mesure que l'on descendait d'échelon. A la base de la pyramide, les décisions des tribunaux administratifs avaient pour mission de rétablir l'harmonie du système perturbée par les conduites illégales de l'administration. La cause juridique dans le contentieux de l'excès de pouvoir était l'illégalité externe ou interne de l'acte administratif contre lequel le procès était fait et pas l'offense d'un droit subjectif.

Au Portugal, le principe de la compétence s'était affirmé dès le XIX^{ème} siècle. On ne reconnaissait pas à l'exécutif la titularité de pouvoirs originaires dès lors qu'ils n'étaient pas contredits par une loi, autrement dit de la "*Gesetzesfreiermessens*" à la manière allemande du XIX^{ème} siècle. L'influence de Kelsen n'a fait que renforcer cette caractéristique de notre droit public. Mais, comme la nécessité d'une base normative de toute l'activité administrative, ne serait-ce que concernant la titularité de pouvoirs discrétionnaires, était déjà un fait acquis au Portugal, la polémique qui opposait Kelsen et Otto Mayer à ce sujet n'a pas eu d'écho dans mon pays. Peut-être est-ce pour cela que l'impact de la théorisation de Kelsen n'a pas vraiment affecté l'influence d'Otto Mayer (connu au travers de traductions), tant en ce qui concerne la construction du droit administratif autour de la théorie de l'acte administratif vu quasiment comme une catégorie ontologique, qu'en ce qui concerne aussi l'isolation du droit administratif par rapport au droit constitutionnel ("*Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht*"). N'ayant pas (métaphoriquement) à prendre parti entre Kelsen et Otto Mayer, les publicistes portugais n'ont pas été amenés, avant le dernier quart du XX^{ème} siècle, à revoir de façon critique les thèses de ce dernier

quant à la seule centralité de la figure de l'acte administratif dans le droit administratif général et quant à la quasi-totale indépendance de ce dernier vis-à-vis du droit constitutionnel.

La mentalité dominante dans la seconde moitié des années cinquante du XX^{ème} siècle considérait donc, au Portugal comme aussi apparemment en France, que le système du droit administratif avait atteint un stade où, hormis quelques impacts de l'évolution législative et de la construction jurisprudentielle, l'essentiel était acquis. Face à la succession historique de modèles constitutionnels (l'histoire des Constitutions portugaises et françaises nous était enseignée en grand détail), s'affirmait l'inéluctable fixité du régime général du droit administratif fondé sur une théorie de formes juridiques permanentes.

Si ceux de ma génération qui se destinaient aux études de droit à l'université avaient déjà étudié la langue allemande (ainsi que le latin) au cours des deux dernières années du lycée, rares étaient nos professeurs qui connaissaient cette langue. Des auteurs comme Otto Mayer, Fleiner, Kelsen et Merkl étaient largement diffusés mais au travers de traductions dans des langues plus accessibles. Les administrativistes étrangers les plus étudiés étaient toutefois Hauriou et Jèze, Santi Romano et Zanobini, vu la préférence compréhensible pour la lecture des œuvres étrangères dans leur langue originale. Sans oublier bien sûr l'impact de certaines monographies d'une qualité remarquable, comme le *Traité des actes administratifs* de Michel Stassinopoulos. Paru en 1954, l'année où, à l'âge de 16 ans, j'entrais comme élève à la Faculté de Droit de Lisbonne, cet ouvrage devint bientôt lecture recommandée dans les classes de droit administratif à Lisbonne.

Au tournant des années 1960, une différenciation d'orientation méthodologique dominante dans la construction et l'application du droit administratif se dessine entre les Facultés de Droit de Lisbonne et de Coimbra (les seules à l'époque au Portugal). A Coimbra, le Professeur Afonso Queiró, qui avait étudié en Allemagne, introduisait la "jurisprudence des intérêts", fondée sur une vision des normes juridiques (en ce compris les normes juridico-administratives) comme des appréciations d'intérêts contradictoires devenues impératives pour certaines situations de la vie dépourvues de régu-

lation. Dans l'interprétation, ce qui comptait surtout c'était l'objectif de la norme, conçu comme la composition d'intérêts voulue par le législateur. Marcello Caetano, professeur titulaire de droit administratif à Lisbonne, objectait que "Tant que ... la jurisprudence d'intérêts se limite à attirer l'attention de l'interprète sur l'esprit de la loi, tout va bien - et il n'y a là rien de nouveau; mais quand elle prétend qu'il faut mettre de côté les concepts juridiques et écarter toute l'herméneutique traditionnelle au profit de la simple considération de l'objectif de la loi, c'est une doctrine fausse et socialement dangereuse". La méthode de la "jurisprudence des concepts" résistait ainsi à la suite d'une tradition logico-positiviste. Malgré les codes administratifs successifs en vigueur au Portugal, le niveau de définition normative du régime général des règlements et des actes et contrats administratifs était insuffisant. La préférence pour une méthodologie proche de la "jurisprudence des concepts" (*Begriffsjurisprudenz*) répondait ainsi à un besoin de construire au travers de la doctrine et de la jurisprudence une pyramide de concepts et de principes assurant les solutions que la loi n'apportait pas. Face à un considérable vide législatif, il semblait prématûr de se passer de la définition et de la systématisation logico-formelle révélées par la déduction scientifique afin qu'elles servent de modèles de l'activité administrative et de sa validité.

La délimitation de périodes bien définies au sein du flux évolutif permanent du droit a toujours quelque chose d'artificiel. Cependant, si nous ne voulons pas exagérer la fonction séparatrice des jalons choisis (à l'exception des ruptures constitutionnelles, le cas échéant), nous pouvons tout de même distinguer des caractéristiques qui confèrent un profil particulier à des phases qui se détachent les unes des autres. Du point de vue portugais - plus ou moins extensible à d'autres cultures juridiques nationales, parmi lesquelles l'espagnole, l'italienne ou même l'allemande - j'oserais qualifier une période délimitée entre 1960 et 1974 comme *les années du changement souterrain du droit administratif*.

J'appelle ce changement "souterrain" parce que, au long de ces années, la multitude de contributions jurisprudentielles, doctrinaires et législatives au changement des paradigmes du droit administratif n'était pas d'emblée susceptible d'assemblage dans une vision cri-

tique d'ensemble. De nouveaux problèmes sont résolus par la dogmatique juridique, avant qu'une théorisation méta-dogmatique n'extraie de ces données une conception innovante de l'essence, des coordonnées et du rôle du droit administratif. A la révision critique de concepts et de solutions cristallisés au long des décennies précédentes, ne succède pas toujours tout de suite une conception globale bien nette. A l'insatisfaction suscitée par les insuffisances ressenties (dont constitue un archétype génial l'essai de Jean Rivero, paru en 1962, *Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir*) ne correspond pas toujours tout de suite une identification claire des nouvelles manières de concilier pouvoir public et garanties, intérêt public et droits subjectifs publics.

En Allemagne et en Italie, le droit administratif acquiert peu à peu au long de ces années, entre 1960 et 1974, le caractère de "droit constitutionnel concrétisé". Cette synthèse lapidaire, énoncée par Fritz Werner en 1959, résumait bien et annonçait le sens des développements des décennies suivantes. La soumission de l'administration non seulement à la loi mais au droit comme un tout permettait de dépasser la vision classique de la légalité fondée uniquement sur l'obéissance à la loi parlementaire. La légalité - que certains préfèrent appeler "juridicité" - s'élargit afin d'englober les principes constitutionnels, parmi lesquels les propres droits fondamentaux, également revêtus d'une telle nature. De nouveaux modèles se dressent ainsi, avec différentes applications immédiates, notamment le renforcement de l'encadrement juridique de l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Bien qu'elles n'aient pas encore de base constitutionnelle expresse au Portugal ou en Espagne, la proportionnalité et la protection de la confiance (*Vertrauenschutz, legitimate expectations*) gagnent du terrain en tant que principes généraux du droit. Pour sa part, le principe d'égalité connaît de nouvelles applications, comme par exemple à propos de la réduction de la discrétionnarité à zéro.

Et, encore sans la couverture englobante du principe de la procédure non-contentieuse équitable, la jurisprudence commence à imposer certaines de ses manifestations les plus évidentes, comme le devoir de motiver les actes administratifs défavorables et le droit

d'audition des prévenus dans les procédures non-contentieuses de nature sanctionnatoire.

On assiste par ailleurs à un renouvellement du traitement dogmatique des formes juridiques typiques de la conduite administrative. Plusieurs aspects de la théorie générale des actes administratifs sont approfondis, comme celui du champ du concept pour la soumission au recours contentieux en annulation et celui des régimes d'inefficacité et d'invalidité. Les contrats administratifs émergent progressivement d'un statut de relative obscurité. La recherche des critères d'administrativité des contrats de l'administration dépourvus de nature civile se développe. La thèse traditionnelle du caractère exhaustif de la liste législative des contrats administratifs est contestée. La voie est ouverte pour que, dans la phase suivante, viennent s'ajouter à cette catégorie de base de nouveaux types de contrats et on accepte aussi l'admissibilité des contrats non typifiables au-delà de l'idée de la collaboration subordonnée de la part du cocontractant.

Peu à peu, la conception objectiviste pure du droit administratif en tant que simple système juridique de la titularité et de l'exercice du pouvoir public non législatif et non juridictionnel est remise en cause. Le développement de l'“Etat social”, prestataire de biens et de services, conduit à une reprise de l'étude de la figure des droits subjectifs publics, pratiquement mise de côté après la mort, dans les années 1940, du Professeur de droit public Rocha Saraiva, familier de la construction du *status* de G. Jellinek. Mais l'acceptation des droits subjectifs publics comme l'une des figures centrales du système de droit administratif remettait en cause la nature purement cassatoire des pouvoirs du juge administratif (complétée par le pouvoir de déterminer la suspension de l'efficacité des actes administratifs soumis à un recours contentieux). En fait, la prétention juridique individualisée concernant une conduite de l'Etat envers l'individu ne pouvait s'en tenir à la réparation de l'atteinte à la légalité objective. Elle impliquait au contraire le pouvoir de l'individu de saisir les tribunaux pour exiger la satisfaction de sa prétention juridiquement protégée. C'est ainsi que se développent au Portugal, durant cette période entre 1960 et 1974, des thèses et des études non seulement sur la nécessité de conférer aux tribunaux administratifs le pouvoir

de superviser l'exécution de leurs sentences cassatoires, mais aussi sur l'impératif d'établir un éventail de moyens processuels capable d'étendre la protection juridictionnelle à tous les types de préentions insatisfaites entre les particuliers et l'Administration, à l'image du modèle de justice administrative en vigueur depuis 1960 en Allemagne.

Tout au long de ces années, la tradition de recourir aux doctrines étrangères ne s'est pas perdue; elle s'est même intensifiée, non seulement pour une question de curiosité scientifique, mais aussi comme moyen de pallier la pénurie quantitative de production théorique confinée aux deux seules facultés de droit existantes à l'époque. C'était aussi le cas en Grèce, pour des raisons identiques. Dans les pays plus grands mais culturellement plus ouverts aux influences extérieures, l'intercommunication doctrinale prenait aussi une place croissante. Zanobini, le grand administrativiste italien de la première génération de l'après-guerre en est un exemple. Il soulignait en effet, en 1958, les "services utiles" que la doctrine étrangère pouvait rendre à l'étude du droit administratif national, en particulier en ce qui concerne l'identification des principes généraux (dont il affirmait ainsi implicitement la nature commune).

L'intercommunication doctrinale, à laquelle s'ajoutera plus tard la promotion de la convergence au travers du droit de l'Union européenne, constitue le premier pas d'une certaine homogénéisation de principes, de concepts et d'instituts des divers droits administratifs nationaux. Et cette homogénéisation allait devenir plus tard un facteur décisif de ce qui allait s'appeler la *mondialisation ou globalisation du droit*. Sans signifier l'uniformisation des ordres juridiques nationaux, la globalisation implique néanmoins une proximité de postulats qui confère une portée méta-nationale à de grands pans de l'élaboration théorique.

Dans les années 1960 et la première moitié de la décennie de 1970, de nouveaux grands noms émergent avec une audience accentuée dans la doctrine et dans la jurisprudence portugaises. Au risque d'un choix arbitraire, je citerai, parmi d'autres auteurs connus et influents, en France, Rivero, Vedel et de Laubadère et, en Italie, Giannini et Sandulli. L'accès direct aux sources en langue allemande par un secteur significatif des nouveaux enseignants de droit

administratif dans les universités portugaises a permis un dialogue doctrinaire plus approfondi avec des noms tels que Bachof, Ipsen et Jesch et le professeur de Zürich, Giacometti, qui systématise de façon innovante le droit administratif sur la base du principe de l'Etat de droit, en développant une vision relationnelle des situations subjectives fondamentales de l'individu face à l'Etat administrateur.

Sans mettre de côté une position, héritée des générations précédentes, d'exigence quant à la rigueur des concepts et à la nécessité de leur compatibilisation harmonieuse, les nouveaux publicistes de l'Ecole de Lisbonne s'efforcent désormais d'adapter la dogmatique du droit administratif aux paramètres de la jurisprudence des intérêts (*Interessenjurisprudenz*). A la Faculté de Droit de Coimbra (avec les Professeurs Queiró et Ehrhard Soares), cette voie avait été adoptée plus tôt. Les situations juridiques administratives exigent du législateur et de l'applyateur des formules d'ajustement entre les intérêts publics visés par les normes du droit administratif et les intérêts des particuliers dignes de protection juridique. L'exercice du pouvoir administratif est vu comme objet de droits subjectifs ou, du moins, d'intérêts légitimes des sujets non-administratifs des relations juridiques administratives. Le poids des réalités vitales dicte, ici et là, des corrections au raisonnement logico-formel.

Certains des travaux que j'ai publiés entre 1963 et 1974 reflètent manifestement l'ambiance décrite.

Dans ma première étude parue, en 1963, dans une revue juridique, j'ai cherché à mettre en évidence la fragilité de la classification conceptuelle des personnes morales en personnes de droit public et de droit privé. Le fait que la capacité juridique des personnes morales englobe toujours des situations juridiques subjectives actives et passives de droit public et de droit privé représentait l'une des différentes manifestations de la fragilité de la prétention d'ériger le droit administratif contemporain sur le présupposé de la barrière infranchissable entre droit public et droit privé.

En 1968, dans ma monographie intitulée *Théorie du rapport juridique d'assurance sociale*, j'ai tenté - en bénéficiant d'une base plus dense, apportée par un droit administratif spécial - de surmonter les habituels cadres naturalistes et normativistes pour adopter le rapport juridique comme instrument fondamental de la dogmatique de droit

administratif. Le rapport de droit administratif spécial se rattachait étroitement, dans ma construction, à de droits publics subjectifs. En l'espèce, il s'agissait, bien sûr, des droits aux prestations d'assurance sociale. C'était par ce biais que s'ouvrailient à l'époque au Portugal les voies qui allaient déboucher, après l'entrée en vigueur de la Constitution démocratique de 1976, sur l'adoption d'une conception partiellement subjectiviste et relationnelle du droit administratif général.

Enfin, en 1972, dans une étude sur le rôle des contrats administratif dans le droit portugais, j'ai tâché de démontrer l'adéquation de cet institut juridique pour exercer une fonction parallèle à celle de l'acte administratif. Entre autres implications, cette position obligeait à accepter l'idée de contrat administratif par nature (et non seulement par définition légale) et, par conséquent, l'admissibilité des contrats administratifs atypiques.

Après l'entrée en vigueur, dans la seconde moitié des années 1970, des Constitutions démocratiques au Portugal, en Espagne et en Grèce, une phase évolutive s'accentuait dans toute l'Europe occidentale qui se caractérisait par la *constitutionnalisation du droit administratif*. A l'instar de la Constitution italienne et de la Loi Fondamentale allemande, ces nouveaux textes renfermaient un nombre appréciable de préceptes qui ont servi de fondations à la reconstruction du droit administratif à différents plans, comme ceux des principes fondamentaux de l'activité et de l'organisation administratives, des droits fondamentaux des particuliers face à l'administration, des tâches de l'administration, de l'affirmation de l'autonomie politique et administrative des régions insulaires (des Açores et de Madère) et de l'autonomie administrative des collectivités territoriales, de la procédure administrative non-contentieuse, de la justice administrative et de la fonction publique.

Les développements à propos de ces différents points seraient nécessairement longs, aussi vais-je en rester là. Il suffit de dire que le visage du droit administratif a pris peu à peu des traits nouveaux au travers de la législation, de la jurisprudence et de la production doctrinaire et grâce à l'apparition de nouveaux instituts, au renouvellement des instituts traditionnels, ainsi qu'à la multiplication et à l'approfondissement des droits administratifs spéciaux. Le nombre de

facultés de droit a augmenté et la composition de leurs corps enseignants a été élargie. Le nombre d'épreuves de doctorat en droit public s'est mis à croître de façon exponentielle. Les publications périodiques et les mélanges entièrement consacrés au droit public ou abordant les questions de droit public se multiplient. On peut affirmer en effet que l'on trouve aujourd'hui au Portugal, contrairement aux périodes précédentes, des monographies et autres études couvrant pratiquement toutes les matières importantes. Sans que l'intérêt pour la doctrine étrangère se soit estompé, un équilibre tend à s'établir aujourd'hui entre elle et les citations d'œuvres portugaises dans les textes scientifiques.

L'adoption au Brésil, en 1988, d'une Constitution fondée sur le principe de l'Etat de droit et proche sous de nombreux aspects de la Constitution portugaise de 1976 a permis l'intensification de l'intercommunication entre les doctrines et les jurisprudences de ces deux pays. L'"arc euro-atlantique d'Etats constitutionnels" dont parle Häberle a ainsi pris une nouvelle dimension. Une langue commune et des racines historico-juridiques partagées favorisent le dialogue, aujourd'hui stimulé aussi par l'adhésion des droits nationaux aux mêmes principes généraux de droit constitutionnel et de droit administratif et à l'adoption d'instruments dogmatiques dont les ressemblances surpassent les différences.

Un autre facteur important de dynamisation du droit administratif portugais réside dans l'orientation "accueillante" de notre Constitution à l'égard du droit de l'Union européenne et du droit international. D'après l'article 8, paragraphe 4, de la Constitution portugaise, "les dispositions des traités qui régissent l'Union européenne et les normes émanant de ses institutions, dans l'exercice de leurs compétences respectives, sont applicables dans l'ordre interne, conformément au droit de l'Union, dans le respect des principes fondamentaux de l'Etat de droit démocratique". A son tour, le paragraphe 1 du même article 8 proclame que "Les normes et principes du droit international général ou commun font partie intégrante du droit portugais". Et le paragraphe 2 dispose que "Les dispositions des conventions internationales régulièrement ratifiées ou approuvées sont applicables dans l'ordre interne après leur publication officielle et aus-

si longtemps qu'elles engagent l'Etat portugais au plan international".

L'ordre juridique administratif portugais intègre donc aujourd'hui un vaste complexe normatif d'origine étrangère - immédiate ou médiate - et commun à la majorité des droits administratifs européens, en particulier dans des domaines tels que les marchés publics et les régulations sectorielles. Il en advient naturellement une syntonie transnationale croissante de l'objet des études doctrinales et des propositions explicatives et dogmatiques qui y sont formulées.

La syntonie transnationale trouve une origine supplémentaire dans le rapprochement croissant entre les droits administratifs continentaux et britannique. Déjà détecté à la moitié des années 1980 dans un livre précurseur de Spyridon Flogaïtis, ce mouvement s'est accéléré après l'adhésion du Royaume-Uni à l'Union européenne. Contre toute attente, il n'y a pas au sein du droit anglais de consolidation de deux sous-systèmes étanches selon qu'on doive appliquer aux situations en cause des normes de droit européen ou issues de ce dernier ou, au contraire, des normes d'origine purement nationale. Le risque de fracture a été contré par un facteur d'homogénéisation analysé par Gordon Anthony: la tendance au "spill-over" avec effet de généralité des décisions par lesquelles les tribunaux anglais appliquent des principes issus du droit européen aux situations qui y sont prévues.

Les universitaires portugais s'occupant du droit administratif ont bien perçu le moment où, une fois surmontées les difficultés de la distinction entre activité juridictionnelle et activité administrative, les tribunaux ont lancé les fondements du droit administratif anglais contemporain dans des décisions séminales comme celle rendue, en 1963, dans l'affaire *Ridge v. Baldwin*. A titre d'exemple j'observe que les pages que Paul Craig consacre aux contraintes de la *Common Law* sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire ("improper purposes", "relevancy", "bad faith") ou sur la protection de la confiance ("legitimate expectations") s'avèrent pleinement utilisables dans le cadre du droit administratif portugais.

Par les considérations qui précédent, j'ai essayé de résumer un parcours durant lequel, au long de 60 ans, mon expérience professionnelle s'est déroulée en parallèle à la constante évolution d'un

droit administratif pour moi à la fois objet de recherche et d'enseignement et recueil des instruments dogmatiques de la praxis comme jurisconsulte et avocat. Même si je continue d'étudier et d'écrire comme avant, je suis arrivé à la fin de ce parcours individuel. Cependant, loin de m'en empêcher, cela me pousse au contraire à demander - entre curiosité et perplexité - si nous ne sommes pas de nouveau entrés dans une phase de changement souterrain comme celle que j'ai vécue dans les années 50 et 60 du siècle dernier. La réalité change et dans son changement elle suit une voie qui, dans quelques années, avec le recul, paraîtra claire. Mais en ces jours marqués par l'indéfinition, voire par les apparentes contradictions, ce n'est pas moi qui endosserai l'habit de prophète pour annoncer les dénouements que le futur nous réserve. Je pourrai, en revanche, glaner rapidement et avec une inévitable subjectivité, quelques facteurs qui se détachent comme probables causes de changement. Mais je ne prétends pas par-là anticiper les coordonnées qui conduiront à un nouveau modèle de droit administratif général, qui se consolidera le jour où seront créées les conditions pour une relative stabilisation du système dans son ensemble.

En tant que champ matériel d'une branche du droit, l'administration a toujours été envisagée sous une double facette organisatoire et fonctionnelle. Le droit administratif est à la fois le droit statutaire d'un ensemble d'entités qui forment organiquement l'administration publique et le droit qui régit une activité qualifiée comme administrative par la nature publique des tâches et la spécialité des formes juridiques d'intervention. A partir du moment où l'administration est conçue non seulement comme un mode de réalisation des intérêts publics au travers de l'exercice de l'autorité mais aussi comme sujet d'un rapport juridique avec des personnes qui ont des droits et des devoirs configurés par des normes de droit public, le droit administratif n'est plus seulement le droit de l'administration, mais aussi le droit des sujets des situations juridiques individuelles face à l'administration.

Cependant, toutes ces réalités qui délimitent le champ du droit administratif ont pris de nos jours un profil plus imprécis. Au milieu du siècle dernier, Forsthoff écrivait que l'administration "permet qu'on la décrire mais pas qu'on la définisse". Mais aujourd'hui la

description de l'administration est elle aussi loin d'être aisée. Face à la "fuite vers le droit privé" et à l'attribution de pouvoirs publics à des personnes de droit privé, l'Administration publique ne peut plus être toujours identifiée selon le critère de la personnalité de droit public de ses entités/acteurs. Et la nouvelle mais puissante réalité du "service d'intérêt économique général" articule des activités considérées comme vitales pour les citoyens et pour la société comme un tout, avec la substitution des entreprises du secteur public par l'initiative privée soumise à la régulation publique. On atténue le rôle de l'administration en tant que prestataire de services et de biens dans le cadre des politiques sociales, tandis que son intervention s'amplifie en prenant pour référence le concept de régulation, d'origine anglo-saxonne. On attend de la régulation que l'Etat amoindrisse le rôle de la relation directe avec les individus en général afin d'assurer la satisfaction de leurs besoins élémentaires et se dédie dans une plus large mesure à créer des infrastructures normatives d'encadrement et à orienter les opérateurs de marché ou les entités privées guidées par des buts non lucratifs de solidarité sociale, contribuant ainsi indirectement à la réalisation de ces objectifs.

Ces lignes évolutives confluent vers une confrontation moins nette entre Etat et société, entre administration et "administrés", entre activité administrative et simples initiatives privées qui visent, sans but lucratif, la concrétisation de valeurs sociales de solidarité ou de défense et de jouissance de biens fondamentaux (culturels, environnementaux ou autres).

Mais l'accent sur les vertus de la régulation en tant que modalité de l'activité administrative n'obnubile pas l'intérêt porté par la doctrine contemporaine à un phénomène que les Allemands appellent *Steuerung*. Une traduction littérale de ce terme dans les langues latines ne rend pas suffisamment ce qu'il veut décrire. Il semble donc préférable d'employer avec le même sens - comme le fait en Espagne José Esteve Pardo - les termes *fonction directive* ou *capacité directive de l'administration*. La complexité de la société actuelle - marquée par son caractère de plus en plus pluraliste et par l'évolution souvent imprévisible et rapide des contextes technologique et économico-financier - fait ressortir les limites de la prévision législative de toutes les situations nécessitant une conformation publique

et aggrave les déficits d'exécution des dispositions normatives. Le nombre croissant de secteurs de la vie sociale confiés à l'autorégulation découle de la conscience de la nécessité de déconcentration des centres de décision, afin que la proximité avec les problèmes et la participation des intéressés permettent d'affiner les politiques administratives hors de portée du législateur. Le même objectif est aussi servi par l'attribution législative à l'administration de marges de libre appréciation et de libre décision lorsque celles-ci s'avèrent être l'outil préférable pour bien prendre en compte les connexions et les interactions entre les instruments juridiques d'intervention et la réalité sociale sur laquelle ils se projettent.

On assiste par ailleurs au transfert vers l'"espace global" d'une partie des objectifs et des moyens d'action qui étaient traditionnellement dévolus à l'Etat administrateur. Si les processus de dénationalisation des mécanismes de décision ne sont pas la seule cause de l'affaiblissement de la signification et de l'effectivité des modèles constitutionnels de représentation démocratique dans l'exercice des fonctions législative et administrative, ils contribuent à l'accélérer. Même si on n'y parvient pas tout à fait, on s'efforce de compenser les effets négatifs de ces phénomènes par de nouveaux instruments de transparence, de participation et d'"accountability". Sans ignorer l'importance des solutions d'ordre institutionnel, les mesures de nature procédurale occupent une place de plus en plus grande. C'est le cas non seulement quant à la formation des actes administratifs mais aussi en ce qui concerne la procédure de formation des règlements administratifs. Nombre de règlements contiennent des dispositions qui affectent de façon directe et immédiate des droits ou des intérêts protégés par la loi. Dans ces circonstances, l'impératif d'audition des intéressés se pose dans les mêmes termes que la nécessité d'une telle audition avant l'émission d'actes administratifs défavorable. Mais, même lorsque la portée des préceptes contenus dans les règlements semble être seulement de nature générale et abstraite, leur rôle dans l'accommodation des intérêts publics et privés justifie - notamment sous l'inspiration de la praxis nord-américaine - un plus grand degré de motivation et de contrôle sur la pondération menée à bien afin de déterminer les solutions et sur la concordance de ces dernières avec les fins visées par les lois réglementées.

Dans ces chapitres, comme dans beaucoup d'autres de la théorie générale du droit administratif, on observe de nos jours le rôle essentiel de la communauté juridique transnationale dans la formation d'un *jus commune administratif*. Le dialogue entre les doctrines des différents pays et entre la jurisprudence des tribunaux internationaux et nationaux constitue aujourd'hui le berceau du nouveau droit administratif dont les traits essentiels seront peut-être consolidés au milieu du XXI^{ème} siècle. La vision du droit administratif qui s'estompe peu à peu sous nos yeux aura alors certainement changé dans une large mesure. La graduation entre biens fondamentaux sera partiellement différente. L'entendement des valeurs-clés, la densification des principes structurants, la liste des concepts fondateurs et les critères de leur systématisation auront évolué. Mais, en tout cas, il s'agira toujours de la concrétisation et de l'application d'une formule qui a marqué en permanence le droit administratif et qui devra continuer de constituer la clé de son identité. Cette formule nucléaire permanente a toujours résidé, réside aujourd'hui et continuera de résider, comme conséquence de la nature de la société humaine, dans la recherche d'un équilibre équitable entre la protection des droits individuels par rapport aux pouvoirs publics et l'efficience d'une activité qui vise la satisfaction des besoins collectifs en demeurant soumise à de différents moyens d'"*accountability*".