

**LA THÉORIE
DES « BASES CONSTITUTIONNELLES
DU DROIT ADMINISTRATIF »**

SOMMAIRE

INTRODUCTION (nos 1 et 2)

TITRE I. — *Exposé de la théorie.*

SECTION I. — Les prémisses (nos 3 à 6).

SECTION II. — Les notions constitutionnelles actuelles de l'administration et du droit administratif.

§ 1. — Analyse : le « régime administratif » (nos 7 à 11).

§ 2. — Les arguments (nos 12 à 14).

SECTION III. — Le domaine constitutionnel d'application du régime administratif (nos 15 à 17).

TITRE II. — *Examen critique de la théorie.*

SECTION I. — Critique des définitions de l'administration et du droit administratif par le régime administratif.

§ 1. — Leur défaut de caractère constitutionnel (nos 18 à 20 bis).

§ 2. — Leur valeur intrinsèque (nos 21 et 22).

1° Les objections théoriques (nos 23 à 26).

2° Les objections de fait (nos 27 à 33).

SECTION II. — Critique de la règle sur le domaine d'application du « régime administratif ».

§ 1. — Son inexistence comme règle de droit constitutionnel (nos 34 à 37).

§ 2. — Sa totale irréalité (nos 38 à 43).

§ 3. — La fausse théorie de la présomption d'administrativité (nos 44 à 53).

CONCLUSION GÉNÉRALE (nos 54 à 56).

APPENDICES.

I. — Sur la structure des deux définitions vedéliennes de l'administration et la nature de leurs éléments constitutifs.

II. — Confrontations.

REVUE DU DROIT PUBLIC. — T. LXXXVIII, n° 6.

1. — Ce que nous appelons (sans aucune part d'invention) la théorie des « bases constitutionnelles du droit administratif » représente une réponse apportée à ce problème premier qui tourmente toujours plus ou moins, en France, la discipline « Droit administratif » : quel est exactement son objet ? Quelle est sa matière ? Quel est le groupe ou ensemble de règles qui constituent son champ propre d'étude, c'est-à-dire dont elle doit, au stade de la synthèse suprême — celle qui s'exprime dans les premiers chapitres des Traités généraux —, élaborer et présenter le « système » (selon l'expression souvent utilisée par la doctrine germanique), c'est-à-dire un exposé rationnellement organisé et ordonné ?

Répondre à cette question, c'est en somme définir ce Droit administratif, c'est en fixer l'assiette, le domaine, — donnée primordiale et capitale assurément. Il est donc tout naturel que ce soit la première démarche qu'effectuent les Traités.

Ils résolvent donc le problème ; souvent même ils le posent, en indiquant quelles sont en fait les alternatives sur lesquelles ils vont prendre parti.

Mais il est permis de penser qu'ils n'exposent généralement pas de façon très convaincante ni le problème ni les raisons justificatives de leurs options. Alors que ces options doivent procéder de considérations « scientifiques », beaucoup le réduisent à une question de terminologie — choix du sens donné à des mots —, ou bien n'allèguent guère — en réalité — que des considérations dites « pédagogiques », c'est-à-dire qui ont essentiellement trait à l'organisation des études de droit universitaires, ou en tout cas des considérations d'ordre pratique.

2. — Cette critique n'atteint précisément pas la « théorie des bases constitutionnelles du droit administratif » français, que l'on doit à Georges Vedel, qui l'a exposée pour la première fois en 1954 dans une étude particulière publiée dans la précieuse collection des *Études et Documents du Conseil d'État* (abréviation : E. D. C. E.) (n° 8, 21-54) et qui l'a intégrée ensuite dans le système complet (quant à la « théorie générale ») que représente son *Droit administratif* (abréviation : D. A.) de la collection des *Précis Thémis* (1^{re} édition, 1958 ; 4^e édition, 1968).

C'est cette théorie que nous voudrions rappeler et examiner dans les pages qui suivent. Elle est évidemment d'une importance majeure pour la théorie du Droit administratif, à laquelle elle serait susceptible d'apporter la base sûre et certaine qui paraît si souvent lui faire défaut.

Suivant qu'on l'accepte ou la rejette, ce Droit prend une figure globale toute différente.

3. — L'originalité de son principe même — ci-dessus rappelé — des dispositions.

Et il affirme que la Constitution donne qu'elle ne la donne pas — ment une définition du droit administratif, dont

« Que ce soit d'ordre théorique... » (nous nous paraît devoir être « ... l'administratif » qu'en partant de l'ordre d'être démontrée de la nature même de l'ordre étatique » et par conséquent « la base nécessaire du droit administratif » (D. A., 9,

Il ressort suffisamment

(1) C'est sans doute lorsqu'il écrivait (*E. D. C. E.*) du droit administratif à ces deux questions : une administration où les fonctionnaires exercent-ils leurs fonctions, de ne pas saisir avec les développements de l'État — de l'État — (car une éventuelle responsabilité en tout cas concerne les organes suprêmes et le Gouvernement)

TITRE I

EXPOSÉ DE LA THÉORIE

Section I. — LES PRÉMISSSES

3. — L'originalité du système professé par Georges Vedel porte sur son principe même : il prétend en effet trouver la solution du problème ci-dessus rappelé dans la Constitution elle-même, dans certaines de ses dispositions.

Et il affirme qu'on est certain et assuré de l'y trouver, parce que la Constitution donne nécessairement cette solution : il n'est pas possible qu'elle ne la donne pas ; toute Constitution implique, inclut nécessairement une définition de l'administration — et par conséquent du droit administratif, dont l'objet se définirait à son tour par elle :

« Que ce soit d'un point de vue pédagogique ou d'un point de vue théorique... » (nous avons indiqué assez clairement que seul ce dernier nous paraît devoir être pris en considération pour le problème posé), « ... l'administration et le droit administratif ne peuvent être définis qu'en partant de la Constitution » ; « cette affirmation n'a pas besoin d'être démontrée », « elle découle immédiatement et nécessairement de la nature même de (cette) Constitution, du fait qu'elle est le fondement de l'ordre juridique français et (la) charte de l'organisation étatique » et par conséquent, « tout le monde (en) tombera d'accord », « la base nécessaire des règles dont l'ensemble compose le droit administratif » (D. A., 9, et E. D. C. E., 21, n° 1) (1).

Il ressort suffisamment de ces propositions que, pour l'auteur, l'affir-

(1) C'est sans doute la même idée que l'auteur voulait exprimer en 1954 lorsqu'il écrivait (E. D. C. E., 36, n° 30) que « la base constitutionnelle du droit administratif serait donnée par les réponses de la jurisprudence à ces deux questions : « en vertu de quel titre constitutionnel existe-t-il une administration ? En vertu de quel titre constitutionnel les administrateurs exercent-ils leur compétence ? ». Nous avouons notre faute, certainement, de ne pas saisir le sens exact de ces questions, ni surtout leur rapport avec les développements de la pensée de l'auteur. De quelle « administration » veut-il parler — de l'activité ou de l'appareil ? Et de quels « administrateurs », (car une éventuelle réponse constitutionnelle à la seconde question ne saurait en tout cas concerner véritablement, en droit constitutionnel français, que les organes suprêmes de l'Administration d'État — disons : le chef de l'État et le Gouvernement) ?

mation de cet enracinement, de cette présence des deux notions — l'administration, le droit administratif — dans la Constitution nationale ne correspond pas à une simple constatation empirique, mais représente une vérité *a priori*, insusceptible par conséquent d'être infirmée par une expérience quelconque, par « les faits ». Ainsi donc, c'est à la Constitution elle-même que l'on pourrait et devrait demander la définition de la notion-clé du droit administratif, l'administration, et par conséquent, du même coup, celle de ce droit administratif lui-même, — dont ce sont là les « prémisses constitutionnelles », auxquelles le théoricien systématisateur de ce droit doit « rester fidèle » (E. D. C. E., *ib.*).

Alors, mais à cette condition seulement, le « système » sera-t-il valable, parce que fondé sur des données premières tirées du droit positif, — bien plus : du degré suprême de ses règles, qui en déterminent les bases (2).

4. — ... La Constitution... : il s'agit évidemment d'une Constitution déterminée, celle qui est en vigueur à un moment donné, à l'époque dont le théoricien vise à présenter le système de droit administratif positif.

Si notre double notion — administration, droit administratif — est une notion de droit positif, et plus précisément une notion du droit constitutionnel, il s'ensuit en effet de soi — et c'est bien la pensée de Georges Vedel — qu'elle peut varier avec celui-ci ; elle dépend de lui ; elle n'est pas nécessairement constante, identique pour toutes les Constitutions successives (nous raisonnons dans le cadre de la France exclusivement), elle est au contraire susceptible — simplement susceptible — de différer, au moins pour partie, d'une Constitution à une autre (Dans le cas contraire, c'est-à-dire si les deux notions en cause étaient invariantes, immuables et éternelles, il ne se poserait évidemment pas de problème).

(2) Étant donné ces prémisses, on peut éprouver quelque étonnement à lire ensuite, dans l'étude de 1954 — mais la position de l'auteur reste la même dans le *Droit administratif* — qu'« en vertu du principe de l'entière liberté des définitions », le juriste français pourrait parfaitement admettre une notion de l'administration autre que celle qu'il va présenter comme constitutionnelle. N'est-ce pas remettre en question toute la construction qu'il propose ? ... Mais on ne pourra saisir concrètement le sens et la portée de ce singulier « auto-désaveu » que quand on aura analysé ce qui reste malgré tout sa définition (v. *infra*, n° II, n. 10).

Notons ici simplement que l'affirmation de l'entière liberté des définitions n'empêche pas l'auteur d'écrire que les définitions juridiques ne sont pas « purement arbitraires » (D. A., 45) (Il ajoute « ni purement logiques » ; mais, que cette idée soit vraiment très claire ou non, elle ne nous intéresse pas ici).

5. — C'est précisément toujours la ligne de pe le droit français.

Depuis 1875 au mo selon Georges Vedel, « tradition constitutionnelle traditionnelle l'administrativiste de prendre appui sur un nous ne rappellerons l'idée d'exécution des moins un élément esse

La Constitution du antique notion, par le au Gouvernement ad exécutif, celui de poser — toutes règles de dro pas expressément rése pouvoir législatif du Pa cipes fondamentaux » de prendre des régleme par opposition aux « r de lois, tendant simple qui étaient seuls admis de la Ve République a période antérieure ; elle en un de ses points esse ment possible de défini exclusivement, action e une action non-exécutiv législation, cette action tantes.

C'est à cette notion Georges Vedel — que n dans cette étude : elle d du droit administratif » intéresse éminemment

(3) Il nous sera toute révolue, la notion « 1875-1 nuité historique de sa réfle

5. — C'est précisément une telle mutation qu'a connue (nous suivons toujours la ligne de pensée de notre auteur), il y aura bientôt quinze ans, le droit français.

Depuis 1875 au moins (depuis beaucoup plus longtemps sans doute, selon Georges Vedel, qui la présente en effet comme l'expression de la « tradition constitutionnelle française », comme la « conception constitutionnelle traditionnelle ») (D. A., ch. I, S. I, 9-21 et, *passim*, 21-46), l'administrativiste des III^e et IV^e Républiques pouvait et devait prendre appui sur une certaine notion de l'administration, — que nous ne rappellerons pas en ce moment, nous noterons simplement que l'idée d'exécution des lois, comme but de cette activité, en était au moins un élément essentiel, — non le seul, selon l'auteur.

La Constitution du 4 octobre 1958 a porté un coup mortel à cette antique notion, par le fait qu'elle a, par son célèbre article 37, attribué au Gouvernement administrateur un pouvoir essentiellement non-exécutif, celui de poser par décrets réglementaires — actes administratifs — toutes règles de droit portant sur les objets ou matières qui ne sont pas expressément réservés par le non moins célèbre article 34 au pouvoir législatif du Parlement — soit totalement, soit pour « les principes fondamentaux » —, ce qui signifie dans le premier cas le pouvoir de prendre des règlements que l'on appelle « initiaux » ou « autonomes », par opposition aux « règlements complémentaires », complémentaires de lois, tendant simplement à en permettre ou assurer l'application, qui étaient seuls admis par les Constitutions antérieures. La Constitution de la V^e République a donc modifié la notion de l'administration de la période antérieure ; elle en a consacré une notion nouvelle, au moins en un de ses points essentiels : il n'est désormais plus constitutionnellement possible de définir l'administration comme étant en sa totalité, exclusivement, action d'exécution des lois, — puisqu'elle comprend une action non-exécutive, « initiale », « autonome » ... par rapport à la législation, cette action étant certainement de dimensions fort importantes.

C'est à cette notion constitutionnelle 1958 — selon les idées de Georges Vedel — que nous nous attacherons en principe exclusivement dans cette étude : elle donne à sa théorie des « bases constitutionnelles du droit administratif » son contenu concret actuel ; c'est donc elle qui intéresse éminemment l'administrativiste français d'aujourd'hui (3).

(3) Il nous sera toutefois impossible de négliger totalement, bien que révolue, la notion « 1875-1958 », en raison du fait que, maintenant la continuité historique de sa réflexion, l'auteur expose la notion actuelle pour ainsi

6. — Toutefois, avant de rappeler quelle est cette notion, il nous paraît nécessaire de présenter deux observations qui préparent à saisir avec une entière précision le sens et la portée de la théorie :

1° Lorsqu'il enseigne que c'est la Constitution qui donne — c'est-à-dire qui impose — à l'administrativiste la notion de l'administration et avec elle celle du droit administratif sur lesquelles il devra fonder son « système », Georges Vedel n'entend assurément pas dire que cet administrativiste trouverait les définitions de ces notions inscrites et formulées dans le texte constitutionnel, où il lui suffirait donc de les lire pour ensuite les reproduire telles quelles ; nul ne s'aventurerait à avancer une telle affirmation, qui serait d'une évidente inexactitude matérielle (cf. *infra*, n° 18). Ce que l'auteur entend dire, c'est que cette double définition se laisse inférer de telles ou telles dispositions constitutionnelles, qui les impliqueraient nécessairement, d'où le raisonnement pourrait les déduire (4).

dire à partir de sa devancière, par référence à elle, par exemple sous le titre : « Tradition et nouveauté : A) Les données traditionnelles qui doivent être conservées ; — B) Les données nouvelles qui doivent être intégrées au Droit administratif », — ce sont celles qui « résultent de la Constitution de 1958 » (D. A., 40-48 et 21) ; la notion actuelle n'apparaît ainsi dans sa pleine autonomie que dans la « Synthèse » qui clôt le chapitre (46).

(4) Ceci est pleinement confirmé par les termes dont l'auteur se servait en 1954 pour expliquer l'objet de sa recherche, — qui s'appliquait alors évidemment aux Constitutions de 1875 et de 1946 : il voulait « expliquer le droit positif » — de façon plus satisfaisante que ne le faisait selon lui la « théorie du service public » ; il visait à une « présentation cohérente et fidèle du droit positif », c'est-à-dire « pour l'essentiel, de la jurisprudence du Conseil d'État et du Tribunal des Conflits » (E. D. C. E., 48, n° 55), — il faut entendre sans doute : en tant qu'elle interprétait ou appliquait la Constitution ; sinon..., mais voir sur ce dernier point *infra*, nos 20, n. 31 et 38, n. 46. Il voulait déterminer « sur quelles bases constitutionnelles peut se construire le droit administratif (21, n° 1) (cf., 48, n° 54 : « ... les grandes lignes de la construction proposée ») ; avant d'entreprendre la construction positive à laquelle (il) va s'efforcer, — une « construction doctrinale » (34, n° 27, et 53, n° 65) —, il va présenter sa critique du système du service public ; et ensuite, il exposera que « pour demeurer fidèle aux prémisses constitutionnelles qui le fondent, notre droit administratif (français) doit se construire sur les notions de pouvoir exécutif et de puissance publique » (21, n° 1).

(Toutes ces citations (où les italiques sont de nous) confirment et permettent donc bien d'affirmer sans hésitation : a) que, pour Georges Vedel, l'administration est bien un concept qu'il incombe et appartient aux « publicistes » d'élaborer à l'aide ou par référence à des matériaux que sans doute fournissent des dispositions de droit positif qui en somme impliqueraient ce concept, il s'y trouverait à l'état latent, en puissance ; b) que le droit administratif

2° En second lieu, la doctrine ne contient pas seulement une double définition de l'administration, mais celle qu'elle donne, et, en tout cas, la détermination du droit administratif.

Ces deux problèmes sont toujours au premier plan et séparément souhaitables. Le premier figurent, on le voit, dans le second (*infra*, n° 12).

Mais il reste que, dans ces deux problèmes, ce sont les notions de droit administratif qui définissent la règle qui détermine le système du droit administratif.

Donc les notions et le système du droit administratif, le juriste clairvoyant, les voit ainsi en réalité se dériver successivement.

dont il y est question est élaboré par la doctrine — des règles du droit positif, — qu'il n'est ces règles elles-mêmes, plumes des autorités étatiques, Conseil d'État, au premier chef.

(5) Sans doute Georges Vedel, des « bases constitutionnelles de la Constitution de 1958 », ce droit — ce sont les organes de la République, — Président de la République, des ministres, — organes-mêmes (D. A., 21-29, spécialement 21) au moins en fait) n'affectent pas l'administration et du droit administratif de ce dernier : théorie des « bases » ne signifie pas analyse de l'administration.

2° En second lieu, on verra que, pour l'auteur, la Constitution ne contient pas seulement — au sens qui vient d'être indiqué — cette double définition de notions, mais qu'elle contient encore la solution d'un second problème, que pose, non pas toute notion de l'administration, mais celle qu'il adopte : le problème que l'on appelle traditionnellement, en tout cas depuis trois quarts de siècle, problème de la détermination du domaine d'application du droit administratif.

Ces deux problèmes, à vrai dire, Georges Vedel est loin de les distinguer et séparer toujours aussi nettement et radicalement qu'il serait impérativement souhaitable : dans les formules par lesquelles il répond au premier figurent, on le verra, des éléments qui concernent en vérité le second (*infra*, n° 12 et Appendice I, notamment n° 11).

Mais il reste que pour lui, depuis la Constitution de 1958 en tout cas, ces deux problèmes et leur solution constituent ensemble et indissolublement la substance de sa théorie des « bases constitutionnelles du droit administratif » : celle-ci fixe : premièrement la notion de l'administration qui définit le droit administratif ; deuxièmement, elle donne la règle qui détermine le domaine d'application de ce droit (5).

Donc les notions et les données premières et vraiment fondamentales du système du droit administratif français se trouvent, en tout cas pour le juriste clairvoyant, dans la Constitution française.

Ce sont ainsi en réalité deux thèses distinctes que nous devons considérer successivement.

dont il y est question est beaucoup plus le système du droit administratif élaboré par la doctrine — sans doute (comme on vient de le dire), à partir des règles du droit positif, avec lesquelles elle veut et doit vouloir être d'accord — qu'il n'est ces règles elles-mêmes, telles qu'elles sortent des mains et des plumes des autorités étatiques qui les créent, — législateur, Gouvernement, Conseil d'État, au premier rang.

(5) Sans doute Georges Vedel développe-t-il en outre sous la rubrique des « bases constitutionnelles du droit administratif » l'analyse de dispositions de la Constitution de 1958 qui incontestablement intéressent, et profondément, ce droit — ce sont les articles relatifs au rôle et à des pouvoirs du Président de la République, du Gouvernement, du Premier Ministre et des ministres, — organes-maîtres du Gouvernement-Administration d'État (D. A., 21-29, spécialement 22). Mais ces dispositions (lui-même l'admet au moins en fait) n'affectent pas du tout les questions de la définition de l'administration et du droit administratif ni celle du domaine d'application de ce dernier : théorie des bases constitutionnelles du droit administratif ne signifie pas analyse de toutes les règles constitutionnelles sur le droit administratif.

Section II. — LES NOTIONS CONSTITUTIONNELLES ACTUELLES
DE L'ADMINISTRATION ET DU DROIT ADMINISTRATIF

§ I. — Analyse : le « régime administratif ».

7. — Selon Georges Vedel, les toutes premières des « bases constitutionnelles du droit administratif » seraient donc à l'heure actuelle le concept d'administration qui résulterait de la Constitution de 1958, et par là même la notion corrélatrice du droit administratif, qui serait en effet le droit de cette administration.

Quels sont-ils donc ?

8. — L'administration se définirait comme l'activité étatique (ou : publique) soumise au régime administratif, — il s'agit naturellement, comme il le dit, d'un « ensemble d'activités » très diverses par ailleurs. En bref, l'administration « se défini(r)ait par rapport au régime administratif » [D. A., 46, § 2, 2^e alinéa et B], — on pourrait dire : par le régime administratif. Serait donc administration toute activité étatique soumise à ce régime, et nulle autre (6).

9. — Qu'est-ce donc que ce « régime administratif ? » ... Selon l'auteur, assurément, ... ; car c'est encore un fait matériel incontestable que la Constitution n'emploie pas ce terme — non plus que ne le faisait aucune de ses devancières — et qu'il ne s'y en trouve donc pas une définition formulée. Tout le monde accordera que le terme — et la notion qu'il doit signifier — sont purement doctrinaux, création de certains auteurs, acceptée par certains autres, — dont Georges Vedel.

C'est donc bien à celui-ci — et non directement à la Constitution — qu'il faut demander quelle notion, c'est-à-dire quelles données — qui seront évidemment ou concerneront des règles de droit — il exprime par ce terme inconnu de la source à laquelle il se réfère, et d'ailleurs (cf. *infra*, n° 32) de toutes les sources du droit positif.

(6) Nous avons substitué cette formule positive, « autonome » et simple à celle, négative, relative et plus compliquée, qu'écrit Georges Vedel : « L'administration est l'ensemble des activités de l'État et des personnes publiques qui ne relèvent pas, en vertu d'une clause particulière, d'un régime dérogatoire au régime administratif » (D. A., 46, § 2, *Synthèse*, B).

Nous expliquerons ultérieurement pourquoi l'auteur a été amené à donner cette formule, qui nous paraît critiquable (v. *infra*, n° 15, n. 18) ; mais elle correspond exactement à la même notion de l'administration.

Il nous paraît exactes deux notions du « assurément rien de seconde ne retient qu'un des éléments qu'englobe le régime, donc les plus

a) Globalement et pour Georges Vedel (ce terme), l'ensemble, l'administration et ses rapports régissent les personnes objet (ex. : contrats,

Quel que soit le caractère pour ainsi dire, c'est-à-dire à l'Administration un n'appartiennent pas à « particuliers » dans les hypothèses elle lui impose une « sujétion » une limitation de liberté thèse ou situation sur « Le régime administratif négatives et des sujétions D. A., 19 et 21-2°).

En d'autres termes, cela comprend l'ensemble de « l'Administration », — entendez : différentes — qui valent pour l'Administration pas — ajouterons-nous les règles valant pour les autres celles qui vaudraient seulement l'acte (défini abstraitement relatives à un objet déterminé uniquement par différence (E. D. C. E., 43, n° 42).

Ainsi conçu, « régime administratif » synonyme de « droit administratif », ou encore « *stricto sensu* », plus en vogue dans la doctrine

b) Mais il y en a une autre plus concrète, qui apparaît en

Il nous paraît exact de dire que Georges Vedel utilise en définitive deux notions du « régime administratif », deux notions qui n'ont assurément rien de contradictoire ou d'hétérogène : simplement, la seconde ne retient qu'une partie, sans doute une très faible partie, des éléments qu'englobe la première, — les principes suprêmes de ce régime, donc les plus caractéristiques de sa physionomie originale.

a) Globalement et formellement, le « régime administratif » est, pour Georges Vedel (comme pour tous les auteurs actuels qui utilisent ce terme), l'ensemble, le corps des règles de droit régissant l'Administration et ses rapports avec les administrés qui diffèrent de celles qui régissent les personnes privées dans leurs relations mutuelles de même objet (ex. : contrats, responsabilité, biens, etc.).

Quel que soit le caractère de la différence, son fond et son résultat, pour ainsi dire, c'est-à-dire aussi bien si la règle administrative confère à l'Administration un pouvoir, une prérogative, un privilège, qui n'appartiennent pas à des « particuliers » à l'égard d'autres « particuliers » dans les hypothèses ou situations semblables, que si au contraire elle lui impose une « sujétion » — entendez : une obligation, une charge, une limitation de liberté d'action — qui ne pèse pas dans la même hypothèse ou situation sur « les particuliers » dans leurs rapports mutuels. Le régime administratif comprend également, dit l'auteur, « des prérogatives et des sujétions de puissance publique » (E. D. C. E., nos 42-44 ; D. A., 19 et 21-20).

En d'autres termes, dans cette notion large, le « régime administratif » comprend l'ensemble des règles de droit « exorbitantes du droit commun », — entendez : différentes de celles, homologues, du « droit privé » — qui valent pour l'administration et cette dernière formule n'englobe pas — ajouterons-nous pour préciser davantage l'idée — seulement les règles valant pour l'administration tout entière, mais aussi bien celles qui vaudraient seulement — cas-limite inférieur — pour un seul acte (défini abstraitement, par exemple les décisions individuelles relatives à un objet déterminé). En bref, ce régime se définit donc uniquement par différence, par opposition au « régime de droit privé » (E. D. C. E., 43, n° 42).

Ainsi conçu, « régime administratif » est purement et simplement synonyme de « droit administratif autonome » ou « proprement dit » ou encore « *stricto sensu* », selon les expressions actuellement beaucoup plus en vogue dans la doctrine.

b) Mais il y en a une autre notion, beaucoup plus restrictive ou plus concrète, qui apparaît en tête de la II^e Partie, intitulée précisément

« Le régime administratif » (D. A., 59). Ce régime se limite alors à un groupe de quatre règles seulement du « droit administratif autonome », considérées comme fondamentales, sans doute en raison de leur extrême généralité — dans tous les sens du terme —, qui ferait d'elles, semble-t-il, comme les têtes de chapitre coiffant la totalité des « théories » majeures de ce droit autonome.

Rappelons quelles sont ces quatre règles, dont, toujours fidèle à l'optique de comparaison avec le droit privé, avec lui seul (du moins à ce stade), Georges Vedel fait deux sous-groupes de deux règles chacun.

Le premier sous-groupe est celui qui consacre des « privilèges ou prérogatives de l'Administration » :

— c'est d'abord le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires, c'est-à-dire en somme l'existence d'une juridiction administrative, au sens d'un ordre de juridiction ;

— c'est ensuite le double principe du pouvoir de l'Administration de prendre des décisions exécutoires et de son pouvoir de passer des contrats, dits administratifs, qui comportent pour elle des « prérogatives particulières » (mais, à vrai dire, également des « sujétions » particulières, comme l'auteur ne tarde pas à l'indiquer).

Le second sous-groupe est celui par lequel sont consacrées des « sujétions de l'Administration », — des sujétions originales bien entendu :

— c'est en premier lieu « le principe de légalité », qui « soumet l'Administration au respect du droit » ;

— c'est en second lieu le « principe de la responsabilité de la puissance publique », « en vertu duquel les personnes publiques doivent réparation des dommages qu'elles causent, soit en raison de la faute qui (les) a occasionné(s)..., soit en raison d'autres éléments ».

10. — Voilà donc comment Georges Vedel définit ou analyse ce « régime administratif » qui lui-même définit l'administration, elle-même notion-clé du droit administratif.

Mais à la vérité, l'auteur ne se contente pas, comme on pourrait le croire en se référant tout au moins à la notion large, d'opposer régime administratif à régime de droit privé.

Il n'oublie évidemment pas que l'administration n'est que l'une des « activités étatiques », à côté d'autres, et que l'administrativiste ne peut donc pas ignorer celles-ci au moment de définir complètement l'administration ; il doit nécessairement en présenter le tableau, avec les caractéristiques essentielles de chacune par rapport à l'administration.

Voici le tableau, c'est
étatiques qui résulte,
Georges Vedel (D. A.,

— « l'activité législat

(7) C'est assurément s
caractériser le « régime a
par le caractériser en un
pour l'en différencier, ave
alors totalement abstraitic
tiellement le régime législa
En procédant de la sor
non ou mal structurée ; ca
de deux plans différents :
seraient communs avec tou
éléments vraiment spécifique
droit public » ne se rencontr
elle-même simplifiée).

Du régime de droit priv
en tant que régime de droit
du régime de droit privé ég
ensuite seulement, spécific
Si l'on ne tient pas compt
ment originales du régime

Ne retrouve-t-on pas là t
si banalisée : le droit admi

Ce sont ces faits — plus
Georges Vedel, après avoir
latérales comme un des qua
à écrire (E. D. C. E., 43, n°
ne sont... pas réservées à l'E
beaucoup plus étendue et à
possibilité d'émettre des déci
d'être exécutées par la contr
que ». Mais il déclare aussit
s'intéresser à la puissance p
c'est-à-dire *grosso modo* le «

On peut observer que, si l'
essentiels », on voit qu'alors
administratif se réduiraient à
— qui est simplement partiel
faculté de conclure des contr
ou spécificité des « sujétions »
sabilité » — est encore bien p
— dans ce régime administrati
dire exclusivement administra
(c'est même là, on y reviendra

Voici le tableau, c'est-à-dire la classification de ces autres activités étatiques qui résulte, quand on les rassemble, des explications de Georges Vedel (D. A., 44 et 394) (7) :

— « l'activité législative », qui correspond au « régime législatif »,

(7) C'est assurément suivre une méthode défectueuse que de vouloir caractériser le « régime administratif », ou plutôt de vouloir commencer par le caractériser en un premier temps, uniquement en le confrontant, pour l'en différencier, avec le régime de droit privé, c'est-à-dire en faisant alors totalement abstraction des autres « régimes de droit public », — essentiellement le régime législatif et le régime juridictionnel.

En procédant de la sorte, on donne du régime administratif une vision non ou mal structurée ; car on se condamne à ne pas marquer la distinction de deux plans différents : celui des éléments génériques — ceux qui lui seraient communs avec tous ces autres régimes de droit public — ; celui des éléments vraiment spécifiques — ceux qui à l'intérieur du genre « régimes de droit public » ne se rencontrent qu'en lui seul (pour nous en tenir à une analyse elle-même simplifiée).

Du régime de droit privé, le régime administratif se différencie d'abord en tant que régime de droit public, c'est-à-dire par des traits qui différencient du régime de droit privé également les autres « branches du droit public », ensuite seulement, spécifiquement, en tant que régime administratif.

Si l'on ne tient pas compte de ce fait, on ne peut pas isoler les règles vraiment originales du régime administratif.

Ne retrouve-t-on pas là tout le sens intellectuel de la formule en général si banalisée : le droit administratif est une branche du droit public ?

Ce sont ces faits — plus qu'élémentaires et évidents — qui ont amené Georges Vedel, après avoir donné le pouvoir de prendre des décisions unilatérales comme un des quatre principes essentiels du régime administratif, à écrire (E. D. C. E., 43, n° 42) : « Les prérogatives de puissance publique ne sont... pas réservées à l'Exécutif seul. Le législateur les possède de façon beaucoup plus étendue et à un degré supérieur. Le juge, en tant qu'il a la possibilité d'émettre des décisions ayant force de vérité légale et susceptibles d'être exécutées par la contrainte, bénéficie du régime de la puissance publique ». Mais il déclare aussitôt sans ambages, dans cet article, qu'il ne veut s'intéresser à la puissance publique qu'en tant qu'elle concerne l'Exécutif, c'est-à-dire *grosso modo* le « Gouvernement-Administration ».

On peut observer que, si l'on se reporte à l'analyse des « quatre principes essentiels », on voit qu'alors les seules « prérogatives » originales du régime administratif se réduiraient à la soumission à la juridiction administrative — qui est simplement partielle au regard de l'Administration ! — ... et à la faculté de conclure des contrats administratifs. Il est vrai que l'originalité ou spécificité des « sujétions » — « principe de légalité », « principe de responsabilité » — est encore bien plus menacée. On peut alors se demander ce qui — dans ce régime administratif — subsiste de vraiment spécifiquement, c'est-à-dire exclusivement administratif, et qui n'est pas, génériquement, « public » (c'est même là, on y reviendra, une extension minimum) (*infra*, n° 19, n. 30).

« que l'on peut caractériser d'un mot : la loi est l'acte juridique... non contestable (et) non fautif » ; elle est, « en tant qu'acte juridique accompli », c'est-à-dire après sa promulgation, « souveraine », — c'est là « l'autorité de chose légiférée » (D. A., 37-38) ;

— « l'activité juridictionnelle », qui correspond au « régime juridictionnel », dont la caractéristique est « la valeur juridique spéciale, l'autorité de chose jugée » qui est attachée aux « actes juridictionnels (ou jugements)..., lorsqu'ils ont acquis un caractère définitif » ;

— « l'activité diplomatique de l'État », c'est-à-dire « les actes ou opérations intéressant les relations de l'État avec les États étrangers ou les organisations internationales » (8) ;

— « les activités gouvernementales... qui concernent les rapports des pouvoirs publics entre eux » et qui sont, elles, d'ordre interne (8).

II. — Si nous nous attachons, en tout cas pour l'instant, à la notion large — qui, encore une fois, dépasse certes de beaucoup la notion étroite, mais qui l'inclut —, il faut en souligner le corollaire essentiel, celui qui en fait en vérité toute la portée :

Georges Vedel enregistre, comme tous les administrativistes, le fait que l'Administration est admise à assurer des activités ou à faire des actes qui obéissent — et en eux-mêmes et dans leurs conséquences, c'est-à-dire dans les situations ou rapports qui s'ensuivent de l'acte ou qui s'y rattachent — au droit privé (peu importe si c'est « exception-

(8) On présentera immédiatement, quoique critique, cette observation — qui ne met en effet pas en cause l'essentiel du système vedélien — que l'on aperçoit mal — l'auteur ne l'indique pas, parce qu'il n'est pas possible de le faire — ce qui peut justifier la distinction de ces deux catégories dans un système qui se veut fondé sur le régime des activités, — c'est-à-dire qui doit adopter le principe : une catégorie par régime, autant de catégories que de régimes différents, ni plus ni moins — alors que toutes deux obéissent pareillement, en tout cas jusqu'à nouvel ordre, au même régime, celui dit d'« acte de gouvernement », et les théories classiques sur ce sujet (en tant qu'elles veulent simplement exprimer le droit jurisprudentiel) ne les considèrent en effet que comme deux espèces de ce genre. Il semble donc y avoir là illogisme de la part de l'auteur — oubli du principe de la caractéristique de chaque sorte d'activités par son régime propre, qu'il avait proclamé adopter, parce que seul valable ; sans doute s'est-il laissé influencer à ce moment par le sentiment que, considérées dans leur objet, les deux catégories d'« activités » (ce mot paraît bien peu convenir pour la plupart en tout cas des « actes de gouvernement de l'ordre interne ») apparaissent très différentes ; elles le sont bien en effet, incontestablement, mais cette différence profonde ne correspond absolument pas au principe d'analyse antérieurement posé et généralement appliqué par l'auteur.

nellement », comme — et c'est même, ou largement) : c'est 43, 20, 45 : « Puiss de beaucoup le plus industriels et des — concernant des ac ou commercial (dont tation de biens) lors gorie de services que

Si seules sont « a au régime administra régime de droit privé gestion privée n'est Et par conséquent

(9) Ici encore, le mo de la conclusion d'un

(10) C'est pourquoi i la thèse rappelée au (le juriste) peut défini fait », ce qui veut dire « gestion publique » et la la gestion privée, et pa comprenant les deux g et commun, chacun p liberté des définitions » ceux qui adoptent la r l'administration et du d raient des « sous-ensem *stricto sensu* et du droi bulaire près, aux idées ne pouvons que nous i qui — indépendammen de toute valeur l'ambit la notion de l'administra de terminologie, c'est-à qui est en réalité une d'une façon de voir un e de classification et de d (et non pas seulement le droit administratif » qu aura une assise matériel suivant que l'on adopte la « notion large » (V. sur

nellement », comme il l'admet, ou non ; il suffit que ce soit « parfois » — et c'est même, aujourd'hui surtout, de l'aveu unanime, souvent ou largement) : c'est ce qu'on appelle la « gestion privée » (cf. D. A., 43, 20, 45 : « Puissance publique et gestion privée »), dont l'exemple de beaucoup le plus important est celui de la gestion des services publics industriels et des services publics commerciaux, et l'autre exemple — concernant des actes « isolés » — celui des contrats de droit privé, civil ou commercial (dont l'objet est soit la prestation de services, soit la prestation de biens) lors même qu'ils sont conclus hors du cadre de la catégorie de services que l'on vient de viser.

Si seules sont « activités administratives » (9) celles qui obéissent au régime administratif, il va de soi que ces « activités » soumises au régime de droit privé n'ont pas caractère administratif : l'action en gestion privée n'est pas administration (D. A., 43-44 et 20) (10).

Et par conséquent, une partie aujourd'hui très importante par ses

(9) Ici encore, le mot « activité » paraît bien peu convenir à l'hypothèse de la conclusion d'un contrat.

(10) C'est pourquoi il est difficile de comprendre, en tant qu'elle contredit la thèse rappelée au texte, l'affirmation de l'auteur que « bien entendu, (le juriste) peut définir l'administration autrement qu'il ne l'a lui-même fait », ce qui veut dire en adopter une notion qui englobe tout à la fois la « gestion publique » et la « gestion privée ». Notion étroite, c'est-à-dire excluant la gestion privée, et par conséquent notion de régime, ou notion large, qui, comprenant les deux gestions, ne correspond donc plus à un régime unique et commun, chacun pourrait choisir selon son goût, « toujours en vertu de la liberté des définitions » ; et le choix ne changerait rien quant au fond, car ceux qui adoptent la notion large sont « obligés de distinguer, au sein de l'administration et du droit administratif, ce que les mathématiciens appelleraient des « sous-ensembles » et de relever la spécificité de l'administration *stricto sensu* et du droit administratif *stricto sensu*, ce qui revient, au vocabulaire près, aux idées soutenues au texte » (E. D. C. E., 46, n. 1). Nous ne pouvons que nous inscrire énergiquement en faux contre ces assertions, qui — indépendamment du fait signalé qu'elles destituent de tout sens et de toute valeur l'ambition de l'auteur de déterminer constitutionnellement la notion de l'administration — croient pouvoir réduire à une simple question de terminologie, c'est-à-dire de convention sur le sens donné à un mot, ce qui est en réalité une question d'idées, d'analyse de données et de choix d'une façon de voir un ensemble de choses, ou, plus précisément d'un principe de classification et de définitions. C'est l'administration qui est autre chose (et non pas seulement le sens du mot administration), c'est le « système du droit administratif » qui sera — nécessairement — différent, parce qu'il aura une assise matérielle, un objet et par suite des dimensions différentes, suivant que l'on adoptera comme fondamentale la « notion étroite » ou la « notion large » (V. sur ce point les observations présentées *infra*, n° 27 et s.).

dimensions, tout le monde le reconnaît, de l'activité et des actes de l'Administration n'est pas, selon le système vedélien, administration ou administrative : en assurant les activités industrielles ou bien commerciales, ou en concluant des contrats « de droit commun » dans quelque cadre que ce soit, l'Administration n'administrerait pas ; elle ne ferait pas de l'administration.

§ 2. — *Les arguments.*

12. — Par quels arguments ou raisonnements Georges Vedel croit-il pouvoir induire de la Constitution de 1958 la définition de l'administration par le régime administratif ?

Une telle procédure de démonstration s'impose évidemment, puisque, rappelons-le, cette définition n'est assurément pas écrite telle quelle dans la Constitution, — on n'y trouve pas de formule du genre : « l'administration est l'activité étatique qui (présente tel ou tel caractère) » ; « l'administration consiste à... » ; et, en effet, dans cette Constitution, le mot même d' « administration » ne se rencontre pas une seule fois, — du moins pris en son acception fonctionnelle ; car quand il déclare que « (le Gouvernement) dispose de l'administration... et de la force armée », l'article 20 vise l'Administration-appareil d'organes, il prend le terme en son sens institutionnel (organique, aiment à dire de très nombreux auteurs), qu'une majuscule est très indiquée pour différencier graphiquement, donc visuellement, de l'autre.

La nécessaire démonstration paraît consister en une longue chaîne d'argumentation, dont le point de départ est ces inséparables articles 37 — et — 34 qui déterminent et délimitent les domaines matériels respectifs du pouvoir législatif et du pouvoir réglementaire (en tout cas de celui du Gouvernement).

Mais nous ne la retiendrons pas ici en son entier, parce que, nous espérons que cela ressortira de nos explications ultérieures, la plus grande partie n'a en vérité pas du tout trait au problème de la définition de l'administration, seul débattu ici, mais à celui du domaine d'application du régime administratif, donné comme caractéristique de cette administration, — problème tout différent et second, nous l'avons dit précédemment.

Concernant la notion même d'administration, nous n'apercevons qu'un seul essai de justification de celle qui est proposée (11) : il vise

(11) Il nous paraît en effet difficile de retenir comme telle la proposition, plutôt mystérieuse (D. A., 46), nous semble-t-il, qu'il résulterait de ce que

l'exclusion de « la gestion de droit privé, hors de l'administration par le régime de droit public ». Évidemment, nous l'avons déjà dit, l'administration par le régime de droit public.

Ainsi donc, selon Georges Vedel, l'Administration prononcerait — implicitement — des décisions qui obligeraient — intellectuellement — les citoyens.

Et de même — les deux pouvoirs sont eux-mêmes solidaires — d'après la Constitution, acte et des règlements.

(Georges Vedel soutient que la Constitution de 1875 et de 1946).

13. — Pour justifier la définition de l'administration, nous avons naturellement insisté bien plus sur le caractère exécutif fait par la Constitution — mais qui n'est du tout pas exécutif — c'est-à-dire pour la période de la République — mais qui n'est du tout pas à écrire que l'acte administratif (au sens le plus large de ce mot) est un trait caractéristique de l'Administration ; qu'en effet, l'Administration ne se rapporte pas à « l'exécution » ; cette expression, qu'elle renvoie à la notion de *pouvoir* (12) est frappante, que les « organes de la gestion privée, ... cessent d'être exécutifs » (E. D. C. E., 45, n° 47 et 48, n° 54) avoir démontré, nous semble-t-il, fait rien d'autre que l'exécutif — encore faut-il admettre que l'acte administratif est fonctionnelle (il est substitué constamment) à l'administration.

« la Constitution de 1958 institue le régime administratif au profit du Gouvernement (cette) conséquence... que l'acte administratif » (v. la critique de la définition)

(12) Italiques dans le texte.

l'exclusion de « la gestion privée », c'est-à-dire de l'action sous régime de droit privé, hors de l'administration, — exclusion qui est, de toute évidence, nous l'avons déjà noté, incluse dans la définition même de l'administration par le régime administratif.

Ainsi donc, selon Georges Vedel, c'est la Constitution elle-même qui prononcerait — implicitement sans doute — cette exclusion, c'est-à-dire qui obligerait — intellectuellement — l'administrativiste à l'admettre.

Et de même — les deux thèses sont en réalité très semblables sinon même solidaires — d'après l'auteur, cette gestion privée ne serait pas, selon la Constitution, action exécutive, action d'exécution des lois et des règlements.

(Georges Vedel soutenait déjà ces idées en 1954, c'est-à-dire les considérait comme valables et vraies déjà sous les Constitutions de 1875 et de 1946).

13. — Pour justifier la seconde thèse (sur laquelle il était, tout naturellement, insisté bien davantage dans l'article de 1954 — puisque le caractère exécutif faisait alors partie de la notion même d'administration — mais qui n'est du tout rapportée dans le *Droit administratif*, c'est-à-dire pour la période constitutionnelle actuelle), l'auteur n'hésitait pas à écrire que l'action d'exécution des lois — et règlements (au sens le plus large de ce terme) — par des « procédés de puissance publique » est un trait caractéristique et spécifique de l'action de l'Administration ; qu'en effet, l'exécution des lois en gestion privée ne se rapporte pas à « l'exécution des lois » au sens constitutionnel de cette expression, qu'elle représente « un type d'exécution détaché de la notion de *pouvoir* (12) exécutif », et, formule encore plus directe et frappante, que les « organes administratifs, lorsqu'ils recourent à la gestion privée, ... cessent d'agir en tant que participant au *pouvoir* (12) exécutif » (E. D. C. E., 45, n° 49). L'auteur affirme (*ib.*, 1^{er} alinéa *in fine*, et 48, n° 54) avoir démontré ces propositions. En réalité, il n'a, nous semble-t-il, fait rien d'autre que réaffirmer sa définition du pouvoir exécutif — encore faut-il ajouter : la définition, non pas organique, mais fonctionnelle (il est vrai qu'il mêle ces deux notions et les substitue constamment) incluse dans sa définition 1875 et 1946 de l'administration.

« la Constitution de 1958 institue une compétence et un régime de droit commun au profit du Gouvernement dans l'exercice de l'activité administrative (cette) conséquence... que l'administration se définit par rapport au régime administratif » (v. la critique, *infra*, nos 34-43).

(12) Italiques dans le texte.

Ces affirmations, qui rompent avec une idée traditionnelle et (sauf erreur), mondialement unanime, sont d'ailleurs plus que discutables : nous les tenons même pour parfaitement infondées et grosses de graves inconvénients. Objectivement, elles apparaissent simplement taillées sur mesure pour trouver une apparence de justification après coup à une définition prépostulée.

Comment pourrait-on admettre pareille dissociation entre l'action d'exécution et le « pouvoir exécutif » — entendu « fonctionnellement » ? Comment pourrait-on accepter de dénier à la mission d'assurer l'exécution des lois conférée au Gouvernement et à l'action qui répond à cette mission le caractère de mission d'action exécutive, donc d'exercice du « pouvoir exécutif », quels que soient — vus juridiquement — les procédés qui y sont employés, « procédés de droit public » ou « procédés de droit privé » ? Distinguer sur cette base des « types d'exécution » (on vient de voir l'auteur employer lui-même cette expression, — qui en dit long), d'exécution constitutionnelle, ce sera tout à fait normal ; mais — par hypothèse ou définition même — la notion générique d'exécution les couvre et les englobe tous également. La thèse vedélienne représente simplement une mutilation arbitraire parce qu'intéressée (intellectuellement parlant) des notions naturelles et normales, surtout pour un juriste, et dont l'auteur ne parvient lui-même d'ailleurs pas à se libérer pleinement (13). On verra par la suite qu'aucun texte constitutionnel n'y invite ni ne le permet (*infra*, n° 22). Et par conséquent, il n'est pas question d'accepter l'idée que l'action d'exécution des lois et des règlements par mise en œuvre de « procédés de puissance publique » soit caractéristique et spécifique de l'action exécutive de l'Administration, puisque cette mise en œuvre ne s'y rencontre même pas de façon constante et exclusive ; le seul fait d'ajouter cet élément touchant aux moyens au terme même d'exécution suffit à indiquer que tout au fond l'auteur ne peut, malgré qu'il en ait, s'empêcher de penser qu'il y a exécution par l'Administration alors même qu'elle emploie les « procédés de droit privé » (14).

(13) On pourra relever qu'en 1954 surtout, où cette notion d'exécution des lois appartenait à la définition essentielle de l'administration donnée par l'auteur, il se référait très fréquemment à la mission ou encore à la tâche de l'Administration — ou d'administration —, notion à laquelle il serait bien difficile d'attacher une détermination limitatrice des procédés d'action employés ou, si l'on veut, du régime applicable à l'accomplissement de la mission (cf., E. D. C. E., nos 31, 32, 33, 37, 38).

(14) Mentionnons qu'en 1954, Georges Vedel indiquait expressément — et il n'y a aucune raison d'admettre qu'il pense autrement aujourd'hui...

La seule chose que cas *a priori*, dans la « d'action exécutive » rencontrerait que dans pour aucun des autres des explications extré d'exécution (D. A., 11 serait l'appareil des on ment (ne parlons pas en rait précisément le risq sance publique » comm

14. — De l'expulsion nistration — qui est bien l'administration comme

pour aujourd'hui — que l tif » se caractériserait pa de la même exécution e

— 1° Elle est « assortie détenant seul et directe

— 2° Le contentieux du moins en principe, à

Ce seraient là « les aspect nement-Administration.

Nous noterons seuleme la première de ces deux pr administratives à contenu de droit », à l'exclusion c plus large de ce concept, l'Administration » (contre exécution forcée — à la dis juridictionnelles de condan terme) sont « assorties », el nistratives de la mise en o apparaître qu'il est dange des actes une donnée « or connue, le Gouvernement

(15) L'argumentation ci de « l'action administrativ apparu qu'il ne faisait rien q de « l'administratif » ; il se au sens de Kant, c'est-à-dir voilée, c'est-à-dire qui n'a

(16) Il est quelque peu s si l'on accepte sa position,

une idée traditionnelle et (sauf d'ailleurs plus que discutables : sont infondées et grosses de graves apparaissent simplement taillées absence de justification après coup à

pareille dissociation entre l'action — entendu « fonctionnellement » ? — à la mission d'assurer l'exécution et à l'action qui répond à cette action exécutive, donc d'exercice — vus juridiquement — les « procédés de droit public » ou « procédés de base des « types d'exécution » — qui — elle-même, ce sera tout à fait normal ; — la notion générique — la notion également. La thèse vedélienne n'est pas arbitraire parce qu'intéressée par des raisons naturelles et normales, surtout par le fait qu'elle parvient lui-même d'ailleurs pas à être écartée par la suite qu'aucun texte ne permet (*infra*, n° 22). Et par conséquent l'idée que l'action d'exécution est une œuvre de « procédés de puissance exécutive » — spécifique de l'action exécutive de la mise en œuvre ne s'y rencontre même — le seul fait d'ajouter cet élément à la notion d'exécution suffit à indiquer que l'action d'exécution, malgré qu'il en ait, s'empêche de l'administration alors même qu'elle est « limitée » (14).

En particulier, où cette notion d'exécution est essentielle de l'administration donnée — à la mission ou encore à la tâche — notion — à laquelle il serait difficile de limiter la notion limitatrice des procédés d'action applicable à l'accomplissement de la mission (33, 37, 38). Les juges Vedel indiquaient expressément qu'il pense autrement aujourd'hui...

La seule chose que l'auteur pourrait soutenir valablement — en tout cas *a priori*, dans la ligne de ses idées — est que ce mode ou type « d'action exécutive » par les « procédés de puissance publique » ne se rencontrerait que dans le champ d'action de l'Administration, et non pour aucun des autres groupes d'organes étatiques, — en fait, en dépit des explications extrêmement extensives de l'auteur sur la notion d'exécution (D. A., 11-15), le seul terme de comparaison à envisager serait l'appareil des organes juridictionnels — à l'exclusion du Parlement (ne parlons pas en effet des « simples particuliers »). Mais alors apparaîtrait précisément le risque qu'il y a à envisager tous les « procédés de puissance publique » comme un bloc un et indivisible (15).

14. — De l'expulsion de la gestion privée hors de la catégorie administration — qui est bien évidemment incluse d'office dans sa définition de l'administration comme activité soumise au régime administratif (16) —

pour aujourd'hui — que l'action d'« exécution des lois » par le « pouvoir exécutif » se caractériserait par deux traits propres, qui la différencieraient donc de la même exécution effectuée par d'autres agents :

— 1^o Elle est « assortie de l'emploi de la contrainte », le pouvoir exécutif détenant seul et directement la contrainte organisée.

— 2^o Le contentieux auquel cette exécution peut donner lieu ressortit, du moins en principe, à la compétence de la juridiction administrative.

Ce seraient là « les aspects spécifiques de l'exécution des lois » par le Gouvernement-Administration.

Nous noterons seulement, de façon sommaire, que de toute évidence, la première de ces deux propositions ne peut concerner que les seules décisions administratives à contenu impératif, ou « prescripteur », pour les « sujets de droit », à l'exclusion de celles qui les investissent de droits (au sens le plus large de ce concept) envers une personne morale publique, « envers l'Administration » (contre lesquelles il n'existe pas de voies de contrainte ou d'exécution forcée — à la disposition des particuliers) ; d'autre part, les décisions juridictionnelles de condamnation (au sens le plus large possible de ce dernier terme) sont « assorties », elles bénéficient tout autant que les décisions administratives de la mise en œuvre de diverses voies de contrainte ; ce qui fait apparaître qu'il est dangereux de traduire en termes de régime juridique des actes une donnée « organique », à savoir que, selon une formule bien connue, le Gouvernement dispose de la force armée.

(15) L'argumentation ci-dessus ne vaudrait pas si l'auteur avait parlé de « l'action administrative » ou d'« administration ». Mais alors il serait apparu qu'il ne faisait rien que réaffirmer sa plus ou moins apriorique définition de « l'administratif » ; il se serait agi d'une pure proposition « analytique », au sens de Kant, c'est-à-dire où le prédicat est contenu dans le sujet de façon voilée, c'est-à-dire qui n'apporte aucune progression de la connaissance.

(16) Il est quelque peu surprenant de lire sous la plume de l'auteur que, si l'on accepte sa position, « il est permis d'exclure de cette définition des

Georges Vedel affirme en explication supplémentaire et particulière qu'elle trouverait — depuis 1958 ! — « une justification constitutionnelle » dans le fait que l' « article 37 dont (il) est parti pour caractériser l'administration comme activité étatique de droit commun consacre ce qui est par excellence la prérogative de puissance publique : le pouvoir de poser unilatéralement des normes juridiques » (D. A., 46) (17). Ainsi, c'est cet article 37 — cet article qui donne au Gouvernement la faculté d'édicter même des décrets réglementaires autonomes — qui impliquerait que l'action d'application de ces décrets — comme d'ailleurs celle de lois — en gestion privée ne serait pas action administrative, même s'ils la prévoient, par exemple en déclarant instituer un service public industriel ou un service public commercial.

*Section III. — LE DOMAINE CONSTITUTIONNEL
D'APPLICATION DU RÉGIME ADMINISTRATIF*

15. — Selon Georges Vedel, nous l'avons dit, la Constitution de 1958 ne ferait pas qu'apporter la définition de l'administration — et par là même celle du droit administratif ; elle y ajouterait cet autre présent de prix : la règle qui déterminerait le domaine d'application du droit ou régime qui serait — au minimum — la caractéristique essentielle de cette administration ; ou, en d'autres termes, la règle qui déterminerait quelles sont les activités, actions et actes que ce régime régirait, qui relèveraient de lui.

Ainsi apparaîtrait une manière de seconde base constitutionnelle du droit administratif.

Cette règle serait la suivante : le régime administratif, le droit administratif autonome s'applique en principe à toutes les activités, actions ou actes étatiques et — ajouterons-nous pour expliciter — à toutes les situations ou rapports de droit qui s'y rattachent ; — seuls lui échappent ceux qui lui sont soustraits expressément par une règle

termes « administration » et « administratif » les activités étatiques soumises au droit privé » (D. A., 45, l'italique est de nous). Permis, simplement permis ! Comme si ce n'était pas de l'essence même de sa définition !

(17) On ne comprendra pleinement cette phrase qu'après avoir pris connaissance des thèses défendues par l'auteur sur l'étendue actuelle du domaine d'application du régime administratif (v. *infra*, nos 15-17). On rappellera toutefois dès à présent que, dans ses explications mêmes sur les prérogatives spécifiques de l'Administration, il joint au pouvoir de prendre des décisions unilatérales celui de conclure des « contrats administratifs » [cf., *supra*, n° 9 b)].

d'exception, dérogatoire étatiques (18).

Telle est la règle totale exprime par les proposi

« A) — Le régime a des activités de l'État
.....

« C) — Plus brièvement commun de la puissance

Citons encore cette f idées, seulement en term l'activité administrative l'activité régie par le dro à toute autre activité éta (D. A., 44 et 45).

16. — Ainsi donc, d aurait depuis et de par à régner sur le monde de

(18) Il nous paraît préférable la formulation de l'auteur lui-même : « définition de l'administration de l'État et des personnes de l'État et des personnes de l'État » (p. 46, *Sy* administratif »).

Outre son caractère négatif, elle est fondée sur un fond en ce qu'elle paraît so distincts et successifs (dans la notion d'administration d'un État) et caractériserait cette administration par le fait de laisser : dire que l'administration relève du régime administratif d'avancer — ensuite — que les actes étatiques qui n'y sont soumis ne sont pas des positions qui répondent à des situations indépendantes : à preuve qu'il n'y a aucune façon celle de la seconde qui est celle de la première.

(19) Il va de soi qu'il s'agit du régime administratif lato

(20) Ce dernier terme ne désigne pas le régime organique (ou : institutionnel) mais le régime étatique (en un sens large),

d'exception, dérogame, qui les assigne à un autre régime d'activité, etc., étatiques (18).

Telle est la règle totale — principe général et exception — que l'auteur exprime par les propositions suivantes (D. A., 46, § 2, *Synthèse*) :

« A) — Le régime administratif est le régime de droit commun des activités de l'État et des (autres) personnes publiques.

« C) — Plus brièvement, le droit administratif (19) est le droit commun de la puissance publique » (20).

Citons encore cette formule qui exprime exactement les mêmes idées, seulement en termes différents, mais équivalents pour l'auteur : l'activité administrative (c'est-à-dire, il faut toujours se le remémorer : l'activité régie par le droit administratif « autonome ») a, par rapport à toute autre activité étatique, le caractère d'activité de droit commun (D. A., 44 et 45).

16. — Ainsi donc, d'après cette thèse, le régime administratif aurait depuis et de par la Constitution de 1958 vocation de principe à régner sur le monde des actes étatiques tout entier, sans distinction

(18) Il nous paraît préférable de ne pas nous en tenir littéralement à la formulation de l'auteur lui-même, que nous avons déjà citée à propos de la définition de l'administration : « L'administration est l'ensemble des activités de l'État et des personnes publiques qui ne relèvent pas, en vertu d'une clause (entendez : d'une règle) particulière, d'un régime dérogame au régime administratif » (p. 46, *Synthèse*, B).

Outre son caractère négatif et « relatif », cette formule est critiquable au fond en ce qu'elle paraît souder une réponse aux deux problèmes en vérité distincts et successifs (dans la ligne de la pensée de l'auteur elle-même) de la notion d'administration d'une part, du domaine d'application du régime qui caractériserait cette administration, d'autre part. Répétons-le sans nous lasser : dire que l'administration est l'ensemble des activités étatiques qui relèvent du régime administratif est une chose ; c'en est une tout autre que d'avancer — ensuite — que seraient soumis au régime administratif tous les actes étatiques qui n'y sont pas expressément soustraits. Il y a là deux propositions qui répondent à deux problèmes essentiellement différents et indépendants : à preuve que l'acceptation de la première n'implique en aucune façon celle de la seconde, ni même inversement d'ailleurs la seconde celle de la première.

(19) Il va de soi qu'il s'agit du droit administratif autonome, synonyme du régime administratif *lato sensu*.

(20) Ce dernier terme ne peut signifier dans cette phrase qu'une notion organique (ou : institutionnelle) : il désigne, incontestablement, l'appareil étatique (en un sens large), ou, si l'on préfère, les personnes publiques.

d'aucune sorte. Cette vocation *a priori* universelle ne serait contrariée et limitée que par des règles expresses soumettant, exceptionnellement, une catégorie d'actes à l'un des autres régimes d'acte étatique, — car ceux-ci existent quand même à côté du régime-roi.

Ou encore — il paraît souhaitable d'insister pour faire apparaître la thèse sous une lumière absolument crue, de la retourner pour ainsi dire de tous les côtés — : tout acte étatique, c'est-à-dire (pour se référer au cas normal) tout acte quelconque d'une autorité étatique, et même tout acte même matériel d'un organe étatique quelconque (21), — donc tout acte étatique relèverait du régime administratif, à moins qu'une disposition expresse, dérogeant à ce principe premier, ne le soustraie expressément à ce régime, c'est-à-dire ne le soumette explicitement (il faut entendre, évidemment : ne soumette une catégorie d'actes à laquelle il appartient) à l'un des autres régimes juridiques institués pour certains actes étatiques. Ou encore : seuls des actes étatiques ne sont pas soumis au droit administratif ceux qu'une disposition dérogatoire soumet expressément à un autre régime.

La règle peut enfin se traduire d'une façon très différente, mais parfaitement conforme aux idées vedéliennes : tout acte étatique est un acte administratif, s'il ne tombe pas sous le coup d'une règle qui fasse de lui un acte d'une autre nature, — et nous savons, du moins en principe (v. *supra*, n° 10, et *infra*, nos 38 et s.), quelles sont ces autres natures possibles. Ou encore, globalement : l'activité étatique, l'action de l'État et des autres personnes publiques est tout entière administration, en principe ; c'est seulement en vertu de dérogations expresses qu'elle est parfois soit législation, soit juridiction, soit « action de gouvernement », ... soit enfin action non-administrative (selon l'auteur et ses définitions) de « gestion privée » (il ne faut pas oublier cette enfant perdue, ou plutôt isolée par l'auteur des précédentes catégories : c'est elle qui pose le plus souvent, des problèmes aux juges et autres juristes).

Telle est donc, selon Georges Vedel, quelque façon de la formuler que l'on choisisse, la règle qui — « donnée nouvelle (à) intégrer dans le droit administratif » [43 B] et 21. titre de la section II] — définirait depuis 1958 l'empire du droit ou régime administratif. On serait presque

(21) A vrai dire, Georges Vedel ne parle guère dans ses développements des « actes matériels » ; il se réfère même, exclusivement sauf erreur, en tout cas à peu près toujours, aux seuls « actes juridiques », — mais sans présenter non plus le principe suprême comme ne visant qu'eux ; or, dans le cas contraire, celui-ci n'apparaîtrait pas comme universel, c'est-à-dire régissant vraiment tous les actes étatiques, de toute nature.

tenté de qualifier ce que l'on préfère ne « primauté de l'administration admise quand même mondes non-administratives au principe en un rang et une dignité

17. — D'où résulterait par Georges Vedel corollaire d'aujourd'hui ?

C'est vraiment ici, à l'administratif, qu'intervient l'administration, nous avons fait allusion à la primauté de l'administration comme ne se référant pas à l'administration.

Pas davantage en effet les définitions de l'administration qui ont été précédemment écrites dans la Constitution — et l'auteur du second problème serait-il en droit de prétendre même Constitution.

Elle ne saurait donc être que la conséquence de ses dispositions qui laissent à l'administration mais nécessairement.

Ces dispositions, c'est l'article 34, — son inséparabilité de l'administration.

Et voici tout d'abord les dispositions elles par Georges Vedel, c'est le point de départ et la conclusion de la Constitution le « caractère de compétence réglementaire » ...

(22) Il convient en effet trop facilement aller à oublier que la Constitution est totale ou universelle avec lequel elle doit être placée à la base du système.

1° (Comme on l'a déjà remarqué dans les définitions juridiques), et naturellement les dispositions aux uns ou aux autres.

2° Les actes et situations administratives en tant que sujets de droit des personnes privées (« par

ri universelle ne serait contrariée soumettant, exceptionnellement, les régimes d'acte étatique, — car du régime-roi.

e d'insister pour faire apparaître t crue, de la retourner pour ainsi atique, c'est-à-dire (pour se référer d'une autorité étatique, et même étatique quelconque (21), — donc ne administratif, à moins qu'une principe premier, ne le soustraie re ne le soumette explicitement oumette une catégorie d'actes à tres régimes juridiques institués core : seuls des actes étatiques istratif ceux qu'une disposition un autre régime.

'une façon très différente, mais éliennes : tout acte étatique est pas sous le coup d'une règle qui re, — et nous savons, du moins os 38 et s.), quelles sont ces autres ment : l'activité étatique, l'action iques est tout entière administra- a vertu de dérogations expresses bit juridiction, soit « action de on-administrative (selon l'auteur e » (il ne faut pas oublier cette eur des précédentes catégories : s problèmes aux juges et autres

l, quelque façon de la formuler onnée nouvelle (à) intégrer dans tre de la section II] — définirait e administratif. On serait presque

le guère dans ses développements exclusivement sauf erreur, en tout juridiques », — mais sans présenter visant qu'eux ; or, dans le cas con- e universel, c'est-à-dire régissant e nature.

tenté de qualifier ce système de « pan-administrativisme » ; à moins que l'on préfère ne parler, plus modestement, que d'un système de « primauté de l'administratif », — pour tenir compte du fait qu'y est admise quand même l'existence dans l'univers étatique de plusieurs mondes non-administratifs, mais que leur qualité d'exceptions déro- gatoires au principe suprême devrait logiquement montrer relégués en un rang et une dignité subalternes.

17. — D'où résulterait donc cette immense règle (22) ainsi donnée par Georges Vedel comme une règle du droit constitutionnel français d'aujourd'hui ?

C'est vraiment ici, à propos de ce problème de l'empire du régime administratif, qu'intervient la chaîne d'argumentation à laquelle nous avons fait allusion à propos du premier problème, mais pour l'écarter comme ne se référant en vérité pas à lui.

Pas davantage en effet qu'il ne pouvait être question de penser que les définitions de l'administration et du régime administratif se trou- vaient écrites dans la Constitution, pas davantage ne pouvait-on prétendre — et l'auteur n'y songe point — que la règle relative au second problème serait énoncée plus ou moins directement par cette même Constitution.

Elle ne saurait donc qu'être inférée, par raisonnement, de certaines de ses dispositions qui la contiendraient implicitement, potentiellement, mais nécessairement.

Ces dispositions, c'est naturellement l'article 37, combiné avec l'article 34, — son inséparable frère siamois.

Et voici tout d'abord une synthèse de l'argumentation fondée sur elles par Georges Vedel, c'est-à-dire la formule qui en unit directement le point de départ et la conclusion dernière : en consacrant, par l'article 37, le « caractère de compétence normative de droit commun de la compé- tence réglementaire » ... du Gouvernement, le constituant aurait tout

(22) Il convient en effet de rappeler ici — parce qu'on peut se laisser trop facilement aller à oublier — que si cette règle veut justifier le caractère total ou universel avec lequel elle est présentée, à défaut duquel elle ne pourrait être placée à la base du système du droit administratif, il faut qu'elle englobe :

1^o (Comme on l'a déjà relevé) tant les « actes matériels » que les « actes juridiques », et naturellement les situations et rapports qui se rattachent aux uns ou aux autres.

2^o Les actes et situations juridiques qui concernent les agents ou organes étatiques en tant que sujets de droit, aussi bien que ceux qui concernent les personnes privées (« particuliers », « citoyens », « simples administrés »).

uniment — « équivalamment », dit l'auteur — statué que l'administration, telle que définie par lui, serait désormais « l'activité étatique de droit commun » (D. A., 36, I^o *in fine*), — nous connaissons l'idée qu'exprime cette formule (v. *supra*, n^o 15).

Ainsi donc, c'est de la disposition qui fixe l'étendue — quant à son objet ou « domaine matériel » — du pouvoir réglementaire du Gouvernement qu'il résulterait en fin de compte que le régime administratif étend en principe son empire à l'ensemble des activités et par conséquent des actes étatiques tout entier.

Reprenons maintenant pas à pas le cours du raisonnement, qui procède en effet en plusieurs étapes :

1) Donc, voici le point de départ : en vertu de ces articles qui, combinés, fixent les domaines matériels respectifs du décret réglementaire — on pourrait ajouter : ... autonome, parce que c'est là le point nouveau et décisif par rapport au passé, donc essentiel — et de la loi, le principe général nouveau concernant l'édiction des « règles générales et impersonnelles » (D. A., 43) est que c'est le Gouvernement agissant par voie de décrets réglementaires qui est compétent pour y procéder, ~~X~~ cette « compétence de droit commun » n'étant en effet exclue que pour les matières ou objets de réglementation qui sont expressément attribués — totalement ou seulement pour les « principes fondamentaux » — et en principe réservés, par l'article 34 (23), à la compétence du Parlement statuant par voie de lois ou législation. En bref, la compétence réglementaire pour l'édiction des règles de droit représente depuis 1958 le droit commun, la règle ; la compétence législative y est une exception limitée et limitativement circonscrite quant à ses objets, quant à son domaine ; la loi, une source de droit exceptionnelle. ~~X~~

2) De cette double règle, il se laisserait inférer, en une première démarche ou étape, que la totalité des actes du Gouvernement-Administration, que son action tout entière relèveraient en principe et règle générale du régime administratif.

Ainsi en irait-il notamment (comme on l'a noté, c'est à eux qu'en fait Georges Vedel se réfère en tout cas principalement) pour les actes juridiques et parmi eux, avant tout pour les décisions non-réglementaires, c'est-à-dire particulières (soit individuelles, soit d'espèce).

En effet, raisonne-t-il, « l'activité réglementaire », — entendez :

(23) Et en outre — mais ceci est un point secondaire — par quelques articles spéciaux ne portant chacun que sur un seul objet (le plus grand nombre prévoyant, il est vrai, des lois organiques).

l'activité d'édiction
l'activité administra
l'article 37 de la Co
trative tout entière
rapport à l'activité
43³ et 36¹) (25). Et
le pouvoir réglement
des règles générales
d'actes non-réglemen
en supposant que l'
diques, en terminolo
particulières, indivi
qu'apparemment lim
le Président de la
générale donnée par
administratives et d

(3) Mais cette éta
nement-Administrati
elle, s'étendre à tous
d'organes étatiques :
cette première const
l'activité législative
l'administration [tou
d'activité de droit co
étatiques » ; c'est don
— et donc à toute l'a
rien d'autre que l'act

(24) « Activité admi
que comme synonyme
présupposerait résolu
applicable. Mais c'est là
éprouve, comme tout a
du mot « administratif
à son concept de régim
quelque obscurité dans

(25) Les passages cit
l'auteur lui-même, seuls
suite les autres actes du
tarde pas à dépasser

(26) Il faudrait ajout
dits matériels (cf. *supra*,
les autres organes ou ag

eur — statué que l'administra-
ormais « l'activité étatique de
)», — nous connaissons l'idée
° 15).

fixe l'étendue — quant à son
ivoir réglementaire du Gouver-
te que le régime administratif
ble des activités et par consé-

e cours du raisonnement, qui

en vertu de ces articles qui,
ls respectifs du décret régle-
tonome, parce que c'est là le
au passé, donc essentiel — et
ncernant l'édition des « règles
est que c'est le Gouvernement
ires qui est compétent pour y
oit commun » n'étant en effet
s de réglementation qui sont
u seulement pour les « principes
vés, par l'article 34 (23), à la
ur voie de lois ou législation.
ur l'édition des règles de droit
la règle ; la compétence législa-
titativement circonscrite quant
, une source de droit exception-

rait inférer, en une première
des actes du Gouvernement-
ntière relèveraient en principe
tif.

on l'a noté, c'est à eux qu'en
principalement) pour les actes
our les décisions non-réglemen-
dividuelles, soit d'espèce).

églementaire », — entendez :

point secondaire — par quelques
sur un seul objet (le plus grand
aniques).

l'activité d'édition des règlements — « n'est qu'un cas particulier de
l'activité administrative en général » (D. A., 43) (24). Par conséquent,
l'article 37 de la Constitution aboutit à conférer à l'activité adminis-
trative tout entière (24) le caractère d'activité de droit commun, par
rapport à l'activité législative » en premier lieu et en tout cas (D. A.,
43³ et 36¹) (25). Et « en effet, dans les matières non réservées à la loi,
le pouvoir réglementaire peut à volonté (en vertu de l'article 37) édicter
des règles générales en vertu desquelles il pourra intervenir par voie
d'actes non-réglementaires », — ou, en termes kelséniens, et toujours
en supposant que l'on ne pense qu'aux actes normateurs (actes juri-
diques, en terminologie courante) : en édictant ou posant des normes
particulières, individuelles ou d'espèce. « En d'autres termes, bien
qu'apparemment limitée au cas particulier des règlements faits par
le Président de la République ou le Premier Ministre, l'investiture
générale donnée par l'article 37 s'applique à l'ensemble des autorités
administratives et de leurs activités... » (26).

(3) Mais cette étape qui concerne seulement les actes du Gouver-
nement-Administration ne fait qu'en préparer une seconde, qui va,
elle, s'étendre à tous les actes étatiques, aux actes de toutes les espèces
d'organes étatiques : « on peut », écrit en effet Georges Vedel, « généraliser
cette première constatation : ce n'est pas seulement par rapport à
l'activité législative que l'activité administrative, ou plus simplement
l'administration [toujours selon la notion de régime] prend figure
d'activité de droit commun : c'est aussi par rapport aux autres activités
étatiques » ; c'est donc finalement par rapport à toute activité étatique
— et donc à toute l'activité étatique. « Ainsi l'administration ne serait
rien d'autre que l'activité étatique de droit commun ». Et l'on serait

(24) « Activité administrative » ne peut être entendu dans ces phrases
que comme synonyme d'activité des organes administratifs ; sinon, l'auteur
présupposerait résolu le problème qu'il s'agit de résoudre, celui du régime
applicable. Mais c'est là un des cas où se manifeste la difficulté que l'auteur
éprouve, comme tout autre, à renoncer totalement à l'acception organique
du mot « administratif », c'est-à-dire à rester entièrement et toujours fidèle
à son concept de régime. Ce fait introduit cependant à certains moments
quelque obscurité dans la pensée écrite.

(25) Les passages cités dans les lignes suivantes impliquent que, pour
l'auteur lui-même, seuls sont visés les décrets réglementaires et donc à leur
suite les autres actes du Gouvernement, ... du moins initialement, car il ne
tarde pas à dépasser ce cadre.

(26) Il faudrait ajouter, pour englober également les actions ou actes
dits matériels (cf. *supra*, nos 16 et 17, n. 22) : « ainsi qu'à l'ensemble de tous
les autres organes ou agents administratifs et de leurs activités ».

donc bien conduit à cette proposition : « Le régime administratif est le régime de droit commun de l'activité étatique », « des activités de l'État et des (autres) personnes publiques » [D. A., 46, A)].

D'où l'on peut tirer cette proposition précédemment citée : Le droit administratif est, depuis 1958, le « droit commun de la puissance publique » [D. A., 46, C)]. Ce qui veut dire, rappelons-le, que seules échapperaient à la prise et emprise de ce droit, de ce régime, celles des activités ou des actions étatiques qui y sont expressément soustraites par une « clause dérogatoire » — selon le terme, qui paraît aujourd'hui un peu archaïque, dont use l'auteur —, entendez donc : par une disposition ou par une règle qui les place sous un autre régime ou droit, — sous l'un ou l'autre de ces autres régimes figurant au « tableau » dressé par l'auteur (cf. *supra*, nos 10 et 11).

TITRE II

EXAMEN CRITIQUE DE LA THÉORIE

Cette théorie des bases constitutionnelles actuelles du droit administratif est-elle juste ? Ses conclusions sont-elles fondées ? Les arguments invoqués à leur appui sont-ils valables ?

C'est naturellement ce que nous allons maintenant rechercher : nous examinerons successivement les thèses et les arguments portant sur les deux problèmes que nous avons affirmés radicalement distincts et différents.

Section I. — CRITIQUE DES DÉFINITIONS DE L'ADMINISTRATION ET DU DROIT ADMINISTRATIF PAR LE RÉGIME ADMINISTRATIF

La notion de l'administration proposée et défendue par Georges Vedel est-elle vraiment, comme il l'expose, celle de la Constitution de 1958, celle qui s'en laisse rationnellement inférer, autrement dit : est-elle bien la notion constitutionnelle actuelle de l'administration, ceci en vertu des arguments avancés par l'auteur ?

C'est la première question que nous examinerons : elle répond, à elle seule, quant à l'administration et au droit administratif, à l'objet limité assigné dès le départ à cette étude (27).

(27) Les argumentations que l'on va développer dans cette section relativement au droit constitutionnel de 1958 se laissent transposer sans difficulté, moyennant quelques *mutatis mutandis*, aux deux droits constitutionnels français antérieurs à lui (celui de 1875 et celui de 1946).

Mais nous verrons qu'il s'agit de se référer à elle.

§ I. — Le

18. — Rappelons d'abord que la notion de « droit administratif » est fondée sur la Constitution de 1958, comme fondée sur la Constitution de 1875. On ne peut faire appel, — puisque la notion de « droit administratif » n'est que fonctionnelle — dans le cas d'une telle question que celui-ci ou celui-là, et puisqu'enfin il en va de la notion de « droit administratif » par laquelle la Constitution de 1958 définit celle d'administration de cette Constitution. Il s'agit de la notion de « droit administratif ».

Mais, pour significatif qu'il soit, le régime administratif, on accordera vaine gloire à celui qui, que seul est décisif le point de vue des principes essentiels que Georges Vedel a exposés dans la Constitution elle-même, et « régime administratif » et « régime administratif », que nous avons affirmés distincts et différents.

Reprenons-les donc successivement. 1^o Nul ne conteste que la notion de « droit administratif » n'est pas, mais des lois ordinaires, la notion de « droit administratif ». Les autorités administratives et les juristes s'accordent également sur son contenu, c'est-à-dire sur son contenu, l'obligant couvert de ce qui est la jurisprudence très libre de la Cour des comptes ; terme ; seraient-ce par hasard les auteurs de 1946 ou de 1958 ?

(28) Cette constatation de la notion de « droit administratif » est de toute expression qui s'est trouvée dans la Constitution de 1946 et enfin de 1958, au grave grief que George Vedel a fait, du fait que les textes de la Constitution de 1958 ont le maître-mot (E. D. C. E., 26), pas une notion constitutionnelle.

Mais nous verrons qu'il paraît indiqué de ne pas s'en tenir rigoureusement à elle.

§ 1. — *Leur défaut de caractère constitutionnel.*

18. — Rappelons d'abord que, pour arriver à cette définition donnée comme fondée sur la Constitution, c'est à un raisonnement qu'il faut faire appel, — puisque, on l'a relevé précédemment, le terme même d' « administration » ne figure pas une seule fois — en son acception fonctionnelle — dans le texte constitutionnel (28), puisqu'il n'est donc pas question que celui-ci en formule lui-même une définition en forme, et puisqu'enfin il en va tout de même pour l'expression « régime administratif » par laquelle Georges Vedel désigne la notion qui doit, selon lui, définir celle d'administration (en tant que concept fonctionnel) de cette Constitution. Il n'y est bien entendu pas davantage question de la notion de « droit administratif ».

Mais, pour significatifs et révélateurs que soient ces indices de vocabulaire, on accordera volontiers qu'il ne faut pas s'en tenir à eux, que seul est décisif le point de savoir si les idées ou données juridiques essentielles que Georges Vedel entend désigner par les mots « administration » et « régime administratif » se trouvent effectivement ancrés dans la Constitution elle-même.

Il s'agit des « quatre principes essentiels » selon l'auteur, du régime administratif, que nous avons rappelés ci-dessus [cf. *supra*, n° 9 b)].

Reprenons-les donc successivement :

1° Nul ne conteste que ce ne soient pas des lois constitutionnelles, mais des lois ordinaires qui posent le « principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire », et surtout tous les administrativistes s'accordent également à reconnaître que ce principe ne reçoit son contenu, c'est-à-dire sa véritable signification juridique, sous l'obligant couvert de ces fameux textes révolutionnaires, que d'une jurisprudence très libre et plutôt mobile — en tout cas sur le long terme ; seraient-ce par hasard le constituant de 1958, ou ses prédécesseurs de 1946 ou de 1875, qui auraient institué et organisé — au

(28) Cette constatation de l'absence totale du mot même d'administration et de toute expression qui s'y réfère dans les textes constitutionnels de 1875, de 1946 et enfin de 1958, ne donne-t-elle pas quelque piquant malicieux au grave grief que George Vedel tirait en 1954, contre la doctrine du service public, du fait que les textes constitutionnels ignoraient totalement son maître-mot (E. D. C. E., 26, n° 11 : « La notion même de service public n'est pas une notion constitutionnelle ») ?

sens le plus large — l'ensemble de la juridiction administrative, Conseil d'État en tête, et l'arbitral et mixte Tribunal des Conflits ? Et l'on a rappelé qu'ils n'ont pas davantage soufflé mot de l'existence même de ce « droit administratif autonome », que l'on relie généralement à celle de la juridiction administrative.

2^o Le soi-disant principe du « pouvoir de prendre des décisions exécutoires ... et de passer des contrats administratifs » (D. A., 59) n'est rien de plus qu'une vague généralisation d'une série de données précises, c'est-à-dire de règles qui donnent en effet de tels pouvoirs à des autorités administratives déterminées — règles qui sont, dans leur grande masse, simplement législatives, ou réglementaires, ou juridictionnelles.

3^o Quant au « principe de légalité », on chercherait en vain un texte constitutionnel (ni davantage d'ailleurs, on le redira ultérieurement, un texte simplement législatif) qui consacrerait ce pauvre truisme sans consistance — tel que l'auteur le définit lui aussi, — ce n'est en effet qu'en apparence qu'il a une portée uniforme, c'est-à-dire identique, pour toutes les autorités administratives (29).

4^o Enfin, du « principe de responsabilité » administrative, — responsabilité « civile », c'est-à-dire pécuniaire ou patrimoniale, et responsabilité « sous conditions » —, qui oserait soutenir en face qu'il en est question dans la Constitution de 1958 plus que dans ses devancières ?

Le bilan est donc d'une parfaite clarté : tout au passif, rien à l'actif : la Constitution de 1958 ne connaît pas — pas plus que ses devancières — aucune des données juridiques que Georges Vedel entend synthétiser sous le concept global et la dénomination de « régime administratif » — dans son sens étroit, *a fortiori* dans son sens large.

L'ensemble des constatations qui précèdent n'est d'ailleurs pas spécial à l'administration. Des constatations analogues peuvent être faites pour les autres « activités étatiques » : certes, on doit admettre qu'en parlant de « la loi », la Constitution introduit, implicitement, la notion de législation, — et qu'elle fixe dans une très large mesure les règles de la procédure législative, mais il s'en faut de beaucoup qu'elle fixe expressément tous les éléments de ce que Georges Vedel

(29) C'était là l'idée de fond première soutenue dans notre article sur le principe de légalité (Études et Documents du C. E., 1957). Les principales autorités scientifiques n'y ont cependant vu qu'une contestation de pure terminologie, dénuée comme telle de toute portée et intérêt réels sur le plan des idées. — La Constitution de 1958 aurait pu, précisément du fait de ses articles 37 et 34, leur faire comprendre le sens véritable de notre thèse, qui appelait d'ailleurs à un retour à des vues en somme traditionnelles.

appelle très heureusement la contestabilité » en fait et surtout de leurs effets, et surtout de leur caractère l'« autorité de chose jugée ».

Mais pour la jurisprudence songerait à soutenir que les règles de la procédure sont fondamentales, (il s'agit de règles juridictionnelles, car elles ont une autorité de chose jugée) ou encore et surtout de règles de procédure jugées ?

Et souffle-t-elle sur ces règles juridiques et par conséquent sur ces règles de procédure ?

Enfin, d'un seul mot, de l'Administration de l'État.

juridiction administrative, Conseil
Tribunal des Conflits ? Et l'on
sufflé mot de l'existence même
que l'on relie généralement à

voir de prendre des décisions
administratives » (D. A., 59)
sation d'une série de données
ment en effet de tels pouvoirs
nées — règles qui sont, dans
atives, ou réglementaires, ou

n chercherait en vain un texte
, on le redira ultérieurement,
consacrerait ce pauvre truisme
définit lui aussi, — ce n'est en
uniforme, c'est-à-dire identique,
es (29).

ité » administrative, — respon-
patrimoniale, et responsabilité
ir en face qu'il en est question
dans ses devancières ?

: tout au passif, rien à l'actif :
s — pas plus que ses devan-
es que Georges Vedel entend
la dénomination de « régime
a fortiori dans son sens large.
précédent n'est d'ailleurs pas
ations analogues peuvent être
es » : certes, on doit admettre
tion introduit, implicitement,
xe dans une très large mesure
mais il s'en faut de beaucoup
ents de ce que Georges Vedel

outenue dans notre article sur le
du C. E., 1957). Les principales
vu qu'une contestation de pure
portée et intérêt réels sur le plan
it pu, précisément du fait de ses
sens véritable de notre thèse, qui
en somme traditionnelles.

appelle très heureusement le « régime législatif », — rappelons l' « in-
contestabilité » en justice, au sens le plus large, des actes législatifs
et surtout de leurs règles, de leur contenu normatif, qui ferait au total
l' « autorité de chose légiférée » (D. A., 33).

Mais pour la juridiction ou justice, la situation est tout autre : qui
songerait à soutenir que c'est la Constitution elle-même qui fixe les
règles de la procédure juridictionnelle, même ses principes les plus
fondamentaux, (il serait d'ailleurs plus réaliste de parler des procédures
juridictionnelles, car elles sont multiples et plus ou moins diverses),
ou encore et surtout les règles qui font l'autorité et la force de chose
jugée ?

Et souffle-t-elle davantage mot, cette Constitution, de l'existence
juridique et par conséquent du régime d' « actes de gouvernement » ?

Enfin, d'un seul mot, la situation est exactement la même pour l'action
de l'Administration en gestion privée.

Finalement donc, aucun des régimes d'actes étatiques n'est réglé
entièrement, même en ses principes fondamentaux, par la seule Consti-
tution ; un seul l'est partiellement ; pour tous sauf un, c'est leur existence
même et donc celle des diverses catégories correspondantes d'actes
qui ne sont point du tout consacrées par cette Constitution, mais
c'est beaucoup plus simplement, soit le droit législatif ordinaire, soit
le droit juridictionnel qui jouent en la matière, le plus souvent seuls,
toujours au moins dans une mesure notable.

19. — Mais revenons à l'administration. Que certaines des règles
données comme constituant le régime administratif soient aujourd'hui,
depuis des époques d'ailleurs différentes de l'une à l'autre, un acquis
du droit *public* français, qu'au moins un grand nombre des inspireurs
de l'œuvre constituant de 1958 ou des participants admis à y collaborer
aient eu présente en l'esprit une connaissance et conscience parfaite-
ment claires et savantes de ces principes directeurs et très généraux ;
que notamment ces personnes aient eu la parfaite conscience que la
formule de l'article 37, qui voulait essentiellement habiliter les décrets
réglementaires autonomes, consacrait expressément une source d'actes
et de règles soumis à un régime bien connu d'actes administratifs
unilatéraux, de règlements administratifs, — tout cela ne fait aucun
doute, on l'accordera bien volontiers. Mais encore une fois, ces « règles »
ou ce régime résultent d'une combinaison de règles législatives ordinaires
et de règles jurisprudentielles de date plus ou moins ancienne, nullement
du droit constitutionnel nouveau où l'auteur devait croire les trouver,
— ce qu'il a peut-être oublié quelque peu par la suite.

Rien de plus normal que les faits indiscutables ainsi constatés ; on peut dire en effet que les auteurs de la Constitution de 1958, semblables à leurs devanciers proches ou plus lointains, n'ont absolument pas entendu statuer sur le régime juridique des activités ou actes de l'Administration prise globalement, surtout si l'on songe essentiellement à l'alternative « gestion publique » ou « gestion privée ».

En fin de compte, aucun des éléments, c'est-à-dire des principes, même fondamentaux, du « régime administratif » n'a source ni donc valeur constitutionnelles. Ce régime ne constitue absolument pas une base constitutionnelle du système du droit administratif (30).

20. — Il ne peut donc absolument pas être question que la Constitution de 1958 autorise elle-même et à elle seule, à plus forte raison qu'elle impose, au publiciste français de définir l'administration par le régime administratif, — ces termes et les notions correspondantes lui étant totalement étrangers ; il est — si l'on peut dire — encore moins question que cette même Constitution puisse justifier le postulat initial admis sans discussion ni examen par Georges Vedel (en tout cas, il ne laisse guère soupçonner qu'il ait le sentiment de faire ainsi une première option décisive) : à savoir que, selon elle, la notion-clé du système du droit administratif serait l'administration, concept fonctionnel, et non pas l'Administration, notion institutionnelle ; que

(30) N'est-il par ailleurs pas d'une aveuglante évidence que, tant qu'on les réduit à ce qui est — étant donné leur degré d'indétermination — à peine idées directrices, les deux derniers « principes essentiels » ne différencient aujourd'hui en rien le régime dit de droit administratif ni du régime de droit privé, ni d'ailleurs d'aucun autre régime d'acte étatique (sauf, diront certains, du régime d'acte de gouvernement). Georges Vedel l'a bien senti pour le « principe de légalité » : et c'est pourquoi il s'efforce de démontrer que « l'exécution des lois par le gouvernement avait et conserve deux traits spécifiques par rapport à celle qui est, selon lui, le fait, soit du Parlement-législateur, soit des juridictions, soit des « simples citoyens » eux-mêmes. (D. A., 10-11 et cf. *supra*, n° 13, n. 14), — et ce sont ces deux traits qui expliqueraient l'emploi du terme « pouvoir exécutif » pour désigner le Gouvernement-Administration (cf. nos observations critiques sur ce point, *infra*, Appendice I, nos 4 et s.).

Il nous paraît certain que le degré d'invraisemblance de la thèse de Georges Vedel, admettant l'originalité des quatre grands principes du régime administratif, se trouve très fortement accru justement par le fait qu'y figurent les deux « sujétions » prétendues spécifiques de l'action administrative [v. l'introduction de cette idée comme élément de « la notion de puissance publique » in D. A., 10-12, qui repose manifestement sur la confusion entre la notion « fonctionnelle » et la notion « organique » de la puissance publique, que l'on soulignera ci-après (cf. *supra*, T. I, S. II, § 2, n° 13)].

l'administrativiste dev
définir le droit admi
ensemble d'activités, e
ensemble d'institutions

Encore une fois, Geor
de ce choix qui est ce
peut-être assez paradox
« organiques ou formel
largement, public — f
notion fonctionnelle de
Et l'on sera d'accord a
(à laquelle il ne reste
tution des différentes d
à-dire de la déterminati
opérations étant d'ailleur
appeler l'atmosphère gé
— En vérité, il s'agit là
s'est pas un instant pré
ses devanciers depuis
aurait résolu inconscien

Ainsi donc, l'actuelle
plutôt elle ne justifie pas
tion par le régime adm
elle ne justifie pas davan

D'où il s'ensuit qu'elle
par cet objet le droit ad
assuré qu'elle ne donnera
tivististe s'il doit adopter
notion étroite, restrictiv
la « gestion privée » — o
admet sur le même pied d
elle ignore purement et
blèmes.

(31) Cela n'est-il d'ailleurs
matériaux que mettent en œ
consacre à chacun des grand
administratif ? Il n'y est pl
— et — 34, ni d'aucune aut
de règles de droit public non
que nous n'avons pas à pré
législatives ou « décrétales »

cutables ainsi constatés ;
onstitution de 1958, sem-
intains, n'ont absolument
des activités ou actes de
On songe essentiellement
on privée ».
c'est-à-dire des principes,
ratif » n'a source ni donc
tue absolument pas une
administratif (30).

re question que la Consti-
seule, à plus forte raison
finir l'administration par
s notions correspondantes
On peut dire — encore
puisse justifier le postulat
r Georges Vedel (en tout
e sentiment de faire ainsi
e, selon elle, la notion-clé
l'administration, concept
tion institutionnelle ; que

e évidence que, tant qu'on
l'indétermination — à peine
essentiels » ne différencient
stratif ni du régime de droit
atique (sauf, diront certains,
edel l'a bien senti pour le
e de démontrer que « l'exécu-
erve deux traits spécifiques
t du Parlement-législateur,
» eux-mêmes. (D. A., 10-11
ux traits qui expliqueraient
er le Gouvernement-Admi-
point, *infra*, Appendice I,

isemblance de la thèse de
grands principes du régime
ustement par le fait qu'y
es de l'action administrative
de « la notion de puissance
ment sur la confusion entre
» de la puissance publique,
II, § 2, n° 13)].

l'administrativiste devrait donc — d'une obligation intellectuelle —
définir le droit administratif comme le droit de l'administration-
ensemble d'activités, et non pas comme le droit de l'Administration-
ensemble d'institutions et organes.

Encore une fois, Georges Vedel ne paraît pas se poser alors le problème
de ce choix qui est cependant décisif. On notera toutefois qu'il est
peut-être assez paradoxal de voir un apôtre de la primauté des notions
« organiques ou formelles » dans le droit constitutionnel — ou, plus
largement, public — français opter en fait pour la primauté de la
notion fonctionnelle de l'administration définie pour lui par son régime.
Et l'on sera d'accord avec la logique de sa profession de foi générale
(à laquelle il ne reste pas fidèle en fait) lorsqu'il s'agit de la consti-
tution des différentes disciplines fondamentales du droit public, c'est-
à-dire de la détermination de l'assise ou cadre de chacune d'elles, ces
opérations étant d'ailleurs en pleine harmonie avec ce que l'on peut
appeler l'atmosphère générale de la vie politico-juridique nationale.
— En vérité, il s'agit là de problèmes dont le constituant de 1958 ne
s'est pas un instant préoccupé, non plus que ne l'avait fait aucun de
ses devanciers depuis 1791 (31). On admettra difficilement qu'il les
aurait résolus inconsciemment, donc involontairement.

Ainsi donc, l'actuelle Constitution française ne définit pas, ou
plutôt elle ne justifie pas le moins du monde la définition de l'administra-
tion par le régime administratif. D'ailleurs, par les mêmes raisons,
elle ne justifie pas davantage aucune autre définition de cette notion.

D'où il s'ensuit qu'elle ne définit pas non plus ni n'appelle à définir
par cet objet le droit administratif. Il ne faut donc pas lui demander,
assuré qu'elle ne donnera point de réponse, d'indiquer à l'administra-
tivist s'il doit adopter comme notion fondamentale et première la
notion étroite, restrictive, de l'administration — celle qui en exclut
la « gestion privée » — ou au contraire la notion large, — celle qui l'y
admet sur le même pied que la « gestion publique » —. Encore une fois,
elle ignore purement et simplement, elle ignore totalement ces pro-
blèmes.

(31) Cela n'est-il d'ailleurs pas surabondamment confirmé par la nature des
matériaux que mettent en œuvre les amples développements que Georges Vedel
consacre à chacun des grands « principes » ou éléments constitutifs du régime
administratif ? Il n'y est plus ou à peu près jamais question des articles 37
— et — 34, ni d'aucune autre disposition constitutionnelle, mais uniquement
de règles de droit public non-constitutionnel, c'est-à-dire, dans une proportion
que nous n'avons pas à préciser ici, de règles jurisprudentielles et de règles
législatives ou « décrétales ». Cf. *infra*, n° 35 d) et n° 36, n. 46.

Au bout du compte, ces tentatives pour fonder constitutionnellement le Droit administratif — au sens que Georges Vedel attache à cette idée — ne sont qu'illusion et chimère, — aujourd'hui comme hier ou avant-hier.

Ni définition constitutionnelle de l'administration par le régime administratif, ni semblable définition du droit administratif par l'administration elle-même ainsi définie, — il nous paraît que ce premier élément de la théorie vedélienne du droit administratif n'est absolument pas justifié et ne peut pas être retenu.

Sous ce premier rapport, il n'est donc absolument pas juste de soutenir que « le Droit administratif français » repose depuis 1958 — non plus qu'il ne reposait dans les périodes constitutionnelles antérieures — sur aucune disposition du droit constitutionnel.

20 bis. — Et par conséquent, pour remonter régressivement à la prémisse initiale de Georges Vedel, on voit que les faits lui infligent un complet démenti : ils font apparaître en toute évidence qu'il n'était pas juste d'affirmer que la nature même de la Constitution, de toute Constitution, veuille qu'elle définisse « l'administration et le droit administratif ». Il ne s'agissait en vérité que d'un postulat parfaitement arbitraire, — que l'expérience française — entre bien d'autres — ne confirme pas du tout.

§ 2. — Leur valeur intrinsèque.

21. — Étant donné l'objet limité assigné à cette étude — tel qu'il a été précisé d'entrée de jeu —, nous pourrions nous en tenir à cette conclusion de rejet sur le plan constitutionnel, et y arrêter la discussion de la première thèse vedélienne.

Malgré tout, il nous paraît préférable de poursuivre et compléter cette discussion, en considérant le problème de droit constitutionnel comme réglé, et d'examiner la question de la valeur et justesse de la thèse vedélienne au regard du droit positif français « infra-constitutionnel », c'est-à-dire en fait législatif ou jurisprudentiel — on aura ainsi considéré ce droit en son entier, dans toutes ses sources — et au regard de la théorie de ce droit.

Du moins nous paraît-il indispensable de considérer en lui-même le problème véritablement crucial pour la discipline « Droit administratif » que pose la définition de l'administration par le régime administratif, c'est-à-dire plus précisément celui que pose son « corollaire » immédiat, — l'exclusion de l'action de l'Administration en gestion

privée hors du dor
logiquement, hors d

Nous pensons que
cette position essen
à de graves et déc
autres tirées de fai

22. — En prologu
ce niveau la const
Constitution, car elle
ni la loi ni la jurispr
qui prétendrait délin
Droit administratif, l
s'il leur arrive, à la sec
(comme désignant un
que pour la solution
Mais le terme « régim
non plus qu'elles ne f
cipes essentiels » selo

Abordons maintena

1° Les objections th

23. — L'objection
parfois la « définition
est l'impasse où elle co
si l'on préfère, des « ac
bien en peine de quali
de l'Administration qu
ou de l'action adminis

Selon la logique de la
régimes juridiques, qu
aurait bien évidemmen

(32) Il va sans dire qu
tous les ouvrages qui, mêm
nel, adoptent sur les prob
et de l'administration les
moins, sans être toujours
vers ces idées. Citons seul
ceux de Gaston Jèze (cf
ceux de Marcel Waline,

pour fonder constitutionnellement
Georges Vedel attache à cette
e, — aujourd'hui comme hier

l'administration par le régime
du droit administratif par l'admi-
il nous paraît que ce premier
t administratif n'est absolument
u.
absolument pas juste de soutenir
repose depuis 1958 — non plus
titutionnelles antérieures — sur
ionnel.

remonter régressivement à la
voit que les faits lui infligent
e en toute évidence qu'il n'était
ne de la Constitution, de toute
« l'administration et le droit
que d'un postulat parfaitement
e — entre bien d'autres — ne

intrinsèque.

signé à cette étude — tel qu'il
pourrions nous en tenir à cette
ionnel, et y arrêter la discussion

ble de poursuivre et compléter
blème de droit constitutionnel
n de la valeur et justesse de la
positif français « infra-constitu-
ou jurisprudentiel — on aura
dans toutes ses sources — et

ble de considérer en lui-même
r la discipline « Droit adminis-
istration par le régime adminis-
lui que pose son « corollaire »
de l'Administration en gestion

privée hors du domaine de l'administration — et par conséquent,
logiquement, hors du domaine du droit administratif.

Nous pensons que, même si on la suppose « déconstitutionnalisée »,
cette position essentielle dans la construction vedélienne se heurte
à de graves et décisives objections, les unes d'ordre théorique, les
autres tirées de faits (32).

22. — En prologue, nous commencerons cependant par répéter à
ce niveau la constatation que nous avons soulignée à propos de la
Constitution, car elle vaut pareillement pour les autres sources de droit :
ni la loi ni la jurisprudence, n'énoncent une notion de l'administration
qui prétendrait délimiter en quelque façon l'objet de la discipline
Droit administratif, le contenu et les limites de son domaine d'étude ;
s'il leur arrive, à la seconde surtout, d'employer ce mot « administration »
(comme désignant un ensemble d'actions et actes), ce n'est jamais
que pour la solution d'un problème juridique particulier, très défini.
Mais le terme « régime administratif », elles l'ignorent complètement,
non plus qu'elles ne font jamais référence au bloc de ses quatre « prin-
cipes essentiels » selon Georges Vedel.

Abordons maintenant les deux ordres d'objections annoncés :

1^o *Les objections théoriques.*

23. — L'objection théorique majeure à ce que nous appellerons
parfois la « définition (ou : notion) restrictiviste » de l'administration
est l'impasse où elle conduit la théorie des « fonctions de l'État », ou,
si l'on préfère, des « activités étatiques » ; en s'y ralliant, on est en effet
bien en peine de qualifier positivement cette action de gestion privée
de l'Administration que l'on rejette si facilement hors de la fonction
ou de l'action administration.

Selon la logique de la typologie des activités étatiques fondée sur les
régimes juridiques, qui ressort de ses explications, Georges Vedel
aurait bien évidemment dû présenter la « gestion privée » organique-

(32) Il va sans dire que la critique qui va suivre vaut à nos yeux pour
tous les ouvrages qui, même sans faire comme lui appel au droit constitution-
nel, adoptent sur les problèmes relatifs à la définition du droit administratif
et de l'administration les mêmes idées que Georges Vedel, ou qui tout au
moins, sans être toujours aussi catégoriques que lui, inclinent fortement
vers ces idées. Citons seulement, comme ouvrages de synthèse, dans le passé
ceux de Gaston Jèze (cf. *infra*, Appendice II, 2^o), et pour aujourd'hui
ceux de Marcel Waline, d'André de Laubadère et de Jean Rivero.

ment administrative comme une catégorie distincte, prenant place à côté de l'administration, mais aussi à côté de la législation, de la juridiction, etc., — auxquelles non plus qu'aucun autre administrativiste ou publiciste, il ne songe à intégrer cette gestion privée. Il ne le fait pas. Il en reste donc à une position purement négatrice et négative : il se contente de disqualifier cette gestion privée, ou, si l'on peut dire, de l'« ex-classer » ; il ne la qualifie pas positivement, il ne la classe ou reclasse pas au sein du système général des types d'actes étatiques qu'il esquisse (comme il n'y peut manquer, et n'y manque en effet pas, car on ne peut assurément pas définir une espèce particulière du genre en ignorant purement et simplement les autres).

Il ne satisfait donc pas à une obligation scientifique impérative. Ne va-t-il en effet pas de soi qu'une classification de ce genre n'est scientifiquement irréprochable, parce que complète, que si elle constitue autant de classes que son principe l'implique, tout objet qu'elle vise devant nécessairement trouver « sa classe », sa place dans une de ces classes. Dans le système vedélien, la « gestion privée » n'a pas cette chance : elle demeure hors classification (cela est matériellement visible, par le fait de son traitement complètement séparé). Le problème qu'elle posait à l'auteur, du fait de ses thèses, n'est donc pas résolu entièrement, c'est-à-dire de façon intellectuellement satisfaisante (33).

Ce défaut n'est d'ailleurs pas, à notre avis, un accident : il témoigne que, comme tout un chacun, Georges Vedel ne parvient pas, redisons-le, à penser avec une absolue constance cette « non-administrativité » de la « gestion privée » ... administrative, cette exclusion hors de l'administration de toute cette tranche aujourd'hui fort importante de l'action de l'Administration. Cette difficulté intime se révèle très clairement dans un assez grand nombre de phrases qu'il écrit, ou de propositions qu'il avance, — et qui, en complet désaccord avec sa thèse sur ce point

(33) Le tort de Georges Vedel est en définitive (nous l'avons au fond déjà relevé, cf. *supra*, n° 10, n. 7 et n° 11) de ne pas avoir eu présente à l'esprit en sa totalité la classification des activités étatiques où le conduisait, où devait le conduire ce « principe du régime juridique ». A lire ses explications (D. A., 45-46), on a cependant l'impression qu'il éprouve quand même bien le sentiment que la distinction entre l'administration — selon sa définition — et la gestion privée ne se situe pas du tout sur le même plan que celui où se situe la distinction entre l'administration et les autres fonctions — essentiellement législation et juridiction — dans la doctrine classique. Il est vrai que celle-ci ne se fondait pas sur la principale différence de régimes juridiques à laquelle Georges Vedel, administrativiste, pense, lui, par-dessus tout : celle, érigée en antithèse, du droit public et du droit privé.

— se réfèrent
tion (34).

24. — 2° Au
peut le dire : po
la « définition res
nistratif — se he
vue, très original
des tenants, résol
un seul instant de
vue générale de l
au xx^e siècle, en
à laquelle la thè
en effet que la m
commerciales assu
par les autres pers
façon une extensio
l'administration p
l'accroissement des
reil Administration
para-administrativ
l'État et des autres
publiques —, acti
ainsi accrue et dév

Il va de soi qu
historien, ni d'aucu
mortels. Mais on a
droit positif qui au

(34) Citons entre a
sance publique et ges
des procédés de gestio
tration s'opère norma
Il est manifeste que le
(qui sont en italique
teraient l'excommuni
juridique ; cf. encore
« non seulement l'actio
elle est exclusive de t
tous leurs actes sont a
locales agissent pour
administrativement »

— se réfèrent manifestement à la notion organique d'Administration (34).

24. — 2^o Au même plan de généralité, mais tout différent — on peut le dire : politico-social, et non plus « purement juridique » —, la « définition restrictiviste » de l'administration — par le régime administratif — se heurte à une seconde objection : celle qui résulte de la vue, très originale certes, mais si évidemment inacceptable qu'aucun des tenants, résolu ou plus hésitants, de la thèse discutée n'envisagera un seul instant de la faire réellement sienne : nous voulons parler de la vue générale de l'évolution de la société, de l'État et du droit public, au xx^e siècle, en France, mais aussi dans d'innombrables autres pays, à laquelle la thèse devrait inévitablement conduire : elle implique en effet que la multiplication considérable des tâches industrielles ou commerciales assumées, directement ou indirectement, par l'État et par les autres personnes morales publiques ne représenterait en aucune façon une extension de leur activité administrative, une extension de l'administration publique, — alors que l'on ne cesse d'insister sur l'accroissement des interventions de l'État et des dimensions de l'appareil Administration ; ce serait donc seulement une masse d'activités para-administratives, pourrait-on dire, mais non administratives, de l'État et des autres personnes publiques — notamment des collectivités publiques —, activités assurées par l'Administration, qui se serait ainsi accrue et développée.

Il va de soi qu'une telle façon de voir n'effleure l'esprit d'aucun historien, ni d'aucun « politologue », ni d'ailleurs celui du commun des mortels. Mais on attendra également en vain, pour sûr, le juriste de droit positif qui aurait le courage de soutenir hautement cette stricte

(34) Citons entre autres la formule qui ouvre la rubrique intitulée « Puissance publique et gestion privée » : « *L'activité administrative... peut utiliser des procédés de gestion privée* » (D. A., 45), puis, antérieurement : « *L'administration s'opère normalement par des procédés de puissance publique* » (20). Il est manifeste que le substantif « administration » et l'adjectif « administratif » (qui sont en italique) correspondent ici à une idée « organique » et mériteraient l'excommunication sans merci au regard du concept de régime juridique ; cf. encore (45) : Pour les collectivités publiques autres que l'État « non seulement l'*activité administrative* est de droit commun, mais [bien plus] elle est exclusive de toute autre » ; il faut entendre : toute leur activité et tous leurs actes sont administratifs. Or, tout comme l'État, les collectivités locales agissent pour une large part en gestion privée, c'est-à-dire « non-administrativement » selon le concept de régime vedélien.

conséquence de la thèse examinée ; à vrai dire, cela supposerait qu'il en prit préalablement pleinement conscience.

Que l'on observe donc tout simplement et directement les idées spontanées des hommes de la pratique politico-juridique : que pensent donc le législateur ou l'administrateur — Parlement ou Gouvernement au plan national, Conseil général ou Conseil municipal au plan local — lorsqu'ils décident de créer un service public industriel ou un service public commercial, sous quelque forme ou statut que ce soit ? Qu'ils ne décident pas une action administrative, qu'ils ne statuent pas sur une question d'administration ? Et le Conseil d'État, lorsqu'il renvoie — explicitement ou implicitement — aux tribunaux judiciaires et au droit privé (quand ces deux termes sont liés) le contentieux d'un tel service ? Dira-t-on qu'il pense que c'est parce qu'il considère que ce service n'est pas administration ? Il n'en est bien évidemment rien. Malgré le caractère déplorable de l'expression et de la notion trop souvent employées de « services publics proprement administratifs » ; les services publics industriels ou commerciaux ne seraient donc qu'improprement administratifs ! Ce ne seraient pas de vrais services administratifs ? Qu'est-ce que tout cela veut dire ? C'est la plus mauvaise des terminologies et la plus fautive des idées, cela au fond parce qu'elles sont solidaires d'une conception aujourd'hui tout à fait révolue et archaïque, quoi que l'on pense politiquement de cette mutation, du rôle de l'État en tant qu'Administration — celle de l'« État libéral », économiquement et socialement.

25. — Ce second ordre d'observations devrait suffire à convaincre que la nature des activités considérées dans leurs fins et leur aboutissement est primordiale pour la connaissance politico-juridique et domine — de très haut — le point de vue du régime juridique sous lequel elles s'opèrent ; celui-ci ne vient, n'intervient qu'en seconde ligne ou rang seulement, — et il n'affecte absolument pas le premier point de vue.

Certes, c'est le second point de vue qui fait pénétrer dans la sphère de l'analyse et des problèmes spécifiquement juridiques ; et il jouit dans cette sphère au moins d'une certaine indépendance, d'une certaine autonomie. Mais il n'en faut pas moins le remettre à son rang et à sa place, qui ne sont que secondes dans le cadre d'une considération et d'une analyse du monde politico-social.

26. — 3^o C'est en somme le caractère assez aberrant de la vue politico-juridique impliquée — *volens nolens*, on vient de le dire — dans la définition restrictiviste de l'administration, et, corrélativement,

du Droit administratif et se confirme par un sur un plan spécifique

Cette définition r l'illogisme, la dissociation des faits, de la notion ou, pour parler plus exactement d'avec celle d'organe ou agent ad

Si les activités q régime de droit privé les services *publics* comme des activités 1^o que les organismes de l'Administration, e composent sont des seulement des agents à quelle autre espèce tenir ?).

Il faut en effet cor on entend, dans la re entier, parler de la ge ment aux actions et considéré, à la réalis aux actes concernant à ceux de ces actes q agents de dispositions publics (Faut-il le di c'est en vérité de statu viendrait de parler). C et en cours de route, bie ministratif et qui se veu

En vérité, selon la l lement à tout le person triels et des services pu gestion du domaine p publics administratifs.

Il est en effet certai songer à admettre une c administratif, de « l'Ad à une action administra

du Droit administratif, dont on veut en faire l'assise, qui se manifeste et se confirme par un résultat plus particulier, qui ramène à nouveau sur un plan spécifiquement juridique.

Cette définition restrictiviste ne peut éviter, à moins d'accepter l'illogisme, la dissociation, dans la mesure considérable qu'impliquent les faits, de la notion d'administration d'avec celle d'Administration, ou, pour parler plus concret, de la notion d'activité ou fonction administrative d'avec celle d'organisme ou institution administratifs et celle d'organe ou agent administratifs.)

Si les activités qualifiées unanimement de services *publics* sous régime de droit privé (par exemple les services *publics* industriels et les services *publics* commerciaux) ne devaient pas être considérées comme des activités administratives, pourrait-on songer à admettre 1^o que les organismes, que les institutions qui les assurent, font partie de l'Administration, et 2^o, plus concrètement : que les agents qui les composent sont des agents administratifs (et, pourquoi pas ? même seulement des agents publics : car s'ils ne sont pas agents administratifs, à quelle autre espèce du genre agents publics pourraient-ils bien appartenir ?).

Il faut en effet conserver présente à l'esprit cette idée que quand on entend, dans la recherche de l'idée-clé du droit administratif tout entier, parler de la gestion des services, il ne faut pas penser uniquement aux actions et actes qui concourent à l'exécution du service considéré, à la réalisation de sa mission ; il faut songer également aux actes concernant le personnel qui assure ce service, notamment à ceux de ces actes qui ne sont pas l'application pure et simple aux agents de dispositions applicables à tous les agents de tous les services publics (Faut-il le dire ? Beaucoup plutôt que d'actes seulement, c'est en vérité de statut ou condition personnels des agents qu'il conviendrait de parler). C'est là un point qu'oublie en tout cas en fait et en cours de route, bien des apôtres de doctrines simples du droit administratif et qui se veulent cependant et se croient totales.

En vérité, selon la logique de la position « restrictiviste », c'est finalement à tout le personnel, à tous les agents des services publics industriels et des services publics commerciaux, et pareillement à ceux de la gestion du domaine privé, qu'il faudrait dénier la qualité d'agents publics administratifs.

Il est en effet certainement impossible, parce qu'anti-rationnel, de songer à admettre une dissociation de la qualité d'élément de l'appareil administratif, de « l'Administration », d'avec celle d'agent participant à une action administrative — en tout cas en ce sens qu'elle est dirigée

ou contrôlée par des autorités administratives, certaines même proprement gouvernementales — ; cela l'est au minimum quand la dissociation est poussée au degré qu'impliquerait la logique de la thèse discutée ; et, chacun le sait, cette thèse n'est nullement accordée au droit positif, — pour peu que l'on veuille bien analyser ce dernier à l'aide de notions à peu près correctes, c'est-à-dire essentiellement en n'identifiant pas celle d'agent public, plus particulièrement ici : d'agent administratif, et celle d'agent à statut de droit public.

Autrement dit, l'idée ne peut pas être raisonnablement soutenue de considérer comme appartenant à l'appareil d'organes « Administration » ni une « personne », ni un personnel d'agents, qui participent exclusivement (pour nous en tenir au plus simple) à une tâche ou fonction auxquelles on dénie la qualité de tâche ou fonction administratives. Cette impossibilité apparaît avec une clarté et une évidence toutes particulières si l'on envisage le cas d'un organisme ou institution préposés exclusivement à une activité industrielle ou commerciale, par exemple (35).

(35) Développons un peu un autre exemple, celui de l'action d'administration du domaine privé de l'État (nous préférons ne pas employer l'expression classique « gestion du domaine privé », qui ne peut être entendue, si l'on doit accepter les formules que la doctrine énonce en général à son propos, que dans un sens très restrictif, — dont on ne précise que malaisément l'exact contenu) : l'Administration des Domaines de l'État appartient assurément, dans ses échelons les plus élevés, à l'Administration d'État ; elle culmine dans une Direction générale du Ministère des Finances ; peut-on admettre l'idée que les agents subalternes de cette Administration, ceux par exemple qui n'ont qu'une tâche matérielle d'exploitation et entretien de biens, notamment de terres ou d'immeubles, ne seraient pas des agents publics administratifs, alors qu'ils agissent en définitive sous l'autorité ou le contrôle hiérarchique de « l'Administration centrale » et de ses agents « extérieurs », c'est-à-dire non-centraux, qui organisent et surveillent leur activité, — une activité qui s'exerce (cela va sans dire) pour le compte de l'État ? Peut-on l'admettre même à supposer que ces agents soient purement et simplement régis, quant à leurs rapports avec l'État, par le Code du Travail ?

Une telle façon de voir correspond à un point de vue « atomisant », qui consiste à envisager les actes uniquement un par un, sans les rattacher au groupe d'actes auquel ils s'intègrent parce qu'ils ne sont, dans la perspective des fins, c'est-à-dire des résultats, poursuivis — qui est capitale —, que des éléments ou fractions d'une activité, — notion d'unité globale, « totalisante » — et naturellement susceptible d'être appliquée à des niveaux très différents, — ce que l'on appellera provisoirement « une activité » apparaissant s'intégrer à son tour, avec d'autres, dans « une activité » plus largement définie, — et le jeu peut se poursuivre plus ou moins longtemps, à convenance. Seul le point de vue « atomisant » permet de fractionner une activité en actes assignés à des types, à des fonctions différents.

Peut-on — ra
(ou toute autre
morale administ
de l'administrati

2° Les objections

27. — Nous «
théorie », les obs
« Droit administ
Cette pratique
Traité général d
l'exclusion de la
— le *Droit adm*
autre.

Si la gestion
administration,
demment pas l
d'analyse ; elle

Application p
s'occuper du tou
ou commerciaux,
nion générale re
qualité de servic
ainsi : cette théo
dérable de la « th
ques principales
niveau de la licen

Georges Vedel
générale : comme
administratif prés
en belle et bonne
Ve Partie — « N
paragraphe intitu
et commerciaux »
« Les personnes ac
ou nationales, de
aussi de celles qu
assureraient pas u

(Ne parlons pa
section III —, qu
type en question).

Peut-on — rationnellement — admettre qu'un établissement public (ou toute autre institution « spéciale » et « autonome ») serait personne morale administrative, alors que sa tâche et son action ne seraient pas de l'administration ?

2° *Les objections de fait.*

27. — Nous disons de fait, ou tirées des faits, et non plus de « la théorie », les observations qui se rattachent à la pratique de la discipline « Droit administratif », pratique qui lui imprime sa figure réelle.

Cette pratique, établie depuis bien longtemps, atteste qu'aucun *Traité général de Droit administratif* ne se conforme à la logique de l'exclusion de la gestion privée hors du domaine de l'administration, — le *Droit administratif* de Georges Vedel pas davantage qu'aucun autre.

Si la gestion privée, organiquement administrative, n'était pas administration, les systèmes du droit administratif ne devraient évidemment pas l'inclure dans leur champ d'étude, d'observation et d'analyse ; elle n'y appartiendrait pas.

Application principale ou majeure : les *Traités* ne devraient pas s'occuper du tout de la théorie juridique des services publics industriels ou commerciaux, ni d'autres « entreprises publiques » auxquelles l'opinion générale refuse, d'ailleurs non sans hésitation ou flottements, la qualité de services publics. — Il est manifeste qu'ils n'en usent pas ainsi : cette théorie constitue tout au contraire une « tranche » considérable de la « théorie des grands services publics », — l'une des rubriques principales du programme des études de droit administratif au niveau de la licence en droit.

Georges Vedel ne s'écarte pas du tout de cette pratique absolument générale : comme cela correspond à son cadre encore limité, son *Droit administratif* présente l'esquisse générale de cette théorie. On y trouve, en belle et bonne place du chapitre II — « Le service public » — de la Ve Partie — « Notions générales sur l'action administrative » — un paragraphe intitulé précisément : « Les services publics industriels et commerciaux ». D'autre part, au chapitre IV de la IVe Partie — « Les personnes administratives » — il est parlé des entreprises publiques ou nationales, de toutes celles qui assurent un service public, mais aussi de celles qui, selon une façon de voir largement répandue, n'en assureraient pas un.

(Ne parlons pas de la théorie de la concession de service public — section III —, qui concerne cependant exclusivement des services du type en question).

Tout se passe donc comme si l'auteur avait oublié en cours d'ouvrage qu'en vertu de sa théorie, les Administrations qui gèrent ou assurent un service public industriel ou commercial n'accompliraient pas une tâche d'administration, que l'activité d'exécution de ces services ne serait pas de l'administration (36) et devrait donc demeurer hors du Droit administratif, puisque celui-ci est, nous a-t-on dit, le droit de cette administration.

28. — Ainsi l'expérience scientifique du « Droit administratif », une expérience maintenant longue, montre de façon éclatante que l'administration qui en constitue l'objet, le champ d'étude, n'est nullement le seul groupe des activités de l'Administration qui relèvent des règles du régime administratif ou droit administratif « autonome » (que ce soit exclusivement ou même seulement en principe). Cette discipline se considère au contraire sans discussion comme ayant vocation à connaître, du point de vue du droit, au moins de groupes d'activités ou d'actes de cette Administration qui obéissent au régime de droit privé, en quelque mesure que ce soit ; elle ne s'assigne nullement pour frontières celles de l'un des deux régimes juridiques qui se partagent l'empire sur l'Administration et l'administration.

Ce sont là des constatations de fait, ce sont des faits d'ordre scientifique que personne ne saurait discuter : c'est sur cette base que la science du droit administratif s'est constituée, qu'elle n'a cessé de vivre et d'opérer, qu'elle continue aujourd'hui — plus que jamais, si l'on peut dire — de le faire, et que sans aucun doute elle le fera encore demain (37). Les auteurs qui se prononcent, au seuil de leurs ouvrages,

(36) On notera cependant une indication qui pourrait faire croire que, restant logique avec soi-même, on « couperait la poire en deux » : part du droit public, part du droit privé (D. A., 20⁴). On indiquera dans un instant pourquoi cette idée ne saurait satisfaire.

(37) La portée de cette constatation n'est en rien atteinte par le fait, lui aussi incontestable, mais sans rapport avec la question ici examinée, que dans les expressions « acte administratif » ou « contrat administratif », l'adjectif, le qualificatif « administratif » sert bien, en général pour la première, toujours pour la seconde, à désigner un régime déterminé qui n'est pas le « régime privé ». On peut certes penser que cette non-concordance entre l'emploi du mot « administration » et l'emploi, dans ces cas, du mot « administratif » n'est pas très heureuse du point de vue de la clarté du langage, de son expressivité ou valeur significative ; elle est actuellement un fait, un fait de langage, qui est, le plus souvent, peut-être même toujours, commun et imputable et à la jurisprudence et à la doctrine, qui en usent de façon identique. Pour regrettables que soient ces faits de double acception d'un terme (phéno-

pour la notie
des difficulté
c'est-à-dire d
ditionnel, les
affirmer, dog
vérités premi
scientifique
vistes » de l'a
(au sens fort

29. — L'é
sieurs bonnes
l'abandon de

Une premi
tions théoriqu
autre discipli
un instant à
administrativ
ouvrages de
de droit privé
naturellement
qu'elles régiss
bon sens pra

Mais d'autr

a) C'est d'
tous les auteu
—, mais dont
fiques », c'est
tratif » ; c'est
sans doute —
administratif,
aucune « Adr
directe ou ind
questions qu'i
tif », soit du
et agissent pa
privée. Nous r

même si fréqu
ne pas en teni
celui des notie

pour la notion « restrictiviste » ne font que se susciter à eux-mêmes des difficultés plus ou moins embarrassantes, pour finir par renier, c'est-à-dire démentir en fait, en ralliant tout bonnement l'usage traditionnel, les beaux, mais vains principes qu'ils ont commencé par affirmer, dogmatiquement voire même solennellement, comme des vérités premières. Leur pratique contredit leur doctrine. La pratique scientifique du Droit administratif porte rejet des notions « restrictivistes » de l'administration et de ce Droit comme notions fondamentales (au sens fort) de cette discipline.

29. — L'état de choses que l'on vient de rappeler découle de plusieurs bonnes raisons, qui interdisent en effet d'envisager sérieusement l'abandon de la gestion privée par le Droit administratif.

Une première raison se rattache de fort près à la première des objections théoriques que nous avons soulevée contre ce rejet : c'est qu'aucune autre discipline, et ce ne pourrait être que la « privatiste », ne songe un instant à s'incorporer et faire sienne la théorie de la gestion privée administrative. Cela ne veut bien entendu pas dire que les Traités et ouvrages de Droit administratif étudieront dans le détail les règles de droit privé qui s'appliquent alors à l'Administration : ils renverront naturellement aux ouvrages de Droit privé qui les étudient en tant qu'elles régissent les personnes privées, c'est une simple question de bon sens pratique, — il n'y a lieu d'insister !

Mais d'autres sont plus profondes et de caractère plus général.

a) C'est d'abord une donnée du droit positif, un fait juridique que tous les auteurs s'accordent à enregistrer — même ceux qui le déplorent —, mais dont ils ne paraissent pas voir et tirer les conséquences « scientifiques », c'est-à-dire pour la construction du « système du Droit administratif » ; c'est à savoir qu'aujourd'hui — et depuis bien des décennies sans doute — aucun service public (au sens institutionnel) de l'ordre administratif, semble-t-il, et certainement en tout cas presque aucun, aucune « Administration » ne donne lieu, pour la réglementation — directe ou indirecte (par droit écrit ou par droit jurisprudentiel) — des questions qu'il pose, à l'application exclusive soit du « droit administratif », soit du « droit privé ». Tous, ou en tout cas presque tous, vivent et agissent partiellement en gestion publique, partiellement en gestion privée. Nous nous en voudrions d'insister sur cette constatation, encore

même si fréquent !), chaque administrativiste pris isolément ne peut pas ne pas en tenir compte, mais au niveau où ils interviennent, qui n'est pas celui des notions premières du système.

une fois, unanime ; nous citerons uniquement le *Droit administratif* de Georges Vedel lui-même : il s'empresse de souligner cette donnée en ce qui concerne les services publics à gestion privée : ils « sont soumis, au moins partiellement, au droit privé » (20^a), — il précisera davantage par la suite : ils y sont soumis au moins, en principe, en règle très générale, mais jamais complètement ; certaines règles du « régime de droit public », du droit administratif « autonome » leur sont applicables, de plein droit ou éventuellement, dont certaines peut-être précisément pour la raison qu'ils sont services publics... Mais il doit bien indiquer par ailleurs que — symétriquement, pour ainsi dire — les services que l'on qualifie souvent, si malencontreusement, de « services administratifs proprement dits » ou « services proprement administratifs », s'ils sont bien en principe à régime de droit public, et plus précisément administratif, n'en peuvent pas moins — par exception, selon lui — faire ou donner lieu à des actes ou à des situations de droit privé (qu'il s'agisse, rappelons-le encore, de leur activité fonctionnelle elle-même — *lato sensu* — ou bien de leurs agents).

En somme, les services proprement administratifs seraient dans une certaine mesure improprement administratifs, comme à l'inverse les services improprement administratifs seraient dans une certaine mesure proprement administratifs. En termes plus atténués : aucun des services relevant — d'une façon ou d'une autre — du Gouvernement-Administration ne serait administratif (au sens vedélien) à 100 0/0 ; aucune Administration agissant pour remplir sa mission d'Administration ne ferait de l'administration à 100 0/0. Tout service public administratif (au sens commun) ne serait, en termes vedéliens, administratif que *pro parte*, c'est-à-dire serait non-administratif pour une autre part. Telle est l'inéluctable conclusion logique de la thèse restrictiviste, de la « notion de régime » de l'administration. Il reste certes possible que ce qui est règle générale pour certains d'entre les services soit exception pour les autres, — et inversement (La tentation est grande d'admettre cette vue ; il faudrait cependant la vérifier de près, en considérant bien, répétons-le, tous les ordres de problèmes, notamment l'action du service, mais aussi condition du personnel). Il n'en demeure pas moins que la vérité du droit positif ne permet pas de poser la distinction de deux types purs, — les services à régime de droit public ou administratif entièrement et exclusivement, les services à régime de droit privé entièrement et exclusivement. Que si l'on estime cette formule excessive pour permettre de conclure sur une question que l'on ne peut ici examiner à fond, on devra reconnaître en tout cas qu'un très grand nombre des services, voire leur grande majorité,

ont un régime mixte public », parfois à l'égard des types hybrides.

Ces constatations, pas à condamner tout droit administratif de régime administratif sont uniquement les qui relèvent du régime.

b) En second lieu du Droit administratif on viderait d'une très seconde des grandes poses habituellement (v. en particulier D. A. de prestations) —, comme consistant finalement de services ou prestations « usagers des services » convienne pas très bien peut-être la plus grande est précisément constituée c'est-à-dire, finalement ces services de l'administration, — pour la raison sous régime de gestion de « service public » de sa substance (Il ne se vide entièrement : il existe et, spécifiquement — parfois de caractère public qui s'opèrent, en tout administratif) : citons notamment le régime public, les services veut bien considérer le plus encore, celui de l'Administration et autres « Offices » comme ci-dessus rappelé — à régime d'aujourd'hui, et en tout cas beaucoup plus important.

ont un régime mixte, donnant lieu parfois à l'application du « droit public », parfois à l'application du « droit privé », et représentent ainsi des types hybrides ou, en ce sens, impurs.

Ces constatations, acceptées aujourd'hui par tous, ne suffisent-elles pas à condamner toute tentative qui prétend asseoir le « système du droit administratif » sur une notion de l'administration fondée sur celle de régime administratif, — l'administration (étatique), ce sont et ce sont uniquement les activités ou services (étatiques, bien entendu) qui relèvent du régime administratif ?

b) En second lieu, il est certain que, si l'on excluait du domaine du Droit administratif les services publics à gestion privée dominante, on viderait d'une très grande partie de son contenu la théorie de la seconde des grandes fonctions ou actions de l'Administration que l'on pose habituellement — c'est également la position de Georges Vedel (v. en particulier D. A., 16, notamment le dernier alinéa : « La fourniture de prestations ») —, à savoir la fonction de services publics définie comme consistant finalement à effectuer des prestations — prestations de services ou prestations de biens — au bénéfice des individus qualifiés « usagers des services publics » (bien que ce terme d'« usagers » ne convienne pas très bien à toutes les situations). Une très grande partie, peut-être la plus grande aujourd'hui, des services publics ainsi définis est précisément constituée par des services industriels ou commerciaux, c'est-à-dire, finalement, par des prestations économiques. Si l'on retire ces services de l'administration, des fonctions ou activités administratives, — pour la raison qu'ils s'opéreraient en principe très général sous régime de gestion privée —, on vide donc la catégorie fonction de « service public » de l'Administration d'une partie considérable de sa substance (Il ne serait certainement pas exact d'écrire qu'on l'en vide entièrement : il existe, il reste des activités de prestations étatiques, et, spécifiquement — d'une opinion unanime —, administratives, parfois de caractère plus collectif qu'individuel, parfois à l'inverse, qui s'opèrent, en tout cas dans une très large mesure, sous « régime administratif » : citons notamment les voies de communications, l'enseignement public, les services de santé). Malgré tout, surtout si l'on veut bien considérer le plan de l'Administration départementale et, plus encore, celui de l'Administration communale ensemble avec le plan de l'Administration nationale et d'État (établissements publics et autres « Offices » compris), la part des services publics — au sens ci-dessus rappelé — à régime de gestion privée est, semble-t-il, aujourd'hui, et en tout cas depuis les « nationalisations » de 1945, sans doute beaucoup plus importante que l'autre, en tout cas extrêmement impor-

tante. Si on la retirait du domaine de l'administration et du droit administratif, la « fonction de prestations » deviendrait une fonction de l'Administration somme toute mineure et réduite.

30. — Les données que l'on vient de rappeler aboutissent à ruiner un postulat non-apparent, c'est-à-dire une option première opérée sans être justifiée, voire même seulement signalée comme telle par Georges Vedel (cf. *supra*, n° 20).

Elles montrent clairement que, depuis fort longtemps, peut-être depuis sa naissance, la discipline Droit administratif a pour assise, non pas la notion d'administration-activité, mais bien celle d'Administration-institution. Autrement dit, elle considère comme rentrant dans son domaine d'étude tous les problèmes juridiques relatifs à l'Administration-appareil d'organes (pour employer un singulier qui est généralement utilisé, encore que peut-être discutable), et notamment — c'est le point qui nous intéresse le plus — tous les problèmes qui concernent les activités des organes administratifs, quelles que soient ces activités, quelles que soient les règles auxquelles elles obéissent, quelle que soit « la nature » du régime qui leur est appliqué, — droit public ou droit privé. Certes, on ne prétend pas que cette formule éliminerait d'un coup de baguette magique toutes les difficultés de détermination du domaine ainsi défini en gros : ne serait-ce que parce que la définition de l'Administration, le critère de la qualité d'institution administrative ou d'agent ou organe administratifs, spécialement par opposition à celle d'institutions, agents ou organes privés — la détermination de ce critère et son application concrète — ne sont pas toujours d'une immédiate et aveuglante évidence ; il y a des cas où la question concrète, c'est-à-dire relative à une institution ou un organe donnés, est apparue douteuse, et les bases de la réponse jurisprudentielle un peu incertaines. Et l'on ne prétend pas que la nature de l'activité des sujets ou personnes considérés, ou la nature des conditions dans lesquelles cette activité s'exerce, n'y joue pas un rôle, et même un rôle très important. — Mais en définitive, il ne faut pas exagérer les dimensions de ces difficultés : les espèces ayant donné lieu à doute sont tout compte fait relativement très peu nombreuses ; comme il se devait, elles concernent ou ont concerné certaines institutions apparaissant comme nouvelles et largement originales au moment où la question doit ou a dû être décidée ; il n'empêche que la composition du corps de l'Administration, donc la question de l'appartenance à ce corps sont (si l'on peut se permettre cette façon condensée de s'exprimer, sans tenir ce chiffre pour prétendant à une exactitude, même très approximative) certaines

à 95 0/0 au
quant à elle,

31. — Ain
de la disciplin
dans son exp
de régime » d
nistrativistes

Définir l'ad
administratif
que notions se
nistratif — pa
« autonome »,
contraire à la
depuis... toujo

On voit bie
intellectuelles,
la notion « re
l'administratio
du sens donn
arbitraire, —
idées, mais seu
autre ordre —
sinon, Georges
« fonctionnelles
type de régime

32. — Voici
examen critique
nistratif propos
« bases constitu

1° La définit
résulte absolu
le caractère de b
tution de 1958
précédée — tan
ceci pour l'exce

auquel cette not
S'il ne peut en
de 1958 suscep
c'est pour la trè

à 95 0/0 au moins. La « notion de régime » de l'administration soulève, quant à elle, on l'a vu, infiniment plus de problèmes et de difficultés.

31. — Ainsi donc, répétons-le, la détermination du champ d'étude de la discipline Droit administratif, telle qu'elle se réfléchit et se constate dans son expérience, ne coïncide absolument pas avec la « définition de régime » de l'administration ; c'est là un fait durable que les administrativistes doivent constater, quitte à réfléchir sur son explication.

Définir l'administration, l'activité ou fonction administrative, l'acte administratif — et bien plus encore l'organe administratif — en tant que notions se trouvant vraiment à la base du système du Droit administratif — par le fameux régime administratif, par le droit administratif « autonome », qui leur serait également applicable à tous, apparaît contraire à la pratique de la science administrative, acceptée de tous depuis... toujours, et qui a donc sans doute ses très bonnes raisons d'être.

On voit bien se confirmer que ce sont des considérations de fond, intellectuelles, « scientifiques », qui appellent à se prononcer soit pour la notion « restrictiviste », soit au contraire pour la notion large de l'administration, c'est-à-dire qu'il ne s'agit nullement de la seule fixation du sens donné à un mot, chose essentiellement conventionnelle et arbitraire, — qui n'intéresse pas la connaissance, la formation des idées, mais seulement — ce qui n'est certes pas négligeable, mais d'un autre ordre — leur expression et donc leur communication. — Et sinon, Georges Vedel aurait-il pu déclarer sa préférence pour les notions « fonctionnelles », — qui visent, en notre domaine, à « spécifier un certain type de régime juridique » (D. A., 45⁵, rapp. 20⁴) ?

32. — Voici donc, regroupées et condensées, les conclusions de cet examen critique de la définition de l'administration et du droit administratif proposée par Georges Vedel dans le cadre de la théorie des « bases constitutionnelles du Droit administratif » :

1^o La définition de l'administration par le régime administratif ne résulte absolument pas du droit constitutionnel, elle n'a nullement le caractère de base constitutionnelle du Droit administratif. La Constitution de 1958 ignorant totalement — tout comme celles qui l'ont précédée — tant le terme que le concept utilisés par cette définition, ceci pour l'excellente raison qu'elle n'effleure même pas le problème auquel cette notion correspond.

S'il ne peut en vérité être produit aucune donnée de la Constitution de 1958 susceptible de fonder cette définition de l'administration, c'est pour la très simple raison, plus générale, qu'il ne s'y en trouve

aucune qui puisse justifier aucune définition, quelle qu'elle soit, de cette notion.

De ce fait, l'administrativiste français n'est donc pas lié intellectuellement par une notion constitutionnelle de l'administration. Il doit uniquement tenir compte pour celle qu'il propose de la disposition de l'article 37, telle qu'elle est, sans plus.

2° Aucune autre source de droit — ni la source législative, ni la source jurisprudentielle — ne donne non plus à cet administrativiste une définition ou tous les matériaux qui justifieraient la définition de l'administration — telle que l'utilise Georges Vedel — par le régime administratif.

A plus forte raison ne résulte-t-il pour lui de ces sources aucune obligation intellectuelle de définir le Droit administratif, son « objet » ou « assiette », par l'administration ainsi définie.

3° D'ailleurs, l'idée même que le droit positif puisse apporter ou receler la définition, quelle qu'elle soit, de la notion-base — au sens strict — de la discipline « Droit administratif » constitue une erreur — et une illusion.

Cette notion-base et première sera-t-elle celle d'une activité — l'administration — ou celle d'un appareil d'organes — l'Administration ? Le choix entre ces deux positions, la « fonctionnelle » et l'« organique », que doit effectuer celui qui présente un système du Droit administratif (à moins bien entendu qu'il ne les fasse coïncider en admettant que l'administration est la totalité des tâches et actions assumées par l'Administration) n'est certes pas à sa discrétion arbitraire, mais il doit reposer sur des considérations d'ordre épistémologique, car il détermine le corps de règles de droit sur lequel portera la discipline.

Et c'est bien là, en réalité, le point de vue de Georges Vedel, tel qu'il s'exprime dans une esquisse d'argumentation en faveur de la notion de régime de l'administration : les définitions juridiques, dit-il, doivent être « fonctionnelles » et concilier la cohérence et l'utilité ; seule la notion de régime présente cette double qualité (D. A., 45^b).

Malheureusement pour elle, cette option soi-disant rationnelle reçoit, incontestablement, on l'a noté, un total démenti de la pratique du Droit administratif-science, — à laquelle son avocat lui-même se rallie purement et simplement.

4° Et en effet, considérée en elle-même, cette notion de régime de l'administration, — cette notion « restrictiviste », par rapport à celle qui ne fait absolument pas intervenir, à ce niveau, la distinction entre régime administratif et régime de droit privé — ne conduit qu'à des

résultats scientifiques
vues parfaitement

5° Conséquemment
administratif par
« droit administratif »
quences logiques,
rejeter et les font
son système sur un
qui découle directe
d'Administration.

33. — En défini
Georges Vedel sur
selon lui, sur la défini
base n'est ni celle
ou jurisprudentiel ;
ou intellectuellement

Il ne s'agit certe
une définition de l'a
à « un certain type
on le constate, cett
traditionnelle et (au
tée du Droit admini

Section II. — D'APPLI

Donc, selon Geor
que définir — au m
tion, cela par la not
— de la même faç
la règle qui détermi
administratif, les ac
s'étende son empire

Cette règle, nous
de son affirmation.

§ I. — Son in

34. — Certes, no
seconde thèse de G

résultats scientifiquement, ou intellectuellement, fâcheux, qu'à des vues parfaitement inacceptables.

5° Conséquemment, la définition de l'objet de la discipline Droit administratif par le « régime administratif », sa limitation au seul « droit administratif autonome » se heurte, si l'on en pense les conséquences logiques, à de très graves objections, qui doivent les faire rejeter et les font rejeter en fait par cette discipline ; celle-ci fonde son système sur une notion beaucoup plus large de l'administration, qui découle directement de la notion institutionnelle ou organique d'Administration.

33. — En définitive, nous estimons donc mal fondée la thèse de Georges Vedel sur les « bases... du Droit administratif », c'est-à-dire, selon lui, sur la définition de l'administration — en premier lieu. Cette base n'est ni celle du droit constitutionnel, ni celle du droit législatif ou jurisprudentiel ; et surtout, elle n'est pas davantage scientifiquement, ou intellectuellement, justifiée.

Il ne s'agit certes pas de dénier à quiconque — le droit de poser une définition de l'administration comme ensemble d'activités soumises à « un certain type de régime juridique » (D. A., 45⁴). Mais ce n'est pas, on le constate, cette définition-là qui est à la base de la construction traditionnelle et (autant qu'on puisse en juger) universellement adoptée du Droit administratif.

Section II. — CRITIQUE DE LA RÈGLE SUR LE DOMAINE D'APPLICATION DU « RÉGIME ADMINISTRATIF »

Donc, selon Georges Vedel, la Constitution de 1958 ne ferait pas que définir — au moins indirectement, implicitement — l'administration, cela par la notion de régime administratif ; elle fixerait en outre — de la même façon —, elle permettrait d'établir par raisonnement la règle qui détermine aujourd'hui le domaine d'application de ce régime administratif, les activités ou actes étatiques auxquels elle veut que s'étende son empire.

Cette règle, nous l'avons indiquée. Il s'agit de vérifier le bien-fondé de son affirmation.

§ I. — Son inexistence comme règle de droit constitutionnel.

34. — Certes, nous pourrions nous contenter d'opposer à cette seconde thèse de Georges Vedel une fin de non-recevoir catégorique.

Il va en effet de soi que, si l'on tient pour inexacte la première — celle de la définition de l'administration par la Constitution, la seconde est condamnée du même coup *a priori* : car alors il n'est évidemment pas concevable que la Constitution puisse poser la règle qui déterminerait le domaine d'application d'un régime qu'elle ignore complètement, en d'autres termes : l'extension (au sens de la logique formelle) des catégories administration et activités ou actes administratifs (telles que définies par l'auteur).

Mais, pour décisif et sans réplique que ce moyen soit à nos yeux, il nous semble qu'il est quand même préférable d'aborder le débat au fond et de chercher à le vider, en examinant les arguments par lesquels, parti de l'idée opposée — que la définition de l'administration par le régime administratif résulterait de la Constitution elle-même — Georges Vedel pense établir par cette même Constitution la règle en question.

Soulignons encore, préliminairement, que, bien entendu, il ne pense ni ne soutient que cette règle se trouverait écrite et inscrite dans un article de cet Acte, et qu'il suffirait donc de l'y lire. Ce qu'il admet et entreprend de démontrer — comme c'était déjà le cas pour la notion d'administration —, c'est que le juriste ne pourrait pas ne pas l'inférer par raisonnement à partir de dispositions constitutionnelles où elle serait virtuellement incluse.

35. — D'après l'auteur, la règle se dégagerait, on l'a dit, par une double extrapolation successive.

A) La première extrapolation conclut du caractère « de droit commun » du pouvoir réglementaire du Gouvernement (article 37 combiné avec l'article 34) que tous les actes, toute l'action de tous les éléments de l'appareil Gouvernement-Administration relèvent en principe et règle générale du régime administratif, seuls faisant exception ceux que vise une disposition formelle de sens contraire, — c'est-à-dire une disposition les soumettant à un autre régime (38).

Cette extrapolation ne pourrait se prévaloir que d'une argumentation

(38) C'est le principe que veut affirmer cette phrase un peu singulière : « bien qu'apparemment limitée au cas particulier des règlements faits par le Président de la République ou par le Premier Ministre, l'investiture générale donnée par l'article 37 s'applique à l'ensemble des autorités administratives et de leurs activités... » (D. A., 44). Qu'est-ce donc que cette « investiture générale » ? L'article 37 ne vise ou ne couvre au maximum que l'édition de règlements [(cf. *infra*, n° 35 bis e)].

du type suiv
comme en pa
de droit co
les actes régl
l'exécution d
administrativ
Donc ils sero
c'est-à-dire ré
réglementaire
administratifs
ment-Adminis
nistratifs.

(Ainsi seule
l'argument qu
on pourrait tir
mentaires et p
qu'une des va
première « com
sont soumis à u
lement — cela

35 bis. — C
sible ? Nous p

a) La premi
toute hypothès
au régime adm
administratifs :
la législation ad
importante de
de lois, et non p

Il est éviden
Administration,
puisse valoir. C

(39) En spécifi
cas où ces actes s
— ils ne sont alo
déduction extrao
aucun administra
cas où, sur une
seraient à base lég
complémentaires

pour inexacte la première — celle
la Constitution, la seconde est
r alors il n'est évidemment pas
poser la règle qui déterminerait
qu'elle ignore complètement,
ens de la logique formelle) des
ou actes administratifs (telles

que ce moyen soit à nos yeux,
préférable d'aborder le débat
examinant les arguments par
la définition de l'administration
de la Constitution elle-même
te même Constitution la règle

que, bien entendu, il ne pense
erait écrite et inscrite dans un
c de l'y lire. Ce qu'il admet et
tait déjà le cas pour la notion
ne pourrait pas ne pas l'inférer
ions constitutionnelles où elle

dégagerait, on l'a dit, par une

du caractère « de droit commun »
ment (article 37 combiné avec
action de tous les éléments de
relèvent en principe et règle
faisant exception ceux que vise
, — c'est-à-dire une disposition

valoir que d'une argumentation

cette phrase un peu singulière :
articulier des règlements faits par
ier Ministre, l'investiture générale
ble des autorités administratives
-ce donc que cette « investiture
ivre au maximum que l'édiction

du type suivant, qui est bien en effet au moins esquissée ou alléguée
comme en passant :

de droit commun, les actes de ces organes administratifs autres que
les actes réglementaires seront faits sur la base, en application, pour
l'exécution de dispositions réglementaires — c'est-à-dire de normes
administratives —, c'est la conséquence même des articles 37 — et — 34.
Donc ils seront, normalement, eux aussi, des actes administratifs,
c'est-à-dire relèveront du régime administratif. En somme : le pouvoir
réglementaire décrétoal étant de droit commun — qui donne des actes
administratifs —, les actes exécutifs non-réglementaires du Gouverne-
ment-Administration seraient de même, de droit commun, actes admi-
nistratifs.

(Ainsi seulement peut prendre une certaine consistance juridique
l'argument qui, sans cela, en est cruellement dépourvu, selon lequel
on pourrait tirer la conclusion précédente du fait que les actes régle-
mentaires et parmi eux d'abord les décrets réglementaires ne seraient
qu'une des variétés d'actes au pouvoir des autorités investies de la
première « compétence ». Un groupe ou « variété » d'actes d'une autorité
sont soumis à un certain régime, donc les autres variétés le sont pareil-
lement — cela paraît une logique assez surprenante).

35 bis. — Cette première extrapolation est-elle valable et admis-
sible ? Nous pensons que non.

a) La première observation qu'appelle l'argumentation est qu'en
toute hypothèse elle ne permettrait pas de conclure à la soumission
au régime administratif de la totalité des actes d'exécution des organes
administratifs : si considérable que soit l'amputation du domaine de
la législation administrative, du fait de l'article 34, une partie vraiment
importante de ces actes continue néanmoins d'être exécution directe
de lois, et non pas de décrets, spécialement pas de décrets autonomes (39).

Il est évident que pour ce secteur de l'action du Gouvernement-
Administration, il n'est pas question que l'extrapolation vedélienne
puisse valoir. Ce qui atteint son « universalité ».

(39) En spécifiant « directe », nous voulons exclure, pour la rigueur, le
cas où ces actes sont faits sur la base de règlements complémentaires de lois,
— ils ne sont alors que médiatement exécution de lois. Mais on voit à quelle
déduction extraordinaire devrait conduire cette distinction — à laquelle
aucun administrativiste n'avait ni n'aurait pensé avant 1958 — dans le
cas où, sur une matière ou objet donnés, certains « actes administratifs »
seraient à base législative immédiate, d'autres à base immédiate de règlements
complémentaires de lois.

b) Mais considérons-la dans son application au domaine des décrets réglementaires (40). Elle ne paraît pas davantage valable pour ce cas. Du fait que des actes juridiques (le raisonnement qui suit vaudrait tout aussi bien pour les « actes matériels », mais il faudrait employer pour eux des termes différents ; aussi les laissera-t-on de côté) ont pour base juridique des règles soumises au régime administratif, n'y a-t-il pas paralogisme à conclure qu'eux aussi seraient soumis à ce régime ? On rencontre là une vérité absolument générale : le régime applicable à telle ou telle catégorie d'actes normateurs posant des décisions particulières — soit individuelles, soit d'espèce — n'est absolument pas de plein droit celui qui s'applique aux règles générales qui les prévoient ou les permettent. Sinon, les décisions administratives ou juridictionnelles (pour nous en tenir à la sphère des actes étatiques) posées sur la base de lois devraient être soumises au régime législatif ; un degré plus haut, les dispositions législatives devraient elles-mêmes être traitées comme des dispositions constitutionnelles (41) (42).

(40) Pour ne pas charger inutilement la discussion, nous laisserons en effet de côté le cas des règlements administratifs autres que décrets, c'est-à-dire non-gouvernementaux. Bien que l'on puisse estimer qu'ils ne sont pas visés par la disposition de l'article 37, il est acquis pour eux, en droit positif, et de longue date, qu'ils ont caractère administratif — au sens vedélien — c'est-à-dire qu'ils relèvent du « régime administratif ». — On ne fera donc aucune difficulté pour convenir que, sur une base ou sur une autre, ce régime s'applique certainement à tous les actes administratifs réglementaires, c'est-à-dire porteurs et poseurs de règles de droit.

(41) Il est trop clair que l'on ne peut même pas penser un instant à l'application d'un tel principe aux actes, c'est-à-dire aux opérations par lesquelles ces normes sont posées.

(42) On pourrait songer à ajouter également qu'en vertu du principe sur lequel repose en fait l'extrapolation vedélienne, les décisions rendues par les juridictions — quelles qu'elles soient — sur la base, en vertu et par application de dispositions de règlements, et d'abord de décrets, devraient être considérées et traitées, elles aussi, comme des actes administratifs — du moins normalement et selon la règle. Le caractère quelque peu monstrueux d'une telle thèse apparaît en un tout particulier relief si l'on en envisage l'application aux juridictions judiciaires : celles-ci participent, elles aussi, personne ne le conteste, à l'application ou exécution de très nombreux règlements administratifs — règlements de fiscalité indirecte, règlements à sanction pénale, règlements sur la Sécurité Sociale, notamment. Faudrait-il considérer que « les principes » voudraient que leurs jugements et arrêts soient en ce cas soumis au régime administratif ? — Soulignons toutefois que cette observation ne met pas en cause la « première extrapolation » vedélienne, celle-ci ne visant que les actes du Gouvernement-Administration, — et non par conséquent ceux des juridictions.

Comme toutes les propositions générales est bien. On ne voit en cas des actes faits de règlements.

c) Ainsi conditionnelle reçoit en (Georges Vedel)

Que ce soit en administratifs, en organiser ou même public commercial l'exécution du règlement en gestion mesurer en gestion et droit du ou moins considérés

reposent sur des règlements pas soumis, eux, — et le régime — qu'elles prévoient le régime applicable par ce régime ; —

Ainsi donc, il a commun du pouvoir absolument pas infirmité l'ensemble de l'acte serait-ce même seul

d) On pourra ajouter qu'il était vrai que la règle comme il l'enseignent les catégories qu'elle pose les dispositions constitutives

(43) Encore une fois devrait apparaître règlements et contrats — que les principes à réaliser la contrainte techniques au titre de la règle de ces dernières (on songera aux « voies ») sont certainement moi-

Comme tout juriste, Georges Vedel considérera bien évidemment de telles propositions comme absurdes ; malheureusement ce principe général est bien, *consciens nescius*, sous-jacent à son raisonnement. On ne voit en effet aucune raison pour qu'il pût être limité au seul cas des actes faits et des normes posées sur la base et pour l'exécution de règlements administratifs, même des règlements décrets.

c) Ainsi condamnée par l'analyse théorique, l'extrapolation vedélienne reçoit en outre l'évident démenti des faits les plus banals (Georges Vedel les relevait en 1954 déjà).

Que ce soit en vertu d'une loi ou à titre autonome, des règlements administratifs, en particulier des décrets réglementaires, peuvent organiser ou même instituer un service public industriel ou un service public commercial ; chacun sait que la gestion de ce service, c'est-à-dire l'exécution du règlement, s'effectuera dans la plus large et principale mesure en gestion privée, sous un régime de droit privé (droit commercial et droit du travail essentiellement) ; voici donc une masse plus ou moins considérable d'actes, tant juridiques que matériels (43), qui reposent sur des règles à régime administratif, et qui ne sont cependant pas soumis, eux, à ce même régime. Preuve décisive que la nature — et le régime — des règles qui sont la base juridique d'une action, qu'elles prévoient et réglementent, ne déterminent pas par eux-mêmes le régime applicable à celle-ci, ou la qualité des actes, si on la définit par ce régime ; — ce sont de tout autres facteurs qui le font.

Ainsi donc, il apparaît de toutes parts que, du caractère de droit commun du pouvoir réglementaire du Gouvernement, on ne peut absolument pas inférer la règle qui désignerait le régime dont relèverait l'ensemble de l'action et des actes du Gouvernement-Administration, serait-ce même seulement en principe.

d) On pourra ajouter encore cet argument, de grand poids, que s'il était vrai que la règle de la première extrapolation vedélienne fût, comme il l'enseigne, ancrée dans la Constitution, les exceptions dérogatoires qu'elle pourrait comporter devraient résulter, elles aussi, de dispositions constitutionnelles expresses, ou, au minimum, de dispo-

(43) Encore une fois (v. *supra*, n° 17), la règle, pour être « universelle », devrait apparaître régir aussi bien les actes juridiques — actes unilatéraux et contrats — que les actions communément dites matérielles : actes tendant à réaliser la contrainte gardienne des normes juridiques, mais aussi actes techniques au titre des services industriels par exemple. Or, si on considère le régime de ces dernières activités ou actes, et d'une partie des premières (on songera aux « voies d'exécution » judiciaires), les propositions vedéliennes sont certainement moins acceptables encore que pour les « actes juridiques ».

sitions habitant des organes de moindre rang que l'organe constituant à statuer ces dérogations. C'est là (on y reviendra) (cf. notamment, *infra*, n° 51) une exigence juridiquement élémentaire ; si on ne la maintient pas, l'extrapolation au niveau constitutionnel perd toute fermeté, toute consistance, et même tout sens.

Or personne ne peut contester que les soi-disant « dérogations » ou « clauses déroatoires » en question — les actes de gouvernement, la gestion privée — résultent essentiellement de la source jurisprudentielle, qui n'invoque pas du tout à leur propos comme fondement, depuis 1958, les articles 37 — et — 34, ni aucun autre « texte constitutionnel » ; et en effet, elles sont très antérieures, — la plupart de plus d'un siècle — à la Constitution de 1958, qui ne saurait donc en être la base juridique.

e) En conclusion, rien, absolument rien ne permet d'admettre la thèse vedélienne que les articles précités permettraient d'inférer le principe déterminateur du régime dont relèveraient — sauf disposition expresse contraire — la totalité des actes de toutes sortes faits par le Gouvernement-Administration ou (on vise ici les contrats) avec sa participation, c'est-à-dire finalement, au niveau global, la totalité des activités et actions de cet appareil. Ou, en allant au fond, les articles 37 — et — 34 n'impliquent pas davantage qu'ils ne l'énoncent le principe de la soumission de ce bloc d'activités, actions et actes au régime administratif ; ils ne permettent absolument pas de fixer le domaine d'application de ce régime par rapport à d'autres, — on sait lesquels. La première extrapolation opérée par Georges Vedel ne peut en aucune façon invoquer une base constitutionnelle.

En somme, l'article 37 ne fait rien de plus ou d'autre que ce qu'il annonce qu'il va faire (serait-ce en termes contestables) : à savoir déterminer l'étendue « matérielle » du pouvoir réglementaire décrétoal, c'est-à-dire du Gouvernement, par rapport à celle du pouvoir législatif, du Parlement, — celle-ci étant déterminée de façon positive et limitative par l'article 34 essentiellement. Aucun raisonnement, si ingénieux soit-il, aucune alchimie intellectuelle ne permet d'en extraire une règle générale sur le régime de l'ensemble des actes du Gouvernement et de « son » Administration.

Cela signifie notamment qu'il ne faut pas compter sur cet article pour donner aux juges et à la doctrine, par une formule globale essentiellement simple, la règle à suivre pour résoudre ce problème, généralement ressenti par « la doctrine » comme la croix et la bannière du Droit administratif, de savoir quand action et actes de l'Administration sont régis par « le droit public », quand ils le sont par le droit privé,

— ces deux droits revient, en principe à la juridiction judiciaire, article de la Constitution régler cette question pas posée un seul

36. — B) Par la règle — constitutive de l'empire du régime — seulement à l'égard de ceux d'organes, se fonde l'appareil étatique constitutionnel de cette

Que penser de la règle, qui conclut l'article 37 de la Constitution

a) Il est bien clair *a priori* pas même évident et supporte, dans l'empire

b) Mais ne nous en rendons compte, et recherchez la règle, lui, cru pour être se croit fondé à proposer aucun : car en est-ce réaliser cette première trop audacieuse extrapolation ?

Pourquoi le pourra-t-il ? Il est manifestement

(44) Il faut cependant bien passer sans transition à la proposition de caractère de « compétence » du Gouvernement, est l'activité étatique de « l'action » signifiant pour l'administration « régies par le droit

— ces deux droits qui se partagent l'empire sur eux, et dont l'application revient, en principe, respectivement à la juridiction administrative et à la juridiction judiciaire. Que ce soit en l'article 37 ou en aucun autre article de la Constitution, les auteurs de celle-ci n'ont pas entendu régler cette question, cette double question, — qu'ils ne se sont même pas posée un seul instant.

36. — B) Par la seconde extrapolation, l'auteur prétend dégager la règle — constitutionnelle elle aussi, bien entendu — qui déterminerait l'empire du régime administratif totalement, c'est-à-dire non plus seulement à l'égard des actes du Gouvernement-Administration, mais à l'égard de ceux des autres branches de l'appareil étatique aussi bien. La règle issue de la première extrapolation, limitée à un seul groupe d'organes, se fondrait ainsi et s'absorberait dans une règle totale, visant l'appareil étatique tout entier, en toutes ses « branches » (au sens traditionnel de cette expression).

Que penser de cette seconde extrapolation, c'est-à-dire de cette règle, qui conclut la longue marche de Georges Vedel à partir de l'article 37 de la Constitution ?

a) Il est bien clair qu'ayant rejeté la première, nous ne pouvons *a priori* pas même envisager l'idée d'accepter la seconde, qu'elle suppose et supporte, dans la pensée même de l'auteur (44).

b) Mais ne nous arrêtons pas, ici non plus, à cette « question préalable », et recherchons quels sont les arguments par lesquels l'auteur, ayant, lui, cru pouvoir opérer valablement la première extrapolation, se croit fondé à procéder à la seconde. A vrai dire, nous n'en apercevons aucun : car en est-ce bien un que de dire simplement : « On peut généraliser cette première constatation », — il s'agit en vérité de la déjà trop audacieuse extrapolation relative au Gouvernement-Administration ?

Pourquoi le pourrait-on ?

Il est manifestement impossible de donner une raison valable :

(44) Il faut cependant noter qu'en quelques passages l'auteur paraît bien passer sans transition, sans étape intermédiaire, de la première à la troisième proposition de sa « Synthèse ». Ainsi quand il écrit que la consécration du caractère de « compétence normative de droit commun (du pouvoir réglementaire du Gouvernement) ... signifie équivalamment ... que l'administration est l'activité étatique de droit commun » (D. A., 36-1^o *in fine*), — « administration » signifiant pour l'auteur, il ne faut jamais l'oublier, l'ensemble des « activités » réglées par le droit administratif « autonome ».

comment en effet pourrait-on conclure de l'attribution au Gouvernement d'un pouvoir de droit commun en matière d'édiction de règles de droit, — pouvoir administratif assurément, au sens vedélien aussi — que les actes de tous les organes étatiques, même de ceux-là qui sont étrangers à la branche Gouvernement-Administration, devraient être eux aussi, en principe, soumis au régime d'acte administratif ? C'est-à-dire qu'en principe le régime administratif aurait vocation à régir tous ces actes, quels qu'en soient les auteurs et le fond (ne parlons pas de la procédure). Alors que la disposition invoquée porte uniquement et exclusivement sur le rapport entre « pouvoir réglementaire » et « pouvoir législatif », ou, si l'on préfère, entre pouvoir gouvernemental et pouvoir parlementaire — sur le plan de l'édiction de règles de droit (45).

Rappelons en particulier un argument déjà utilisé dans la discussion de la première extrapolation, c'est-à-dire à propos de certains actes du Gouvernement-Administration [cf. *supra*, n° 34 bis a)] : comment une disposition relative au pouvoir réglementaire pourrait-elle impliquer quelque conséquence que ce soit pour des actions et actes qui sont sans rapport avec aucune norme réglementaire ?

c) Il nous semble donc établi que la thèse finale de Georges Vedel sur le domaine d'application du régime administratif ne peut absolument pas se prévaloir d'une source et d'une valeur constitutionnelles. La règle de détermination de l'empire du régime administratif, qui délimiterait cet empire de celui des autres régimes d'acte étatique,

(45) On pourrait soutenir sans paradoxe que, si l'on appliquait aux Constitutions de 1946 et de 1875 les mêmes principes de logique juridique que Georges Vedel applique à celle de 1958, on devrait dire que, reconnaissant la compétence de droit commun, et même à peu près illimitée, pour l'édiction des règles de droit, au Parlement législateur, à la loi, elles faisaient donc du régime législatif le régime de droit commun, c'est-à-dire applicable sauf disposition contraire expresse à tout acte étatique. Ou, en tout cas, si l'on ne veut pas aller jusqu'à envisager cette thèse extrême, par trop déraisonnable, on devrait du moins dire que l'institution même du régime administratif et son application à certains actes étatiques, même ayant pour auteur le Gouvernement-Administration, aurait présenté sous ces régimes constitutionnels le caractère d'exceptions dérogatoires au principe général ; tout comme l'institution et l'application du régime juridictionnel aux jugements ou arrêts (v. *infra*, nos 39 et 40).

A la réflexion, on peut penser que le principe de l'erreur de Georges Vedel consiste à avoir admis en fait qu'une règle fixant les rapports ou certains rapports entre deux régimes de droit public pourrait fonder une règle fixant les rapports entre l'un de ces deux régimes et le régime de droit privé.

ne peut certainement pa
peuvent pas en être le f

37. — Au terme de c
firmer que la Constituti
faisaient ses devancières,
ment l'empire du « régim
n'a nullement réalisé la
croit déceler en ses flancs
ni eu l'idée qu'elle le fais
les constituants de 1958 l'
limitée, sans s'en douter
bien invraisemblable, on
produit aucun indice, ni
l'accréditer.

§ 2

38. — A propos de ce
du régime administratif —
d'administration —, nous
nous en tenions strictemen
dès le début de cette étud
y arrêter avec elle, car seu
du droit administratif ».

Il nous paraît malgré to
c'est-à-dire d'examiner la
blème en elle-même, enten

(46) Cette conclusion n'es
que les matériaux que Geor
que cette règle est bien celle
sitions, ni avec aucune autre d
vement et entièrement, notam
de la séparation des autorité
dans une très large mesure en
de droit administratif ou rég
donnée principalement par la
par quelques dispositions légi
— et pour cause, — aucun rap
d'ailleurs, la constatation que
des questions de compétence
pas, en fait, l'aveu du mal-fo

ne peut certainement pas être tirée des articles 37 — et — 34 ; ils ne peuvent pas en être le fondement, même de façon médiate (46).

37. — Au terme de cette discussion, il paraît donc permis de réaffirmer que la Constitution de 1958 n'apporte pas, non plus que ne le faisaient ses devancières, la règle qui définirait en fin de compte totalement l'empire du « régime administratif » sur les actes étatiques. Elle n'a nullement réalisé la révolution juridique totale que Georges Vedel croit déceler en ses flancs ; elle n'a jamais formé le projet de la réaliser, ni eu l'idée qu'elle le faisait. Ici encore, il faudrait donc supposer que les constituants de 1958 l'auraient fait, par une disposition en apparence limitée, sans s'en douter, sans s'en rendre compte. L'hypothèse est bien invraisemblable, on l'avouera. Et en vérité, en effet, l'auteur ne produit aucun indice, ni même aucun raisonnement susceptibles de l'accréditer.

§ 2. — *Sa totale irréalité.*

38. — A propos de ce second problème — le domaine d'application du régime administratif — comme à propos du premier — la notion d'administration —, nous pourrions et même nous devrions, si nous nous en tenions strictement à l'objectif limité que nous avons assigné dès le début de cette étude, en rester à la conclusion qui précède, nous y arrêter avec elle, car seule elle concerne les « bases constitutionnelles du droit administratif ».

Il nous paraît malgré tout préférable, de nouveau, de ne pas le faire, c'est-à-dire d'examiner la thèse de Georges Vedel sur ce second problème en elle-même, entendons : détachée désormais, pour ainsi dire,

(46) Cette conclusion n'est-elle pas vérifiée en fait par la constatation que les matériaux que Georges Vedel va utiliser par la suite pour établir que cette règle est bien celle du droit positif n'ont rien à voir avec ces dispositions, ni avec aucune autre de la Constitution de 1958 ? Ils sont tirés, exclusivement et entièrement, notamment ceux qui ont trait au fameux principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire — c'est-à-dire, dans une très large mesure en tout cas, de la réponse à l'alternative « régime de droit administratif ou régime de droit privé ? » — cette réponse étant donnée principalement par la jurisprudence, dans une bien moindre mesure par quelques dispositions législatives — qui n'ont ni les unes ni les autres, — et pour cause, — aucun rapport avec les articles 37 — et — 34. A elle seule d'ailleurs, la constatation que fait l'auteur de « l'importance et ... complexité des questions de compétence juridictionnelle » (D. A., 57) n'implique-t-elle pas, en fait, l'aveu du mal-fondé de sa thèse « constitutionnaliste » ?

du fondement constitutionnel qu'il croyait pouvoir lui attribuer (mais qui ne joue pratiquement plus aucun rôle dans la suite de ses développements) ; en d'autres termes, il s'agit d'examiner si elle offre une image fidèle et vraie du droit positif français actuel, tel qu'il pourrait résulter de ses sources législative, ou réglementaire, ou jurisprudentielle (la source constitutionnelle ayant été éliminée) (47).

En fait, nous devons même, nous pouvons limiter immédiatement la question à la seule source jurisprudentielle ; car il est bien certain qu'aucune disposition législative ou réglementaire ne pose la règle générale affirmée par Georges Vedel, et qu'elle ne résulte pas davantage de l'addition d'un certain nombre de dispositions particulières de ce type.

(47) Nous n'examinerons pas ici distinctement la première règle proposée par Georges Vedel, celle qui porte exclusivement sur les actes du Gouvernement-Administration, parce qu'elle ne constitue qu'une étape intermédiaire, une position provisoire (v. cependant n° 109 bis).

Nous dirons seulement que personnellement, nous aurions des doutes très profonds sur sa vérité ou validité, encore qu'elle ne soit certes pas manifestement déraisonnable.

Elle concerne : 1° les « actes de gouvernement » ; 2° la gestion privée.

1° En ce qui concerne les actes de gouvernement, il est incontestable qu'ils ne constituent, quantitativement, qu'un groupe très réduit, comparé à la masse des autres actes de source gouvernementale-administrative. Mais il faut rappeler *a*) que leur existence, leur détermination et leur régime sont, dans leur figure réelle, créations jurisprudentielles ; *b*) que selon l'opinion du Tribunal des Conflits et du Conseil d'État, ces actes ne sont pas (pour parler brièvement) des actes administratifs unilatéraux.

2° Pour les activités et les actes à régime de droit privé, la disproportion avec les activités et actes à régime de droit public n'est pas du tout flagrante ; ils constituent, ce n'est pas douteux, une masse considérable depuis au moins un quart de siècle. Et seul, à notre avis, un attachement dogmatique obstiné à des idées correspondant à des temps révolus, qui se manifeste dans une évaluation pseudo-quantitative extrêmement légère et superficielle de la situation présente, permet à la grande majorité des Traités d'aujourd'hui de continuer à présenter l'application du droit privé à certains secteurs et à certains actes de l'Administration comme une solution exceptionnelle et, pour tout dire, rationnellement critiquable, ou en tout cas peu justifiée, dès lors du moins qu'elle s'étend au secteur des services publics.

En fin de compte, la première règle vedélienne ne nous paraît nullement cadrer avec l'état réel du droit positif actuel, — qui est, pensons-nous, celui d'un dualisme de régime, paritaire au niveau des principes eux-mêmes.

Il n'est pas question de fonder cette règle sur une « base constitutionnelle » en vérité introuvable. Droit jurisprudentiel et droit législatif vus synthétiquement ne nous paraissent pas la justifier davantage.

Il s'agit donc
c'est-à-dire post

Ici encore, il fa

Il est tout-à-fa
telle par aucun a

dans leurs motifs

C'est-à-dire que
soumettre à exan

interprétative va

puisque visant c

étatiques, qui sera

principalement pa

(Car encore une

ou même ne donn

cipe général en ve

(il ne faut jamais d

à la position de Ge

des articles 37 — e

ont à faire (pour en

est un acte adm

expresse, renversa

pour sa catégorie).

39. — Est-ce d
que non.

Et en effet il est

vedélienne ne va

les plus importan

tivement — d'acte

à considérer comm

administrative de l

œuvres juridiques

peuple, et des juge

s'appellent Tribuna

rait-il bien venir sé

d'actes et de norm

l'auteur est, on l'a

puissance publique

l'on veut, de ne se

vérifié que, compré

ou quelque Code ou

Il s'agit donc uniquement de savoir si le droit jurisprudentiel actuel, c'est-à-dire postérieur à 1958, permet et justifie cette affirmation.

Ici encore, il faut bien préciser ce qui pourrait en fonder la vérité :

Il est tout-à-fait certain que la règle vedélienne n'est affirmée comme telle par aucun arrêt, ou mieux par aucun ensemble d'arrêts, — c'est dans leurs motifs qu'elle se trouverait alors.

C'est-à-dire que la seule hypothèse qu'il y ait lieu d'envisager et de soumettre à examen est celle que la règle représenterait une synthèse interprétative valable de tout un ensemble de règles particulières, puisque visant chacune seulement une catégorie déterminée d'actes étatiques, qui seraient posées ou consacrées par les juridictions suprêmes, principalement par le Tribunal des Conflits et le Conseil d'État.

(Car encore une fois, aucune de leurs décisions ne contient l'affirmation, ou même ne donne à entendre qu'il existerait en droit français un principe général en vertu duquel elles devraient aujourd'hui — depuis 1959 (il ne faut jamais oublier cette précision, donnée fondamentale inhérente à la position de Georges Vedel, qui se fonde en effet sur la « révolution » des articles 37 — et — 34) — admettre que tout acte étatique auquel elles ont à faire (pour employer une formule neutre et extensive au maximum) est un acte administratif, à moins qu'une disposition particulière expresse, renversant le principe, ne statue formellement le contraire pour sa catégorie).

39. — Est-ce donc bien le cas ? Il nous paraît tout à fait évident que non.

Et en effet il est d'entrée clair et certain que le principe de la norme vedélienne ne va comporter aucune application aux deux catégories les plus importantes — qualitativement plus encore que quantitativement — d'actes ayant pour auteurs des organes que nul ne songe à considérer comme faisant partie de la branche gouvernementale-administrative de l'appareil étatique : il s'agit naturellement des lois, œuvres juridiques du Parlement ... ou, très exceptionnellement, du peuple, et des jugements ou arrêts, œuvres des juridictions, — qu'elles s'appellent Tribunal, Cour, Conseil ou de tout autre nom. A qui pourrait-il bien venir sérieusement à l'esprit, d'attirer ces deux catégories d'actes et de normes — qui cependant portent éminemment (comme l'auteur est, on l'a dit, le premier à le rappeler) la marque de la puissance publique — de les attirer au régime administratif, ou, si l'on veut, de ne se résoudre à les y soustraire que parce qu'il aurait vérifié que, compréhensible ou étonnant, la Constitution elle-même, ou quelque Code ou quelque loi hors Code prévoient pour eux un autre

régime ? On peut donc affirmer d'emblée que, si le principe vedélien devait jamais trouver application pour des actes normateurs émanant d'organes non-administratifs, autrement dit si l'universalisation tirée de la seconde extrapolation effectuée par l'auteur devait bénéficier au régime administratif, ce ne serait que dans de très rares hypothèses, dans une très faible mesure, pour des actes finalement de bien peu d'importance, au moins quantitative. On verra en effet par la suite, lorsqu'on la considérera sous un autre aspect — qui nous paraît correspondre à sa visée réelle (cf. *infra*, nos 44 et s.) — que cette universalisation se laisserait comparer à un marteau-pilon qui serait construit pour écraser une épingle — on veut dire qu'il s'agit d'une formule qui ne pourrait servir à résoudre qu'un tout petit nombre de problèmes d'espèce mineurs. La nullité ou, dans l'hypothèse la plus favorable pour elle, la quasi-nullité par insignifiance du soi-disant principe de la vocation du régime administratif à l'empire sur tous les actes étatiques, donc sur les actes de tous les organes étatiques sans distinction, suffisent à montrer que ce principe ne correspond nullement au droit public français et ne peut du tout s'en prévaloir.

Comment peut-on envisager un instant que la soumission des lois au « régime législatif » et la soumission des jugements et arrêts au « régime juridictionnel » constitueraient des dérogations à un principe tout à fait général qui les aurait assignés, parce qu'actes étatiques, au « régime administratif », qui donc les aurait voulus actes administratifs — selon le concept vedélien ? En d'autres termes : l'existence même, l'existence juridique d'actes législatifs et d'actes juridictionnels — nombre de grands juristes diraient volontiers : l'existence d'une fonction législative et d'une fonction juridictionnelle — représenteraient des solutions d'exception, seule étant véritablement, pleinement normale, puisque conforme au principe premier, l'existence d'actes administratifs, la reconnaissance de la fonction administrative ? Et cette idée devrait naturellement se transposer des actes ou des fonctions aux organes ou « pouvoirs » au sens institutionnel, ce qui, on en conviendra, la rendrait — si cela se pouvait — bien plus extraordinaire encore (48).

(48) On peut même noter que cette thèse implique de nécessité logique l'idée que le droit constitutionnel, en tant qu'il concerne le Parlement et le pouvoir de législation (dont il est l'organe normal), ainsi que le droit des juridictions et des pouvoirs de juridiction également seraient des droits de dérogation au sein du droit public — leur genre commun —, le droit administratif étant le seul « droit de principe » pour les organes et les actes étatiques.

Faut-il dire que que dans l'État e catégories d'actes male et de plein dr égales ; aucune d' « pan-administrativisme » — même de nous paraît donc au française, ni plus n tution de la Ve Ré système de ses dev appelle la division ou Comment pourrait- baguette magique quinze ans, l'existen compétence et des a ment devenus excep

On ne saurait donc jurisprudentielles — non plus que dans la moindre trace, le vedélien touchant le ou, plus largement des grandes catégories principe pour devoir totalement, en tout gations » qu'il doit q

40. — Finalement, non-constitutionnel po que le droit constitu Georges Vedel impute est immédiat et flagran d'actes étatiques, l'un droit commun », c'est universel et sans limite tion ; cela ne correspo public français : c'est méconnaissable. Ce dro tous également partici groupe d'actes » — et

Faut-il dire que ces idées sont tout le contraire de la vérité juridique, que dans l'État et selon le droit public français l'existence des trois catégories d'actes et des trois catégories d'organes est également normale et de plein droit : en ce sens, les trois catégories sont parfaitement égales ; aucune d'elles n'a un titre supérieur à celui des autres. Le « pan-administrativisme » ou, si l'on préfère : le « mono-administrativisme » — même de principe seulement — enseigné par Georges Vedel nous paraît donc aux antipodes des conceptions de l'actuelle Constitution française, ni plus ni moins que de celles qui l'ont précédée ; la Constitution de la V^e République n'a à cet égard nullement rompu avec le système de ses devancières ; comme elles, elle se fonde sur ce qu'on appelle la division ou même la séparation des pouvoirs, des trois pouvoirs. Comment pourrait-on envisager d'admettre l'idée que, par le coup de baguette magique d'involontaires apprentis sorciers, voici quelque quinze ans, l'existence même du Parlement et des juridictions, de la compétence et des actes législatifs et juridictionnels seraient brusquement devenus exception et anomalie ?

On ne saurait donc être surpris que l'on ne trouve pas dans les sources jurisprudentielles — celles qui relèvent du droit postérieur à 1958 —, non plus que dans aucune autre source de règles de droit français, la moindre trace, le moindre reflet de l'ultime et suprême principe vedélien touchant le domaine d'application du régime administratif, ou, plus largement encore, la détermination du régime de chacune des grandes catégories d'actes étatiques. Que signifie d'affirmer un tel principe pour devoir aussitôt constater qu'il est annulé, peut-être totalement, en tout cas presque totalement, par les énormes « dérogations » qu'il doit quand même réserver, aussitôt que posé ?

40. — Finalement, il apparaît bien que le droit public français non-constitutionnel postérieur à 1958 ne peut pas supporter davantage que le droit constitutionnel de 1958 les règles ou les positions que Georges Vedel impute à celui-ci. C'est pur arbitraire — tant le démenti est immédiat et flagrant — que de décréter que, des trois grands régimes d'actes étatiques, l'un — qui serait le régime administratif — est « de droit commun », c'est-à-dire a une vocation de principe à l'empire universel et sans limites, les deux autres étant dérogatoires ou d'exception ; cela ne correspond absolument pas à la figure réelle du droit public français : c'est au contraire une déformation qui la rendrait méconnaissable. Ce droit public ne connaît en vérité que des régimes tous également particuliers, c'est-à-dire institués chacun pour « son groupe d'actes » — et de normes issues de ces actes —, également

normaux pour ce groupe et pour lui seul, aucun n'ayant priorité ou supériorité (49).

Il nous semble donc tout-à-fait impossible d'accepter la règle par laquelle Georges Vedel propose de définir le domaine d'application du régime administratif, donc, selon ses idées, l'extension de l'activité administration et par conséquent de la catégorie actes d'administration, selon le droit français actuel. En réalité, ce domaine, cette extension ne dépasse pas plus après 1958 qu'avant, sauf une exception tout-à-fait mineure (Ordonnance du 17 novembre 1958), la sphère de l'action du Gouvernement-Administration, — ils sont même fort loin de couvrir celle-ci tout entière, si, avec l'auteur, on en exclut la gestion privée. Telle est la situation qui résulte bien évidemment de l'addition des dérogations à son principe que bien entendu l'auteur enregistre, mais dont il ne paraît pas sentir et mesurer la portée annihilante pour celui-ci.

La jurisprudence ni aucune source du droit français ne révèlent en aucune façon l'avènement d'un principe « pan-administrativiste » en 1958.

41. — Avec sa seconde extrapolation, Georges Vedel s'est engagé dans une voie qui semble si aventurée et aventureuse que l'on est tout naturellement porté à se demander quelles causes ont pu l'y induire. Nous croyons en apercevoir deux :

1^o La première est que l'auteur n'a pas résisté à la dangereuse tentation de transformer en norme juridique ce qui ne pourrait être considéré au mieux que comme une donnée de fait, bien que liée à des données de droit ; à savoir que, du fait de l'article 37, non pas isolé, mais s'ajoutant à des règles de compétence généralement beaucoup plus anciennes, la masse des actes administratifs — en tout cas selon une qualification organique, peut-être également (bien qu'à notre avis cela ne soit, nous l'avons dit, pour le moins pas du tout démontré) (v. *supra*, nos 29 et 38, n. 47) selon « la qualification de régime » — serait devenue depuis 1958 (mais peut-être l'est-elle devenue simplement davantage encore que dans une période s'ouvrant au moins une quinzaine d'années plus tôt) le groupe d'actes étatiques le plus nombreux, et cela de beaucoup, que la masse restante, formée essentiellement (on l'a déjà noté) par l'addition des

(49) Nous nous référons ici, pour la commodité des explications, à la *summa divisio* traditionnelle des trois fonctions étatiques — législation, administration, juridiction —, tout en notant qu'elle répond à des perspectives et à des préoccupations tout autres que celles qui commandent en réalité le système vedélien.

actes de législa
diction. Conséq
l' « État libéral
appelé l'avèneme
rable des activit
adjectif) et du d
des dimensions é
représenter au m
tant au plan de l
ments publics et
cependant releve
beaucoup moins C
puisqu'il met hors
industrielles et co
comme on l'a noté
de l'Administration
le moins le domain

Par ailleurs, il e
cles 37 — et — 34,
de règles de droit
d'actes et de nor

Par suite, la qua
ou d'espèce, et d'ac
ou exécution de rè
principalement : de
considérablement, c
aux actes d'exécutio

Et il dépend du C
sens d'une augmenta
— les règlements au
d'action bénéficient,
aussi bien, d'une fa
ou à d'autres autori

Mais, en disant ces
car il va de soi que
source donnée est éter

se rattachant aux rè
Dans toute la mes
bases juridiques génér
d'abord de lui-même
de lui que s'accroiss

seul, aucun n'ayant priorité ou impossible d'accepter la règle par finir le domaine d'application du s idées, l'extension de l'activité a catégorie actes d'administration, lité, ce domaine, cette extension ant, sauf une exception tout-à-fait e 1958), la sphère de l'action du sont même fort loin de couvrir , on en exclut la gestion privée. n évidemment de l'addition des entendu l'auteur enregistre, mais la portée annihilante pour celui-ci. e du droit français ne révèlent principe « pan-administrativiste »

tion, Georges Vedel s'est engagé e et aventureuse que l'on est tout quelles causes ont pu l'y induire.

a pas résisté à la dangereuse ten- que ce qui ne pourrait être consi- de fait, bien que liée à des données icle 37, non pas isolé, mais s'ajou- alement beaucoup plus anciennes, n tout cas selon une qualification qu'à notre avis cela ne soit, nous démontré) (v. *supra*, nos 29 et 38, e » — serait devenue depuis 1958 ement davantage encore que dans nzaïne d'années plus tôt) le groupe t cela de beaucoup, que la masse l'a déjà noté) par l'addition des

commodité des explications, à la fonctions étatiques — législation, ant qu'elle répond à des perspectives e celles qui commandent en réalité

actes de législation ordinaire et des actes incontestablement de juri- diction. Conséquence qui serait parfaitement normale de la fin de l' « État libéral », c'est-à-dire, positivement, de ce que certains ont appelé l'avènement de l' « État administratif », de l'extension considé- rable des activités administratives (au sens le plus commun de cet adjectif) et du développement considérable de l'appareil administratif, des dimensions énormes qu'il a prises, surtout si l'on veut bien se le représenter au niveau tant de l'État que des collectivités locales, et tant au plan de l' « Administration générale » qu'à celui des établisse- ments publics et autres personnes morales « spéciales ». (On pourra cependant relever que logiquement, ces faits devraient impressionner beaucoup moins Georges Vedel que la généralité des administrativistes, puisqu'il met hors de l'administration en tout cas ces activités publiques industrielles et commerciales, — et peut-être donc (ce serait du moins, comme on l'a noté (*supra*, n° 26) la position la plus rationnelle) hors de l'Administration, les organes de ces activités qui constituent à tout le moins le domaine principal — et de loin — de ces transformations).

Par ailleurs, il est bien clair et certain que, toujours du fait des arti- cles 37 — et — 34, le nombre des actes d'édiction de règles et le nombre de règles de droit régies par le droit administratif — parce qu'il s'agit d'actes et de normes réglementaires — est considérablement accru.

Par suite, la quantité d'actes normateurs particuliers : individuels, ou d'espèce, et d'actes matériels ... constituant des actes d'application ou exécution de règles administratives — et d'abord et sans doute principalement : de dispositions de règlements décrets —, augmente considérablement, qu'on la considère en elle-même ou par rapport aux actes d'exécution de règles législatives, de lois.

Et il dépend du Gouvernement d'en faire varier le volume, dans le sens d'une augmentation, en multipliant — dans le respect de l'article 34 — les règlements autonomes qu'il édicte (Il se peut que ces facultés d'action bénéficient, non pas toujours ou seulement à lui-même, mais aussi bien, d'une façon ou d'une autre, à tels ou tels de ses agents, ou à d'autres autorités administratives).

Mais, en disant ces choses, on est tout proche d'un simple truisme : car il va de soi que plus le domaine de réglementation ouvert à une source donnée est étendu, plus la masse des actes d'exécution-application se rattachant aux règles de cette source sera considérable.

Dans toute la mesure où le Gouvernement peut créer lui-même les bases juridiques générales d'actions nouvelles de l'Administration — et d'abord de lui-même —, il en résulte bien évidemment qu'il dépend de lui que s'accroisse le nombre d'actions d'exécution-application

émanant de lui et de l'Administration qui sont exécution-application de normes réglementaires.

C'est donc aussi, virtuellement, mais, pour sûr en fait, actuellement aussi, l'augmentation de la part d'exécution de règlements, en premier lieu de décrets réglementaires autonomes, par rapport à celle de l'action d'exécution de lois, qui a été accrue en 1958 ; autrement dit, les deux bases possibles de l'action exécutive voient bien modifier leur importance quantitative respective et relative ; mais non, mais nullement la compétence exécutive du Gouvernement-Administration par rapport à celle d'autorités non-administratives, donc ni par rapport à celle du Parlement ni par rapport à celle des juridictions de l'un ou de l'autre ordre.

Et encore une fois — on a presque scrupule à écrire une telle banalité —, l'action d'exécution des lois est action gouvernementale-administrative (dans une mesure que nous n'avons pas à préciser, mais que les articles 37 — et — 34 n'ont en rien modifiée) aussi bien que l'action d'exécution des règlements administratifs de tout genre.

Ainsi donc, c'est simplement à l'extension de l'action tendant à l'exécution de dispositions de règlements que l'article 37 ouvre la voie, mais cette extension n'ampute en rien, sur le plan des « actions particulières », soit juridiques, soit purement matérielles, le pouvoir du Parlement, qui est législateur, et non organe d'exécution. L'action exécutive était avant 1958 action gouvernementale-administrative, — quand elle n'était pas action juridictionnelle ; elle le reste après 1958. Autrement dit, cela ne modifie en rien la compétence du Parlement, qui ne peut être ici mise en parallèle qu'avec le seul pouvoir réglementaire du Gouvernement, non avec ses autres pouvoirs.

Voilà donc la seule chose que l'on puisse inférer des articles 37 — et — 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 ; c'est cette donnée de fait, importante certes, mais aussi modeste ou limitée qu'immédiate, que depuis lors l'action des organes administratifs — et par conséquent celle des juridictions administratives, mais aussi celle des juridictions judiciaires — en tant qu'elles ont à connaître de « procès administratifs » (d'ordre pénal ou d'ordre « civil ») — s'exerceraient aujourd'hui et demain dans une large mesure sur la base immédiate de droit réglementaire autonome et gouvernemental. Strictement, on devrait même s'en tenir — sur le terrain du droit — à affirmer que c'est une possibilité incluse dans les dispositions en question, envisagées d'un point de vue formel. Car seule en effet une revue — très difficile à mener à bien — de l'état effectif du droit pour l'Administration permettrait de vérifier si ou dans quelle mesure cette virtualité est réalité.

Ajoutons qu'au-d
« tirer » des articles
l'indépendance d'act
au Parlement : c'es
eration officielle d'u
ce Gouvernement,
l'angle qu'il est plus
du domaine matière
employée par les aut
ment juridique.

Enfin et surtout,
concernant le pouvoi
conséquence relative
tion, — ni de soi, ni e

Non plus que comp
ou normes générales
« régime législatif » a
législatives, pas d'ava
de soi ni en fait, app
d'application-exécution
relevé, c'est cependant
mais que supposerait t
soit soutenue) pour le p
de l'article 37 quant à

Enfinement, la const
données d'ordre essent
à poser un principe non
miner l'empire d'un rég
activités et actes de
rapport à celui d'autre
point cet appareil, mais
(Elle n'aurait pas non
dérivation plus directe e
de compétence des auto
d'attributions exception
n'y a pas lieu de mentio
tant que gouvernement

Donc, il importe de l
une chose de constater
l'État — et donc de la so
administratifs, et même —

tion qui sont exécution-application

mais, pour sûr en fait, actuellement exécution de règlements, en premier termes, par rapport à celle de l'action en 1958 ; autrement dit, les deux ne voient bien modifier leur importance relative ; mais non, mais nullement Gouvernement-Administration par rapport aux autres, donc ni par rapport à celle des juridictions de l'un ou de l'autre

avec scrupule à écrire une telle banalité d'action gouvernementale-administrative, nous n'avons pas à préciser, mais que les choses (non modifiée) aussi bien que l'action administratives de tout genre.

L'extension de l'action tendant à ce que l'article 37 ouvre la voie, en fait, sur le plan des « actions partiellement matérielles, le pouvoir du pouvoir non organe d'exécution. L'action gouvernementale-administrative, — exceptionnelle ; elle le reste après 1958. Rien la compétence du Parlement, mais qu'avec le seul pouvoir réglementaire et les autres pouvoirs.

On ne peut pas inférer des articles 37 — et — 34 ; c'est cette donnée de fait, importante limitée qu'immédiate, que depuis les faits — et par conséquent celle des faits aussi celle des juridictions judiciaires et des « procès administratifs » (d'ordre administratif) exerceraient aujourd'hui et demain l'immédiate de droit réglementaire. En fait, on devrait même s'en tenir à ce que c'est une possibilité incluse envisagée d'un point de vue formel. Difficile à mener à bien — de l'état actuel permettrait de vérifier si ou non est réalité.

Ajoutons qu'au-delà de leur matière même, ce qu'il faut assurément « tirer » des articles 34 — et — 37, c'est l'accroissement considérable de l'indépendance d'action du Gouvernement, absolument et par rapport au Parlement : c'est le résultat politico-constitutionnel de la consécration officielle d'un pouvoir réglementaire autonome très étendu de ce Gouvernement, le plus intéressant et important à relever ; c'est l'angle qu'il est plus important d'adopter que même celui de l'extension du domaine matériel du règlement, selon la formule si fréquemment employée par les auteurs et qui correspond à leur point de vue, strictement juridique.

Enfin et surtout, répétons-le, cette révolutionnaire modification concernant le pouvoir réglementaire gouvernemental n'entraîne aucune conséquence relative au régime juridique des actes d'exécution-application, — ni de soi, ni en fait.

Non plus que compétence législative pour l'édition de dispositions ou normes générales n'a jamais signifié et entraîné application du « régime législatif » aux actions d'application-exécution de ces règles législatives, pas davantage compétence réglementaire ne signifie ni de soi ni en fait, application du « régime administratif » aux actions d'application-exécution des normes réglementaires. Comme on l'a déjà relevé, c'est cependant l'idée contraire qu'expose, pour le second cas, mais que supposerait tout de même (en fait, il n'est pas question qu'elle soit soutenue) pour le premier cas la thèse vedélienne sur les implications de l'article 37 quant à l'empire du régime administratif.

Finalement, la constatation de cet ensemble de transformations et données d'ordre essentiellement quantitatif n'autorisait point du tout à poser un principe normatif, une règle de droit qui prétendît à déterminer l'empire d'un régime — de l'un des régimes — applicables aux activités et actes de l'appareil Gouvernement-Administration par rapport à celui d'autres régimes, surtout de ceux qui ne concernent point cet appareil, mais d'autres éléments de l'appareil étatique total. (Elle n'aurait pas non plus autorisé — ce qui eût été cependant une dérivation plus directe et moins anormale — à poser un principe général de compétence des autorités et agents administratifs, sous la réserve d'attributions exceptionnelles de compétence aux juridictions, — il n'y a pas lieu de mentionner ici le Parlement, ni le Gouvernement en tant que gouvernement).

Donc, il importe de l'affirmer nettement et catégoriquement, c'est une chose de constater qu'en fait, à un moment donné de la vie de l'État — et donc de la société —, la masse des actes faits par les agents administratifs, et même — pourquoi pas ? — celle de ces actes soumis au

régime administratif — (c'est-à-dire alors la masse des « actes administratifs » — en un sens technique et qui correspond aux idées de Georges Vedel) — constitue un ensemble infiniment plus important que celle de la totalité des autres types d'actes étatiques ; c'est une tout autre chose que d'affirmer un principe de droit général de soumission des actes étatiques au « régime administratif », voire également un principe de compétence de l'Administration pour toutes les activités étatiques (v. *infra*, n° 42).

Aucune autorité normatrice ni officielle ni officieuse n'a jamais — depuis 1958 — posé une telle règle. Elle ne se dégage non plus d'aucun ensemble de faits.

42. — 2° Mais on touche là à la seconde source discernable ou soupçonnable du paralogisme où Georges Vedel est, nous semble-t-il, tombé.

Il apparaît à plusieurs reprises qu'il a dangereusement soit identifié soit tout au moins solidarisé règles d'attribution de compétence à des organes donnés et règles de régime juridique des actes (cette dernière notion envisagée dans la perspective du problème qui le préoccupait essentiellement), — alors qu'il s'agit là de deux types et catégories de règles foncièrement hétérogènes et mutuellement indépendantes, au regard de l'analyse juridique.

Comme on l'a vu (*supra*, nos 15 et s.), c'est de la règle qui élargit considérablement le domaine du pouvoir réglementaire décréteil et par suite — pense l'auteur — la sphère d'action de l'Administration, en sa totalité, qu'il conclut à l'irrésistible ascension du régime administratif au rang de régime de droit commun de l'action étatique tout entière. Et l'on peut subodorer dans ses explications l'idée que le Gouvernement-Administration aurait, par ricochet de l'article 37, compétence pour faire tous les actes, pour assurer toutes les actions qui ne seraient pas réservées par quelque disposition formelle à un organe ou à un appareil d'organes essentiellement non-administratifs.

Même si l'on croyait devoir accepter cette thèse sur cette plénitude de principe de la compétence administrative, en entendant par là : de la compétence de l'appareil Gouvernement-Administration, cela ne signifierait du tout la vérité de la thèse sur l'empire du régime administratif, sur sa vocation universelle ou totale (v. l'argumentation exposée *supra*, n° 35 bis).

Il est donc difficile de se défendre de l'impression que Georges Vedel s'est mal gardé du danger de ne pas distinguer et isoler soigneusement ces deux thèses : 1° la compétence de l'Administration est de droit

commun, c'est-à-dire actions admises
2° de droit commun administratif, lequel est le régime de l'acte de cette solidarité. La loi de 1958 a institué le régime de droit commun au profit de l'Administration (D. A. 1958, 100).

Telle est la thèse du régime à une règle l'a liée bien à tout grossier vers sa

La première thèse des règles de droit —

43. — Mais rien de plus que men critique des l'empire ou « do

Cette règle selon le régime administratif, ou droit administratif, ou droit administratif, ou droit administratif — et si nous semble aussi celui d'hier ou d'

Elle l'est d'abord l'attribue, de la m

Mais elle ne prétend l'extraire en fait surtout, c

Elle détruit ell

(50) Le libellé des suivantes :

1° L'expression « venue, dès lors que du régime administratif manière de contre-autres.

2° En parlant de l'activité administrative a « exercice de l'acte régime administratif stade c'est l'ensem

ors la masse des « actes administra-
spond aux idées de Georges Vedel)
plus important que celle de la
ques ; c'est une tout autre chose
général de soumission des actes
voire également un principe de
r toutes les activités étatiques

fficieuse ni officieuse n'a jamais
Elle ne se dégage non plus d'aucun

seconde source discernable ou
rges Vedel est, nous semble-t-il,

l a dangereusement soit identifié
attribution de compétence à des
ridique des actes (cette dernière
du problème qui le préoccupait
là de deux types et catégories
et mutuellement indépendantes,

s.), c'est de la règle qui élargit
oir réglementaire décréto et par
action de l'Administration, en sa
scension du régime administratif
de l'action étatique tout entière.
ications l'idée que le Gouverne-
chet de l'article 37, compétence
toutes les actions qui ne seraient
formelle à un organe ou à un
n-administratifs.

r cette thèse sur cette plénitude
strative, en entendant par là :
rnement-Administration, cela ne
ur l'empire du régime administra-
ale (v. l'argumentation exposée

e l'impression que Georges Vedel
istinguer et isoler soigneusement
le l'Administration est de droit

commun, c'est-à-dire s'étend en principe à toutes les activités ou actions admises dans le cadre des principes du droit public français ; 2^o de droit commun, l'action de l'Administration obéit au régime administratif, lequel devient ainsi régime de droit commun, puisqu'il est le régime de l'activité de droit commun. On ne veut pour témoignage de cette solidarisation que cette proposition déjà citée : « la Constitution de 1958 a institué *tout à la fois une compétence et un régime de droit commun* au profit du Gouvernement dans l'exercice de l'activité administrative » (D. A., 46^a) (50).

Telle est la substitution, capitale mais illégitime, d'une règle de régime à une règle de compétence purement organique à laquelle il l'a liée bien à tort qui a, semble-t-il, permis à Georges Vedel de progresser vers sa très critiquable conclusion.

La première thèse — extension abusive au-delà du pouvoir d'édiction des règles de droit — n'est pas admissible ; la seconde ne l'est pas davantage.

43. — Mais revenons aux conclusions qu'appelle à notre avis l'examen critique des thèses vedéliennes sur la règle déterminatrice de l'empire ou « domaine d'application » du régime administratif.

Cette règle selon laquelle, d'après Georges Vedel, le régime administratif, ou droit administratif autonome, régirait en principe toutes les activités — et situations — étatiques (au sens large de : publiques) nous semble aussi absolument étrangère au droit français actuel qu'à celui d'hier ou d'avant-hier.

Elle l'est d'abord au droit constitutionnel de 1958 auquel l'auteur l'attribue, de la mise en vigueur duquel il la faite donc naître et la date.

Mais elle ne l'est pas moins aux autres droits d'où l'on pourrait prétendre l'extraire comme synthèse : droit législatif ordinaire, et, en fait surtout, droit jurisprudentiel.

Elle détruit elle-même son principe par les prétendues exceptions

(50) Le libellé même de cette proposition appelle les deux observations suivantes :

1^o L'expression « au profit du Gouvernement » ne paraît plus très bien venue, dès lors que l'on admet que deux sur quatre des « principes essentiels » du régime administratif instituent des « sujétions » pour l'Administration, manière de contre-partie des « prérogatives » que lui confèreraient les deux autres.

2^o En parlant d'un « ... régime de droit commun ... dans l'exercice de l'activité administrative », Georges Vedel paraît oublier que, selon lui, il n'y a « exercice de l'activité administrative » que dans les activités soumises au régime administratif seules. Et d'autre part, il paraît oublier aussi qu'à ce stade c'est l'ensemble de l'activité publique qui le préoccupe.

qu'elle y reconnaît sans hésitation ni réserves et qui en sont en réalité l'annihilation ou totale ou, en tout cas, presque totale.

Le droit administratif « autonome » gouverne la puissance publique, l'État tout entier et toutes ses activités et ses actes (laissons de côté, ici, les autres personnes morales publiques) ? Oui, ... sauf le Parlement et la législation, sauf les juridictions et leurs jugements et arrêts. Quel morceau ! Une fois enlevé, il ne reste peut-être rien, à coup sûr à peu près rien pour ce droit administratif en dehors des actes du Gouvernement-Administration (cf. *infra*, n° 48).

Et, si l'on fait retour à la règle provisoire et partielle, *a priori* plus raisonnable, on voit — tout le monde l'admet — que ce Gouvernement-Administration et son action eux-mêmes ne sont qu'en partie, peut-être est-ce pour moitié seulement ou même moins, régis par ce « droit administratif » !

Voilà ce qu'il en est de l'empire universel ou total — même de principe seulement — sur le monde étatique attribué à une branche du droit public — qui ne l'a jamais prétendu.

On peut bien dire qu'il paraît bien ne rien rester en fin de compte du « pan-administrativisme » conquérant et superbe que Georges Vedel a cru pouvoir déceler dans le droit positif actuel.

La seconde « base » assignée par Georges Vedel au Droit administratif nous semble n'exister absolument pas, ni comme « base constitutionnelle », ni comme base « infra-constitutionnelle ». Nous pensons que la thèse heurte à la fois les faits et les principes.

§ 3. — *La présomption d'administrativité : une fausse théorie.*

44. — Nous avons, dans les développements précédents, traité de la règle vedélienne comme si elle prétendait simplement à apporter une connaissance théorique du droit positif français sur le problème de la détermination du domaine d'application du régime administratif, en soi et par rapport à ceux des autres régimes d'acte étatique.

Mais ce n'est là à tout le moins pas l'entier de son personnage ; elle a en tout cas également un autre visage ; elle est conçue par son auteur en tout cas aussi — personnellement, nous penserions : avant tout, voire même exclusivement, mais peu importe — comme une manière de direction-recette pratique visant à donner aux juges principalement, accessoirement sans doute aux autres praticiens du droit (51) une

(51) Il faut en effet observer (encore que trop de juristes omettent de penser à cette donnée pourtant première et capitale, obnubilés par leur

méthode, au
où il leur fa
ils doivent c
ont à faire,
tratif, régim
privée. (Il es
tence juridi
même juge
régimes, —
termes, qui
pratique une
mination de
— plus spéc
tratif ou aut
actes.

Que ce soi
nous paraît s
exprimer sa
nologie de la
de très près
laquelle on s
théorique et
jusqu'à prése
tieuse que de

45. — Le
administrativ
est *présumé*
caractère aut
genre « ... la

prédilection po
comme au mo
tout les seules
même « simple
que ces juges
ceux-ci sur co
« autorité » pré
maître de la sc
le faire suivan
serait valable
ciables.

serve et qui en sont en réalité presque totale. gouverne la puissance publique, et ses actes (laissons de côté, les) ? Oui, ... sauf le Parlement et ses jugements et arrêts. Quel autre, peut-être rien, à coup sûr à peu près en dehors des actes du Gouver-

voire et partielle, *a priori* plus limité — que ce Gouvernement — ne sont qu'en partie, peut-être moins, régis par ce « droit

sel ou total — même de principe attribué à une branche du droit.

rien rester en fin de compte et superbe que Georges Vedel et son droit actuel.

Georges Vedel au Droit administratif est considéré comme « base constitutionnelle ». Nous pensons que ces principes.

activité : une fausse théorie.

arguments précédents, traité de droit administratif français sur le problème de la détermination du régime administratif, des régimes d'acte étatique.

partiel de son personnage ; elle est conçue par son auteur et nous penserions : avant tout, elle porte — comme une manière de parler aux juges principalement, aux praticiens du droit (51) une

trop de juristes omettent de la capitale, obnubilés par leur

méthode, aussi simple que sûre, pour reconnaître, dans les hypothèses où il leur faut prendre parti sur ce problème, quel régime juridique ils doivent considérer comme applicable à un acte étatique auquel ils ont à faire, — régime législatif, régime juridictionnel, régime administratif, régime d'acte de gouvernement ou enfin régime de gestion privée. (Il est possible que la décision sur ce point détermine la compétence juridictionnelle ; mais il est tout aussi possible que non, si un même juge a compétence pour appliquer deux ou plusieurs de ces régimes, — ceci n'est pas une hypothèse imaginaire) ; en d'autres termes, qui correspondent au système d'idées de l'auteur, on offre à la pratique une méthode de qualification des actes étatiques, de détermination de l'espèce de ce genre où, selon le droit, ils doivent rentrer, — plus spécialement une méthode de décision du caractère administratif ou autre, c'est-à-dire non-administratif, — de tel ou tel de ces actes.

Que ce soit bien là l'objectif que l'auteur poursuit principalement nous paraît se révéler très clairement dans l'utilisation qu'il fait, pour exprimer sa thèse, et la portée de la règle finale qu'il pose, de la terminologie de la présomption, — terminologie qui est certes apparentée de très près à celle du « droit commun » et de la « dérogation », (à laquelle on s'était référé dans la perspective d'un caractère purement théorique et désintéressé de la conception que l'on avait seule retenue jusqu'à présent) —, mais d'allure beaucoup plus nettement contentieuse que de « fond du droit ».

45. — Le caractère de droit commun des activités, ou : de l'activité, administratives signifierait, dit en effet l'auteur, que tout acte étatique est *présumé* administratif — sauf et jusqu'à preuve contraire de son caractère autre, de son appartenance à une des autres espèces du genre « ... la Constitution de 1958 aboutit à *faire présumer le caractère*

prédilection pour saisir les phénomènes juridiques seulement au plan et donc comme au moment du contentieux) que naturellement les juges ne sont du tout les seules personnes intéressées à la question : agents administratifs et même « simples particuliers » ont éventuellement à résoudre le même problème que ces juges ; et s'ils le doivent faire avant l'éventuelle intervention de ceux-ci sur contentieux, ils le font certes à leurs risques et périls, avec une « autorité » précaire, car c'est, en dernière analyse, le juge que le droit constitue maître de la solution ; mais, on aura à y revenir (cf. *infra*, n° 51), ils devront le faire suivant la même méthode ; autrement dit, en bref, la méthode qui serait valable pour les juges le serait également pour leurs éventuels justiciables.

administratif (52) de toute activité publique, présomption qui ne tombe que devant la preuve qu'un autre régime (législatif, juridictionnel, etc.) est applicable à l'activité considérée » (46) — et cette preuve ne pourra résulter que de la production ou de l'invocation d'une règle de droit expresse et formelle, d'une « clause dérogatoire » dit l'auteur (53). Et tout d'abord, naturellement, alors que « l'action gouvernementale (cet adjectif étant pris dans son sens organique) est présumée administrative » (45), au contraire (45), le « caractère juridictionnel (d'un acte) ne se présume pas » ; pas davantage « l'activité diplomatique », — ni le caractère d'acte législatif (ceci va de soi) (D. A., 45), — ni celui d'acte de gestion privée (v. cependant *infra*, n° 49 *in fine*).

En somme, l'on vient tenir aux juges — à eux essentiellement, puisqu'ils décident en dernier ressort — le langage suivant : tout acte étatique auquel vous avez affaire, vous devez commencer par présumer — c'est-à-dire vous devez *a priori* admettre — qu'il est acte administratif, c'est-à-dire acte à traiter selon les règles du droit administratif autonome, puisque la Constitution de 1958 aboutit à faire de ce droit le régime de droit commun des actes étatiques, autrement dit à y soumettre en principe tous ces actes sans distinction, c'est-à-dire à faire d'eux tous, en principe, des actes administratifs. Toutefois, ce n'est certes pas là un principe absolu et sans exceptions. Autrement dit, il n'est pas douteux que ladite Constitution institue ou prévoit — nous ajouterons, pour la raison que l'on indiquera ultérieurement (v. *infra*, n° 46) : ou admet — que certaines catégories d'actes étatiques seront, par exception ou dérogation au principe général, soumises à un régime autre que le régime administratif, — régime législatif, régime juridictionnel, etc. Il existe donc des dispositions dérogatoires au droit commun et à son principe. En conséquence, vous devez, avant de vous décider à vous en tenir purement et simplement à l'application de la « présomption d'administrativité », vérifier si l'acte dont vous vous occupez ne tomberait pas sous l'application de l'une de ces « clauses dérogatoires » et donc s'il n'échapperait à la règle de droit commun ; vous devez vous assurer qu'il n'est pas, selon le droit, par exemple

(52) Italiques du texte.

(53) Georges Vedel s'exprime parfois comme s'il pensait que cette présomption donnerait une véritable définition de l'administration : « ainsi, l'administration ne serait rien d'autre que l'action étatique de droit commun » (44) ; en vérité cependant, ce que cette formule pourrait indiquer, ce n'est absolument pas l'essence de ce qu'on nomme administration ; c'est seulement une qualité, un attribut de cette administration — qu'il faut supposer — l'administration — définie antérieurement et par ailleurs.

et notamment un d'une espèce et q de principe. Si vo terez naturellement *juris et de jure*, conséquence de

46. — Que per ainsi recommandé la méthode propo et enfin — épreux comme on le pré effective, au du droit juridictio

A ces trois ques négative, cela pou en fonction de leu

a) Et tout d'ab d'actes, les plus im que tout le monde à savoir les lois d'u d'autre part, et no ditions qui consti l'appareil juridictio de cette dernière re n° 48 c)].

Pour ces deux g diction —, on peut

(54) L'observation commun de la soum donc, pour Georges V que naturellement à l une donnée fondame bien que pour les act ce stade, Georges V une tradition très gé trative — n'y changé ces « actes matériels » actes techniques rela à une fraction impor ou sur les biens — q « arrêt » — de justic

et notamment un acte législatif ou un acte juridictionnel, c'est-à-dire d'une espèce et qualité autres que celles qui sont de droit commun et de principe. Si vous devez arriver à la conclusion qu'il l'est, vous écarterez naturellement la présomption première, qui n'est pas irréfragable, *juris et de jure*, mais simplement *juris tantum*, et vous déciderez en conséquence de ce renversement (54).

46. — Que penser de cette façon de procéder et raisonner qui est ainsi recommandée aux juges ? Pour répondre, on se demandera si la méthode proposée est fondée, si elle peut être pratiquement utile, et enfin — épreuve de l'expérience — si l'on pourrait constater que, comme on le prétend, au moins implicitement, les juges l'emploient effectivement, auquel cas elle pourrait se prévaloir à tout le moins du droit juridictionnel actuellement en vigueur et valable.

A ces trois questions, la réponse nous paraît devoir être également négative, cela pour les diverses espèces d'actes étatiques distinguées en fonction de leur régime.

a) Et tout d'abord, nous retrouvons les deux très grandes masses d'actes, les plus importantes quantitativement comme qualitativement, que tout le monde s'accorde à considérer comme non-administratifs ; à savoir les lois d'une part, actes du Parlement, les jugements et arrêts, d'autre part, et nous ne visons que ceux qui sont l'œuvre de ces juridictions qui constituent l'armature normale, les pièces essentielles de l'appareil juridictionnel traditionnel (on comprendra plus tard la raison de cette dernière restriction volontaire, en réalité très mineure [(cf. *infra*, n° 48 c)]).

Pour ces deux grandes masses — actes de législation, actes de juridiction —, on peut dire que la méthode proposée n'entre pas une seconde

(54) L'observation présentée à propos de la théorie du caractère de droit commun de la soumission des actes étatiques au régime administratif, — donc, pour Georges Vedel, de l'administration — (cf. *supra*, n° 17 et 43), s'applique naturellement à la théorie de la présomption d'administrativité : pour être une donnée fondamentale du droit administratif, elle devrait valoir, aussi bien que pour les actes juridiques, pour les « actes matériels ». Le fait qu'à ce stade, Georges Vedel ne songe visiblement qu'aux premiers, — selon une tradition très générale, depuis bien longtemps, dans la doctrine administrative — n'y change rien. Or, précisément pour une partie considérable de ces « actes matériels », ladite théorie est d'un intérêt nul : nous pensons aux actes techniques relatifs aux services soit industriels, soit commerciaux, et à une fraction importante des actes de contrainte — contre la personne ou sur les biens — qui tendent à réaliser une décision — « jugement » ou « arrêt » — de justice ou juridiction judiciaires.

en ligne de compte et qu'aucun juge n'a jamais songé — depuis 1959 (55) — ni ne songera jamais à y faire appel : chaque fois que le point de droit concerne un acte présenté comme une « loi » au *Journal Officiel* ou un acte présenté comme jugement ou arrêt rendu par un Tribunal ou une Cour ou Conseil qualifiés, ni le juge ni personne n'envisagera un instant de faire jouer le système proposé. Et disons tout de suite, car il n'y a même pas là matière à discussion sérieuse, qu'aucun arrêt des Cours suprêmes ni d'aucune juridiction inférieure ne recèle la moindre trace d'un tel recours.

Il n'est en effet bien manifestement pas très raisonnable de venir dire aux magistrats qu'ayant affaire à un « texte » publié au *Journal Officiel* sous l'intitulé de « Loi ... », avec toutes les formules et indications requises qui en habillent pour ainsi dire le contenu, la substance, législatifs, ils devraient, pour bien faire et être sûrs de ne pas errer, commencer par se dire, et par conséquent, ceci serait du moins très normal, par dire dans l'arrêt ou jugement qu'ils vont rendre : d'après la règle générale en matière d'actes étatiques, je devrais admettre que l'acte qui a abouti à ce « texte » et que je dois qualifier, ainsi que ses dispositions, fut une opération administrative, génératrice de règles administratives — réglementaires, certainement. Toutefois, me référant à la Constitution, je constate qu'elle a fait de cet acte du Parlement un acte législatif, et que c'est donc à des règles de caractère et valeur législatifs que j'ai affaire, règles comme actes relevant du « régime législatif » ; il y a donc dérogation — et qui serait cette fois-ci bien constitutionnelle ! — au principe général, qui, lui, n'est certainement pas constitutionnel dans sa généralité, comme on pense l'avoir précédemment établi ; je dois donc abandonner la position première que j'avais prise sur la base de la règle de droit commun et reconnaître et juger, en un second temps de raisonnement juridique, que ce n'est

(55) Il faut en effet toujours se rappeler que la présomption d'administrativité généralisée — c'est-à-dire étendue à tous les actes de tous les organes étatiques, et non plus limitée à ceux des seuls organes administratifs — se présente comme fondée sur les innovations de la Constitution du 4 octobre 1958 ; elle ne devrait donc invoquer à son appui, en tout cas pour les actes que nous avons retenus comme exemples, que des matériaux jurisprudentiels postérieurs à l'entrée en vigueur de cette nouvelle charte dont les articles 37 — et — 34 ont en effet renversé — sur un point — le système antérieur des sources de droit. — En fait, Georges Vedel recourra essentiellement à des arrêts de la période 1875-1958, et qui n'ont donc rien à voir avec cette « révolution juridique ». Ce qui suffirait à établir non seulement le caractère non-constitutionnel de sa « présomption », mais encore sa fragile hardiesse par rapport à la totalité des sources de droit.

pas à un acte a
à traiter en consé
... Et serait-il
effet qu'un exen
juridictionnels ;
nelles classiques
de cassation app
acte intitulé « ju
ou d'un tribuna
suivant le même
demment non.

En somme, p
étatiques non-ac
méthode qui ser
ne se pose même

47. — Les co
suite logiquement
la thèse théorique
« technique juric
en complet désa
avec les principe
avec ses bases,

(56) Rappelons
tantes où la quest
reconnaître qualit
l'intitulé de lois e

1^o La première
de siècle, sous l'ex
règlements d'adm

On peut ici y ajo

2^o La seconde,
pour notre questi
sur les « décisions
d'application de l

Dans les deux
donc ne relevait
Georges Vedel.

Nous retiendron
du tout appliqué
que dans le prem

Ces tout simple
conclure que ce n

pas à un acte administratif que j'ai affaire, mais à un acte législatif, à traiter en conséquence pour la solution des problèmes qui le concernent.

... Et serait-il plus raisonnable pour, par exemple (ce n'est là en effet qu'un exemple généralisable à tous les actes et toutes les normes juridictionnels ; il est seulement plus proche des situations juridictionnelles classiques pour l'administrativiste) le juge d'appel ou le juge de cassation appelés à se prononcer sur la régularité et validité d'un acte intitulé « jugement » ou « arrêt » émanant d'un tribunal d'instance, ou d'un tribunal administratif ou d'une Cour d'appel de raisonner suivant le même schéma que lui recommande la méthode ? Bien évidemment non.

En somme, pour ces deux énormes et principales masses d'actes étatiques non-administratifs, Georges Vedel propose une règle de méthode qui servirait à résoudre un problème absolument irréel — il ne se pose même pas.

47. — Les constatations que l'on vient de rappeler ne sont que la suite logiquement, rationnellement inévitable du caractère erroné de la thèse théorique sur laquelle repose cette recette d'art pratique, de « technique juridictionnelle », — la thèse étant, on a dû le rappeler, en complet désaccord, on pourrait aller jusqu'à parler d'antinomie, avec les principes de base du droit public français, en première ligne avec ses bases, ses vraies bases constitutionnelles (56).

(56) Rappelons quand même les deux séries d'hypothèses les plus importantes où la question s'est posée au Conseil d'État de savoir s'il ne devait pas reconnaître qualité d'actes législatifs à des « textes » qui ne portaient pas l'intitulé de lois et n'avaient pas non plus pour auteur le Parlement :

1^o La première — résolue en jurisprudence depuis bientôt trois quarts de siècle, sous l'empire des lois constitutionnelles de 1875 — concernait les règlements d'administration publique.

On peut ici y ajouter, moins ancienne, la question du régime des décrets-lois.

2^o La seconde, beaucoup plus et même seule pleinement significative pour notre question, puisque postérieure à la Constitution de 1958, a porté sur les « décisions » prises par le Président de la V^e République en période d'application de l'article 16 de la Constitution.

Dans les deux cas, le problème portait sur des actes du Gouvernement, donc ne relevait éventuellement que de la « présomption restreinte » de Georges Vedel.

Nous retiendrons simplement que, pour statuer, le Conseil d'État n'a pas du tout appliqué le principe vedélien, — pas davantage dans le second cas que dans le premier (toutes précisions sont fournies dans les *Traités*).

Ces tout simples rappels de faits incontestables suffisent à permettre de conclure que ce n'est certainement pas par l'application du principe de la

Mais il ne paraît pas inutile d'ajouter que la recette comporte, intrinsèquement, une manière d'erreur pratique : elle suppose oublié le fait, le fait matériel, que les deux catégories d'actes dont il s'agit se présentent, pour ainsi dire, devant le juge, avec des papiers d'identité — leur en-tête, leur intitulé — d'une authenticité pratiquement indiscutable, qui établissent immédiatement leur état civil juridique — en tant qu'ils attestent l'auteur de l'acte, et, en fait, la branche de l'appareil étatique à laquelle cet auteur appartient, et la procédure selon laquelle il a été fait, mais aussi, presque toujours (57), le fond juridique de cet acte, c'est-à-dire les normes qui ont été par lui effectivement posées.

48. — Pour ce qui est des trois autres espèces d'actes étatiques non-administratifs — c'est-à-dire non soumis au régime administratif — du système vedélien, on peut convenir que l'application de son principe de la « présomption d'administrativité » pourrait *a priori* se concevoir. La seule question qui se pose alors est de savoir si les juges l'emploient effectivement, — parce qu'ils y verraient au moins quelque utilité ou commodité.

Il nous paraît certain que ce n'est le cas pour aucune d'entre les trois espèces :

a) ni la jurisprudence du Tribunal des Conflits ni celle du Conseil d'État ne considèrent que ce qu'on appelle « les actes de gouvernement » devraient être présumés actes administratifs, et que ce n'est qu'en vertu de « clauses dérogoires » les visant — ces actes qui ont trait soit aux relations internationales de la France, soit aux rapports du Gouvernement avec le Parlement — qu'elle leur applique le régime d'actes de gouvernement ; — et où se trouveraient-elles donc, d'ailleurs, ces « clauses dérogoires », alors que ce régime est en fait une libre création de la jurisprudence, et que son domaine d'application aussi est en conséquence décidé souverainement par elle ? Il est bien certain que la formule « Le caractère d'acte de gouvernement ne se présume pas »

« présomption d'administrativité » que sont réglés par nos juridictions — dans la plupart des hypothèses où elle devrait jouer pour être valable et utile — qualité et traitement de l'action des organes étatiques des divers types que distingue la doctrine la plus traditionnelle.

(57) Seulement presque toujours — et non pas toujours — puisqu'il reste, quoique très exceptionnel et rare, pour les actes en question, le cas que le contenu de l'*instrumentum* publié diffère de celui qui a été réellement voulu par l'auteur de l'acte (celui-ci étant alors, presque toujours, un organe ou complexe, ou collégial ou même « pluri-collégial »).

est juste, e
à quelques
de l'appar
définies qu
raissent, e
masse des
tatif seule

On ne p
de gouvern
pour faire
juridique (l
entièrement
gouverneme
même inco
actes du Go
sont admin
et parfaite
seulement a
nément sou
des actes ré
actes touch

b) Pour l
contrats de
par l'Admin
dire globale
public ou a
présomption
de l'affirma
(v. *infra*, n°
toujours de
ou contenu
industrielle
législatif ou
du régime (l
par la loi ou

c) Il exist
datant de l
évoquée pré
Mais dans d
pouvait vra
organe de c

de la recette comporte, intrin-
 : elle suppose oublié le fait,
 actes dont il s'agit se présen-
 des papiers d'identité — leur
 é pratiquement indiscutable,
 civil juridique — en tant
 fait, la branche de l'appareil
 et la procédure selon laquelle
 (57), le fond juridique de cet
 par lui effectivement posées.

es espèces d'actes étatiques
 nis au régime administratif
 ir que l'application de son
 rativité » pourrait *a priori*
 se alors est de savoir si les
 qu'ils y verraient au moins

as pour aucune d'entre les

Conflits ni celle du Conseil
 les actes de gouvernement »
 tifs, et que ce n'est qu'en
 t — ces actes qui ont trait
 ance, soit aux rapports du
 lle leur applique le régime
 eraient-elles donc, d'ailleurs,
 régime est en fait une libre
 domaine d'application aussi
 par elle ? Il est bien certain
 ument ne se présume pas »

réglés par nos juridictions —
 it jouer pour être valable et
 organes étatiques des divers
 onnelle.

as toujours — puisqu'il reste,
 es en question, le cas que le
 ui qui a été réellement voulu
 esque toujours, un organe ou
 gial »).

est juste, en ce sens que les deux Cours suprêmes ne le reconnaissent
 à quelques catégories très déterminées aujourd'hui d'actes émanant
 de l'appareil Gouvernement-Administration, que pour des raisons
 définies qu'elles estiment fondées ; il est non moins certain qu'ils appa-
 raissent, eux et leur régime, comme des exceptions par rapport à la
 masse des actes administratifs, — mais des exceptions au sens quanti-
 tatif seulement, en proportion.

On ne peut cependant se retenir d'indiquer que ce sont ces « actes
 de gouvernement » qui seraient le terrain le plus naturel, donc idéal,
 pour faire jouer la « présomption d'administrativité » : la critique
 juridique (la question d'appréciation de « politique juridique » étant
 entièrement écartée) de la traditionnelle jurisprudence des actes de
 gouvernement repose bien, très largement, sur l'idée inavouée, voire
 même inconsciente peut-être, qu'il devrait aller de soi que tous les
 actes du Gouvernement-Administration, sans distinction, sans exception,
 sont administratifs, — idée qui apparaîtrait d'une déplorable légèreté
 et parfaitement gratuite et arbitraire si l'on pensait quelques minutes
 seulement au contenu des plus importants des actes groupés commu-
 nément sous ce vocable « actes de gouvernement », — on veut parler
 des actes relatifs aux initiatives législatives du Gouvernement et des
 actes touchant la conclusion des traités internationaux.

b) Pour les actes de gestion privée : que l'on considère la qualification
 contrats de droit public ou contrats de droit privé des contrats passés
 par l'Administration, ou la qualification de services gérés pour ainsi
 dire globalement — en principe très général — sous régime de droit
 public ou au contraire sous régime de droit privé —, une prétendue
 présomption d'administrativité ne joue en réalité aucun rôle (en dépit
 de l'affirmation plus ou moins incidemment avancée par des auteurs
 (v. *infra*, n° 48) ; ce qui fonde la décision des Cours suprêmes, ce sont
 toujours des éléments de droit — tels que objet même du contrat
 ou contenu de certaines de ses clauses ; nature ou absence de nature
 industrielle ou commerciale de l'activité, ou dispositions d'un statut
 législatif ou réglementaire sur un ou, de préférence, sur quelques points
 du régime (ceci en tout cas en l'absence d'une qualification donnée
 par la loi ou par le règlement créant ou organisant un service).

c) Il existe enfin une série d'arrêts, assez peu nombreux en vérité,
 datant de l'après-guerre, qui portent sur une alternative qui a été
 évoquée précédemment : acte administratif ou acte juridictionnel ?
 Mais dans des hypothèses particulières, en ce sens que l'acte en cause
 pouvait vraiment donner lieu à hésitation parce qu'il émanait d'un
 organe de création relativement récente et d'un type relativement

original à certains points de vue qu'il n'y a lieu de préciser ici davantage (58).

Rappelons seulement le revirement de jurisprudence auquel ont donné lieu les décisions des Ordres professionnels (reconnus en vérité institutions étatiques depuis 1943, malgré les timides et peu conséquentes hésitations sur ce point de nombre d'administrativistes importants) portant refus d'inscription sur leurs tableaux : décisions judiciaires, avait commencé par juger le Conseil d'État ; non ! Décisions administratives, se ravisa-t-il bientôt, — avec raison, selon l'opinion unanime —, ... mais c'était quelques années avant 1958 et sans aucun appel à la présomption d'administrativité, même à la présomption restreinte.

(On n'évoquera que d'un mot le cas des décisions de commissions, essentiellement temporaires, chargées chacune de la répartition d'une indemnité globale obtenue par la France d'un État étranger, pour dédommager ses nationaux lésés par telles ou telles mesures ou opérations d'autorités ou organes de cet État).

49. — On ne prétend rien découvrir ni révéler en disant que c'est une méthode tout autre que le Conseil d'État ou le Tribunal des Conflits ou la Cour de Cassation consacrent, tous les auteurs sont d'accord pour constater et expliquer le fait, et cette méthode nous paraît infiniment plus rationnelle et naturelle : c'est celle très généralement appelée du « faisceau d'indices », spécialement lorsque le juge s'attache à qualifier une institution ou un service, — cette méthode qui consiste toujours — si l'on veut bien se débarrasser du pur fantôme d'une recherche de volonté du législateur, ou (pourquoi pas ?) de l'autorité gouvernementale, « volonté » qui n'a le plus souvent pas du tout existé — à conclure de quelques règles ou solutions partielles, en ce sens qu'elles portent sur certains éléments ou certaines questions limitées de leur « statut » (par exemple des règles de procédure, ou des règles financières ou de comptabilité) à une solution globale, — dont on s'autorisera pour redescendre ensuite à une solution concernant un ou plusieurs autres points qui n'ont pas été réglés expressément et spécialement,

(58) On voit que nous ne visons pas du tout les espèces qui posaient en réalité essentiellement le problème : acte privé ou acte public ?, — c'est-à-dire le problème de genre, et non le problème d'espèce au sein de ce dernier genre, si ce genre était retenu. Elles ont donné lieu, depuis 1940, à des arrêts bien plus nombreux, bien plus connus et en effet bien plus marquants et plus significatifs [citons seulement *Monpeurt*, (1942 !) *Bouguen* (1943 !), *Magnier* (1961).]

avant l'intervention
droit.

Or il est parfaitement
théorie de la présomp
d'indices, — qu'il s
des indices convergen
purement qualitatif
elles ; c'est l'une ou c
vaine ; la première d

Aussi bien la plupa
mière de ces deux c

De façon assez ét
présomption d'admin
proclamer la présom
l'Administration avec
prudence qu'elle les p
naîtrait en conséque
l'un ou l'autre des d
à savoir : ou le cont
gatoires au « droit co
ou le contrat avait p
d'un service public

Ce renversement d
applications majeure
privée » n'est-il pas
l'idée que le contrat
de droit privé ?

50. — Nous pouv
le cadre — très part
envisagée, ni le Tribu
les juridictions admin
Cour de Cassation —
le faisaient avant cet
nistrativité », même
paraît vraiment très

En réalité, le juge
lement, il analyse et
mal, — mais l'appré
ses décisions ne sont
vité, voire même de

avant l'intervention du juge, par aucune source officielle de règles de droit.

Or il est parfaitement contradictoire d'enseigner tout à la fois la théorie de la présomption d'administrativité et la théorie des faisceaux d'indices, — qu'il serait peut-être préférable de dénommer théorie des indices convergents ou concordants, ou encore, d'un point de vue purement qualitatif, déterminants ou décisifs — : il faut choisir entre elles ; c'est l'une ou c'est l'autre ; la seconde rend la première tout à fait vaine ; la première dispenserait complètement de la seconde.

Aussi bien la plupart des auteurs ne font-ils aucune place à la première de ces deux conceptions.

De façon assez étrange, Georges Vedel, quant à lui, renverse la présomption d'administrativité, qu'il pose en principe général, pour proclamer la présomption inverse, dans la théorie des contrats de l'Administration avec les personnes privées : il ressortirait de la jurisprudence qu'elle les présumerait contrats de droit privé et ne les reconnaîtrait en conséquence contrats administratifs que si elle y constate l'un ou l'autre des deux traits bien connus, rappelés précédemment, à savoir : ou le contrat contient des clauses considérées comme dérogatoires au « droit commun », c'est-à-dire au droit privé des contrats ; ou le contrat avait pour objet de confier au co-contractant l'exécution d'un service public (telle est du moins l'analyse devenue classique).

Ce renversement du sens de la présomption pour l'une des quelques applications majeures de l'alternative « gestion publique ou gestion privée » n'est-il pas assez surprenant — à moins qu'il ne repose sur l'idée que le contrat est par lui-même, en principe un acte ou procédé de droit privé ?

50. — Nous pouvons donc dire, en conclusion, que, même dans le cadre — très partiel — où son application pourrait *a priori* être envisagée, ni le Tribunal des Conflits ni le Conseil d'État — donc ni les juridictions administratives contrôlées par lui —, ni d'ailleurs la Cour de Cassation — n'appliquent, pas davantage depuis 1959 qu'ils ne le faisaient avant cette date, la méthode de la « présomption d'administrativité », même restreinte (généralisée, encore une fois, elle nous paraît vraiment très peu raisonnable).

En réalité, le juge ne présume ni ne contre-présume : très rationnellement, il analyse et il conclut (sans doute ni toujours bien ni toujours mal, — mais l'appréciation et en particulier le jugement critique sur ses décisions ne sont souvent pas exempts d'incertitude et de subjectivité, voire même de préjugés).

La méthode d'analyse directe rend parfaitement vain le recours, artificiel et arbitraire, à l'idée d'une présomption initiale et à l'idée d'une « preuve contraire » (cette dernière expression paraît d'ailleurs bien peu indiquée pour une démarche que le juge devrait effectuer d'office, si la théorie était fondée).

Et ajoutons que cette précédente discussion nous paraît mettre en évidence combien peut devenir dangereux pour la justesse des analyses juridiques — en général — un jeu trop facile, sans règles, avec les notions de principe et d'exception, de droit commun et de dérogations, et enfin avec la notion, souvent assez confuse, de présomption, — un jeu qui cependant n'est que trop volontiers pratiqué par la doctrine juridique, malheureusement.

51. — D'ailleurs — finissons-en sur ce plan — tout comme la thèse théorique du caractère de droit commun du régime administratif, l'idée pratique de la présomption d'administrativité souffre de la même faiblesse profonde et incurable qui suffirait à elle seule à enlever à la première toute valeur scientifique, à la seconde toute valeur technique. Cette faiblesse se rapporte à la conception qu'elle implique des « clauses dérogatoires » à la règle de principe, — Georges Vedel admet cette conception, et on ne voit en effet pas comment il pourrait en adopter une autre, étant donné l'état du droit positif, même limitée au seul domaine pour lequel la théorie n'est pas condamnée *a priori*, — à bien plus forte raison encore si on lui donne cette extension universelle (en principe !) que lui attribue l'auteur.

Ou bien l'on entend par « clauses dérogatoires » uniquement des règles du droit écrit, qui lient le juge ; mais alors — dans le champ concevable pour son application, le seul à retenir effectivement dans la discussion — le juge n'en trouvera aucune qui pratiquement lui fixe la décision à prendre sur la qualification et le régime applicable.

Ou l'on inclut également les « clauses dérogatoires jurisprudentielles », mais alors, on ne propose en réalité aux Cours suprêmes aucune vraie directive : en effet, de deux choses l'une : ou bien elles auront déjà consacré une dérogation au principe affirmé, relativement à la catégorie d'actes dont un exemplaire fait l'objet d'un nouvel arrêt, — mais personne ne soutiendra qu'elles sont juridiquement à jamais ni jamais liées par leur jurisprudence antérieure, — c'est-à-dire, plus précisément, dans le cas le plus fréquent, par un arrêt ou un tout petit nombre d'arrêts qu'elles auront rendus précédemment ; ou bien il s'agit, dans leur opinion, d'une catégorie d'actes dont elles ont à connaître pour la

première
s'appuyer
nition pas

En défini
ou il exist
même ter
cause, —
ou il n'exis
prudentiel
derniers ca
à la questi
sompion »

51. — U
plus théori
théorie de

Cette ob
administrat
lui faisons

n° 44, n. 51

Le princ
blèmes juri
contentieux
à-dire ne le
appelé à tr
ment, au m
dictionnelle
doctrine de
point de vu
critiquable.

Il faut lu
semble-t-il,
les règles de
d'abord et e
différends p
décisions jur
pour l'action
ensuite, éven
justiciables à
« fait un acte
ce qu'ils aur

première fois, et dans ce cas il est trop évident qu'elles ne peuvent s'appuyer sur aucune « clause dérogatoire », — il n'en existe par définition pas.

En définitive donc, deux situations principales peuvent se présenter : ou il existe une disposition de droit légiféré qui fixe qualification et en même temps ou par suite régime à appliquer à la catégorie d'actes en cause, — dans ce cas, il n'y a, au moins en principe, pas de problème ; ou il n'existe que du droit jurisprudentiel, ou il n'existe nul droit jurisprudentiel antérieur, et, dans l'un comme dans l'autre de ces deux derniers cas, la « réserve » est sans valeur juridique, ou ne répond pas à la question. Aucune règle ne définit pour le juge l'étendue de la « présomption » ou celle des « dérogations ».

51. — Une objection d'une tout autre nature, de caractère beaucoup plus théorique, doit achever, pensons-nous, de ruiner cette spacieuse théorie de la présomption d'administrativité.

Cette objection correspond à vrai dire à une façon de voir dont les administrativistes s'inspirent assez rarement, et c'est pourquoi nous lui faisons une place à part. (On l'a cependant déjà effleurée, cf. *supra*, n° 44, n. 51).

Le principe de l'objection est que cette théorie n'envisage les problèmes juridiques en cause et leur solution que du seul point de vue contentieux, ou, plus précisément, du « point de vue du juge », c'est-à-dire ne les pense qu'ainsi que le fera, lui, très normalement, un juge appelé à trancher une question litigieuse. Elle se place, intellectuellement, au moment où doit intervenir et se prépare une décision juridictionnelle, et pas plus tôt. Or, bien que très largement adopté par la doctrine de droit administratif pour aborder bien des problèmes, ce point de vue, ce mode de penser nous paraît défectueux et hautement critiquable.

Il faut lui opposer cette vérité — dont le rappel devrait être, nous semble-t-il, banalité superflue, tant elle est simple et éclatante — que les règles de droit du genre de celles qui nous occupent ne sont pas d'abord et essentiellement règles pour le juge aux fins de solution des différends portés devant lui, c'est-à-dire règles pour des actions et décisions juridictionnelles, mais sont d'abord et essentiellement règles pour l'action et les décisions de ces sujets de droit qui deviendront ensuite, éventuellement (et non pas certainement — c'est heureux !) justiciables à un moment plus ou moins éloigné de celui où ils ont « fait un acte » ou ne l'ont pas fait, et soumis, au bout du compte, pour ce qu'ils auront décidé et fait, ou pour ce qu'ils n'auront pas décidé

ou pas fait, à la décision des juges — à leur « contrôle », comme on dit généralement. Il suit de là que si la règle de présomption, à supposer qu'elle dût être appliquée par le juge administratif — par exemple et notamment — dans l'hypothèse et au stade contentieux, c'est évidemment parce qu'il considérerait cette règle comme valant pour les auteurs des actes eux-mêmes, comme devant donc juridiquement être prise par eux-mêmes pour règle de leur action, au moment où soit ils décident celle-ci et vont y passer soit ils décident de s'abstenir. Autrement dit, il faut penser cette règle comme s'adressant — dans ce cas — d'abord aux organes ou agents de l'Administration active, comme une règle sur les « actes à faire » (pour nous en tenir désormais à l'hypothèse positive); ce sont eux qui sont ses premiers sujets ou adressataires, avant le juge; elle est règle de l'action administrative, règle pour l'Administration active, avant d'être règle pour la juridiction, pour les juges (ce que nombre d'administrativistes éminents traduiraient aujourd'hui encore : règle du contentieux administratif). De cette prémisse, il s'ensuit immédiatement que l'agent actif devrait — admettons même simplement : pourrait utilement — procéder comme on conseille aux juges de le faire et comme on pense qu'ils le font lorsqu'ils interviennent pour contrôler et juger les actes faits par leurs justiciables. En somme, tout agent étatique devrait donc commencer par se dire que l'acte qu'il va faire est un acte administratif, c'est-à-dire obéissant au régime administratif; il n'écarterait cette idée qu'en un second temps, au vu et en considération d'une « clause dérogatoire ». N'est-il pas évident qu'une telle façon de procéder n'entre pas un instant en ligne de compte ni pour le Parlement qui se propose de légiférer, ni pour les Conseils, Cours ou Tribunaux qui vont être appelés à juger? Alors que ce sont cependant les organes que l'ultime, la suprême extrapolation vedélienne vise et concerne en premier, et même seuls ou presque. Ils ne sont certainement pas dans une telle ignorance ou inconscience de leur statut fonctionnel!

Qu'on ne prétende pas que ce seraient là des imputations volontairement et arbitrairement caricaturantes des idées proposées. C'en sont au contraire des implications logiques certaines, bien que non révélées. Et elles font malheureusement apparaître, plus qu'aucun autre argument critique, le défaut de valeur pratique de la théorie de la « présomption d'administrativité », qui n'est, répétons-le, que le corollaire de la fragilité de son fondement théorique. L'instrument n'est d'aucune utilité pour aucun organe étatique; par certains, il ne peut raisonnablement pas être utilisé; dans la mesure où il pourrait l'être par ceux à qui réellement on l'offre — les juridictions, en parti-

culier les Cours
effectivement,

53. — Nous
nistrativité est
tage de valeur

54. — Nous
que nous avon
et plus largem
administratif f
aussi pour de

I. — Les ba
ne sont nullem
tionnelles du

En effet :

1° La défini
soumises, à un
ou « droit adm
ces termes eux
l'était de ses
d'ailleurs aucu

2° La Cons
l'objet ou dom
tration caracté
pas se prévalo
native essenti
l'administratio
ou l'Administr
tive ») ? C'est
— en tant qu
avec une pleir
monde.

3° N'ayant
de l'administ
sur le domain
« régime admi

culier les Cours suprêmes, et avant tout le Conseil d'État —, il ne l'est, effectivement, pas.

53. — Nous concluons de ces arguments que la présomption d'administrativité est infondée comme principe théorique, et n'a pas davantage de valeur comme simple règle (ou recette) de pratique.

CONCLUSION GÉNÉRALE

54. — Nous regrouperons simplement ici les principales conclusions que nous avons proposées sur la théorie des bases constitutionnelles, et plus largement sur le problème des bases — tout court — du Droit administratif français (et si elles sont justes, elles le sont certainement aussi pour de très nombreux Droits administratifs étrangers) :

I. — Les bases que Georges Vedel croit pouvoir assigner à ce Droit ne sont nullement constitutionnelles ; ce ne sont pas des bases constitutionnelles du Droit administratif.

En effet :

1^o La définition de l'administration comme un ensemble d'actions soumises, à un certain régime juridique — le « régime administratif » ou « droit administratif autonome » est complètement ignorée — comme ces termes eux-mêmes — de la Constitution de 1958, — ainsi qu'elle l'était de ses devancières. Cette Constitution ne donne ni n'implique d'ailleurs aucune définition quelconque de l'administration.

2^o La Constitution de 1958 n'implique donc pas davantage que l'objet ou domaine de la discipline Droit administratif serait l'administration caractérisée par ce régime. Autrement dit, on ne peut absolument pas se prévaloir du droit constitutionnel pour prendre parti sur l'alternative essentielle : la notion première du Droit administratif est-elle l'administration (ensemble d'activités caractérisées « objectivement ») ou l'Administration (appareil d'institutions et organes, notion « subjective ») ? C'est là une question étrangère à sa « compétence » normale — en tant qu'il s'agirait d'une disposition de droit positif —, dont, avec une pleine raison, elle ne s'occupe ni ne se préoccupe le moins du monde.

3^o N'ayant pas posé ni implicitement adopté la définition de régime de l'administration, il est exclu qu'elle formule ou recèle aucune règle sur le domaine d'application du « droit administratif autonome » ou « régime administratif ». Que ce soit simplement par rapport au régime

de « droit privé » qui s'applique à toute une partie, considérable, des activités et actes de l'Administration (fonction délimitatrice de la règle qui retient par dessus tout — c'est très normal — l'attention des administrativistes), ou que ce soit — beaucoup plus largement — par rapport à tous et chacun des régimes d'acte étatique, même ceux « de droit public » autres que lui-même.

Plus spécialement, nous avons conclu au caractère inadmissible de la règle précise posée par Georges Vedel comme exprimant le droit positif — selon lui, le droit constitutionnel — depuis 1958, règle attribuant en principe au droit administratif empire universel sur les actes étatiques, sans distinction. Sauf exceptions très rares et très mineures, le droit administratif ne s'applique pas à l'action ou aux actes des branches non-administratives de l'appareil étatique ou gouvernant.

Ainsi, le droit constitutionnel est absolument muet sur les bases du Droit administratif — au sens vedélien —, parce qu'il est tout à fait sourd aux questions auxquelles elles correspondent.

La « théorie des bases constitutionnelles du Droit administratif » ne peut donc absolument pas rendre à cette discipline le service que Georges Vedel attend d'elle.

55. — II. Non plus que dans la Constitution, les bases vedéliennes ne trouvent leur source ni dans le droit législatif, ni dans le droit jurisprudentiel. Autrement dit, elles sont totalement étrangères au droit positif français.

56. — III. Considérée en elle-même, la définition du Droit administratif par l'administration, caractérisée par le régime administratif, comporte de très graves inconvénients théoriques, que ne peut que confirmer le fait qu'elle ne correspond pas du tout à la pratique scientifique d'hier ni d'aujourd'hui. Celle-ci témoigne de façon décisive en faveur du choix de la notion d'Administration comme base et cadre de son champ d'étude, de son objet.

C'est-à-dire qu'elle l'étend à toutes les activités et actes de cette Administration, aussi bien à celles qui relèvent d'un régime de droit privé qu'à celles auxquelles s'applique le Droit administratif « autonome ».

Charles EISENMANN

Professeur à l'Université de Paris I.

SUR LA
DE L'ADMINISTR

Pour examiner
s'agit bien en réa
ne peuvent en fai
actuelle, il est in
cependant périmé
n. 3), Georges Ved
pour exposer, ens
qu'appellent selon
de la Constitution

1. — Voici don
certaine, parce q
Elle est formée
ordres différents :

(1) Le premier d
aux agents de l'ac
d'un groupe détern
de façon très coner
Administration » ;
appareil. Seuls son
bien : des actes, e
d'entre eux.

(2) Le second et
rapporter à l'actio
cistes, de caractère
commun, eux auss
rents :

(a) Le second é
il assigne à l'actio

APPENDICES

APPENDICE I

SUR LA STRUCTURE DES DEUX DÉFINITIONS VEDÉLIENNES DE L'ADMINISTRATION ET LA NATURE DE LEURS ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS

Pour examiner convenablement la question énoncée par cet intitulé (il s'agit bien en réalité d'une question, parce que les deux points qu'il indique ne peuvent en fait pas être dissociés) en ce qui concerne la notion 1958 ou actuelle, il est indispensable de commencer par l'examiner pour la notion cependant périmée 1875-1958, parce que, comme on l'a noté (cf. *supra*, n° 5, n. 3), Georges Vedel lui-même part en quelque sorte de cette ancienne notion pour exposer, ensuite seulement, la modification de certains de ses éléments qu'appellent selon lui — et c'est incontestable —, les articles 37 — et — 34 de la Constitution de 1958, conduisant ainsi à la notion actuelle.

A. — *La notion 1875-1958.*

I. — Voici donc comment se présente, d'une façon, à notre sentiment, certaine, parce qu'immédiatement apparente, la notion 1875-1958.

Elle est formée de trois éléments ressortissant à deux, sinon même à trois ordres différents :

(1) Le premier de ces éléments est d'ordre organique, c'est-à-dire se rapporte aux agents de l'action : l'administration est caractérisée comme une activité d'un groupe déterminé d'agents ou organes étatiques, qui est d'ailleurs désigné de façon très concrète : le « pouvoir exécutif », c'est-à-dire le « Gouvernement-Administration » ; toute activité administrative est le fait d'organes de cet appareil. Seuls sont, seuls peuvent être actes administratifs des actes (on dit bien : *des* actes, et non pas : *les* actes) ayant pour auteur un ou plusieurs d'entre eux.

(2) Le second et le troisième élément ont en commun ce caractère de se rapporter à l'action elle-même (ils sont, diront volontiers nombre de publicistes, de caractère objectif, et non plus subjectif). Mais au-delà de ce trait commun, eux aussi ressortissent en fin de compte à deux ordres assez différents :

(a) Le second élément est proprement d'ordre fonctionnel et finaliste ; il assigne à l'action administrative un certain but et un certain objet ou

contenu, définis d'ailleurs de façon purement juridique, c'est-à-dire purement normative : l'administration est tout entière à cette époque action tendant à cette fin d'assurer l'exécution des lois, — de lois ordinaires. Ceci définit, en même temps que la finalité et l'objet juridiques de l'action — son objectif et son objet —, du même coup sa base juridique, — notamment, pour les actes juridiques, le rapport des actes et normes administratifs aux actes et normes législatifs, rapport de conditionnement, de limitation et d'infériorité hiérarchique des premiers aux seconds (1).

(b) Le troisième élément a trait, lui, au régime juridique de cette action qui est caractérisée dans le second en elle-même, — entendez : par un trait relatif à son contenu ; il porte sur la nature des procédés employés dans l'action exécutive : « procédés de puissance publique » ou, plus rarement, « de droit public ».

C'est donc à une définition complexe — c'est-à-dire formée de plusieurs éléments associés — et mixte — ces éléments sont d'un ordre différent — que l'on a affaire.

2. — Si cette analyse nous semble personnellement d'une incontestable évidence, elle s'écarte sensiblement des explications qui ressortent de l'exposé de l'auteur lui-même ; il faut donc rapporter et discuter ses vues.

Quelle image Georges Vedel se fait-il et présente-t-il de l'anatomie (si l'on nous permet ce terme bref et synthétique) de sa définition 1875-1958 ?

Il nous semble qu'en réalité il oscille entre deux images au moins.

A) La première — qui ne diffère de celle que nous avons présentée que par une modalité qu'elle introduit, mais qui la modifie en vérité profondément — s'exprime dans la formule suivante de l'article de 1954, qui tendait à justifier la définition sur le plan des principes : « Il est impossible de construire le droit administratif sur une notion principalement *matérielle*, alors que notre droit constitutionnel, fondement de l'ordre juridique et source des pouvoirs des gouvernants, recourt à peu près exclusivement à des notions et à des critères *formels* ou *organiques* » (E. D. C. E., p. 26, n° 12) (2).

Et un passage du *Droit administratif*, donc écrit postérieurement à la Constitution de 1958, reprend et confirme la même vue, cette fois-ci comme valant aussi bien pour la notion de la période actuelle que pour celle de la période précédente : « Aujourd'hui comme hier, l'administration ne peut pas être définie de façon principalement *fonctionnelle*, c'est-à-dire *matérielle*. On ne peut pas par exemple la définir comme l'*activité de service public* ou l'*activité de maintien de l'ordre public* » (40-41) (3).

(1) Il est clair que l'idée qu'un acte donné est un acte d'exécution ou exécutif de quelque règle ou norme a bien trait au fond de cet acte ; mais, en même temps que, considérée d'un point de vue très formel (au regard de la logique), elle le caractérise, non pas de façon purement intrinsèque, mais par sa relation avec cette donnée à lui extérieure qu'est la règle ou bien la norme d'espèce (ceci intéresse tout particulièrement les cas où il s'agit d'un « acte matériel » de réalisation d'une norme, par exemple d'une décision juridictionnelle) par lui « exécutée » et dont il suppose donc l'existence préalable.

(2) Italiques du texte.

(3) Italiques du texte.

Il s'agirait donc b
— si elle comporte
deux au total —, et
gènes : si la notion e
exclusivement ou en
tionnel » ou « maté
serait selon lui que
ne voit pas bien po
ses idées à leur expo
la définition constitu
palement organique

3. — Cette premi

a) D'abord à une

L'idée que, de p
pourrait être « princ
en soi inacceptable.
formule qui exprime
par hypothèse, une
et en ce sens au mêm
riser l'essence de l'ob
accessoires, c'est qu
mais seulement, sans
que la définition où
abondance, si l'on
superflus, donc de
correcte, aucun élém
autre (Il ne faut pa

(4) Quoi qu'il en soi
conceptions que se rat
le plan des idées (et no
comme fondamental e
31, n° 19 ; 33, n° 24 ; 3
cipalement matérielle »
sivement ou purement
de conséquence, le dro
nence au point de vue
matériel ne doivent-ils
sidaire ». Et ceci serai
sur la base du service
va même jusqu'à parl
(français) et la concept
public » : le système d
mentales et le climat r
profonde de la crise qu
la notion de service pu
droit administratif ».

Il s'agirait donc bien, comme nous l'avons indiqué, d'une notion complexe — si elle comporte un élément principal, c'est qu'elle en comporte au moins deux au total —, et ces deux éléments (au minimum) seraient bien hétérogènes : si la notion est « principalement organique », c'est qu'elle ne l'est pas exclusivement ou entièrement, mais comprend au moins un élément « fonctionnel » ou « matériel » (selon les idées de l'auteur), mais cet élément ne serait selon lui que secondaire ou subalterne. Notons en passant que l'on ne voit pas bien pourquoi l'auteur a préféré une formulation négative de ses idées à leur expression positive et directe, qui eût été incontestablement : la définition constitutionnelle de l'administration est une définition principalement organique ou formelle (4).

3. — Cette première image se heurte à plusieurs séries d'objections.

a) D'abord à une objection de logique formelle élémentaire :

L'idée que, de plusieurs éléments constitutifs d'une définition, l'un pourrait être « principal », avoir une manière de priorité sur les autres, est en soi inacceptable. Tous les éléments d'une définition — c'est-à-dire « d'une formule qui exprime l'essentiel de l'essence d'un sujet » (Aristote) — ont, par hypothèse, une égale importance, tous sont également indispensables et en ce sens au même rang, parce qu'ils contribuent tous également à caractériser l'essence de l'objet ou concept ; si l'on déclare certains secondaires ou accessoires, c'est qu'ils n'ont en vérité pas leur place dans la définition — mais seulement, sans doute, dans des explications s'y rapportant —, c'est que la définition où on les inscrit est structurellement défectueuse, par surabondance, si l'on peut dire, c'est-à-dire comme contenant des éléments superflus, donc de présence injustifiée. Dans une définition parfaitement correcte, aucun élément n'est plus décisif, aucun moins décisif, qu'aucun autre (Il ne faut pas confondre l'ordre d'énumération des éléments, leur

(4) Quoi qu'il en soit, c'est à cette première façon de voir et analyser ses propres conceptions que se rattache le chef de condamnation intrinsèque, c'est-à-dire sur le plan des idées (et non plus de la terminologie des textes) que Georges Vedel retient comme fondamental contre la doctrine du service public (E. D. C. E., 27, n° 13 ; 31, n° 19 ; 33, n° 24 ; 34, n° 26) : la notion de service public serait une notion « principalement matérielle », « essentiellement matérielle », — il ne dit donc pas : exclusivement ou purement matérielle ; or le droit constitutionnel français, et, par voie de conséquence, le droit administratif positif « donnent une incontestable prééminence au point de vue *formel* ; (sans doute) les critères et les notions de caractère matériel ne doivent-ils pas être négligés, mais (ils) (n')ont (qu')un caractère subsidiaire ». Et ceci serait la raison pourquoi « la construction du droit administratif sur la base du service public... cadre(rait) mal avec notre droit positif » : l'auteur va même jusqu'à parler du « divorce profond entre les principes constitutionnels (français) et la conception du droit administratif adoptée par l'« école du service public » : le système du service public serait « en rupture avec les notions fondamentales et le climat même de notre droit constitutionnel » ; telle serait « la raison profonde de la crise qui l'a frappé », — c'est-à-dire la raison profonde pour laquelle la notion de service public ne saurait être « la notion fondamentale et suprême du droit administratif ».

ordre de succession dans la formule de définition, avec un ordre d'importance décroissante : cet ordre est lié à de tout autres facteurs, — qu'il n'y a pas lieu de préciser ici).

Il n'est donc pas légitime, il n'est pas rationnellement admissible de parler de définitions ou de notions « principalement formelles » ou « principalement matérielles » (pour nous en tenir ici à ce couple classique en doctrine) ; l'idée vraie, dans le cadre où nous raisonnons, c'est que certaines définitions ou notions sont — exclusivement — formelles, ou — plus spécialement — exclusivement organiques ; d'autres au contraire sont — exclusivement — matérielles ; ce sont là les deux sortes de définitions qualitativement simples (selon les conceptions traditionnelles, que Georges Vedel partage (cf. *infra*, n° 9) ; mais à côté d'elles existe une troisième sorte, ou un second genre : ce sont les définitions ou notions mixtes ou composites, pour partie matérielles, pour partie formelles (on dira, de façon assez courante, parce que brève : mi-formelles mi-matérielles). Mais, dans ce dernier type, si la définition satisfait à l'exigence qui vient d'être rappelée, les deux éléments sont d'un rang parfaitement égal.

b) En second lieu, elle introduit dans la pensée de l'auteur une forte contradiction : d'abord définissant, en cours de route, ses prémisses et ses visées, l'auteur proclame en somme (D. A., 40) qu'en matière de typologie des actes étatiques, seules sont valables, parce que seules « fonctionnelles », les analyses, classification et définition des classes d'après le régime des actes, c'est-à-dire d'après les règles qui les régissent.

Comment peut-il, dans le même temps, affirmer que dans ses deux notions successives de l'administration c'est un élément organique ou formel qui est le principal ? Et non l'élément, ou un élément de régime ? N'est-ce pas un singulier paradoxe ? Les deux idées ne sont-elles pas « inaccordables » ? N'est-il pas clair qu'une notion de régime ne peut pas être définie de façon accessoire seulement par un élément de régime ?

Il faut même aller beaucoup plus loin : en vérité, une définition de régime ne peut — par hypothèse — se composer que d'éléments de régime exclusivement. On ne peut pas admettre l'idée d'une définition de régime de caractère mixte, c'est-à-dire mi-organique mi-régime. Comment les éléments ne seraient-ils pas homogènes au tout ?

En second lieu, si l'élément organique ou formel — il s'agit d'actes émanant d'un élément de l'appareil appelé « pouvoir exécutif » — était principal, sinon même décisif, on comprendrait mal — que ce soit d'ailleurs pour 1875-1958 ou pour la période actuelle — le corollaire primordial — théoriquement et pratiquement — de la définition de l'administration « par rapport au régime administratif », selon l'expression même de l'auteur, à savoir l'affirmation du caractère non-administratif de la gestion privée (laissons de côté les « actes de gouvernement », pour lesquels la même observation vaudrait cependant), alors que, dans au minimum une partie considérable du domaine de cette « gestion privée », on ne songera pas réellement à contester que ses agents fassent partie de l'appareil administratif des personnes publiques (cf. *supra*, 26).

En vérité, c'est-à-dire en fait, c'est donc — en accord, sinon avec ses commentaires, du moins avec ses véritables prémisses — sur l'élément régime

de l'action que l'auteur agent de l'action (5) (6)

Et ceci n'est pas également pour celles public — législation, ju (cf. *supra*, n° 10).

4. — B) Beaucoup définition que donne G radicale que celle-ci, el mellement, que cette de d'un seul et unique élé « formel ou organique fonctionnels ou matéri de définition, à côté et en par ce dernier, dépende en somme réductibles.

Dépendance ou inhérence de rapport quelque peu de l'auteur qui, dans ses les considérant donc co même conclusion : l'élé élément de la définition c'est-à-dire à l'élément en vérité l'unique élément

Sans doute, explique ce terme) (car il paraît c tiquement fonctionnel, d l'élément « procédé de publique est « indispen (E. D. C. E., 41, titre et Mais, en l'ajoutant à l'élé le Gouvernement — au exactement, préciser « la

(5) Voir par exemple ce — et, ajoute-t-il, qu'il res règlements et des actes ad calement différent de cel (des) autorités judiciaires »

(6) D'ailleurs, s'il ne s'a « Les juridictions administr et d'appliquer le droit adm être tranchés par le Conseil tratif » ne peut évidemmen nistration, puisqu'en droit ne songerait à le contester nistratifs selon cette dern sur la base soit de législati privé.

de l'action que l'auteur met l'accent le plus fort, — et nullement sur l'élément agent de l'action (5) (6).

Et ceci n'est pas vrai seulement pour la notion d'administration, mais également pour celles des autres « activités » étatiques à régime de droit public — législation, juridiction, actes de gouvernement — qu'il en distingue (cf. *supra*, n° 10).

4. — B) Beaucoup plus surprenante est la seconde vision de sa propre définition que donne Georges Vedel côte à côte avec la première. Bien plus radicale que celle-ci, elle tend à établir, même si elle ne le déclare pas formellement, que cette définition donne une notion simple, c'est-à-dire formée d'un seul et unique élément, ... cet élément étant, bien entendu, l'élément « formel ou organique ». Et en effet, soutient alors l'auteur, les éléments fonctionnels ou matériels, qui sans doute sont explicités dans la formule de définition, à côté et en plus de l'élément organique, ou bien sont commandés par ce dernier, dépendent de lui, ou bien même y sont inhérents, c'est-à-dire en somme réductibles.

Dépendance ou inhérence, ce sont, nous semble-t-il, deux formules et types de rapport quelque peu différents ; mais tel ne paraît pas être le sentiment de l'auteur qui, dans ses explications, passe continuellement de l'une à l'autre, les considérant donc comme interchangeableables, au service toutes deux de la même conclusion : l'élément fonctionnel ou de régime n'est pas un second élément de la définition qui viendrait, distinct de lui, s'ajouter au premier, c'est-à-dire à l'élément organique ; celui-ci resterait donc bien finalement en vérité l'unique élément de la définition.

Sans doute, explique l'auteur, l'élément fonctionnel (en un sens large de ce terme) (car il paraît oublier ici l'autre élément fonctionnel, le plus authentiquement fonctionnel, de sa définition, — l'« activité d'exécution des lois »), l'élément « procédé de puissance publique » ou exercice de la puissance publique est « indispensable dans la construction du droit administratif » (E. D. C. E., 41, titre et n° 39 ; 40, n. 39 ; 40, n. 3 ; 44, 1^{er} alinéa ; 45 sq.). Mais, en l'ajoutant à l'élément organique — le « pouvoir exécutif » (c'est-à-dire le Gouvernement — au sens large —), on ne ferait que « compléter, ou, plus exactement, préciser « la notion de pouvoir exécutif » (*ib.*), que « confirmer

(5) Voir par exemple cette proposition que le régime des lois était avant 1958 — et, ajoute-t-il, qu'il reste depuis 1958 — « séparé par un abîme (de celui) des règlements et des actes administratifs en général », comme il est par ailleurs « radicalement différent de celui des activités juridictionnelles, notamment de celles (des) autorités judiciaires » (D. A., 37 et 41).

(6) D'ailleurs, s'il ne s'attachait pas à cet élément-là, il ne pourrait pas écrire : « Les juridictions administratives ont pour mission de juger les litiges administratifs et d'appliquer le droit administratif... Tous les procès administratifs sont ou peuvent être tranchés par le Conseil d'État » (D. A., p. 11¹ et 11², italiques de nous) « Administratif » ne peut évidemment pas signifier ici intéressant ou mettant en cause l'Administration, puisqu'en droit positif commun, c'est-à-dire jurisprudentiel — personne ne songerait à le contester ou à le méconnaître — toute une partie des litiges administratifs selon cette dernière acception sont jugés par les tribunaux judiciaires sur la base soit de législations de droit administratif, soit même de règles du droit privé.

(la) définition (organique, c'est-à-dire par l'élément « pouvoir exécutif ») et en préciser l'application » ; et, par conséquent, tout en paraissant s'ajouter à la donnée organique, « le critère de la puissance publique ne serait en vérité et au fond rien de plus qu'un simple corollaire, un corollaire nécessaire du critère « pouvoir exécutif », où il serait inclus ; il ne s'agirait en réalité que de deux « aspects » (cf. *ib.*, 49, nos 58 et 59 : « le premier aspect », « le second aspect ») d'un seul et même critère : il n'y a donc pas, quand on dépasse les apparences, appel à deux critères, mais bien à un seul et unique, — le critère organique.

Citons encore : « ... L'utilisation de l'idée de puissance publique cumulativement avec celle de pouvoir exécutif ne fait pas appel à deux critères, mais à un seul. En effet, la notion de puissance publique ne s'ajoute pas à celle de pouvoir exécutif comme une condition supplémentaire ; elle n'est que l'explication et le prolongement de l'idée de pouvoir exécutif » (7).

L'administration et le droit administratif sont donc bien définis par « une idée unique » (E. D. C. E., 46, n° 51) (8).

5. — Nous nous avouons incapable d'engager une discussion sur des notions ou termes aussi peu précis que ceux qui sont utilisés pour « démontrer » que deux ou trois éléments d'ordre hétérogène n'en font finalement qu'un seul. Est-elle vraiment recevable — au sens de la procédure — l'idée qu'une notion organique ou formelle — c'est ici celle de « pouvoir exécutif », au sens institutionnel naturellement — pourrait receler dans ses flancs des éléments fonctionnels ou matériels — but et moyens de l'action de ce « pou-

(7) Cf. cette curieuse formule où les deux « images » que nous distinguons dans la pensée de l'auteur sont curieusement mélangées : « l'administration, le droit administratif et la compétence du juge administratif se définissent principalement d'un point de vue formel, et, par une précision complémentaire, d'un point de vue matériel », et surtout ces autres phrases qui nous feraient penser à une sorte de manipulation alchimique : lorsqu'ils agissent en gestion privée, « le contenu de l'activité (des organes rattachés au pouvoir exécutif) est le *signe* » qui permet de reconnaître si, dans ce cas, leur qualité d'organe(s) du pouvoir exécutif (au sens de la Constitution) subsiste... Le point de vue matériel vient ici au secours du point de vue formel, à titre subsidiaire, comme « un moyen de reconnaissance » (E. D. C. E., 46, n° 52 ; mots en italiques dans le texte). N'est-ce pas une bien étrange idée que celle d'un critère (c'est le mot employé par l'auteur pour ce qui est en vérité problème de définition) qui aurait besoin d'un « signe » jouant le rôle de « moyen de reconnaissance » ... de sa propre présence, — ce qui revient à dire : l'idée d'un critère... du critère ?

(8) Il paraît bien difficile de concilier cette proposition avec cette profession de foi catégorique : pour demeurer fidèle aux prémisses constitutionnelles qui le fondent « notre droit administratif doit se construire sur *les notions* de pouvoir exécutif et de puissance publique » (21, n° 1 ; italiques de nous) et qui est reprise dans le *Droit administratif* (46) : « Sous l'empire de la Constitution de 1875 et de la Constitution de 1946, l'Administration pouvait être définie par référence à la loi et à l'aide *des notions* de pouvoir exécutif et de puissance publique ». Citons enfin cette formule qui est le plus flagrant démenti à toutes les tentatives de réduction à l'unité : avant 1958, « on pouvait... définir l'administration comme l'exercice du pouvoir exécutif sous un régime de puissance publique » (D. A., 21-4°).

voir » —, qu'un ac
à la lumière du jour

En vérité, l'auteu
d'idées impossibles,
d'une foi organicien
cipalement » à l'« ex

... A quoi est ven
« critère unique »
mais il n'importe)

élément, et — symé
complexe, c'est-à-din

En vérité, un crit
ne l'est un critère sin

6. — La preuve
le fonctionnel dans
en effet déjà la thè
objection d'ordre ra
des deux éléments
applicabilité à cet a
faite conscience du
c'est-à-dire du fait d
d'actes de l'appareil
Georges Vedel vers l
fût condamnée sans
corrélation l'était dé
avis un peu nébuleu
laquelle on cédait.

Comment la défini
élément organique,
agents de cette acti
incontestable et écla
donnée comme le fo
décide pas à lui seu
laisse possible leur s
— régime administr
En d'autres termes, l
gouvernemental-adm
signifie pas que cet a
être fondé à souten
de l'appareil Gouv
administratif. Mais c
ressort pleinement d
ses positions, surtou
à la thèse de la co
Georges Vedel, c'est
coïncide pas avec l'a
il s'en faut ; ou inve
signifie absolument p

ent « pouvoir exécutif ») out en paraissant s'ajouter publique ne serait en vérité un corollaire nécessaire du ne s'agirait en réalité que « premier aspect », « le second pas, quand on dépasse les seul et unique, — le critère

issance publique cumulatiappel à deux critères, mais ue ne s'ajoute pas à celle élémentaire ; elle n'est que ir exécutif » (7).

onc bien définis par « une

une discussion sur des utilisés pour « démontrer » en font finalement qu'un procédure — l'idée qu'une « pouvoir exécutif », au élérer dans ses flancs des ns de l'action de ce « pou-

que nous distinguons dans « l'administration, le droit e définissent principalement mentaire, d'un point de vue ient penser à une sorte de ivée, « le contenu de l'activité » qui permet de reconnaître cutif (au sens de la Consti- u secours du point de vue naissance » (E. D. C. E., 46, e bien étrange idée que celle qui est en vérité problème rôle de « moyen de recon- à dire : l'idée d'un critère...

ition avec cette profession es constitutionnelles qui le sur les notions de pouvoir de nous) et qui est reprise onstitution de 1875 et de la finie par référence à la loi ce publique ». Citons enfin les tentatives de réduction ation comme l'exercice du » (D. A., 21-4°).

voir » —, qu'un accouchement sans douleur permettrait de faire accéder à la lumière du jour ?

En vérité, l'auteur n'aurait pas été irrésistiblement poussé vers ce monde d'idées impossibles, s'il n'avait cédé — dans les passages cités — à l'appel d'une foi organicienne pure et dure, — ainsi s'explique son passage du « principalement » à l'« exclusivement ».

... A quoi est venu s'ajouter le fait qu'il paraît avoir identifié ici l'idée de « critère unique » (pour nous, il s'agit, plus profondément, de définition, mais il n'importe) et celle de critère simple, c'est-à-dire formé d'un seul élément, et — symétriquement — celle de « critère double » et celle de critère complexe, c'est-à-dire formé de l'adjonction de deux ou plusieurs éléments.

En vérité, un critère complexe n'est pas moins un « critère unique » que ne l'est un critère simple.

6. — La preuve concrète la plus décisive de cette impossibilité d'inclure le fonctionnel dans l'organique résulte du droit positif. Celui-ci condamne en effet déjà la thèse plus modérée et qui ne se heurterait, elle, à aucune objection d'ordre rationnel, de la corrélation ou concomitance constantes des deux éléments qualité d'organe administratif de l'auteur d'un acte et applicabilité à cet acte du régime administratif. On peut penser que la parfaite conscience du flagrant désaccord de cette thèse avec le droit positif, c'est-à-dire du fait de la pluralité des régimes applicables à diverses catégories d'actes de l'appareil Gouvernement-Administration, a contribué à pousser Georges Vedel vers la thèse bien plus extrême de l'« inclusion », bien qu'elle fût condamnée sans appel *a priori* du seul fait que la thèse modérée de la corrélation l'était déjà, — mais le recours à des formules et termes à notre avis un peu nébuleux empêchait de sentir cette manière de fuite en avant à laquelle on cédait.

Comment la définition de l'administration pourrait-elle se réduire au seul élément organique, c'est-à-dire à la seule indication ou qualification des agents de cette activité, alors que le droit positif fait apparaître de façon incontestable et éclatante — il va de soi que Georges Vedel enregistre cette donnée comme le font tous les administrativistes — que cet élément ne décide pas à lui seul du régime applicable aux actes de ces agents, mais laisse possible leur soumission soit à l'un soit à l'autre de plusieurs régimes — régime administratif, régime d'acte de gouvernement, gestion privée ? En d'autres termes, le seul fait que l'auteur d'un acte appartienne à l'appareil gouvernemental-administratif n'entraîne pas de plein droit, et donc ne signifie pas que cet acte relève du régime administratif. L'auteur était peut-être fondé à soutenir que seuls *des* actes ou actions émanant d'un organe de l'appareil Gouvernement-Administration étaient assignés au régime administratif. Mais d'une condition nécessaire, il n'était pas fondé — cela ressort pleinement de ses propres développements et de l'essence même de ses positions, surtout de celle qui concerne la gestion privée — à passer à la thèse de la condition suffisante. L'action administrative au sens de Georges Vedel, c'est-à-dire l'action soumise au régime administratif, ne coïncide pas avec l'action de l'Administration, du « pouvoir exécutif », — il s'en faut ; ou inversement, si l'on préfère : action de l'Administration ne signifie absolument pas action soumise au « droit proprement administratif » ;

en ce sens, qui paraît bien celui qu'adopte l'auteur, tout en ne s'en expliquant pas de façon formelle et catégorique, l'élément action de l'administration n'est nullement « spécifique de l'administration », — définie toujours comme on vient de le rappeler (9). La donnée régime ne découle nullement de façon automatique, pour ainsi dire, de la donnée auteur de l'acte.

Il n'était donc pas, il ne pouvait pas être question, en l'état incontesté du droit positif dans la période antérieure à 1958, que la donnée organique pût être considérée comme l'élément unique et décisif de la définition de l'administration en vertu des lois constitutionnelles de 1875 ni de la Constitution de 1946, dès lors que les actes de l'appareil Administration, ou, pour préciser : Gouvernement-Administration, ne se voyaient pas soumettre tous, *ipso facto* et comme d'office et de plein droit, au régime administratif : cette donnée, qui était strictement de droit positif, suffisait à établir — en termes formels — que le régime des actes des organes étatiques de ce groupe, de lui en tout cas, n'était absolument pas déterminé par le fait qu'ils étaient précisément actes de ces organes, qu'ils les avaient pour agents ou auteurs. Qualité de l'organe et régime de ses actes étaient deux données indépendantes l'une de l'autre, non-corrélatives.

7. — A l'ensemble des arguments précédents, on pourrait d'ailleurs ajouter cette autre réflexion toute simple, qui serait décisive à elle seule, que s'il était vrai que la définition 1875-1958 avait eu une base et un contenu d'ordre simplement et purement organique, on ne voit pas ce qui aurait pu en imposer l'abandon en 1958 ; tous les administrativistes pensent et enseignent que ce fut l'innovation des articles 37 et 34 en tant qu'elle touchait les pouvoirs normateurs du Gouvernement, donc une règle sur son action, et nullement une ou plusieurs règles nouvelles portant sur la structure ou l'organisation de ce Gouvernement.

B. — *La notion 1958.*

8. — C'est une bien autre et plus forte surprise que réserve au lecteur du *Droit administratif* la définition relative à la Constitution de 1958.

En s'y reportant (cf. *supra*, Titre I, Section II, n° 8) on constatera :

- qu'il s'agit d'une définition simple, — par un seul élément (on expliquera et justifiera cette assertion dans un instant) ;
- et que cet élément est un élément de régime.

(9) Il ressort du texte qui a été cité comme base de cette discussion que, pour l'auteur, ce terme « spécifique » ne signifie pas simplement que seuls des actes du Gouvernement-Administration présentaient dans cette période un caractère administratif, parce que seuls des actes de ces organes relevaient du régime administratif, — thèse qui était soutenable et vraie en tout cas à peu de chose près, et qui d'ailleurs le resterait aujourd'hui (comme on le verra par la suite), mais bien, ce qui va beaucoup plus loin, que cette donnée des auteurs de l'acte suffisait à caractériser à elle seule les actes d'administration, c'est-à-dire à en déterminer la qualité.

L'élément org
à l'action, bien e
(Gouvernement
relevait d'un ce
éliminé ! En ce s
nistration n'est
étatiques, à cet
contraire, on l'a
s'étendre à l'act
concerne que les
organes nationa

L'Administrat
nistration. La r
l'administration
agents de l'Adm
Telle est la d
1958 de la défini
de la « théorie

C'est bien à ce
qui, en réalité, à
— définissent to
nistration et le d
tration, — le rég

Conclusion, ou
de ses explicatio
comme valables
première évident

Aux citations
celle-ci qui vise
de 1958 (mais il

« Aujourd'hui
principalement
de l'administrati
le fait que, d'un
confiée au Présid
et organes qu'ils

D'après cette
pas envisager u
et avant tout d
nement-Adminis
donc être actes a

(10) Cf. encore
de (ses) devanciè
mentale... » (*ib.*)
que l'auteur veut
s'orientant ainsi v
la malheureuse dér

L'élément organique, — celui qui commençait par limiter l'administration à l'action, bien entendu : à une partie de l'action, de la seule Administration (Gouvernement compris, en tant qu'autorité administrative), celle qui relevait d'un certain régime — n'y figure même plus : il a disparu, il est éliminé ! En ce sens qu'au regard de cette « formule 1958 » la notion d'administration n'est plus réservée à ce seul groupe, à cette seule espèce d'organes étatiques, à cette seule branche de l'appareil gouvernant, mais s'étend au contraire, on l'a vu, ou tout au moins est présentée comme susceptible de s'étendre à l'activité de tous les organes étatiques (en fait, la question ne concerne que les seuls organes de l'État au sens restreint, c'est-à-dire les organes nationaux).

L'Administration a donc cessé d'être l'agent exclusif et unique de l'administration. La relevance du régime administratif — qui définit vraiment l'administration (selon l'auteur) — n'est plus limitée aux seuls organes ou agents de l'Administration.

Telle est la donnée essentielle qui différencie, à cet égard, la définition 1958 de la définition 1875-1958, au terme de la « Synthèse » qui clôt l'exposé de la « théorie des bases constitutionnelles du droit administratif ».

C'est bien à cette conclusion que conduisent ces formules finales, — celles qui, en réalité, à notre avis, — mais qui n'est pas le point de vue de l'auteur — définissent tout ensemble, sans les séparer, et la notion essentielle d'administration et le domaine d'application du régime définitif de cette administration, — le régime administratif.

Conclusion, ou plutôt constatation, surprenantes ? Certes ; car, au seuil de ses explications, l'auteur avait présenté ses « affirmations organiciennes » comme valables après 1958 aussi bien qu'avant. Elles demeuraient vérité première évidente et fondamentale selon le droit public français.

Aux citations faites précédemment (v. *supra*, n° 4 A), ajoutons simplement celle-ci qui vise plus spécialement l'état des choses depuis la Constitution de 1958 (mais il faut reprendre la phrase déjà citée qui la précède) :

« Aujourd'hui comme hier, l'administration ne peut être définie de façon principalement fonctionnelle, c'est-à-dire matérielle... Ce qui est spécifique de l'administration, ce n'est pas le *contenu* des tâches qu'elle implique, mais le fait que, d'un point de vue *formel* ou *organique*, il s'agit d'une activité confiée au Président de la République ou au Premier Ministre et aux autorités et organes qu'ils dirigent ou contrôlent » (D. A., 40 A) (10).

D'après cette déclaration de principe, on ne pouvait certes absolument pas envisager un seul instant l'idée que des actes quelconques d'organes et avant tout d'autorités étatiques n'appartenant pas à l'appareil Gouvernement-Administration pourraient être soumis au régime administratif, et donc être actes administratifs.

(10) Cf. encore : « ... sous l'empire de la Constitution actuelle comme sous celui de (ses) devancières, l'administration est une activité exclusivement gouvernementale... » (*ib.*) (il est vrai que la suite de la phrase et du passage fait ressortir que l'auteur veut opposer ici les actes d'après leur fond, et non par leur auteur, s'orientant ainsi vers la confusion d'idées qui a inspiré il y a quelque trente ans la malheureuse dénomination d'« actes mixtes » pour les actes dits de gouvernement).

Et voici qu'au terme du parcours, l'auteur vient déclarer qu'en principe et de droit commun, c'est-à-dire sauf dérogation résultant d'une disposition expresse, le régime administratif peut prétendre à l'empire sur tous les actes de tous les organes, — disons, en nous référant aux conceptions classiques des publicistes de droit positif : sur tous les actes de toutes les espèces, de tous les groupes d'organes étatiques, même des organes « non-administratifs ».

Il est donc bien vrai que la qualité organiquement administrative des agents auteurs des actes — juridiques ou « matériels », il n'importe — ne rentre plus, selon Georges Vedel, dans la définition 1958 de l'administration, dans la détermination du domaine d'application du régime administratif, selon notre façon de voir.

Et par conséquent, si cette position finale de l'auteur a ce grand mérite de se retrouver d'accord avec cette vue élémentaire et fondamentale qu'une notion ou définition de régime ne peut être constituée que de données relatives à ce régime — et par conséquent de se retrouver d'accord avec la visée initiale de l'auteur (cf. *supra*, n° 3, b) —, il n'empêche qu'elle est absolument antithétique à ses professions de foi organiciennes, elle les contredit, elle les dément et les annule purement et simplement, sans que l'auteur paraisse s'en douter ; répétons-le, car la surprise est de taille, à peine croyable pour le lecteur un peu... pressé : dans la définition 1958, l'élément organique ne figure absolument pas, en tant que permettant d'individualiser l'administration au sein du genre activités étatiques.

9. — C'est donc bien à tort que Georges Vedel affirme que, dans sa définition de 1958, comme dans celle qui l'avait précédée (puisque, pour lui, il s'agit de la définition, et non du critère), la caractéristique de l'administration se réduirait à un seul élément, — l'élément d'ordre organique, ou qu'en tout cas cet élément y demeurerait prépondérant et primordial ; comme on l'a dit, et au sens que l'on a précisé, cet élément n'y figure même plus ; il ne joue plus aucun rôle, du moins apparemment (... car, comme cela était inévitable, il est réintroduit sous le manteau des prétendues dérogations au principe).

Ce sont ses propres formules sur l'administration qui sont incompatibles avec son affirmation première que l'élément organique — le fait qu'elle serait l'activité (au plan global d'une imputation) du Gouvernement-Administration — serait « spécifique de l'administration ».

10. — Comment un juriste aussi avisé que Georges Vedel a-t-il pu être induit à schématiser l'image de l'une comme de l'autre de ses deux définitions successives de l'administration d'une façon qui en oublie en fait l'intention essentielle et en déforme pareillement la véritable figure ? Il paraît intéressant de se poser la question, parce qu'elle met en cause des idées importantes. On suggérera — à titre d'hypothèse plausible, simplement — que ce serait par l'emprise concurrente de deux idées d'ailleurs extrêmement répandues chez les publicistes, et cependant tout à fait erronées à notre avis, — deux idées qu'il faut donc énoncer et dénoncer :

1^o La majorité des publicistes ne veut distinguer en matière d'actes étatiques, comme d'ailleurs d'actes juridiques en général, que deux types ou en tout cas que deux types simples de définitions et notions : d'une part,

celles qui s'attachent de l'acte ; procédure contraire à des éléments fonctionnels — : fo le « point de vue formel des deux seuls, du ch en la matière. D'où écarter, pour un con pour « matérielle », « formelle », comme on est inévitablement

Cette façon de voir sième terme d'altern a déclaré opter et po ce sont les « définition simple à fixer qu'on pe des actes et la déterm les « actes juridiques » juridique — sont assu de leur régime juridique comme des données s sinon secondaire, p mine ce qu'ils pouvaie de saisir l'idée vedéli drons par régime jurio l'« autorité » (comme l' Or, le « régime juridi voudraient les assertio retenir — un élément élément « matériel », a

(11) Cependant, Marce normes juridictionnelles

(12) Quand Georges Ve par rapport aux autres a renciée par son contenu, ment à un contenu d'ordr publics ; c'est dans cette 18², 41¹, notamment), qu juridiction à l'une d'entre aux deux, mais il n'impo

Ajoutons cependant qu comme firent ou font ce parfaitement légitime s'ils général ou théorie de l'Éta il s'en faut que ceci soit le non plus, en tant qu'il s'ag juridiques, sur le caractèr caractère ne peut, bien év à-dire poseurs de normes,

celles qui s'attachent à des éléments organiques ou formels — organe-auteur de l'acte ; procédure de l'acte — ; d'autre part, celles qui s'attachent au contraire à des éléments matériels ou — appellation plus rarement employée — fonctionnels — : fond, contenu, nature de l'acte ; constamment, on oppose le « point de vue formel » et le « point de vue matériel » comme les deux termes, les deux seuls, du choix du principe de définition et du type de concepts en la matière. D'où s'ensuivrait bien évidemment que si l'on pense devoir écarter, pour un concept et un terme donnés, une définition que l'on tient pour « matérielle », c'est nécessairement que l'on accepte une définition « formelle », comme inversement, si l'on rejette une définition « formelle », on est inévitablement rejeté vers une définition « matérielle ».

Cette façon de voir ne nous paraît pas exacte : en vérité, il existe un troisième terme d'alternative, — celui précisément pour lequel Georges Vedel a déclaré opter et pour lequel il a bien opté en fait d'une façon générale : ce sont les « définitions de régime » ; à vrai dire, la notion n'en est pas aussi simple à fixer qu'on pourrait le croire à première vue ; et en effet, la procédure des actes et la détermination de leur fond, possible ou obligatoire, — pour les « actes juridiques » : la détermination des normes qui en seront la substance juridique — sont assurément objet de règles de droit qui sont des éléments de leur régime juridique (c'est une erreur d'optique que de penser ces éléments comme des données saisissables directement dans les actes, sans référence, sinon secondaire, pour le cas de contentieux, à une réglementation qui détermine ce qu'ils pouvaient ou devaient être). Disons simplement — cela permet de saisir l'idée vedélienne — mais très approximativement que nous entendrons par régime juridique les règles qui fixent la « valeur », la « force », l'« autorité » (comme l'auteur dit de préférence) attachées aux normes posées. Or, le « régime juridique » ainsi défini n'est certainement pas — comme le voudraient les assertions de Georges Vedel sur la nature des « critères » à retenir — un élément d'ordre formel (11) ; mais il n'est pas davantage un élément « matériel », au sens qu'il donne à cet adjectif (12). C'est tout autre

(11) Cependant, Marcel Waline lui aussi donne l'autorité de chose jugée des normes juridictionnelles comme un critère purement « formel » (*Précis*, p. 11, n° 5).

(12) Quand Georges Vedel écrit que l'administration ne peut pas être caractérisée par rapport aux autres activités étatiques, c'est-à-dire ne peut pas en être différenciée par son contenu, par son fond, matériellement, il songe en fait essentiellement à un contenu d'ordre « politico-social » : tâches de police, et tâches de services publics ; c'est dans cette perspective-là qu'il souligne, à très juste titre (*D. A.*, 18², 41¹, notamment), que la législation concourt elle aussi à ces deux tâches, et la juridiction à l'une d'entre elles en tout cas, — sans doute pourrait-on dire justement : aux deux, mais il n'importe ici de prendre parti.

Ajoutons cependant qu'il va de soi pour l'auteur — qui ne construit pas en l'air, comme firent ou font certains « théoriciens supra-positifs » (leur position serait parfaitement légitime s'ils se plaçaient délibérément au point de vue du droit public général ou théorie de l'État, — et non au point de vue du seul droit français, mais il s'en faut que ceci soit le cas pour tous) — que la différenciation ne se fonde pas non plus, en tant qu'il s'agit de ces actes de première importance que sont les actes juridiques, sur le caractère individuel — ou particulier — des normes posées (Ce caractère ne peut, bien évidemment, concerner que les seuls actes juridiques, c'est-à-dire poseurs de normes, et non les « actes matériels », catégorie « fourre-tout »

