

LA RÉCEPTION DU PRINCIPE DE SÉCURITÉ JURIDIQUE EN DROIT BRÉSILIEN

Édouard LEMOALLE

Volume 110, numéro 2, septembre 2008

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1045554ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1045554ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Yvon Blais

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

LEMOALLE, É. (2008). LA RÉCEPTION DU PRINCIPE DE SÉCURITÉ JURIDIQUE EN DROIT BRÉSILIEN. *Revue du notariat*, 110 (2), 607–629.
<https://doi.org/10.7202/1045554ar>

LA RÉCEPTION DU PRINCIPE DE SÉCURITÉ JURIDIQUE EN DROIT BRÉSILIEN

Édouard LEMOALLE*

I.	LA RECONNAISSANCE CONSTITUTIONNELLE DU PRINCIPE DE SÉCURITÉ JURIDIQUE.	612
II.	LES INCERTITUDES DE LA THÉORIE DE LA SÉCURITÉ JURIDIQUE	619

* Doctorant en droit de l'Université Paris-Dauphine. Nous tenons à exprimer notre gratitude à M. Arnaldo Wald (professeur à l'Université étatique de Rio de Janeiro, docteur *honoris causa* de l'Université Paris II), qui nous a fait l'honneur de ses judicieuses observations.

Résumé

L'institution de par le monde du principe de sécurité juridique structuré selon la jurisprudence et la doctrine européennes n'est pas sans rapport avec l'élargissement des intérêts et de la sphère d'influence européenne dans le monde. Elle n'est pas non plus étrangère à la rhétorique juridique faisant état des vertus du système juridique communautaire, qui en est la conséquence. Adapté à la logique mixte du droit brésilien, né des influences croisées des droits romanistes et du droit anglo-américain, le principe de sécurité juridique n'a pas eu de mal à s'implanter dans un système de droit « en développement », où il constitue un instrument régulateur de l'action publique qui tend à la prévisibilité et à la stabilité des situations individuelles tout en étant soumis aux impératifs de mutabilité et de flexibilité du droit.

Le droit comparé permet de constater les liens étroits existant entre le choix des institutions juridiques et l'appartenance de la nation dont il est question à telle ou telle zone d'influence politique internationale¹. Il en est ainsi du Brésil par rapport aux États-Unis. Certes, les vestiges du droit portugais ne sont point négligeables, notamment dans le domaine du droit privé². Il n'en reste pas moins que, en ce qui concerne le droit public, l'hybridité par laquelle s'illustrent les institutions brésiliennes n'est pas sans rapport avec les mutations qui ont marqué la politique internationale au moment de la consolidation de l'État-nation³. Ainsi, l'importation de méca-

1. Par exemple, ce n'est pas par hasard que les nations vaincues par les États-Unis lors de la Seconde Guerre mondiale ont emprunté le mécanisme de contrôle juridictionnel *judicial review* (Henry J. ABRAHAM, *The Judicial Process : An Introductory Analysis of the Courts of the United States, England and France*, 7^e éd., New York, Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 326 à 334).

2. Édouard LEMOALLE, « Le droit civil », dans Domingos Paiva de Almeida (dir.), *Introduction au droit brésilien*, Paris, Harmattan, 2006, p. 271.

3. Le Brésil, seule colonie portugaise en Amérique, a acquis son indépendance en 1822 pour devenir une République fédérative en 1889. Dès lors, un régime constitutionnel inspiré du modèle créé au XVII^e siècle aux États-Unis d'Amérique a été institué en 1891 au Brésil, qui a ainsi reçu de nombreux principes de la Constitution américaine de 1787, parmi lesquels se trouvent le fédéralisme, la séparation des pouvoirs et le contrôle constitutionnel des lois et de la légalité des actes du
(à suivre...)

nismes typiques du droit anglo-américain tels que l'*habeas corpus* et, surtout, la *judicial review* constitue une démonstration de l'hégémonie anglo-américaine dans la région tout au long des XIX^e et XX^e siècles⁴.

Nation forgée à partir d'une expérience coloniale classique, le Brésil appartient à ce groupe de pays dont la construction politique et juridique s'est bâtie dans le cadre ordinaire des nations situées en périphérie des grands systèmes de droit contemporains, ce qui s'explique par l'influence incontournable des institutions et des mœurs du pays ayant exercé durant trois siècles la tutelle coloniale, mais en même temps une grande ouverture à des expériences juridiques nouvelles, notamment américaines et européennes. En témoigne la circulation du principe de sécurité juridique, corollaire du principe de protection de la confiance légitime qui, après avoir pris naissance dans la jurisprudence allemande⁵, s'est diffusé dans

(...suite)

pouvoir exécutif par le pouvoir judiciaire. Cependant, dans la rédaction en 1891 des principes constitutionnels républicains brésiliens, a prévalu une technique analytique et non la formule synthétique de la Constitution américaine. Dans son application, les Brésiliens ont préféré la façon interprétative herméneutique. Par conséquent, le droit privé brésilien n'a pas été absorbé par les techniques interprétatives du droit constitutionnel américain, mais le droit public brésilien a été appliqué suivant les techniques du droit civil, résultat de la grande *vis attractiva* de cette branche du droit qui en principe régit essentiellement les rapports privés (Clóvis do Couto e Silva, « As Idéias Fundamentais da Constituição de 1891 », *Revista de Direito Público* 1980.14 :55/56.54).

4. L'enracinement de la pratique du contrôle de la constitutionnalité des lois au Brésil a été favorisé aussi bien par un ensemble de facteurs sociologiques et historiques que par une certaine souplesse institutionnelle qui a permis l'évolution et l'adaptation du modèle emprunté aux besoins locaux (Ana Lucia DE LYRA TAVARES, « Aspects de l'acclimatation du « judicial review » au droit brésilien », *Revue internationale de droit comparé* 1986.4.1135).
5. Le principe de protection de la confiance légitime a commencé à s'affirmer à partir d'une décision du Tribunal administratif supérieur de Berlin du 14 novembre 1956, puis dans un arrêt de la Cour administrative fédérale (*BverwGE*) du 15 octobre 1957, suivi par un courant continu jurisprudentiel dans le même sens. Dans la première de ces décisions, il s'agissait de l'annulation d'un avantage promis à une veuve d'un employé dans l'hypothèse où elle déménagerait de Berlin-Est vers Berlin-Ouest, ce qu'elle a fini par faire. Elle a reçu l'avantage en cause pendant un an, puis le bénéfice lui a été retiré au motif de son illégalité en raison d'un vice de compétence. Cependant, comparant le principe de légalité avec celui de protection de la confiance, le tribunal a jugé que ce dernier prévalait sur le premier (Harmut MAURER, *Droit administratif allemand*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1994, p. 290 et s.)

des arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes⁶, puis un peu partout dans le monde.

La question qui se pose alors est seulement de savoir dans quelles mesures les conditions juridiques et sociologiques du pays d'accueil peuvent contribuer à l'évolution et à l'enracinement des institutions importées ? Une question à laquelle nous allons essayer d'apporter des éléments de réponse au long de cet article sur la réception du principe de sécurité juridique en droit brésilien, notamment par la Cour suprême (*Supremo Tribunal Federal – STF*), qui à cet égard a rendu le 27 mai 2003 une décision remarquable⁷, conformément au vote du juge (*Ministro*) Gilmar Mendes.

Malgré son caractère provisoire⁸, cette décision rendue en référé (*liminar*) marque un tournant dans la « signification » du principe de sécurité juridique en droit brésilien⁹, en lui reconnaissant

-
6. La CJCE a reçu depuis la fin des années 1950 le principe de protection de la confiance légitime « de cas d'espèce en cas d'espèce comme une mosaïque se forme pièce par pièce » (Francis HUBEAU, « Le principe de la protection de la confiance légitime dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes », *Cahiers de droit européen* 1983.143, 144), donnant ainsi à la dynamique communautaire « une manifestation tout à fait particulière et significative » (Paolo MENGOZZI, « Évolution de la méthode suivie par la jurisprudence communautaire en matière de protection de la confiance légitime : de la mise en balance des intérêts, cas par cas, à l'analyse en deux phases », *Revue du marché unique européen* 1997.4.13, 18). Considéré aujourd'hui comme « un des éléments les plus importants du droit administratif européen encore en gestation » (Luciano PAREJO, « Prólogo », dans Federico A. Castillo BLANCO, *La protección de confianza en el derecho administrativo*, Madrid, Pons, 1998, p. 14), la confiance légitime est « une règle supérieure de droit » et un « principe « fondamental » du droit communautaire » (Sylvia CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, Paris, Dalloz, 2001, p. 25 et 27).
7. STF, 2^a Turma, Pet-*QO* 2900/RS, *Roberta de Leon Valiente c. Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. em 27/05/2003, DJ 01/08/2003, p. 142.
8. Ayant obtenu gain de cause en référé, la requérante s'est par la suite désistée et une décision de non-lieu a donc été finalement rendue le 2 avril 2007.
9. Dans la théorie linguistique, une nouvelle signification implique le passage d'une signification caractérisée par un certain signe vers une autre signification, provoquant un changement de valeur sémantique, sans pour autant modifier la valeur apparente du signe. « Tout acte de parole et, plus généralement, toute action, est une conjoncture » (Pierre BOURDIEU, *Ce que parler veut dire : l'économie des échanges linguistiques*, Paris, Fayard, 1982, p. 14). « La grammaire ne définit que très partiellement le sens, et c'est dans la relation avec un marché que s'opère la détermination complète de la signification du discours. Une part, et non la moindre, des déterminations qui font la définition pratique du sens, advient au discours automatiquement et du dehors » (*Ibid.*, p. 15). Les mots sont donc constitués par une précompréhension, par l'histoire de ce qui vient avant leur appréhension intelligible.

une valeur constitutionnelle, au même titre que celui de la légalité (I). Cette solution a été par la suite confirmée dans deux autres affaires¹⁰, où le rapporteur était ce même juge, qui a ainsi pu défendre sa thèse¹¹. Les juristes brésiliens confrontés à ce principe « venu d'ailleurs » semblent cependant en proie aux mêmes incertitudes que leurs homologues européens en ce concerne les éléments fondamentaux de cette théorie européenne portée à leur connaissance (II).

I. LA RECONNAISSANCE CONSTITUTIONNELLE DU PRINCIPE DE SÉCURITÉ JURIDIQUE

À partir du moteur de recherche du site Internet de la Cour suprême du Brésil, il est possible de mettre en évidence, à ce jour, un peu plus de 200 décisions contenant l'expression « principe de sécurité juridique » (*princípio da segurança jurídica*), dans des affaires allant du droit pénal et du droit civil au droit administratif et au droit fiscal, en passant par le droit social.

D'une façon générale, toutes ces décisions donnent une même signification au principe de sécurité juridique :

-
10. STF, Trib. Pleno, MS 24268/MG, *Fernanda Fiuza Brito c. Tribunal de Contas da União*, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, julg. em 05/02/2004, DJ 17/09/2004, p. 53, sur la cessation du paiement d'une pension spéciale concédée il y a dix-huit ans à un enfant adopté illégalement ; STF, Trib. Pleno, MS 22357/DF, *Ivete do Socorro Abreu c. Tribunal de Contas da União*, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. em 27/05/2004, DJ 05/11/2004, p. 6, sur le maintien d'un salarié à un poste dans une entreprise publique malgré son échec à un concours de la fonction publique pour y accéder.
11. « En droit administratif, il est souvent reconnu que l'administration ne peut pas revenir sur un acte illégitime en raison du principe de sécurité juridique. En ce sens, il convient de rappeler la leçon de Hans-Uwe Erichsen : « Le principe de légalité qui s'impose à l'administration est à peine un des divers éléments du principe de l'État de droit. Ce principe comprend, également, le postulat de la sécurité juridique (*Rechtssicherheit und Rechtsfriedens*) duquel découle l'idée de la protection de la confiance. Légalité et sécurité juridique en tant que dérivations du principe de l'État de droit ont la même valeur et position hiérarchique. Cette solution implique qu'une solution adéquate pour le cas concret dépende d'un jugement de pondération qui prenne en compte toutes les circonstances caractérisant la situation singulière (Hans-Uwe ERICHSEN et Wolfgang MARTENS, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6^e éd., Berlin, New York, [Walter de Gruyter], p. 240) » (Gilmar F. MENDES, *Jurisdição Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 261). Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Brasília, Gilmar Mendes est *Doktors der Rechte* de la *Rechtswissenschaftliche Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster*. Sa thèse de doctorat portant sur le contrôle abstrait des normes devant la Cour constitutionnelle allemande et la Cour suprême du Brésil, a été rédigée sous la direction du professeur Hans-Uwe Erichsen, alors président de l'Université de Münster.

- a) la sécurité juridique justifie la clôture d'une procédure judiciaire en raison de l'inertie d'une des parties à l'instance (*decadência*)¹² ;
- b) la sécurité juridique fonde la prescription d'un droit d'agir en justice (*prescrição*)¹³ ;
- c) la sécurité juridique explique l'intangibilité d'une question déjà tranchée dans une phase antérieure de la procédure civile (*preclusão*)¹⁴ ;
- d) la sécurité juridique explique l'autorité de la chose jugée (*coisa julgada*)¹⁵ ;
- e) la sécurité juridique protège les droits acquis (*direitos adquiridos*)¹⁶ ;
- f) la sécurité juridique protège l'acte juridique parfait (*ato jurídico perfeito*)¹⁷ ;

12. STF, Trib. Pleno, AR-QO 1323/RS, *Raul Silva Costa c. Caixa Econômica Federal*, Rel. Min. Moreira Alves, julg. em 03/11/1989, DJ 09/02/1990, p. 572.

13. STF, 2^a Turma, AI-AgR 140751/RJ, *Alcir da Silva Machado c. Fundação Leão XIII*, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. em 09/06/1992, DJ 25/09/92, p. 16186, sur les effets de l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution de 1988 sur les délais des actions en justice pour revendiquer des droits apparus sous l'ancien ordre constitutionnel.

14. STF, 2^a Turma, AI-AgR 249470/BA, *Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) c. Adauto Lima Santiago Filho*, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. em 10/10/2000, DJ 01/12/2000, p. 74 : « [l]e prix à payer pour vivre dans un État démocratique de droit, c'est la stabilité des relations juridiques et la sécurité juridique engendrées par la préclusion ».

15. STF, Trib. Pleno, AR 1461/PE, *Gesival Oliveira Cassimiro c. Nilton da Silva Correia*, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. em 21/06/2001, DJU 14/03/2003, p. 74

16. STF, 1^a Turma, RE-ED 367166/RN, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 16/05/2003, p. 106, sur le maintien d'un régime spécial de retraite de fonctionnaires publics.

17. STF, 2^a Turma, RE 194662/BA, *Sindiquímica c. Sinper*, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. em 18/09/2001, DJ 19/04/2002, p. 59, sur le maintien du taux d'indexation monétaire stipulé dans une convention collective en dépit de l'entrée en vigueur d'une nouvelle loi modifiant ce taux ; STF, 2^a Turma, AI-AgR 210678/PR, *Banco Central do Brasil c. Amadeu Luiz de Mío Geara*, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. em 18/12/1998, DJ 18/12/ 1998, p. 54, sur l'inapplication de la loi nouvelle instituant le « Plan Collor » au taux d'intérêt des comptes d'épargne lorsque les sommes déposées y sont indisponibles : « [l]a sécurité juridique impose le respect de ce qui a été fixé initialement ».

- g) la sécurité juridique interdit à l'administration de modifier de façon unilatérale des situations juridiques subjectives préalablement définies par un acte administratif¹⁸ ;
- h) la sécurité juridique limite l'exigence de formalités procédurales¹⁹ ;
- i) la sécurité juridique fonde le principe de la non-rétroactivité de la loi lorsqu'elle est plus sévère envers les libertés individuelles²⁰ ou défavorables aux situations consolidées par le temps ou protégées par la loi²¹.

La Cour suprême du Brésil a également pu décider que :

- j) la sécurité juridique n'est pas affectée mais renforcée par l'interdiction de preuves par simples témoignages dans les matières afférentes aux concessions de bénéfices spéciaux à certaines catégories de personnes, conformément à la situation dans laquelle elles se trouvent²² ;

-
- 18. STF, 2^a Turma, RE-AgR 118927/RJ, *Estado do Rio de Janeiro c. Luis Sérgio Pereira*, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. em 07/02/1995, DJU 10/08/1995, p. 23556, sur l'interdiction de modifier les règles d'un concours public une fois que les épreuves ont commencé : « [l]a sécurité juridique, spécialement celle qui concerne la relation entre le citoyen et l'État, interdit la modification demandée » ; STF, Trib. Pleno, MS 21791/BA, Rel. Min. Francisco Rezek, julg. em 25/03/1994, DJ 27/05/1994, p. 13187.
 - 19. STF, 2^a Turma, HC 69906/MG, *Antônio Luiz c. Carmen Magalhães Castro e José Nilo de Castro*, Rel. Min. Paulo Brossard, julg. em 15/12/1992, DJU 16/04/1993, p. 6434, sur l'absence du caractère indispensable d'un acte de ratification expresse par le procureur général de justice d'une cour d'appel lorsqu'il apparaît clairement que, dans ses considérations finales, celui-ci est d'accord avec la dénonciation : « [l]es garanties processuelles sont certes des garanties fondamentales de la liberté individuelle et de la sécurité juridique. Mais, en accord avec ce dernier principe, il ne faut pas tomber dans le fétichisme et l'exagération inutile pour demander l'annulation d'actes parfaitement légaux adoptés par un procureur de justice et un juge de première instance. Ces actes continuent d'être légaux même si, en vertu de la nouvelle loi, c'est désormais la Cour d'appel qui est compétente ».
 - 20. STF, Trib. Pleno, ADI-MC 605/DF, Rel. Min. Celso De Mello, julg. em 23/10/1991, DJ 05/03/1993, p. 2897.
 - 21. STF, 2^a Turma, RE 193124/RJ, *Dagmar Esteves Dias c. União Federal*, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. em 16/12/1997, DJ 20/03/1998, p. 16, sur la non-rétroactivité de droits reconnus aux fonctionnaires publics par la nouvelle Constitution de 1988 : « [i]l ne faut pas confondre l'application immédiate de la loi avec son caractère rétroactif, sinon la sécurité juridique est atteinte ».
 - 22. STF, Trib. Pleno, ADI 2555/DF, *Partido Trabalhista Brasileiro c. Presidente da República*, Rel. Min. Ellen Gracie, julg. em 03/04/2003, DJ 02/05/2003, p. 25, sur la concession de pensions à des anciens combattants de la Seconde Guerre mondiale.

- k) la sécurité juridique n'interdit pas qu'une loi nouvelle ou un acte administratif définisse des situations juridiques dès lors que le principe de légalité est respecté, dans la mesure où ce dernier ne limite pas de manière absolue le pouvoir d'action de l'État²³.

En tant que corollaire subjectif de la sécurité juridique dans son aspect temporellement dialectique, le principe de protection de la confiance légitime vient ainsi concrétiser – tout en relativisant – certaines de la sécurité juridique, en tenant compte de la situation particulière de la personne privée – physique ou morale – concernée par les effets inévitables des modifications de la ligne de conduite adoptée par les pouvoirs publics. Autrement dit, la sécurité juridique implique, en dehors de certaines qualités de l'ordre juridique en vigueur, la confiance légitime de cette personne que le contenu de cet ordre ne connaîtra pas de modifications susceptibles d'affecter ses décisions importantes de manière imprévisible, à moins que de telles modifications ne soient justifiées par des raisons impérieuses. L'idée de protection de la confiance légitime, qui tend à la prévisibilité et à la stabilité des situations tout en étant soumise aux impératifs de mutabilité et de flexibilité du droit, intéresse la validité des normes juridiques dans le temps, et est ainsi étroitement liée au facteur temps.²⁴

À cet égard, l'article 2 de la loi brésilienne n° 9.784 du 29 janvier 1999 relative à la procédure administrative au sein de l'administration fédérale dispose que « [l']administration publique doit obéir, entre autres, aux principes de légalité, de finalité, de motivation, de raison, de proportionnalité, de moralité, du respect suffisant de la défense, du contradictoire, de la sécurité juridique, de l'intérêt public et de l'efficacité ». Ce dispositif légal assure aussi la promotion, dans les procédures administratives, de l'efficacité dans le respect des normes morales de probité et de bonne foi. L'article 54 de cette loi ajoute que « [l]e droit de l'administration d'annuler les actes administratifs dont les effets sont favorables à leur destinataire se prescrit après cinq ans à compter du jour de leur adoption, sauf cas de mauvaise foi ».

Dans un même ordre d'idées, deux autres lois adoptées également cette même année 1999 se réfèrent au principe de sécurité

23. STF, 1^a Turma, RMS 23543/DF, *Sindicato dos cultivadores de cana-de-açúcar no Estado de Pernambuco c. União Federal*, Rel. Min. Ilmar Galvão, julg. em 27/06/2000, DJ 13/10/2000, p. 21, sur la libéralisation des prix de la canne à sucre.

24. Sylvia CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, Paris, Dalloz, 2001, p. 3.

juridique en tant que norme constitutionnelle : d'une part, l'article 27 de la loi n° 9.868 du 11 novembre 1999 relative à l'action directe d'inconstitutionnalité et l'action déclaratoire de constitutionnalité et, d'autre part, l'article 11 de la loi n° 9.882 du 3 décembre 1999 relative à l'action contre la violation de préceptes fondamentaux. Suivant l'exemple du droit constitutionnel portugais²⁵, ces deux textes législatifs donnent à la Cour suprême du Brésil la faculté, « après avoir déclaré l'inconstitutionnalité d'une loi ou d'un acte administratif et compte tenu des considérations de sécurité juridique ou d'intérêt social exceptionnel [...] en vertu d'une majorité de deux tiers de ses membres, de restreindre les effets de cette déclaration ou de décider qu'elle ne produira d'effets que lorsqu'elle aura force exécutoire ou à partir d'un autre moment qui devra être défini ».

Il convient de noter que, traditionnellement, le droit constitutionnel brésilien reconnaît en principe les effets *ex tunc* d'une décision judiciaire déclarant l'inconstitutionnalité d'une loi. L'explication de cette solution, qui est inspirée de la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis d'Amérique²⁶, réside dans le principe de la suprématie de la Constitution par rapport à la loi. La loi est adoptée en conformité ou non avec la Constitution et, lorsque se vérifie cette seconde hypothèse, l'acte législatif est alors dès son origine nul (*null and void*), ne pouvant donc plus produire des effets juridiques ; à défaut, il y aurait une inversion de la hiérarchie des normes dans la mesure où la Constitution occuperait une place inférieure à une loi ordinaire²⁷.

25. L'article 282 4° de la Constitution du 2 avril 1976 de la République portugaise dispose que « [l]orsque la sécurité juridique, les raisons d'équité et l'intérêt public d'une pertinence exceptionnelle valablement motivée l'exigent, le Tribunal constitutionnel peut limiter les conséquences de la sanction prononcée à la suite de la déclaration d'une inconstitutionnalité ou d'une illégalité ».

26. Arnold O. GINNOW et Milorad NIKOLIC, « Constitutional Law », dans *Corpus Juris Secundum : a complete restatement of the entire American law as developed by all reported cases*, vol. 16, St Paul, Minn., West Publishing, 1985, § 108 à 110, p. 356 à 367.

27. « La hiérarchie des normes juridiques est caractéristique d'un certain ordre juridique et social que l'on peut appeler, faute d'une expression plus adéquate, l'ordre juridique libéral. Elle présuppose une certaine vision de l'ordre juridique, postule qu'il y a une norme suprême à laquelle sont subordonnées d'autres normes, qui s'imposent elles-mêmes à d'autres normes, et la suprématie du droit n'est établie que si une hiérarchie est assurée » (Charles DEBBASCH, Jean-Marie PONTIER, Jacques BOURDON et Jean-Claude RICCI, *Droit constitu-*
(à suivre...)

Cependant, la pratique a montré qu'une loi inconstitutionnelle, avant d'être déclarée telle, produit des effets juridiques ou du moins dans les faits (*it is an operative fact*), créant ainsi des expectatives légitimes pour les citoyens de bonne foi. C'est pourquoi la Cour suprême des États-Unis a adopté une solution plus réaliste et pragmatique (*balancing test*) en admettant, quoique de façon exceptionnelle, les effets *ex nunc* d'une décision judiciaire déclarant l'inconstitutionnalité d'une loi²⁸. « La tutelle de la bonne foi exige, dans des circonstances déterminées notamment lorsque la loi n'est pas encore déclarée inconstitutionnelle alors que des relations se sont établies entre un particulier et les pouvoirs publics, une relativisation de la rétroactivité de la décision déclarant l'inconstitutionnalité, à défaut le particulier pourrait subir un préjudice en agissant conformément au droit objectif », défendait le juge brésilien Leitão de Abreu en 1977 dans un vote vaincu²⁹.

La jurisprudence brésilienne a alors fini par accepter la solution qui consiste à maintenir les effets des actes administratifs illégaux³⁰, même s'il est vrai que la justification d'une telle option était

(...suite)

tionnel et institutions politiques, 3^e éd., Paris, Économica, 1990, p. 81). À l'origine d'une telle conception, se trouvent la séparation radicale entre la société et l'État, la marge de manœuvre relativement étroite de l'action administrative et la stabilité relative de la production normative de l'État, ainsi que l'hypothèse où les relations entre l'État et les particuliers sont fondamentalement des relations de pouvoir, de sujétion et de subordination. Ainsi, l'État est économiquement et philosophiquement libéral, agissant d'une façon essentiellement répressive : « ce qui n'est pas expressément interdit, est permis ». Ce qui n'était pas prévu dans la loi (principe de légalité) configurerait le champ de la libre initiative des individus (principe de l'autonomie privée). L'action administrative était en fait une absence d'action ou un devoir d'abstention.

28. Westel WOODBURY WILLOUGHBY, *The Constitutional Law of the United States*, 2^e éd., New York, Baker Voorhis and Co., 1929.
29. STF, 2^a Turma, RE 79.343/BA, Rel. Min. Leitão de Abreu, julg. em 31/05/1977, DJ 02/09/1977, p. 5970. V. les commentaires de Gilmar F. MENDES, *Jurisdição Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 255 et s.
30. Par exemple, il existe une jurisprudence constante et abondante de la Cour suprême du Brésil (STF) selon laquelle une inscription illégale dans une université publique ne peut pas être annulée lorsque le tribunal statue enfin sur le litige après des années de procédure judiciaire alors que l'étudiant a déjà terminé sa formation : Trib. Pleno, RMS 14017/GB, Rel. Min. Antônio Villa Boas, julg. em 22/03/1965, DJ 23/06/1965 ; 3^a Turma, RMS 13807/GB, Rel. Min. Prado Kelly, julg. em 03/03/1966, DJ 01/06/1966, p. 1866 ; 3^a Turma, RMS 16742/GB, Rel. Min. Luis Gallotti, julg. em 13/12/1966, DJ 24/05/1967 ; Trib. Pleno, RMS 15512/BA, Rel. Min. Hermes Lima, julg. em 13/10/1966, DJ 24/11/1967 ; 1^a Turma, RMS 17144/GB, Rel. Min. Lafayette de Andrada, julg. (à suivre...)

juridiquement peu satisfaisante dans la mesure où elle ne se fondait que sur le constat selon lequel une situation de fait – qui, malgré son caractère illégal, continue à produire durablement des effets – peut être transformée en situation de droit³¹. Ainsi, suivant la solution adoptée par la Cour suprême des États-Unis, la jurisprudence brésilienne était guidée par des considérations pragmatiques, sans se préoccuper de définir les fondements théoriques ou d'identifier les principes juridiques justifiant ses décisions.

Or, seule une norme constitutionnelle peut atténuer le principe de la suprématie de la Constitution, notamment la nullité *ipso iure* d'une loi inconstitutionnelle et les effets *ex tunc* d'un arrêt déclarant l'inconstitutionnalité d'une loi. La différence entre les anciennes décisions de la Cour suprême du Brésil et les plus récentes réside donc dans leur justification herméneutique. Alors que les dernières, comme, par exemple, celle susvisée du 27 mai 2003 rendue conformément au vote du *Ministro* Gilmar Mendes, reconnaissant la valeur constitutionnelle du principe de sécurité juridique, les premières se contentent de constater que l'acte administratif « a déjà créé une situation de fait et de droit, que le temps a consolidé », observait, il y a trente ans, Bilac Pinto, un grand magistrat brésilien³².

(...suite)

em 10/10/1966, DJ 30/11/1966 ; 2^a Turma, RE 108010/PB, Rel. Min. Francisco Rezek, julg. em 17/06/1986, DJ 01/08/1986. Cette jurisprudence constitutionnelle a été reprise par la Cour suprême infra-constitutionnelle du Brésil (*Superior Tribunal de Justiça – STJ*) : 1^a Seção, EREsp 140726/RN, Rel. Min. Adhemar Maciel, julg. em 23/09/1998, DJ 16/08/1999, p. 40 ; 1^a Seção, EREsp 155052/RN, Rel. Min. José Delgado, julg. em 09/12/1998, DJ 19/04/1999, p. 72 ; 2^a Turma, REsp 137989/CE, Rel. Min. Francisco Pecanha Martins, julg. em 03/11/1998, DJ 10/05/1999, p. 134 ; 2^a Turma, REsp 163185/ES, Rel. Min. Ari Pargendler, julg. em 03/09/1998, DJ 26/04/1999, p. 82 ; 1^a Seção, REsp 144770/PR, Rel. Min. Ari Pargendler, julg. em 10/02/1999, DJ 26/04/1999, p. 41 ; 1^a Turma, REsp 175313/PB, Rel. Min. José Delgado, julg. em 03/11/1998, DJ de 22/03/1999, p. 70.

31. À titre comparatif, en France, le Conseil d'État reconnaît au juge la possibilité de moduler dans le temps les effets de l'annulation d'un acte administratif. De façon exceptionnelle, le juge administratif peut priver une annulation de son effet rétroactif « s'il apparaît que cet effet rétroactif est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives » (CE Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, Rec., p. 197).

32. STF, 1^a Turma, RE 85179/RJ, Rel. Min. Bilac Pinto, julg. em 04/11/1977, DJ 02/12/1977. V. aussi dans un même ordre d'idées : 3^a Turma, RMS 13807/GB, Rel. Min. Prado Kelly, julg. em 03/03/1966, DJ 01/06/1966, p. 1866 ; 1^a Turma, RMS 17144/GB, Rel. Min. Lafayette de Andrada, DJ 30/11/1966, p. 14193.

II. LES INCERTITUDES DE LA THÉORIE DE LA SÉCURITÉ JURIDIQUE

Au Brésil, le débat sur le principe de sécurité juridique se place sur le plan du droit constitutionnel et notamment de la jurisprudence de la Cour suprême³³. En effet, le principe de légalité s'équilibre et s'articule avec d'autres principes constitutionnels qui donnent la mesure de son application (*balancing test*). Parmi ces principes se trouve, depuis la décision susvisée du 27 mai 2003, le principe de protection de la confiance légitime. Dans cette perspective, le principe de sécurité juridique se traduit par la rationalisation de l'action étatique dont l'objectif est destiné à satisfaire l'intérêt collectif et non plus seulement l'intérêt individuel. La confiance du citoyen envers l'administration est liée à un devoir qui se dédouble, conférant deux sens divers à un même syntagme. D'une part, l'administration doit protéger les situations de confiance fiables traduites par la bonne foi et la croyance des citoyens dans la légitimité des actes administratifs ou dans la régularité de certaines conduites. D'autre part, elle doit agir conformément à ce que lui dicte la bonne foi, considérée comme une norme de conduite productrice de comportements actifs et positifs.

À titre comparatif, en Europe, le principe de protection de la confiance légitime intervient notamment : en faisant la liaison entre l'action étatique et l'extension de certains droits sociaux accordés à certaines catégories qui doivent être spécialement protégées, comme les travailleurs immigrés³⁴ ; en renforçant l'obligation de

33. La non-rétroactivité de la loi est consacrée au Brésil à l'article 5 XXXVI de la Constitution fédérale du 5 octobre 1988, actuellement en vigueur. En revanche, en France, c'est l'article 2 du Code civil qui dispose que « [l]a loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a point d'effet rétroactif ». Il s'agit donc d'une règle qui ne s'impose pas au législateur et qui n'a pas révoqué la législation antérieure, notamment révolutionnaire, qui disposait rétroactivement lors de l'édition du Code civil, qui du reste ne peut pas interdire qu'une loi produise des effets rétroactifs car seule la Constitution peut le faire. Les destinataires de la solution consacrée à l'article 2 sont donc essentiellement les juges (Paul Roubier, *Le droit transitoire : conflits de lois dans le temps*, 2^e éd., Paris, Dalloz Sirey, 1960, p. 90).

34. « Il considère que c'est justement lorsque des périodes d'assurance ont été accomplies dans plusieurs États membres que les intéressés sont défavorisés, du fait de la juxtaposition de divers ordres juridiques, par rapport aux travailleurs qui n'ont travaillé que dans un seul État membre. Une protection particulière de la confiance légitime des travailleurs migrants se justifierait de ce point de vue, ce à quoi pourrait contribuer une limitation à deux ans des effets rétroactifs de recalculs en principe prévus par le droit national » (CJCE 19 juin 2003, (à suivre...))

motivation des actes administratifs³⁵ ; en protégeant des états de fait qui ne se présentent pas comme des droits acquis, mais comme des situations de confiance ou d'attente fondées en raison d'un certain comportement. Elle intervient également de manière très importante en droit de la concurrence, en établissant la distinction entre le champ sémantique de la sécurité juridique et celui de la confiance légitime³⁶, ce dernier étant configuré par la manutention de la régularité de certains comportements administratifs, conformément aux circonstances du cas concret³⁷. À la différence de la

(...suite)

Sante Pasquini c. Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS), aff. C-34/02, § 46).

35. « Selon une jurisprudence constante, l'obligation de motiver une décision individuelle a pour but de fournir à l'intéressé une indication suffisante pour savoir si la décision est bien fondée ou si elle est, éventuellement, entachée d'un vice permettant d'en contester la validité et de permettre au juge communautaire d'exercer son contrôle sur la légalité de la décision. La portée de cette obligation dépend de la nature de l'acte en cause et du contexte dans lequel il a été adopté » (TPI 9 juillet 2003, *Vlaams Fonds voor de Sociale Integratie van Personen met een Handicap c. Commission*, aff. T-102/00, § 100).
36. « Ensuite, la sécurité juridique, en son sens large, objectif et abstrait, est indifférente à la nature de la situation en cause. Elle vise à garantir la fiabilité dans le temps de l'ordre juridique dans son ensemble, que la situation en question soit bénéfique ou onéreuse : la sécurité juridique qui prend en compte la situation objective du droit peut jouer en faveur ou au détriment des intéressés. En outre, elle exige notamment du droit, de façon générale et abstraite, qu'il ne soit pas rétroactif, ni foisonnant, et qu'il soit public, cohérent, clair et précis [...]. De façon plus réductrice du point de vue de la personne privée, la sécurité juridique semble comporter également – et uniquement ici – une dimension subjective et concrète [...]. Dans cette logique, la théorie de la protection de la confiance légitime exige que seul l'intérêt de la personne privée à la fiabilité des situations soit pris en considération » (Sylvia CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, Paris, Dalloz, 2001, p. 167).
37. « Les requérantes soutiennent que la Commission a violé le principe de protection de la confiance légitime au motif que, durant la procédure administrative, le comportement de la Commission a fait naître, chez elles, une confiance légitime quant à la méthode de calcul de l'amende qui serait utilisée. Contrairement à ce que prétend la Commission au considérant 328 de la Décision, la confiance légitime quant au mode de calcul pourrait trouver son origine dans les déclarations et l'attitude des institutions et non pas seulement dans la communication sur la coopération » (TPI, 9 juillet 2003, *Kyowa Hakko Kogyo et Kyowa Hakko Europe c. Commission*, aff. T-223/00, § 25). Le TPI considère que « le personnel de la Commission, dont les actes et déclarations seraient, selon la jurisprudence, assimilables au comportement de l'institution (arrêts de la Cour du 11 mai 1983, *Klöckner-Werke/Commission*, 303/81 et 312/81, Rec., p. 1507, points 28 et s., et du Tribunal du 12 octobre 1999, *Acme/Conseil*, T-48/96, Rec., p. II-3089, point 48), leur aurait fourni, durant la procédure administrative, des assurances précises sur l'utilisation de cette méthode de calcul du montant des amendes.
- (à suivre...)

sécurité juridique qui se pose comme un fondement presque axiomatique, général et abstraitement perceptible, la confiance est évaluable seulement dans des circonstances concrètes.

Cette construction jurisprudentielle de la Cour du Luxembourg est acceptée par les juges nationaux et la doctrine, notamment en Allemagne, en France, en Espagne ou encore en Italie. Dans tous ces pays, les auteurs s'interrogent toutefois sur le fait de savoir si la « source » du principe de protection de la confiance légitime ne se situerait non pas dans le principe de légalité, mais dans les droits fondamentaux, devenus grâce à l'action des juridictions constitutionnelles et communautaires « une référence incontournable de tout ordre juridique »³⁸. D'autres auteurs allemands considèrent cependant que le principe de protection de la confiance légitime constitue « un dérivé de l'exigence générale bonne foi, c'est-à-dire l'une de ses concrétisations ou l'une de ses expressions spéciales, voire qu'il se déduit, plus spécifiquement du principe de l'« estoppel » ou de l'idée similaire de la « culpa in contrahendo » »³⁹.

(...suite)

Comme le confirmerait la Décision (considérants 319 à 328), ces assurances résulteraient des déclarations expresses du personnel de la Commission en charge du dossier, par lesquelles il aurait été confirmé que la pratique habituelle de la Commission consistait à évaluer le montant de l'amende en se fondant sur le chiffre d'affaires afférent aux ventes du produit concerné dans l'EEE et qu'il n'y avait pas de raison de s'en départir » (*Ibid.*, § 27 et 28).

38. Sylvia CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, Paris, Dalloz, 2001, p. 185 : « Les auteurs qui invoquent, dans ce cadre, la catégorie des « droits fondamentaux » (« Grundrechte ») ne l'appréhendent pas en tant que « fondamentalité substantielle », mais en tant que liste de droits individuels concrets du droit positif – ou « fondamentalité formelle ». Ainsi ne semble pas recherché un fondement (« Grundlage ») de la théorie de la protection de la confiance mais une source (« Rechtsquelle ») du principe susceptible de l'engendrer directement » (*Ibid.*).
39. Sylvia CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, Paris, Dalloz, 2001, p. 232. « Les publicistes allemands qui procèdent à cette déduction sont sur ce point peut-être influencés par les privatistes qui, surtout dans la littérature civiliste plus ancienne, déduisent [...] l'idée de protection de la confiance du principe de droit civil de bonne foi, sans toutefois présenter cette logique de déduction de manière détaillée. Cependant, au fil des années, cette conception a suscité chez des civilistes – surtout les fiscalistes – de plus en plus de doutes, principalement parce qu'ils ont reconnu que l'exigence de bonne foi – même considérée, détachée du droit privé, comme une idée juridique générale – ne peut pas servir de base juridique globale pour tous les cas de protection de la confiance » (*Ibid.*, p. 233).

En Espagne, le principe de la bonne foi a permis aux tribunaux de résoudre de nombreuses questions, qui l'ont été à l'aide du recours au principe de protection de la confiance légitime dans d'autres États⁴⁰. En droit public italien, il y a aussi une correspondance entre la confiance du citoyen (*affidamento del cittadino*) et le principe de la bonne foi dans les hypothèses suivantes : limitation de la révocabilité et de l'annulation des effets d'actes administratifs générateurs de confiance légitime et imposition de devoirs de correction ; ou comme un critère auxiliaire dans la caractérisation de l'excès de pouvoir ; ou bien encore, en tant que fondement pour l'indemnisation de dommages précontractuels.

Le Brésil semble plutôt suivre cette dernière tendance développée au sud de l'Europe. Le principe de la bonne foi y a connu un succès d'abord en droit privé, notamment depuis l'entrée en vigueur du code de la consommation, mais aujourd'hui la doctrine administrative s'y intéresse également⁴¹, ainsi que la jurisprudence administrative⁴². Jadis, les dispositions selon lesquelles les conventions doivent être exécutées de bonne foi avaient au Brésil une portée pratique moindre. Il ne s'agissait en effet que de dispositions purement techniques, annonçant souvent des politiques d'intention ou de

40. Federico A. CASTILLO BLANCO, *La protección de confianza en el derecho administrativo*, Madrid, Pons, 1998, p. 253 et s.

41. V. ARNOLDO WALD et Édouard LEMOALLE, « Le droit brésilien des concessions de services publics et des partenariats public-privé », dans A. WALD et Camille JAUFFRET-SPINOSI (dir.), *Le droit brésilien d'hier, d'aujourd'hui et de demain*, Paris, Société de législation comparée, 2005, p. 379 ; Judith MARTINS-COSTA, « A proteção da legítima confiança nas relações obrigacionais entre a Administração e os particulares », *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, vol. 22, Porto Alegre, 2002, p. 228.

42. STJ, 1^a Turma, REsp 300116/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julg. em 06/11/2001, DJ 25.02.2002, p. 222 : « le principe de la suprématie de l'intérêt public sur celui du privé n'est pas d'ordre public » et ne peut pas servir de fondement à des actes illégaux et arbitraires. « Au début, on considérait que l'administration était libre de se défaire de ses propres actes, indépendamment de toute précaution. Il suffisait d'alléguer que l'acte était entaché de nullité. Plus tard, il est apparu l'idée de concilier le principe d'autocontrôle de l'administration avec ceux relatifs à la sécurité des relations juridiques, de la préservation de la bonne foi et du propre intérêt public. [...] On aperçoit ainsi que la suprématie de l'intérêt public sur l'intérêt privé n'a plus une valeur absolue. Il est devenu nécessaire de limiter ce principe, qui a souvent donné lieu à des déformations et justifié l'institution de régimes dictatoriaux, par le biais d'anciennes règles de droit privé qui valorisent la bonne foi et l'apparence ». V. aussi STJ, 2^a Turma, REsp 47015/SP, Rel. Min. Adhemar Maciel, julg. em 16/10/1997, DJU 09/12/1997, p. 64655, sur l'application des principes selon lesquels *nemo potest venire contra factum proprium* et *nemo creditur turpitudinem suam allegans*.

simples règles d'interprétation, en pratique les juristes s'étant limités à leur utilisation comme canon interprétatif⁴³. Puis, chemin faisant, les textes ont acquis un sens et une portée beaucoup plus importants. Actuellement, la loi et la jurisprudence brésiliennes consacrent un véritable devoir de loyauté qui oblige l'administration à éviter de placer ses administrés en mauvaise posture⁴⁴. La nécessité de n'adopter que des règles adaptables à la conjoncture économique explique pour partie cette solution.

L'avènement des politiques publiques finalisées a produit un changement radical de la structure juridique, caractérisée aujourd'hui par une « internormativité croisée entre les valeurs et intérêts exprimés dans le cadre des politiques publiques et ceux qui figurent dans d'autres réseaux normatifs, comme les droits fondamen-

43. Ainsi, l'article 131 de l'ancien code du commerce brésilien de 1850 prévoyait que « [f]ace au besoin d'interpréter les clauses du contrat, l'interprétation [...] sera réalisée sur les fondements suivants : la raison simple et selon la bonne foi, l'esprit et la nature du contrat ». Avant sa consécration par le législateur, la bonne foi était déjà un principe sous-jacent en droit brésilien, qui pouvait être invoqué même sans être inscrit formellement dans un texte de loi (Clóvis do Couto e Silva, *A Obrigação como Processo*, São Paulo, Bushatsky, 1976, p. 27).

44. Ainsi, le juge peut-il condamner l'administration qui souhaite construire des routes gratuites, parce que la rupture de l'équilibre économique a été en réalité le résultat d'un comportement déloyal susceptible de conduire le concessionnaire exploitant une route à péage à une situation qui l'expose à subir des préjudices (STJ, *Suspensão de Segurança* 1244/SP, Rel. Min. Nilson Naves, *judg. em* 11/09/2003). De même, le juge peut-il condamner l'administration parce que sa mauvaise foi a été en réalité le résultat d'un comportement déloyal susceptible de donner une fausse apparence d'engagements sérieux : « [i]l est admis que le principe de la bonne foi doit être respecté également et même surtout par l'administration publique et son comportement dans ses relations avec les citoyens peut être contrôlé par la théorie des actes propres, qui ne lui permet pas de revenir sur ses propres après avoir établi des relations qui apparaissaient comme sérieuses aux yeux des citoyens » (STJ, 4^a Turma, REsp 141.879/SP, Rel. Min. Ruy Rosado Aguiar, *judg. em* 17/03/1998, DJ 22/06/1998, p. 90). Il a été également jugé que l'administration engage sa responsabilité civile à la suite de préjudices moraux causés à son cocontractant en raison de sa mauvaise foi dans l'inexécution du contrat : « [l]e dommage (l'inexécution du contrat et la douleur psychologique infligée aux demandeurs) résultant de l'acte administratif illégal (*nexo causal*), autorise la condamnation de l'État, fondée sur sa responsabilité civile. Ajoutons qu'il incombe à l'État d'agir selon les principes de la confiance et de la bonne foi, qui doivent dominer toutes les relations engagées avec les administrés. Le comportement qui implique une violation de ces devoirs caractérise l'illégalité. Ainsi, j'accorde un recours spécial, en acceptant dans ce cas la condamnation de l'État de Mato Grosso au paiement de dommages moraux aux demandeurs » (STJ, 2^a Turma, RMS 13591, Rel. Min. Paulo Medina, *judg. em* 15/10/2002, DJ 02/12/2002, p. 266).

taux »⁴⁵. Ainsi, le développement d'une relation de confiance entre l'État et le citoyen se réalise par l'entremise d'une action étatique orientée vers la protection des attentes légitimes et des droits du citoyen, comme, par exemple, le droit à la scolarisation invoqué dans l'affaire susvisée jugée le 27 mai 2003 par la Cour suprême du Brésil⁴⁶. L'apparition du principe de confiance légitime s'explique par le fait que le principe traditionnel de légalité ne suffit pas pour résoudre les problèmes auxquels est confronté aujourd'hui l'État de droit. Les principes de sécurité juridique et de légalité peuvent désormais s'opposer et, le cas échéant, le premier peut l'emporter sur le second lorsque l'exige la justice.

La confiance est un facteur essentiel de la réalisation de l'État de droit. Pour garantir la tutelle de la confiance légitime des citoyens, l'action de l'administration doit être active et positive en raison du contexte social contemporain complexe, multiforme, instable et conflictuel. Cette complexité est encore accrue au Brésil, où les idées modernes des Lumières n'ont jamais été totalement appliquées : l'esclavage, par exemple, est encore une réalité dans ce pays où les personnes se jugent à partir de leur appartenance à une classe sociale déterminée, même s'il est vrai que les structures formelles de l'État de droit y ont été instituées... Pour garantir une relation de confiance entre l'État et le citoyen, l'administration ne peut plus se limiter à une abstention et doit avant tout être présente dans le règlement et la garantie des divers mécanismes de réalisation des attentes légitimes des particuliers. C'est la raison pour laquelle le principe de sécurité juridique étant un principe de l'État de droit, la Cour suprême du Brésil accorde en l'espèce à la demanderesse le

45. Charles-Albert MORAND, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1999, p. 191. Il y a là un changement de conjoncture : à l'État libéral a succédé – de manière non linéaire, superposée, confuse et transversale – l'État providence, qui propose des politiques publiques, des directives à atteindre par l'action administrative qui « renonce à la contrainte pour recourir à l'information, à l'incitation, à la persuasion [...] substituant au commandement unilatéral des modes d'action fondés sur la persuasion et la négociation » (*Ibid.*, p. 16). Tous ces phénomènes correspondent au passage du « monde de la sécurité » vers la « société du risque permanent » (Arnoldo WALD, « O princípio fundamental da segurança jurídica », dans Carlos Mário da S. VELLOSO, Roberto ROSAS et Antonio C. R. DO AMARAL (dir.), *Princípios Constitucionais Fundamentais : estudos em homenagem ao Professor Ives Gandra da Silva Martins*, São Paulo, Lex Ed, 2005, p. 209).

46. L'article 205 de la Constitution du Brésil prévoit en ce sens que le droit à la formation scolaire publique est un droit fondamental dont l'objectif est destiné « au développement de la personne humaine, à préparer son éducation civique et sa qualification professionnelle ».

maintien de son inscription scolaire dans un établissement d'enseignement supérieur, en dépit du caractère illégal de celle-ci.

Traduction libre du vote du *Ministro Gilmar Mendes* du 8 avril 2003 in STF, 2^a Turma, QO Pet (MC) n. 2.900/ RS, *Roberta de Leon Valiente c/ Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. em 27/05/2003, DJ 01/08/2003, p. 142.

DÉCISION : Il s'agit d'une requête en référé-suspension présentée par Roberta de Leon Valiente contre l'arrêt de la troisième chambre de la Cour d'appel fédérale de Porto Alegre (*Tribunal Regional Federal da Quarta Região*), qui a refusé le transfert de ses droits d'inscription d'une université publique vers une autre, demandé à la suite de sa réussite à un concours de la fonction publique l'obligeant à déménager.

Il convient préalablement de noter que le moyen soulevant le vice de procédure de la requête en référé-suspension est inopérant dans la mesure où l'instruction de la requête principale a déjà été acceptée par la Cour.

La requérante déménagea à Porto Alegre en raison d'une mutation, à la suite de sa réussite au concours de la fonction publique de technicien opérationnel junior de la Société brésilienne de bureaux de poste et de télégraphes en 1999. Elle a alors demandé le transfert de ses droits d'inscription de la Faculté de droit de l'Université de Pelotas, où elle était inscrite en deuxième année, vers l'université fédérale du Rio Grande do Sul sur le fondement du principe reconnu aux articles 5 XXXIII, 37, 205, 206 I et IV de la Constitution fédérale.

La demande a été rejetée par l'administration universitaire au motif que la requérante n'avait pas le statut de fonctionnaire public fédéral destitué *ex officio* et, donc, le cas d'espèce ne correspondait pas à l'hypothèse prévue par la loi n° 9.536 du 11 décembre 1997 autorisant l'admission à l'université fédérale du Rio Grande do Sul.

La requérante a dès lors intenté un recours pour excès de pouvoir (*mandado de segurança*), qui a été apprécié par un jugement du 21 décembre 2000, « (a) reconnaissant que la requérante a droit au transfert de ses études à l'université fédérale du Rio Grande do Sul en deuxième année ; (b) donnant l'ordre à l'autorité administrative défenderesse de procéder immédiatement au transfert, à l'inscription universitaire et à la concession de tous les avantages découlant du statut d'étudiant ».

La Cour d'appel fédérale de Porto Alegre a infirmé ce jugement de première instance au motif que non seulement la demanderesse n'avait pas prouvé l'existence d'une place disponible dans l'université d'accueil, mais également que la loi n° 9.536 du 11 décembre 1997 relative aux transferts obligatoires interuniversitaires ne concerne pas les employés d'entreprises publiques qui n'ont pas le statut de fonctionnaire public fédéral. En outre, conformément à l'article 1^{er} de la loi n° 9.536 du 11 décembre 1997, il a été jugé que le déménagement vers une autre ville en raison d'une mutation, à la suite de sa réussite à un concours de la fonction publique, n'ouvre pas droit au transfert obligatoire d'une inscription dans une université.

Un recours constitutionnel a été intenté contre cet arrêt, conformément à l'article 102 III a) de la Constitution fédérale, alléguant la violation des articles 5 XXXIII, 37, 205 et 206 I et IV de la loi fondamentale.

Conformément au mémoire déposé par la requérante, l'inconstitutionnalité est due à la violation de la règle générale établie dans la Constitution selon laquelle « l'enseignement est public et obligatoire à tous les niveaux et pour tous les citoyens ». En outre, « dans un cas concret, la diligence minimale consiste dans un premier temps à vérifier l'existence ou non de places disponibles et étudier de façon minutieuse les particularités et motifs du recours, puis dans un second temps, une fois rendue la décision sur ce sujet, il conviendrait de savoir si le transfert est juridiquement possible ».

La requérante soutient par ailleurs que le fait de l'empêcher de poursuivre ses études à l'université publique gratuite, « sans démontrer que cela est impossible en raison d'un manque de places pour l'année demandée et que le transfert n'est pas obligatoire selon la loi n° 9.536 du 11 décembre 1997 et la circulaire n° 001/2000, constitue une véritable atteinte aux principes constitutionnels régissant l'action de l'administration publique, notamment : les études publiques gratuites sont un droit de tous et un devoir de l'État », causant ainsi des préjudices à sa formation et à sa carrière.

La question soulevée en l'espèce concerne incontestablement le principe de sécurité juridique.

Sur l'application de ce principe, il convient de rappeler l'étude classique de droit comparé du professeur Almiro do Couto e Silva (« Os princípios da legalidade da administração pública e da segurança

jurídica no Estado de Direito contemporâneo », *Revista da Procuradoria-Geral do Estado. Publicação do Instituto de Informática Jurídica do Estado do Rio Grande do Sul*, vol. 18, n° 46, p. 11-29, 1988) :

Il est intéressant d'analyser l'évolution du principe de sécurité juridique. Au départ, il est apparu un entendement largement dominant dans la doctrine allemande, selon lequel en vertu du principe de *res judicata* la faculté qu'ont les pouvoirs publics d'annuler leurs propres actes est limitée non seulement lorsqu'elle affecte les droits subjectifs des administrés, mais également lorsqu'elle méconnaît la bonne foi et la confiance (*Treue und Glauben*) des administrés.

[...]

Otto Bachof précise qu'aucun autre thème n'a suscité autant d'intérêt que celui-ci dans les années 1950, tant dans la doctrine que dans la jurisprudence, concluant que le principe de la possibilité d'annuler a été substitué par celui de l'impossibilité d'annuler en hommage à la bonne foi et à la sécurité juridique. Il précise que le principe de légalité ne prévaut sur celui de la protection de la confiance légitime que lorsque l'intéressé obtient un avantage par des moyens illicites ou qui résulte de procédure engageant sa responsabilité. Dans ces cas, on ne peut pas parler de protection de la confiance des intéressés. (Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, Tübingen, 1966, 3. Auflage, vol. I, p. 257 et s. ; vol. II, 1967, p. 339 et s.).

Certes, de l'opposition entre le principe de légalité et celui de la sécurité juridique, il résulte que, exceptés les cas de dol ou de faute, l'annulation avec effet *ex tunc* est toujours inacceptable et l'annulation avec effet *ex nunc* est admise lorsque prévaut l'intérêt public dans le rétablissement de l'ordre juridique violé. Mais l'annulation est absolument interdite lorsque sont en cause des actes administratifs accordant des prestations monétaires, qui s'épuisent en une seule fois ou qui présentent un caractère durable comme par exemple les prestations sociales, les subventions ou les pensions de retraite.

Après avoir abordé la question en droit allemand, le professeur Almiro do Couto e Silva étudie le droit français en mentionnant la célèbre affaire *Dame Cachet* :

La résolution du conflit entre le principe de légalité et celui de la sécurité juridique en droit français est bien plus simple. Dans la célèbre « affaire Dame Cachet » de 1922, le Conseil d'État affirme, d'une part, que le retrait des actes administratifs ne peut pas intervenir lorsque ces actes sont créateurs de droits subjectifs et, d'autre part, que les

actes annulables ne peuvent effectivement être annulés ou retirés par l'administration que dans un délai de deux mois, qui correspond à celui dont disposent les particuliers pour former un recours contentieux en annulation contre un acte administratif. Cette solution est réaffirmée dans les affaires *Vallois* et *Gros de Beler* de 1923 ainsi que dans l'affaire *Dame Inglis* de 1923.

Commentant ces décisions avec beaucoup d'enthousiasmes, Hauriou se demandait toutefois si « le pouvoir de retrait ou d'annulation de l'administration pouvait-il s'exercer indéfiniment et à toute époque ? Est-ce que jamais les situations créées par les décisions de ce genre ne deviendraient jamais stables ? Combien de dangers pour la sûreté des relations sociales recèlent ces possibilités indéfinies de révocation et, d'autre part, quelle incohérence, dans une construction juridique qui n'ouvre aux tiers intéressés les recours contentieux en annulation que pendant un bref délai de deux mois et qui laisserait à l'administration la possibilité de manier l'annulation d'office contre la même décision sans lui imposer aucun délai ! » Le maître de Toulouse ajoute que « toutes les nullités juridiques des décisions administratives se trouveront rapidement couvertes, par rapport au recours contentieux, soit par rapport aux annulations administratives ; une atmosphère de stabilité s'étendra sur les situations créées administrativement » (La jurisprudence administrative de 1892 à 1929, Paris, 1929, vol. II, p. 105 et 106).

Poursuivant son étude, le professeur Almiro do Couto e Silva aborde enfin la question en droit brésilien :

Miguel Reale est le seul auteur qui analyse avec sérieux le sujet dans un chapitre intitulé « Nullité et temporalité » de son ouvrage « Retrait et annulation des actes administratifs ». Après avoir souligné que « l'écoulement du temps peut produire des situations de fait comparables à des situations juridiques, nonobstant leur caractère annulable dès l'origine », l'éminent auteur observe qu'il « est nécessaire de distinguer deux hypothèses : (a) celle de la ratification ou correction de l'acte nul et révocable ; (b) la perte par l'administration du bénéfice de déclarer unilatéralement la nullité (*le bénéfice du préalable*) » (*Revogação e Anulamento do Ato Administrativo*, p. 82).

De nos jours, le principe de la sécurité juridique a une valeur constitutionnelle (principe de l'État de droit) et fait notamment l'objet d'un dispositif fédéral spécifique défini à l'article 2 de la loi n° 9.784 du 29 janvier de 1999. À la vérité, en tant que principe sous-jacent de l'État de droit, la sécurité juridique a une valeur juridique fondamentale et joue un rôle particulier dans la réalisation de l'idée même de justice.

Au vue de toutes ces considérations et de la particularité du cas d'espèce en cause, notamment compte tenu des délais de la procédure et du fait que la requérante est aujourd'hui déjà inscrite en quatrième année à la Faculté de droit, il est fait droit à la requête en référé-suspension *ad referendum* de la 2^e section de la Cour suprême du Brésil.