

200-151

CONSEIL D'ÉTAT



**RAPPORT  
PUBLIC 1993**

ETUDES & DOCUMENTS

N° 45

La Documentation française

---

## Du simple au complexe quarante ans de droit administratif (1953 - 1993)

Pourquoi quarante ans ? Pour un motif personnel et deux raisons objectives. 1953, c'est l'année où l'auteur de ces lignes est, en devenant auditeur au Conseil d'État, "entré en droit administratif" comme on entre en religion. C'est aussi une année-tournant dans l'histoire de cette discipline : celle de la première grande réforme de la juridiction administrative depuis sa re-création en 1799. C'est enfin, et surtout, une année-charnière entre l'achèvement de ce monument juridique que constitue notre droit administratif classique et le début de changements profonds.

À travers une quinzaine de Constitutions et de nombreuses alternances politiques, ce monument fut édifié en trois étapes qui, en partie, se chevauchent. La première, qui a duré plus d'un siècle et se termine avec la première guerre mondiale, est celle de la constitution d'un droit autonome construit pour l'essentiel autour d'un principe de fond et d'une technique de procédure : la notion de service public, avec ses corollaires en matière de responsabilité et de contrats, et le recours pour excès de pouvoir. La seconde va d'une guerre à l'autre ; elle est marquée par le développement des services publics industriels et commerciaux et de la gestion de services publics par des organismes privés ; la doctrine évoque alors souvent des "crises" – du service public, de l'établissement public et finalement du droit administratif. Mais ces "crises" révèlent en réalité un enrichissement et elles seront souvent surmontées au prix de certains aménagements du système. La troisième période, beaucoup plus courte, correspond à peu près à la décennie qui suit la Libération ; elle se caractérise, d'une part, au plan législatif, par l'édiction du statut général des fonctionnaires et par des mesures d'intervention économique et sociale telles que les nationalisations et la sécurité sociale, et d'autre part, au plan jurisprudentiel, par la théorie des principes généraux du droit.

Que s'est-il passé depuis ? Un rapide survol, qui ne bénéficie pas du recul du temps, permet de déceler des éléments de continuité, qui ne sont pas synonymes d'immobilité, et des changements, qui ne sont pas des révolutions. De l'accumulation et de la combinaison des uns et des autres ressort une impression générale de "complexification".

\*



Trois caractéristiques principales de notre système de droit administratif ont été maintenues et même accentuées : la soumission de l'administration au droit ; la spécificité du droit administratif ; le dualisme juridictionnel.

\*

L'administration française a depuis longtemps une forte densité juridique. Régnant par le droit, elle lui est en même temps soumise. Son droit est un ensemble de prérogatives et de sujétions, qui constituent les fondements de ce qu'on pourrait appeler une "administration de droit", partie intégrante de la conception française de l'État de droit ; ils la distinguent d'autres systèmes qui privilégient la gestion ou le management, ou qui – ce sont parfois les mêmes – laissent une large part à l'arbitraire.

Les bases de ce système sont en place depuis le début du siècle : principe de légalité et principe de responsabilité, renforcés, au lendemain de la seconde guerre mondiale, par les "principes généraux du droit". Au cours des quarante dernières années, ces bases, loin d'être remises en cause, ont été confortées, aussi bien en ce qui concerne le contenu des principes que les pouvoirs du juge.

La légalité a été consolidée par le développement, sous plusieurs formes, du principe de proportionnalité : théorie du bilan, qui impose à l'administration de comparer les avantages et les coûts financiers, sociaux, économiques, culturels avant de prendre une décision, dans des domaines aussi variés que l'expropriation d'un terrain ou l'expulsion d'un étranger ; rapport entre la faute et la sanction, soit, pour les agents publics, par le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, soit, pour les actes économiques, par l'extension du recours de plein contentieux au contrôle des sanctions administratives.

En matière de responsabilité, on a vu disparaître l'exigence d'une faute "manifeste et de particulière gravité" et reculer la faute lourde au profit de la faute simple ou de la présomption de faute, de même que la responsabilité pour faute a cédé du terrain à la responsabilité sans faute. Le domaine de la médecine et des hôpitaux en constitue le meilleur exemple. Dans le même temps, l'application de la déchéance quadriennale qui constituait souvent un obstacle sérieux aux réclamations des victimes de l'administration, a été assouplie par la loi et en pratique.

La recherche de l'efficacité du droit en matière administrative a été aussi l'une des lignes maîtresses de l'évolution pendant cette période. Elle s'est manifestée aussi bien dans la jurisprudence que dans les textes. Dans l'instruction des affaires contentieuses, le juge administratif s'est reconnu le pouvoir de demander aux auteurs des décisions contestées leurs dossiers et leurs motifs, même dans le cas de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. De même l'encadrement et le contrôle de ce pouvoir ont été facilités par le recours au concept de l'erreur manifeste d'appréciation et l'application de la théorie du bilan. Des mesures ont été prises pour assurer une meilleure exécution des décisions rendues contre l'État et les collectivités publiques par les juridictions administratives : création de

la commission du en est spécialement en cas d'inexécution budgétaire et fin l'efficacité de l développement du reconnaître que c

Dans la dialectique s'est donné et a r le bouleverser. E jusqu'à se recon administratives.

Ce droit adminis par la notion cer et plus contraign intérêts qu'il a j conséquence élat

Cette notion de s et qui n'a guère a conservé toute et de sa force ori un organe et un avec l'apparition ciaux et des orga Mais le service limite du droit a se recouvrent pa naisons variées.

C'est précisément série d'arrêts de notion, comme fondait une série publique, les tr public, et, à trav Il a été ainsi c puissance public

En dehors de fréquemment ut législatif et pol régaliennes telle étendue aux terr Et quand les mo aujourd'hui dan ou la communic tions, cahiers de



droit administratif  
1 de l'administra-  
dualisme juridic-

densité juridique.  
ise. Son droit est  
tituent les fonde-  
1 de droit", partie  
ils la distinguent  
agement, ou qui  
à l'arbitraire.

u siècle : principe  
l'endemain de la  
u droit". Au cours  
remises en cause,  
tenu des principes

plusieurs formes,  
impose à l'admi-  
nanciers, sociaux,  
dans des domaines  
ion d'un étranger ;  
nts publics, par le  
ir les actes écono-  
ix au contrôle des

gence d'une faute  
te lourde au profit  
de même que la  
sabilité sans faute.  
stitue le meilleur  
ance quadriennale  
itions des victimes  
atique.

strative a été aussi  
période. Elle s'est  
s les textes. Dans  
ratif s'est reconnu  
s contestées leurs  
cice d'un pouvoir  
de ce pouvoir ont  
este d'appréciation  
ont été prises pour  
contre l'État et les  
tives : création de

la commission du rapport, devenue section du rapport et des études, qui en est spécialement chargée ; loi sur les astreintes ; possibilité de saisir, en cas d'inexécution coûteuse pour l'administration, la cour de discipline budgétaire et financière. La rapidité étant la condition première de l'efficacité de la justice, des dispositions nouvelles telles que, le développement de procédures de référé ont tenté de l'assurer, mais il faut reconnaître que ce problème-là n'est pas encore complètement résolu.

Dans la dialectique permanente de l'administration et de son juge, celui-ci s'est donné et a reçu de nouvelles armes, qui complètent son arsenal sans le bouleverser. En particulier, il n'est pas encore allé, sauf exception, jusqu'à se reconnaître un pouvoir d'injonction à l'égard des autorités administratives.

\*

Ce droit administratif renforcé a conservé sa spécificité, qui se justifie par la notion centrale de service public. Il est par définition plus lourd et plus contraignant que le droit privé, en raison de l'importance des intérêts qu'il a pour objet d'assurer et de protéger. Il ne doit être en conséquence élaboré et appliqué que dans la mesure où il est nécessaire.

Cette notion de service public, qui est apparue en France dès le 19<sup>e</sup> siècle et qui n'a guère d'équivalent à l'étranger, même dans les pays voisins, a conservé toute son importance. Il est vrai qu'elle a perdu de sa pureté et de sa force originelles. Initialement, elle désignait à la fois une mission, un organe et un régime juridique. Ces trois éléments se sont dissociés avec l'apparition simultanée des services publics industriels et commerciaux et des organismes privés chargés de la gestion des services publics. Mais le service public, comme notion, est demeuré le fondement et la limite du droit administratif : l'un ne va pas sans l'autre, même s'ils ne se recouvrent pas entièrement et donnent lieu aujourd'hui à des combinaisons variées.

C'est précisément au début de cette période de quarante ans, par une série d'arrêts de 1954 à 1956, que le Conseil d'État a réhabilité cette notion, comme on restaure un quartier historique. Il a rappelé qu'elle fondait une série de secteurs-clés du droit administratif : la fonction publique, les travaux publics, les contrats administratifs, le domaine public, et, à travers eux, la compétence de la juridiction administrative. Il a été ainsi confirmé qu'elle justifie l'existence des prérogatives de puissance publique et des sujétions qui en sont la contrepartie.

En dehors de la jurisprudence, l'expression a été de plus en plus fréquemment utilisée, malgré des éclipses temporaires, dans le langage législatif et politique. Loin de se replier sur les vieilles prérogatives régaliennes telles qu'elles avaient été énoncées par Jean Bodin, elle s'est étendue aux terres nouvelles de l'interventionnisme économique et social. Et quand les mots ne sont pas employés, l'idée est là, comme on l'observe aujourd'hui dans des domaines aussi variés que l'éducation, le logement ou la communication audiovisuelle. C'est à travers des contrats, conventions, cahiers des charges, que la notion s'est développée au cours de la



dernière période. La "délégation de service public", qui constitue un chapitre important d'une loi de 1993, en est le plus récent exemple.

\*

Deux systèmes de droit et deux ordres de juridictions, indissolublement liés : c'est la troisième caractéristique permanente de notre tradition. Elle n'a pas été altérée dans son principe, mais elle a été modifiée dans ses modalités, au cours de ces quarante années.

L'existence même de la juridiction administrative et de ses compétences essentielles a été consacrée en 1987 par le Conseil constitutionnel, qui y a vu un des "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République" et une composante de "la conception française de la séparation des pouvoirs". Certes, la même décision admet des modifications des "règles habituelles de compétence", "dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice". De telles rectifications de frontières ont été faites, au profit des tribunaux judiciaires, dans le cas d'"autorités administratives indépendantes" à compétence économique, comme le conseil de la concurrence et la commission des opérations de bourse. Mais en fait, la compétence des juridictions administratives a globalement augmenté en même temps que celle des administrations elles-mêmes, même si elle perd certains secteurs importants tels que la poste et les télécommunications et la radiotélévision du fait de leur transformation en services publics industriels et commerciaux ou de leur privatisation. On n'en citera que deux exemples, qui intéressent deux des contentieux les plus abondants de l'époque actuelle : l'urbanisme, en raison du développement de la législation dans ce domaine et de celui des associations de protection de l'environnement ; les étrangers, en raison de l'accroissement des migrations et notamment de l'afflux des réfugiés. Il n'est pas étonnant, dans ces conditions, que la juridiction administrative ait victorieusement résisté aux critiques qui se sont exprimées, dans une partie de la doctrine, au sein de certaines professions judiciaires et jusqu'au Parlement.

L'augmentation considérable du nombre de recours dont elle est saisie est pour elle à la fois un signe de force et un facteur de faiblesse. Elle s'est faite en deux vagues, qui ont toutes deux provoqué une réforme interne : celle de l'après-guerre, qui s'est terminée par les décrets de 1953 ; et celle des années 1970, qui a abouti à l'adoption de la loi du 31 décembre 1987. Les deux réformes consistent essentiellement en des mesures de déconcentration, d'abord du Conseil d'État vers les tribunaux administratifs, issus des anciens conseils de préfecture, puis du Conseil d'État vers les nouvelles cours administratives d'appel. On est ainsi passé d'un système atypique de juridictions à deux degrés avec l'attribution de la compétence de droit commun à la cour suprême - sorte de pyramide renversée, à une formule plus classique à trois degrés, avec appel et cassation, même si la cour suprême conserve des attributions importantes en premier et dernier ressort.



Ce sont là des rôles de juge supérieur pendant près de deux siècles, rôle exclusif de créateur de droit qu'il exerce par son pouvoir dans la nation. Mais depuis une fois une continuité

Il est très difficile dans les travers de la "loi d'or" ou de la "loi de la vingtème siècle" progressif n'est pas

C'est pourquoi, si on rassemble les quarante dernières expressions des trois expressions de la loi des actes.

La diffusion du droit administratif qui s'imposent.

La localisation du droit administratif, ascendant

Lorsqu'on voulait la loi napoléonienne, théoriquement elle est entrée dans le droit tant de couvrir la délocalisation.

La décentralisation plus importante de nouvelles répartitions de pouvoirs des départements et depuis des siècles rapproché du droit éloignait dans la tradition classique les tribunaux administratifs. De mu

qui constitue un  
cent exemple.

, indissolublement  
otre tradition. Elle  
modifiée dans ses

e ses compétences  
stitutionnel, qui y  
r les lois de la  
française de la  
met des modifica-  
térêt d'une bonne  
frontières ont été  
cas d'"autorités  
nique, comme le  
rations de bourse.  
ives a globalement  
ions elles-mêmes,  
ue la poste et les  
ur transformation  
leur privatisation.  
ix des contentieux  
me, en raison du  
et de celui des  
rangers, en raison  
fflux des réfugiés.  
tion administrative  
primées, dans une  
ons judiciaires et

lont elle est saisie  
de faiblesse. Elle  
oqué une réforme  
par les décrets de  
ption de la loi du  
ntiellement en des  
vers les tribunaux  
e, puis du Conseil  
On est ainsi passé  
ec l'attribution de  
sorte de pyramide  
rés, avec appel et  
utions importantes

Ce sont là des réformes très importantes. Le Conseil d'État n'a plus ce rôle de juge supérieur du fait en même temps que du droit qui lui a donné pendant près de deux siècles son poids contentieux ; il perd son privilège exclusif de créateur de jurisprudence. Mais il conserve intégralement son rôle consultatif et surtout il a reçu un nouveau pouvoir de propositions, qu'il exerce par son rapport annuel et ses études, et qui renforce son rôle dans la nation. Nous trouvons ainsi dans la justice administrative à la fois une continuité essentielle et des changements importants.

\*

Il est très difficile, lorsqu'on jette un regard en arrière, de ne pas tomber dans les travers du regret du passé et d'une vision idyllique de l'"âge d'or" ou de la "belle époque". Mais il est également vrai qu'en cette fin du vingtième siècle, au-delà du droit administratif et de notre pays, le progrès n'est pas linéaire ni l'optimisme absolu.

C'est pourquoi, sans céder à la magie des mots, il n'apparaît pas excessif de rassembler les principaux changements intervenus au cours de ces quarante dernières années dans le droit administratif français, autour de trois expressions : diffusion du pouvoir ; profusion des normes ; confusion des actes.

\*

La diffusion du pouvoir est sans aucun doute le plus positif des constats qui s'imposent. Elle se manifeste, et dans la répartition du pouvoir administratif et dans son exercice.

La localisation du pouvoir a connu une évolution simultanément descendante, ascendante et latérale.

Lorsqu'on voulait naguère définir d'un seul mot l'administration française, on la qualifiait de "centralisée". Elle restait à l'image du modèle napoléonien, théorisé par Max Weber : une pyramide hiérarchisée. Or, elle est entrée dans une phase de "décentration", ce néologisme permettant de couvrir les notions de décentralisation, de déconcentration et de délocalisation.

La décentralisation de 1982 est certainement la réforme administrative la plus importante de cette période. Elle a instauré, dans l'ordre juridique, de nouvelles répartitions des compétences, des motifs et des ressources entre les différents niveaux, y compris le dernier né, la région. Les pouvoirs des élus ont été accrus, notamment dans les cadres du département et de la région. Le statut de Paris et de sa région, marqué depuis des siècles par une forte domination du pouvoir central, s'est rapproché du droit commun, cependant que celui de la Corse s'en éloignait dans le sens d'une plus grande autonomie. La tutelle administrative classique a fait place à des contrôles juridictionnels exercés par les tribunaux administratifs et par les nouvelles chambres régionales des comptes. De multiples institutions de coopération entre collectivités, en



particulier dans le cadre de "l'intercommunalité", ont été créées pour renforcer leur action et favoriser leur regroupement : syndicats de communes à vocation multiple, districts, communautés urbaines, communautés de communes, communautés de villes, ententes interdépartementales et inter-régionales, syndicats mixtes, sociétés d'économie mixte. Les élus locaux ont été dotés d'un statut et les personnels placés sous leurs ordres ont vu le leur amélioré et renforcé.

La déconcentration a été dès l'origine considérée comme le corollaire indispensable de la décentralisation. Dix ans plus tard, une loi et une charte l'ont consacrée. C'est une opération moins juridique et moins politique que la décentralisation, mais elle est sans doute plus difficile en pratique. Quant à la délocalisation, ce terme désigne maladroitement le transfert d'administrations centrales et d'établissements nationaux en dehors de Paris, comme celui de l'École nationale d'administration, qui en a été le symbole ; elle ne modifie évidemment pas le droit de l'administration, mais elle exercera vraisemblablement une influence sur ses pratiques, et elle a eu déjà des implications juridiques et mêmes contentieuses.

Les transferts de pouvoir vers le niveau local ont coïncidé avec des transferts vers le niveau européen. La communauté, puis l'union européenne, ont attiré un certain nombre de compétences, dont l'exercice échappe aux règles et aux contrôles du droit administratif français. Ainsi apparaît un droit administratif européen, qui régit une part croissante de l'activité administrative en France même et dont les actes sont soumis au contrôle des juridictions européennes. Même si les deux droits ont une certaine parenté et s'influencent mutuellement, il s'agit là d'une des transformations les plus importantes du système français, et l'une des plus lourdes de conséquences pour l'avenir. Il s'y ajoute le rôle de la cour européenne des droits de l'homme qui applique les dispositions de la convention à l'administration française.

La translation latérale du pouvoir a été opérée surtout par la création de ces institutions nouvelles qu'il est convenu d'appeler "autorités administratives indépendantes". La première qualifiée ainsi, la commission nationale informatique et libertés, date de 1978. D'autres existaient déjà, sans l'appellation, comme la commission des opérations de bourse. Une dizaine d'autres ont suivi, telles que le conseil supérieur de l'audiovisuel et le conseil de la concurrence et, tout récemment, le conseil de la politique monétaire. Cette formule nouvelle, venue des États-Unis, constitue, dans notre système politique et administratif, un paradoxe dans ses termes mêmes ; l'administration est en effet par construction subordonnée au pouvoir politique, dans sa branche exécutive, comme le confirme fortement l'article 20 de l'actuelle Constitution : « *Le gouvernement... dispose de l'administration* ». Celle-ci est donc, à la différence de la justice et au même titre que la "force armée", également mentionnée dans le même article, dépendante d'un gouvernement qui est lui-même responsable devant le Parlement. Cette architecture classique, qui s'est maintenue, avec des variantes, à travers tous les empires, monarchies et républiques que la France a connus depuis l'avènement du régime parlementaire, a été altérée par l'adjonction de ces éléments extérieurs,

qui se situent en déconcentrés. Leur des établissements qu'elles se trouvent elles agissent et cumulent le pouvoir individuels et de américaines.

La transformation mes nationaux, teir va dans le même s autrefois "décentra ampleur, qui a cu La Poste et de Fra

Le contrôle de l'ad dominé sans partag éclaté, au cours d administratifs et de la Cour de justice péenne des Droits d Le Conseil constitut

Le paysage admini niveaux principaux de types nouveaux.

Cette dispersion de sement des conditic a succédé à la contr au secret, les proc Même lorsque la c préparation se dé concertation. Cette diverses manifestat motiver les décisic appel plus large à développement des période est jalonné

Mais ces avancées actes est devenue, du combattant", s processus peut être de la décision final à une "administrati

Le droit administra n'y a guère, un d l'intérêt général, et est même devenu développement des

nt été créées pour  
nt : syndicats de  
urbaines, commu-  
s interdépartemen-  
onomie mixte. Les  
placés sous leurs

omme le corollaire  
rd, une loi et une  
uridique et moins  
oute plus difficile  
ne maladroitement  
ients nationaux en  
administration, qui  
pas le droit de  
une influence sur  
idiques et mêmes

coïncidé avec des  
puis l'union euro-  
s, dont l'exercice  
atif français. Ainsi  
part croissante de  
actes sont soumis  
s deux droits ont  
s'agit là d'une des  
çais, et l'une des  
oute le rôle de la  
les dispositions de

par la création de  
"autorités adminis-  
i, la commission  
res existaient déjà,  
ns de bourse. Une  
ar de l'audiovisuel  
le conseil de la  
e des États-Unis,  
, un paradoxe dans  
onstruction subor-  
cutive, comme le  
ion : « *Le gouver-*  
nc, à la différence  
lement mentionnée  
qui est lui-même  
lassique, qui s'est  
res, monarchies et  
ement du régime  
éments extérieurs,

qui se situent en dehors du couple administrations centrales – services déconcentrés. Leur statut est d'autant plus surprenant qu'à la différence des établissements publics, elles n'ont pas la personnalité morale et qu'elles se trouvent ainsi à l'intérieur de l'État, pour le compte duquel elles agissent et dont elles engagent la responsabilité. En outre, elles cumulent le pouvoir d'édicter des normes, de les appliquer à des cas individuels et de prendre des sanctions, à l'image des "agences" américaines.

La transformation d'administrations centrales en établissements autonomes nationaux, teintés au surplus d'une forte coloration de droit privé, va dans le même sens. Le phénomène n'est pas nouveau ; on l'appelait autrefois "décentralisation par services". Ce qui est nouveau, c'est son ampleur, qui a culminé, à la fin de la période, avec la création de La Poste et de France Telecom.

Le contrôle de l'administration a connu une évolution analogue. Il était dominé sans partage, jusqu'en 1953, par le Conseil d'État. Il a lui aussi éclaté, au cours de ces quarante ans : par la création des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel ; par l'intervention de la Cour de justice des communautés européennes et de la Cour européenne des Droits de l'Homme par l'apparition de deux nouveaux acteurs, le Conseil constitutionnel et le Médiateur de la République.

Le paysage administratif s'est ainsi singulièrement compliqué, avec cinq niveaux principaux, de la commune à l'Europe, et quelques excroissances de types nouveaux.

Cette dispersion des lieux de pouvoir s'est accompagnée d'un assouplissement des conditions de son exercice. Dans une large mesure, le contrat a succédé à la contrainte, la concertation à l'action unilatérale, la publicité au secret, les procédures juridictionnelles aux mesures administratives. Même lorsque la décision finale demeure unilatérale et exécutoire, sa préparation se déroule sous le signe de la transparence et de la concertation. Cette évolution constitue un incontestable progrès, avec ses diverses manifestations : accès du public aux documents, obligation de motiver les décisions, meilleure information des citoyens et des élus, appel plus large à la concurrence pour la passation des marchés publics, développement des consultations et des enquêtes publiques. La dernière période est jalonnée de lois d'ouverture, de 1978 à 1993.

Mais ces avancées ne sont pas sans contrepartie. L'élaboration de certains actes est devenue, pour l'autorité administrative, un véritable "parcours du combattant", semé d'embûches et d'obstacles. Chaque phase du processus peut être la source d'irrégularités qui entraînent l'effondrement de la décision finale. On risque de passer d'une "administration de droit" à une "administration de procédure".

Le droit administratif n'est plus seulement, comme on le disait encore il n'y a guère, un droit d'inégalité entre l'administration, dépositaire de l'intérêt général, et les "administrés", titulaires d'intérêts particuliers. Il est même devenu, parfois, un droit d'inégalité à rebours, avec le développement des sujétions auxquelles l'administration est seule sou-





mise, comme, pour ne prendre que ces exemples, la gestion de ses agents et l'édition de ses actes. Il est vrai, comme le disait Ihering, que « *la procédure est la sœur jumelle de la liberté* ». Mais elle peut aussi étouffer l'action. Le point d'équilibre est difficile à trouver entre la polysynodie et l'autoritarisme. Il faut y être d'autant plus attentif que la diffusion du pouvoir, phénomène largement positif, se développe en parallèle avec la prolifération des normes, qui est essentiellement négative.

\*

Le Conseil d'État a dénoncé cette prolifération dans ses rapports annuels depuis une dizaine d'années ; il l'a fait de façon particulièrement systématique et vigoureuse dans ceux de 1991 et 1992, à propos des normes nationales et européennes.

L'une des causes de cette augmentation des textes tient à celle du nombre des détenteurs du pouvoir normatif, qui s'ajoutent au lieu de se substituer. Autrefois, il n'y avait guère que des lois et des décrets, au sommet, et des arrêtés préfectoraux ou municipaux, à la base. Aujourd'hui, la décentralisation a accru les pouvoirs de réglementation des autorités locales et la construction européenne en a reconnu aux autorités supranationales. En outre, les ministres, les responsables des établissements publics, des ordres professionnels et des autorités administratives indépendantes, exercent de plus en plus souvent des pouvoirs réglementaires, parfois au delà des textes qui les leur confèrent ou même sans texte.

La prolifération s'accompagne, comme l'a souligné le Conseil d'État, d'instabilité et de dégradation. Ces évolutions n'affectent pas seulement le droit administratif ; mais elles s'y manifestent également, comme en témoignent quatre exemples. Les deux premiers concernent des secteurs traditionnels et fondamentaux de l'administration : la fonction publique et les collectivités territoriales. Trois statuts généraux des fonctionnaires de l'État se sont succédés, de même que deux statuts généraux des agents communaux, le second étant élargi aux autres collectivités territoriales et deux statuts généraux des personnels des hôpitaux ; des centaines de décrets d'application et de statuts particuliers ont été pris, eux mêmes complétés par des milliers de circulaires et d'instructions. Quant aux collectivités territoriales, elles ont fait l'objet de plusieurs réformes ; la dernière, la plus importante, en 1982, a engendré elle aussi des milliers de textes, qui se sont accumulés, complétés, combinés et parfois contredits, en une dizaine d'années. La prolifération n'a pas été moindre dans des secteurs nouveaux comme l'urbanisme ou l'audiovisuel, où la loi change presque chaque année. À la périphérie du droit administratif, la fiscalité fournirait une cinquième illustration, particulièrement grave pour la vie des citoyens, des entreprises et des administrations.

Ces exemples montrent que la multiplication des sources n'explique pas à elle seule les phénomènes décrits, qui affectent aussi les pouvoirs normatifs traditionnels. Sans revenir sur leurs causes multiples, qui ont été analysées notamment dans les rapports du Conseil d'État, on peut citer des raisons objectives, comme le développement de l'intervention-

nisme économique  
circonstancielle  
naires chargés de

En ce qui concerne  
être soulignées : la  
du droit contractuel

La jurisprudence a  
en matière admin  
centralisation du c  
principes de la pr  
marchés publics et  
puissance publique  
un signe quantitati  
*de la jurisprudence*  
1973 à 1992 ; et  
décisions retenues  
nales. Dans la m  
consolidant la jur  
fonctionnaires ou  
la jurisprudence a  
la transparence ou

On a vu égalem  
administratif, avec  
qui se rattache au  
les relations entre  
essayé de résiste  
réglementaire ne  
concède pas, saul  
effectivement inte  
contrats sont dive  
par contrat est pré  
avait gagné dans

La codification pe  
dans les domaines  
qui viennent de s'  
de codes, une qu  
partie le droit a  
relancée en 1989  
exemple, le code  
législative est, au  
regrouper au total  
dans des centaine  
dans un deuxième

Au cours des derr  
certain nombre

tion de ses agents  
Thering, que « la  
peut aussi étouffer  
tre la polysynodie  
ue la diffusion du  
1 parallèle avec la  
ive.

s rapports annuels  
particulièrement  
92, à propos des

à celle du nombre  
u de se substituer.  
ts, au sommet, et  
Aujourd'hui, la  
ion des autorités  
x autorités supra-  
es établissements  
ministratives indé-  
rs réglementaires,  
me sans texte.

e Conseil d'État,  
nt pas seulement  
ment, comme en  
nent des secteurs  
fonction publique  
les fonctionnaires  
néraux des agents  
tés territoriales et  
des centaines de  
pris, eux mêmes  
tions. Quant aux  
urs réformes ; la  
aussi des milliers  
binés et parfois  
pas été moindre  
udiovisuel, où la  
roit administratif,  
ulièrement grave  
strations.

es n'explique pas  
issi les pouvoirs  
multiples, qui ont  
l d'État, on peut  
de l'intervention-

nisme économique, social et culturel de la puissance publique, et plus circonstancielle comme l'insuffisante formation juridique des fonctionnaires chargés de préparer les textes.

En ce qui concerne le droit administratif, deux autres évolutions doivent être soulignées : la substitution partielle des textes à la jurisprudence et du droit contractuel au droit normatif.

La jurisprudence a joué pendant un siècle et demi un rôle fondamental en matière administrative, en raison de l'absence de code et de la centralisation du contentieux. C'est ainsi qu'ont été établis les grands principes de la procédure administrative, de la fonction publique, des marchés publics et des contrats administratifs, de la responsabilité de la puissance publique. Cette source s'est relativement affaiblie. On en voit un signe quantitatif en consultant la table des matières des *Grands arrêts de la jurisprudence administrative* : 38 décisions de 1953 à 1972, 22 de 1973 à 1992 ; et au cours des six dernières années, les deux tiers des décisions retenues relèvent du droit européen et des relations internationales. Dans la même période, le droit écrit a pris le relais, soit en consolidant la jurisprudence antérieure, comme dans les textes sur les fonctionnaires ou les marchés, soit en construisant sur des terrains que la jurisprudence aurait pu occuper, comme la procédure administrative, la transparence ou l'exécution des décisions de justice.

On a vu également se développer la "contractualisation" du droit administratif, avec des contrats, des conventions, des délégations, tout ce qui se rattache au concept moderne de "partenariat", qui affecte même les relations entre personnes publiques. Le Conseil d'État avait pourtant essayé de résister à cette évolution, en rappelant que le pouvoir réglementaire ne peut être exercé par contrat ou que la police ne se concède pas, sauf si la loi en dispose autrement ; mais des lois sont effectivement intervenues. La clarté du droit n'y gagne pas, car ces contrats sont divers et la plupart du temps ne sont pas publiés. Ce droit par contrat est précaire et confidentiel, et on perd ici en opacité ce qu'on avait gagné dans le même temps en transparence.

La codification peut rétablir une certaine lisibilité du droit, tout au moins dans les domaines couverts par les lois et décrets. Les quarante années qui viennent de s'écouler ont été marquées par une abondante production de codes, une quarantaine environ, dont la moitié intéressent en tout ou partie le droit administratif. Cette œuvre entreprise en 1948, a été relancée en 1989 avec une ambition forte et des moyens accrus. Par exemple, le code général des collectivités territoriales, dont la partie législative est, au début de 1994, en voie d'achèvement, permettra de regrouper au total près de dix mille dispositions actuellement dispersées dans des centaines de textes. Il faut espérer que la codification facilitera, dans un deuxième temps, la simplification.

\*

Au cours des dernières décennies, le droit administratif a fait l'objet d'un certain nombre de clarifications, sous les influences conjuguées du



Conseil d'État et de la doctrine : des catégories anciennes, comme les établissements publics, ou nouvelles, comme les organismes publics chargés de gérer des services publics, ont été mieux définies et sont devenues plus homogènes ; la notion de personne morale de droit public a été précisée et consolidée ; le pouvoir discrétionnaire a été mieux contrôlé. On pourrait citer d'autres exemples.

Mais, par ailleurs, des facteurs de confusion sont apparus, qui n'ont pas été encore entièrement maîtrisés. Deux d'entre eux paraissent particulièrement importants. Ils ont en commun d'être inévitables, ou, comme on dit aujourd'hui, "incontournables", et de constituer des éléments de progrès, au stade actuel d'évolution de notre civilisation. Il faut donc les prendre comme des données et essayer d'analyser les confusions qu'ils peuvent entraîner.

C'est d'une part le développement d'une société "mixte", amorcé déjà entre les deux guerres, qui combine économie de marché et protection sociale, individualisme et cohésion nationale, initiatives privées et interventions publiques.

C'est d'autre part l'internationalisation des relations sociales.

La société mixte s'accommode difficilement de la distinction classique, si importante en France, du droit public et du droit privé et de la dualité juridictionnelle qui en est à la fois l'effet et la cause. L'opposition entre l'administration, régaliennne par essence, et l'entreprise, libre par définition, qui a toujours été un peu exagérée, est aujourd'hui largement périmée. Les premières manifestations de ce brouillage des frontières se situent entre les deux guerres, comme on l'a vu, avec les services publics industriels et commerciaux et la gestion des services publics par des organismes privés. Ces créations avaient été à peine digérées par notre système juridique, que d'autres combinaisons sont nées, sous les influences alternées des nationalisations et des privatisations. On cherche à prendre aux deux régimes juridiques leurs avantages, mais on risque d'en cumuler les inconvénients.

On a vu ainsi apparaître des monstres, ou des "chimères" comme diraient plus élégamment aujourd'hui les biologistes : établissements publics industriels et commerciaux dont le personnel a conservé le statut de fonctionnaires, ou à l'inverse établissements publics administratifs employant pour l'essentiel des agents contractuels ; marchés mal définis et pouvant entraîner des confusions entre les intérêts publics et privés, comme les "marchés d'entreprise de travaux publics" ; notions floues comme la "délégation de service public" ; expressions mal traduites des textes européens, comme le "pouvoir adjudicateur", les "organismes de droit public", distincts des personnes morales de droit public qui figurent dans le même texte, ou encore les "marchés publics" qui comprennent des contrats relevant en France du droit privé. On peut également citer des institutions dont l'utilité est certaine, mais qui gagneraient à être mieux définies, comme les sociétés d'économie mixte et les groupements d'intérêt public. Et l'on peut être inquiet de voir posées des questions telles que l'affectation à des sociétés anonymes de corps de fonctionnaires et de parcelles du domaine public.

La vie ne permet étiquettes préétablies déconvenues ultérieurement juridique.

L'internationalisation induit, si l'on n'y prend garde dans l'exercice de ses conséquences de communautaires s'a décidé d'interpréter des affaires étrangères notamment à une des normes européennes dégagées des principes du droit international à éliminer toutes

Tout d'abord, mais amont, et non plus Conseil d'État ne notions ambiguës celles qui ont été ses effets à ceux

L'existence d'une internationale, si demeure : la Constitution ? par leur propre hiérarchie principes généraux législative ou réglementaire complique sérieusement hiérarchie ; certes raison, aux règles Constitution ? par que le Conseil d'État hiérarchisés entre et multilatéraux convention européenne ront, dans ces domaines administrative et j

D'une relative simplicité à une complexité début du vingtième siècle successives, de style

ciennes, comme les organismes publics eux définies et sont orale de droit public naire a été mieux

parus, qui n'ont pas araisent particuliè- bles, ou, comme on r des éléments de ion. Il faut donc les s confusions qu'ils

ixte", amorcé déjà arché et protection tiatives privées et

sociales.

stinction classique, ivé et de la dualité

L'opposition entre e, libre par défini- ourd'hui largement e des frontières se les services publics es publics par des digérées par notre s, sous les influen- ns. On cherche à nais on risque d'en

es" comme diraient lissements publics servé le statut de administratifs em- chés mal définis et publics et privés, "; notions floues ; mal traduites des es "organismes de public qui figurent ' qui comprennent ut également citer gagneraient à être et les groupements sées des questions s de fonctionnaires

La vie ne permet pas de tout ranger dans des tiroirs normalisés avec des étiquettes préétablies. Mais elle ne doit pas conduire, sous peine de déconvenues ultérieures, à installer le désordre dans notre système juridique.

L'internationalisation est également un phénomène positif qui peut induire, si l'on n'y prend garde, des conséquences négatives. Le Conseil d'État en a pris acte à plusieurs reprises au cours de ces dernières années, dans l'exercice de ses diverses attributions : au contentieux, il a tiré les conséquences de la primauté des traités internationaux et des actes communautaires sur le droit interne, même sur les lois postérieures, et il a décidé d'interpréter lui-même les premiers, sans consulter le ministère des affaires étrangères ; dans ses activités consultatives, il a veillé notamment à une élaboration satisfaisante et à une application correcte des normes européennes ; dans son rôle d'étude et de proposition, il a dégagé des principes à cet effet et analysé à plusieurs reprises les rapports du droit international et communautaire et du droit interne, sans parvenir à éliminer toutes les confusions.

Tout d'abord, malgré les précautions prises et certaines consultations en amont, et non plus seulement en aval, sur les actes communautaires, le Conseil d'État ne parvient pas à interdire l'accès de notre droit à des notions ambiguës et à des expressions impropres comme la plupart de celles qui ont été citées plus haut. La construction de l'Europe mêle ici ses effets à ceux de la société mixte.

L'existence d'une double hiérarchie des normes du droit, nationales et internationales, suscite également des difficultés. Le système interne demeure : la Constitution, aujourd'hui élargie au "bloc de constitutionnalité" ; les lois et textes assimilés ; les règlements administratifs avec leur propre hiérarchie, correspondant à celle de leurs auteurs ; enfin les principes généraux du droit à valeur, selon les cas, constitutionnelle, législative ou réglementaire. L'insertion des sources internationales complique sérieusement le paysage, car elles comportent leur propre hiérarchie ; certes les traités sont supérieurs aux lois et, à plus forte raison, aux règlements. Mais comment se situent-ils par rapport à la Constitution ? par rapport aux principes généraux du droit international, que le Conseil d'État commence à appliquer ? et comment sont-ils hiérarchisés entre eux ? comment faudra-t-il combiner traités bilatéraux et multilatéraux ou encore les actes de l'Union européenne et la convention européenne des droits de l'homme ? comment s'harmoniseront, dans ces domaines qui dépassent le droit national, les jurisprudences administrative et judiciaire ?

\*

D'une relative simplicité, le droit administratif est passé en quarante ans à une complexité certaine. Le monument, qui était encore classique au début du vingtième siècle, tend à devenir par adjonctions et modifications successives, de style baroque à la veille du vingt-et-unième.



Ce pourrait être l'une des tâches de la période à venir que de faire le tri entre les complications qui ne sont que le reflet et la conséquence de celles de la société, et celles qui, superfétatoires, devraient être éliminées.

Il est certes heureux que de nombreuses questions restent à résoudre. Il serait décevant et triste que la construction du droit administratif soit entièrement achevée et qu'il ne se pose plus de problèmes. Encore faut-il éviter des destructions, ou une déstructuration. Quelles que soient les solutions nouvelles et les changements à venir, le droit administratif français ne doit pas y perdre son âme : le service public.

**Guy Braibant,**  
*président de Section au Conseil d'État*



Ch