



LE RECOURS CONTRE LE SILENCE  
DE L'ADMINISTRATION

La loi roumaine sur le contentieux administratif du 23 déc. 1925, dont cette Revue a publié la traduction (1927 pag. 58) dispose dans son article 1 : „Celui qui se prétend lésé dans ses droits par un acte administratif d'autorité, fait en violation des lois et règlements, ou par la mauvaise volonté des autorités administratives à solutionner une demande concernant un droit, peut s'adresser pour la reconnaissance de ce droit aux instances judiciaires ci après”.

Le lecteur que son ignorance de la langue roumaine prive des éclaircissements que lui apporteraient la doctrine et la jurisprudence éprouve sur la portée exacte de ce texte certaines hésitations et notamment celle-ci <sup>1)</sup> :

Que faut-il entendre par cette „mauvaise volonté des autorités administratives à solutionner une demande, concernant un droit” ?

Une note du traducteur de la loi de 1925, Mr. Vermeulen, signale que ce texte est inspiré de la loi de 1912 sur l'organisation de la Cour de Cassation, laquelle parlait du recours „contre le refus des autorités administratives de solutionner” ... et que dans les travaux préparatoires de la loi de 1912, il a été indiqué que ce refus „devait être considéré comme un acte de mauvaise volonté. „Le législateur de 1925 au lieu de reprendre le texte de l'ancienne loi, a reproduit l'expression qualificative des travaux préparatoires”. Ce renseignement ne dissipe pas l'incertitude éprouvée sur la portée exacte de la loi de 1925 par qui n'en connaît rien de plus que le texte même. En parlant du „refus” de l'autorité administrative de solutionner, la loi de 1912 semblait suggérer que pour que le recours fût possible il fallait un „refus”, donc une décision négative prise par l'administration, une fin de non recevoir exprimée par elle. En parlant de „la mauvaise volonté de l'administration à solutionner” la loi de 1925 s'est elle placée à ce point de vue (en le supposant fondé) ? ou bien

1) Nous laissons de côté la question de savoir dans quels cas, au sens de la législation roumaine, il existe chez les administrés un „droit” dont la lésion fournit matière à un recours contentieux et aussi ce qu'il faut entendre par „acte d'autorité”.

cette expression a-t-elle une portée plus large et doit elle être entendue comme englobant l'absence de toute réponse de l'administration à la demande qui lui a été adressée. En un mot la loi roumaine admet-elle le recours contre l'inaction, l'abstention, le silence de l'administration <sup>1)</sup>?

Peut être la question est elle oiseuse, parceque résolue dans un

1) La loi sur le contentieux administratif de 1925 est intervenue en application de l'art. 107 de la Constitution du 29 mars 1923. Or les différentes traductions françaises de la Constitution n'emploient pas les mêmes termes pour exprimer le principe posé par l'art. 107 : que peut recourir aux instances judiciaires celui qui est lésé dans son droit...

„soit par la *mauvaise volonté* des autorités administratives à *satisfaire* à sa demande relative à un droit" ; (traduction du ministère des Affaires Étrangères de Roumanie ; „Revue du droit public", 1925, p. 286).

„soit par le *mauvais vouloir* opposé par les autorités administratives à la *satisfaction* d'une demande relative à un droit („Mirkin-Guëtzewich, Les constitutions de l'Europe nouvelle, 2-e éd., p. 294).

„soit par la *mauvaise volonté* des autorités administratives de *résoudre* une demande concernant un droit" (traduction „Revista de drept public", 1928, p. 484).

„soit par le *mauvais vouloir* des autorités administratives à *donner une réponse* à sa demande relative à un droit (Dareste-Delpech-Laferrière, „Constitutions modernes", 4-e éd., I, II, p. 373).

„soit par le *refus* par les autorités administratives de *répondre à sa requête*" (traduction de M. Botez, „Bulletin mensuel de la société de législation comparée", 1928, p. 221).

Ces différences de rédaction dont on voit la portée sur le point spécial dont s'agit ne font que trop apparaître à quel point est périlleuse la tentative de donner une traduction valable d'un texte juridique.

Les études publiées en français sur le contentieux administratif n'abordent pas directement la question. *Negulesco*, Le contentieux des actes administratifs en Roumanie, „Revue du droit public", 1910, p. 667 ; *Oliva* Le contentieux des actes administratifs en Roumanie, thèse Paris 1922 ; *Sotir Nassé*, Histoire du droit public sanctionnateur et de la juridiction administrative en Roumanie, Thèse Paris, 1924 ; *Rolland*, Contentieux administratifs roumain et contentieux administratif français, „Revista de drept public" 1928, p. 265 ; *C. Botez*, Le contentieux administratif dans la conception du législateur roumain, „Bulletin de la société mensuelle de législation comparée, 1928, p. 216". Toutefois les termes employés par ce dernier auteur porteraient à penser que le recours est possible contre le silence : „En général les tribunaux judiciaires exercent en Roumanie le contentieux de pleine juridiction comme par exemple quand l'administration *s'abstient* de satisfaire aux demandes des particuliers ou les écarte. Dans ce cas, la justice constatera l'illegalité du *refus* ou du *mauvais vouloir* de l'administration".

sens ou dans l'autre par la pratique. Dans l'ignorance où nous en sommes nous serions heureux d'avoir des précisions sur ce point et de pouvoir confronter la solution roumaine avec la notre propre : c'est la raison qui nous amène à exposer ici l'état du droit français en cette matière.

\* \* \*

L'on sait en quels termes la question se pose.

Un particulier adresse à une autorité administrative une demande fondée soit sur un droit véritable dont il se prétend titulaire (demande d'indemnité pour préjudice subi, demande de pension d'un fonctionnaire mis à la retraite), soit sur un pouvoir légal dont l'exercice, admis par la loi chez quiconque remplit certaines conditions, est toutefois subordonné à une mesure préalable de l'administration (demande d'alignement, demande en autorisation d'ouverture d'une industrie classée comme établissement dangereux de première ou seconde classe).

A cette demande l'administration oppose un refus explicite. Elle déclare qu'elle ne prendra pas la mesure sollicitée, généralement parce qu'elle dénie l'existence du droit ou de la faculté prétendus par le réclamant.

Contre ces décisions expresses de refus <sup>1)</sup> l'intéressé a la possibilité d'intenter le recours contentieux approprié à la nature de la situation dont il se prévaut.

Mais au lieu de répondre, l'administration garde le silence, un silence dont les instances du réclamant ne la font pas se départir. Elle ne dit pas : non, elle ne dit rien. Elle s'abstient de prendre la mesure sans laquelle le droit ou la faculté prétendus par le demandeur ne peuvent se réaliser.

*Contre le silence de l'administration le recours contentieux est-il possible?*

En droit français, la question se pose dans toute l'étendue du domaine ouvert à la discussion contentieuse de l'activité de l'administration : soit qu'il s'agisse du contentieux subjectif (recours de pleine juridiction) fondé sur la violation d'un droit subjectif au sens strict du mot, c. à. d. d'une situation juridique individuelle, d'un „droit acquis" appartenant au réclamant ; soit qu'il s'agisse du contentieux

1) Normalement ces décisions seront contenues dans un document écrit, mais sans que cette forme écrite soit indispensable, du moment où l'existence d'une décision, c. à. d. d'une manifestation de volonté de l'administration, est établie. Le recours pour excès de pouvoir peut être formé contre des décisions verbales.

objectif (notamment du recours pour excès de pouvoir) par lequel un particulier peut poursuivre l'annulation d'un acte administratif fait dans des conditions illégales qui, sans porter atteinte à un droit dont il serait titulaire, lèse chez lui un intérêt suffisamment accentué pour le rendre recevable à dénoncer l'illégalité commise par l'administration.

La question présente une importance pratique qu'il n'est pas besoin de souligner. L'administration, désireuse de ne pas faire droit à une demande, mais prévoyant que si elle la rejette le réclamant pourra avoir ou même aura sûrement gain de cause en justice, a un moyen extrêmement simple de paralyser le droit invoqué devant elle. Il lui suffit de ne pas répondre. Son silence fermera l'accès des tribunaux aux particuliers. La pratique prouve que lorsqu'elle dispose d'un procédé aussi commode pour se soustraire au contrôle juridictionnel, elle ne se fait pas faute d'en user.

Cette façon de faire n'a pas seulement pour effet d'infliger aux particuliers le préjudice le plus grave. Elle présente un caractère blessant et en quelque sorte injurieux. Il y a pour les particuliers quelque chose de particulièrement vexatoire dans cette attitude de l'administration qui, en parfaite mauvaise foi, leur oppose un silence invincible : renouvelez votre demande autant de fois qu'il vous plaira ; accumulez les arguments qui en établissent le bien fondé ; écrivez, faites antichambre dans mes bureaux. Je ne vous réponds pas, je ne vous répondrai pas et tous vos efforts ne prévaudront pas contre ma puissance d'inertie. *Et clamabis in deserto!*

En France, dans la presque totalité des cas, la question est aujourd'hui résolue en faveur des particuliers grâce à une loi de 1900 qui autorise le recours devant le conseil d'Etat contre le silence de l'administration prolongé pendant plus de quatre mois. Mais cette solution est relativement récente et elle présente encore certaines lacunes.

Notre but est surtout d'exposer cette réglementation actuelle ; toutefois pour mettre en mesure d'en comprendre la portée et le mécanisme, il semble utile d'indiquer la solution antérieurement admise et les raisons qui l'avaient motivée.

## I

### LE PRINCIPE AFFIRMÉ PAR LA JURISPRUDENCE 1)

#### *Pas de recours contre le silence de l'administration*

Abstraction faite de quelques textes spéciaux qui ont précédé la loi de 1900, c'est la jurisprudence qui jusqu'à cette date a seule réglé la

1) *Labayle*, La décision préalable condition de formation du contentieux administratif. Thèse, Paris, 1907. *Perrical de Chamard*, Le recours contre le déni de l'administration. Thèse, Paris, 1911.

question. Elle l'avait résolue en posant comme principe général qu'il n'était pas de recours possible contre le silence de l'administration. Le conseil d'Etat le répétait invariablement „Considérant qu'aucune disposition de loi ou de règlement n'autorisait le requérant à se pourvoir directement contre le refus d'autorisation qu'il prétendait résulter implicitement du silence gardé par le préfet sur une demande en autorisation de travaux à une propriété privée (C. E. 6 mai 1869 Hervé), „Considérant que la ville ne produit à l'appui de sa requête la décision d'aucune autorité administrative ; que dès lors la dite requête n'est pas recevable". (C. E. 27 mai 1881, Ville de Beauvais, Rec. p. 564).

Il appliquait rigoureusement ce principe. Même dans les cas où la loi a fixé à l'administration un délai maximum pour faire un acte, mais sans spécifier que son silence équivaldrait à une décision soit dans un sens, soit dans l'autre (par ex. art. 66 loi municipale du 9 avril 1884 : saisi d'une demande en annulation d'une délibération de conseil municipal, le préfet doit statuer dans le délai d'un mois — aujourd'hui 15 jours), le Conseil d'Etat déclarait que l'expiration du délai légal ne suffisait pas à rendre le recours recevable. (C. E. 22 juin 1902 Larnaudie S. 1902/III/98).

Tout en déplorant ses conséquences pratiques, la grande majorité de la doctrine, admettait l'existence de ce principe et en reconnaissait le bien fondé 1).

Pour justifier cette règle diverses explications étaient d'ailleurs proposées. En raison de l'intérêt qu'elles présentent pour la théorie générale du contentieux administratif, il paraît y avoir bien de les indiquer, sauf à le faire aussi brièvement que possible.

1) A l'étranger c'est cette solution négative que semble le plus généralement admise. *Walter Jelinek*, Verwaltungsrecht 2<sup>e</sup> ed. 1929, p. 245. „D'après l'état actuel de la juridiction administrative dans la plupart des pays, le seul moyen juridique de recours contre l'inaction d'une autorité est l'appel à l'autorité supérieure et, en cas d'inaction du ministre, une pétition au parlement. Le desideratum que l'inaction pendant un certain délai soit au moins assimilée au refus d'accomplir un acte administratif est encore à peine réalisé en Allemagne. Ainsi le recours judiciaire est ouvert aux fonctionnaires pour leurs droits pécuniaires, mais seulement après le rejet du droit prétendu par l'autorité compétente, le plus souvent le ministre. Mais le ministre peut retarder sa décision pendant des mois ou des années sans qu'il soit possible de faire appel contre ce silence à un tribunal, si ce n'est par le détour de la responsabilité à raison des faits de la fonction en vertu de l'art. 131 de la Constitution d'Empire. Une loi française du 17 juillet 1900 dispose à juste titre que le silence prolongé pendant quatre mois équivaut à une décision de refus. La loi bavaroise sur la Cour de justice d'Etat du 11 juin 1920 contient une disposition analogue pour la formation d'un recours constitutionnel contre un ministre (42). Peut être que le futur

### 1. Théorie de la création du contentieux par la décision administrative préalable.

Elle a été exposée notamment par Edouard Laferrière, (Traité de la juridiction administrative, 2e ed. T. I, p. 322 et 462). Il existe expliquait-il, une différence fondamentale entre le contentieux civil et le contentieux administratif. „Devant les tribunaux judiciaires, toute partie peut citer directement son adversaire...

droit sur les fonctionnaires suivra la réglementation française. Provisoirement la jurisprudence s'en tire, quand parfois la chose est possible, en admettant un acte administratif tacite. Un président supérieur de province transmet par exemple au ministre, un recours qui lui a été adressé, le tribunal administratif supérieur considère qu'il y a là une décision tacite du président niant sa compétence propre. (Preussisches Obewaltungsgesicht 25 Septembre 1907, Ensch T. 73, p. 374 ; 10 octobre 1916, Preuss Verw. Bl. 1917, T. 38, p. 493). La chose est importante car contre la décision du ministre le recours serait impossible. La loi prussienne sur les émeutes du 11 mars 1850 autorise à faire valoir le dommage en justice dans les quatre semaines après le jour où la décision de la municipalité a été notifiée à l'intéressé. Le tribunal d'Empire admet également le recours „lorsque la volonté de la municipalité de ne pas faire droit à la demande résulte de l'ensemble des circonstances. (RG. VI. 24 mars, 1922. Entsch. des R. G., in Zivilsachen 109, 122)“.

De même aux *Pays Bas* ; la jurisprudence pose en principe que le recours suppose une décision prise par l'administration ; les tribunaux n'ont pas pris eux de considérer qu'au bout d'un certain délai le silence constitue un refus, ni qu'ils puissent inviter l'administration à faire connaître sa décision sur la réclamation faute de quoi ils statueront. En application de l'art. 144, 5-e de la Constitution, la loi municipale du 29 juin 1911 a disposé que si le Bourgmestre ou le Conseil municipal n'exécutent pas ou n'exécutent pas assez rapidement les lois de l'Etat, le Prefet peut statuer à leur place. Il n'existe pas de disposition analogue pour les provinces et l'Etat ; contre le silence de l'administration il n'y a d'autre ressource que l'appel au Parlement ; une réponse est demandée à la tribune au ministre, qui ne la refuse pas. (Renseignements donnés par Mr. C. W. de Vries, professeur à Rotterdam).

En *Autriche*, la loi fédérale générale sur la procédure administrative (A. V. G.) du 21 juillet 1925 a. 73 est venue imposer à toutes les autorités administratives, soumises à cette loi, l'obligation de prendre une décision sur les demandes qui leurs sont adressées, en principe dans le délai maximum de six mois. Si une autorité inférieure ou moyenne, alors même que dans le cas particulier elle est appelée par abrégement des instances à prononcer comme dernière instance, n'a pas statué dans ce délai, le pouvoir de décider passe sur demande écrite de la partie à l'autorité supérieure (dévolution de compétence) laquelle est soumise au même délai de six mois. Mais si l'autorité supérieure elle même n'a pas statué dans ce délai son silence ne peut faire l'objet d'un recours contentieux

Devant les tribunaux administratifs, les parties ne sont pas admises, en général, à citer directement l'administration et à formuler de *plano* leurs réclamations. L'objet du débat contentieux est une décision préalablement prise par un administrateur et que la partie critique comme contraire à son droit. Cette décision est en quelque sorte la matière première du débat contentieux, si elle n'existe pas, il faut la provoquer afin de pouvoir la dénoncer au juge... L'expression : „Juge ordinaire du contentieux administratif“ doit donc être comprise comme si l'on disait : „Juge ordinaire des décisions administratives qui donnent lieu à réclamation contentieuse...“ La juridiction du Conseil d'Etat a pour objet, non de simples prétentions des parties mais l'opposition qui se produit entre ces prétentions et une décision administrative qui devient le véritable objectif de l'action contentieuse” 1).

devant la cour de justice administrative, celle-ci n'ayant à connaître que de l'illégalité des décisions déjà prises et qui constituent la matière de recours.

*Adamovich*, Oesterreichisches Verwaltungsverfahren, Wien, 1926 ; *Manlicher*, Die Oester. Verwaltungsreform des Jahres 1925, dans „Zeitschrift für öffentl. Recht., T. V., 1926, pag. 357.

Cette règle comporte toutefois une exception en vertu de l'art. 132 nouveau de la Constitution fédérale. (Nouvelle du 7 décembre 1929) qui a transféré à la cour de justice administrative la connaissance des litiges ayant leur source dans le rapport de droit public des fonctionnaires, tant pour les demandes faisant valoir une prétention d'ordre pécuniaire que pour les recours invoquant l'illégalité d'une décision de l'autorité administrative (Cf. l'ancien article 137). Or, d'après l'alinéa 4 de cet article 132, le recours à la cour de justice administrative est possible, soit après épuisement de la série des instances administratives, soit „si l'autorité de première ou de seconde instance à laquelle il a été fait appel n'a pas statué dans un délai à déterminer par la loi fédérale“.

En dehors de ce cas, contre le silence prolongé de l'autorité administrative supérieure, les particuliers n'ont d'autre protection juridictionnelle que celle que peut éventuellement leur procurer le principe établi par l'art. 23 de la constitution fédérale : „Toutes les personnes chargées de fonctions de l'administration... sont responsables de tout dommage qu'elles auront causé à quinque dans l'exercice de leur fonction par des violations du droit commises intentionnellement ou résultant d'une négligence grossière“. Cf. art. 131 al. 2. (*Dareste-Delpech-Lafferrère*, Les Constitutions modernes, T. I, et supplément aux tomes I et II, 1930).

1) *Bouchné-Lesfer*, membre du Conseil d'Etat, écrivait, déjà en 1864, (Distinction entre l'autorité et la juridiction, dans „Revue pratique de droit français, T. 17, p. 448) : „S'il le Conseil d'Etat ne peut statuer directement sur les demandes qui seraient soumises à lui en premier lieu, ce n'est pas parce qu'il n'est juge que d'appel, c'est parce qu'il est juge et que, comme l'a dit le Conseil d'Etat à maintes reprises, il ne peut y avoir de jugement qu'autant qu'il y a un litige. Or, tant que

En d'autres termes expliquait-on, le contentieux administratif n'est pas un contentieux contre la personne de l'administration ; c'est un contentieux contre un acte. Il n'est pas de recours possible sans une décision administrative antérieure, car c'est cette décision qui crée le contentieux<sup>1)</sup>.

On ne se dissimulait pas les conséquences regrettables de cette règle. On déclarait qu'en cas d'abstention systématique „l'incorrection administrative prendrait le caractère d'une sorte de déni de justice où l'on serait tenté de voir un véritable excès de pouvoir”. On souhaitait la généralisation de la règle du Décret de 1864 qui, dans un cas particulier, avait assimilé le silence prolongé à une décision de refus. Mais, déclarait-on, cette généralisation, ne pouvait être l'oeuvre que du législateur et dans le silence de la loi, le juge, se trouvant en face de cette donnée juridique que la matière contentieuse est créée par les actes de l'administration, ne pouvait que déclarer irrecevable le recours formé contre le silence de l'administration. (Laferrière, op. cit., T. II, p. 429—433).

Tout ce raisonnement est parfaitement cohérent si on en admet la prémisse c. à. d. l'affirmation que dans le contentieux administratif un acte de l'administration est en tous cas nécessaire pour créer la matière du débat contentieux. Mais précisément c'est cette prémisse qui est erronée, ou tout au moins dont la formule sous laquelle on l'énonce est abusive.

Dans le contentieux administratif, c. à. d. dans les litiges où l'administration est engagée, quelle est en effet la matière contentieuse, l'objet du débat juridictionnel?

Pour les recours subjectifs, c'est la violation d'un droit appartenant au requérant, d'un droit de créance par exemple, créance d'indemnité, créance de pension. La matière contentieuse existe du moment où l'administration ne fait pas les actes que l'existence du droit chez le requérant l'oblige à faire, parcequ'ils sont indispensables à la réalisation effective de ce droit. Qu'elle nie formellement l'existence

l'administration n'a pas examiné une demande et ne l'a pas repoussée, tant qu'elle n'a pas manifesté et formulé une prétention contraire au moyen d'un ordre, ou d'une injonction ou d'une interdiction notifiée, ou par refus d'acquiescement, il ne saurait y avoir litige ni, par conséquent, lieu à juridiction”.

1) *Jacquelin*, Les principes dominants du contentieux administratif, p. 191 : „En droit administratif, le particulier ne peut pas, du moins en règle générale, citer une administration publique devant une juridiction administrative pour faire juger de plano les prétentions. Il peut seulement déférer à cette juridiction les actes de cette administration qu'il juge contraires à son droit, et si ces actes font défauts, il doit les provoquer afin de pouvoir les déférer ensuite à la juridiction administrative... Ainsi, un litige né de la violation d'un droit résultant d'un acte administratif réellement accompli, telles sont les conditions générales de la formation d'un recours contentieux”.

d'un droit de créance prétendu par un particulier contre un patrimoine administratif, ou que sans le nier, elle s'abstienne de procéder aux opérations de liquidation et de mandatement sans lesquelles le créancier ne pourra obtenir son paiement, le résultat est le même. L'administration met obstacle à la réalisation du droit dont un individu est titulaire. Son attitude bien que purement passive rend ce droit inefficace. De ce fait la matière contentieuse, l'objet du litige — la violation d'un droit — existe.

Pour les recours objectifs la matière contentieuse est constituée par l'illégalité commise par un agent, soit en prenant une décision que la loi lui interdit de prendre, soit en ne prenant pas une décision que la loi l'oblige à prendre du moment où certaines conditions se trouvent réunies.

Mais, dit-on, aussi longtemps que l'agent sollicité d'agir garde le silence, on ne peut savoir si une violation de la loi a été réalisée, puisqu'il n'a manifesté sa volonté ni dans un sens ni dans l'autre ; le silence c'est le néant ; le recours contre le silence ce serait un recours contre le vide.

C'est là précisément que réside l'erreur.

L'erreur est de considérer le silence comme un pur néant, comme l'absence de toute décision, c. à. d. de toute manifestation où, si l'on aime mieux, de toute opération de volonté de la part de l'administration. Bien au contraire, le silence gardé par une autorité administrative sollicitée de faire un acte rentrant dans sa compétence, quand il s'est suffisamment prolongé, constitue de la part de cette autorité un acte de volonté, une décision qui, sans doute ne s'est pas matérialisée, exteriorisée dans un écrit ou dans des paroles, mais dont l'existence ne doit pas être méconnue et dont le sens n'est pas douteux.

Pour éviter des développements qui risqueraient de faire cet exposé trop long, il nous suffira de renvoyer sur ce point à la démonstration présentée par Mr. Jèze dans son „Essai d'une théorie générale de l'abstention en droit public”, „(Revue du droit public” 1905, pag. 765). Elle nous paraît absolument concluante, car pour déterminer la signification juridique de l'abstention elle ne fait que déduire les conséquences commandées par l'une des idées qui sont à la base de toute la théorie de la fonction publique : que toute autorité publique a le devoir juridique absolu d'exercer les différentes attributions de sa fonction. Un agent qui de propos délibéré, refuserait d'exercer ses attributions, déclarerait ou manifesterait qu'il ne s'occupera pas des questions qui lui sont soumises commettrait évidemment une faute professionnelle grave l'exposant pour le moins à des sanctions disciplinaires. Il est peu vraisemblable d'ailleurs qu'un fonctionnaire adopte ouvertement une telle attitude. Que décider si en fait il n'exerce pas ses fonctions, si il s'abstient en fait de prendre les mesures rentrant dans ses attributions et qu'il à été sollicité de prendre. Verra-t-on dans ce silence, dans cette inaction, un refus de s'acquitter des dé-

voirs de sa charge? Interprétation possible et que la loi pourra adopter si elle tient essentiellement à prévenir la négligence ou la paresse de l'agent <sup>1)</sup>, mais qui ne devra être admise que de façon tout à fait exceptionnelle puisqu'elle implique chez le fonctionnaire une attitude dont il ne peut ignorer qu'elle l'expose à des sanctions. Le plus souvent l'on pourra donner au silence du fonctionnaire une interprétation beaucoup plus plausible. Son inaction devra être envisagée, non comme un refus d'exercer sa fonction, mais comme une certaine manière de l'exercer. Dans la réalité des choses le silence prolongé gardé par le fonctionnaire sur une demande qui lui a été adressée de faire un acte rentrant dans ses attributions, constituera une décision implicite prise par lui sur cette demande et une décision qui normalement est une décision de rejet <sup>2)</sup>.

La loi le déclare parfois expressement ; si elle ne s'est pas expliquée sur ce point, c'est l'interprétation qu'il convient d'adopter comme étant la plus plausible. En effet lorsque la loi subordonne l'exercice de l'activité d'un individu ou la réalisation d'un de ses droits à l'accomplissement par l'administration d'un acte positif (délivrance d'une autorisation, établissement d'un titre de créance) et que l'administration en ne faisant pas cet acte paralyse l'activité ou le droit de cet individu, il n'est pas à présumer que l'administration a purement et simplement négligé d'examiner la demande, ou que l'ayant examinée et l'ayant reconnue, fondée elle s'est refusée néanmoins à faire l'acte que la loi l'oblige à faire en ce cas. L'interprétation la plus vraisemblable c'est que après examen de la demande, l'agent a considéré

1) Code de procédure civile art. 1906 : „Il y a déni de justice lorsque les juges refusent de répondre aux requêtes ou *négligent* de juger les affaires en état”.

2) Si la loi envisage avec faveur l'activité que le réclamant demande à exercer, si elle tient à prévenir les lenteurs de l'administration, elle pourra décider que le défaut de réponse dans un certain délai équivalra à acceptation. Loi du 15 février 1902 sur la santé publique, art. 11 : si le maire n'a pas répondu dans les vingt jours à une demande de construire, le propriétaire peut se considérer comme autorisé à commencer les travaux. Loi du 8 avril 1898 art. 48 ; même règle pour les propriétaires riverains de cours d'eau navigables ayant demandé l'autorisation de faire des constructions, plantations ou clôtures. Loi du 5 avril 1884 art. 69 modifié par le D-1 du 5 novembre 1926 pour les délibérations du conseil municipal soumises à l'approbation du préfet si le préfet n'a pas fait connaître sa décision dans les quarante jours, la délibération est considérée comme approuvée. Avant la loi du 8 janvier 1905, les communes pour plaider devant le conseil de préfecture devaient y être autorisées par le conseil de préfecture. Lorsque le conseil de préfecture restait deux mois sans répondre à la demande de la commune son silence valait autorisation. Loi du 5 avril 1884 art. 125, 32. Au contraire d'après la législation antérieure (loi du 16 juillet 1837 a 55) le silence du conseil de préfecture équivalait à un refus d'autoriser.

qu'elle n'était pas fondée. Il a estimé — à tort ou à raison — que les conditions dans lesquelles il doit ou peut faire l'acte sollicité n'étaient pas réunies, que dès lors les choses devaient rester en état, et elles y restent par cela seul qu'il ne prend pas la mesure positive qu'on a sollicitée de lui.

Ainsi, bien loin de constituer un pur néant le silence de l'administration a une signification ; il équivaut à une décision ; normalement il constitue une négation opposée à la prétention. En droit administratif, qui ne dit mot refuse.

Donc, la formule qu'une décision préalable est la condition nécessaire d'un recours parce que c'est elle qui crée la matière contentieuse est erronée. Elle est erronée du moins en ce sens qu'elle confond l'existence d'une décision, c. à. d. d'une manifestation de volonté de l'agent, avec son exteriorisation dans un document écrit ou une déclaration orale.

Son erreur est d'exiger en tous cas une décision expresse, — formelle, — de méconnaître l'existence de la décision implicite sans doute mais effective, constituée par le silence. Au même titre qu'une décision exprimée, cette décision tacite de refus qui dénie le droit prétendu et fait obstacle à sa réalisation, fournit matière à débat contentieux, car elle pose la question de savoir si cette manifestation de volonté de l'agent est légale ou non.

## 2. *Theorie de l'acceptation de l'instance et de la liaison du contentieux par décision préalable*

Dans ses „*Éléments du contentieux*” (Recueil de législation de Toulouse, 1905, pag. 46, 1907, pag. 49) et dans son *Précis de droit administratif* (11<sup>e</sup> éd., pag. 365,) Hauriou déclare que pour comprendre l'impossibilité du recours au cas de silence de l'administration, il faut se placer non pas au point de vue rationnel, mais au point de vue de l'évolution historique du contentieux administratif français.

Il est bien vrai qu'une décision préalable n'est pas nécessaire en tous cas pour créer la matière contentieuse <sup>1)</sup>. Mais il faut constater que l'administration possède un *privilege*, le privilege de ne pouvoir être engagée dans un débat judiciaire que si elle l'accepte ; et elle l'accepte précisément en prenant spontanément, ou sur une demande,

1) Il semble bien qu'au début Hauriou avait admis le point de vue de Laferrière : il déclarait en effet qu'un simple fait administratif ou l'acte d'un agent inférieur ne pouvaient donner lieu à recours que s'ils avaient été „endossés” par une autorité dont la décision ait la puissance de créer du contentieux. (*Précis V-e*, éd., pag. 262.)

une décision sur laquelle le débat s'engagera et à défaut de laquelle il ne peut s'engager.

Certes, c'est là une exigence exorbitante du droit commun, mais l'on sait que le droit administratif français est fondé, dans une large mesure, non sur la soumission de l'administration au droit commun, mais sur l'inégalité entre l'administration et les particuliers. Le privilège de l'administration de ne pouvoir être engagée dans un débat judiciaire, que si elle l'a accepté, constitue précisément l'une de ces inégalités. Pour expliquer son existence Mr. Hauriou, outre des considérations lointaines, tirées de l'histoire des procédures primitives, invoque des raisons plus immédiates tenant à la psychologie de l'administration : „Il n'est pas besoin de beaucoup de réflexion pour comprendre qu'une administration de puissance publique, imbue de ses prérogatives, n'acceptera pas facilement de comparaître devant un juge, fut-ce devant un juge administratif, et de venir rendre compte devant ce magistrat des décisions ou des mesures d'exécution qu'elle aura prises à l'encontre d'un administré.. ; l'administration du premier Empire, de la Restauration, de la monarchie de Juillet et même celle du second Empire, s'estimait trop au dessus de l'administré pour admettre qu'elle put être obligée de lier une instance avec lui et surtout qu'elle put être condamnée par défaut envers lui". (Précis pag. 366 à 367). Sans doute, avec le progrès des moeurs démocratiques et de l'idée de sa soumission au droit, l'administration a du rabattre de sa superbe primitive. Néanmoins, jusqu'à la loi de 1900, elle a pu maintenir encore, sauf déjà quelques brèches partielles, son privilège de ne pouvoir être engagée contre son gré dans le débat judiciaire<sup>2)</sup>. La règle, subordonnant la possibilité d'un recours à l'existence d'une décision préalable, constituait le procédé technique qui assurait ce privilège à l'administration : „Toute décision exécutoire,

1) La situation privilégiée de l'administration au regard du débat judiciaire, ajoute Hauriou, pag. 367, s'est manifestée d'abord en ce que l'Administration s'était réservé de juger elle-même au premier degré les réclamations dirigées contre elle. (Théorie du ministre juge). Elle avait le privilège de n'être engagée dans l'instance que si elle l'acceptait comme juge ; aujourd'hui elle n'a plus que le privilège de l'accepter comme partie.

2) Ce point de vue explique comment à défaut même d'une décision préalable à l'introduction du recours, le C. D. E. peut statuer lorsque, sur communication du pourvoi, l'administration a répondu en contestant le droit prétendu par le requérant ; grâce à cette réponse „l'instance est liée entre les parties". (C.D.E. 2 novembre 1917, Ville de Toulouse, S. 1924, 3, 16 ; C. D. E. 2 Avril 1919. *Ayat Mohammed*, Rec. 337). De même si un conseil municipal, en autorisant son représentant à défendre à une action en indemnité a dénié le droit à indemnité. „Dans ces circonstances le débat est lié". (C. D. E. 7 novembre 1919 Merisse. Pec. pag. 80 S.).

prise par l'autorité administrative compétente, sur une question contentieuse ou susceptible de le devenir, contient d'avance l'acceptation de l'instance qui pourra être engagée sans forme de recours contentieux contre cette décision" (Hauriou, pag. 367).

Ainsi une décision préalable est nécessaire, non pas pour créer la matière contentieuse, mais pour lier l'instance : système de l'acceptation de l'instance, de la liaison du contentieux par la décision administrative préalable.

Ce système d'ailleurs a un avantage pratique : si la décision préalable ne crée pas la matière contentieuse, du moins elle la définit exactement ; elle précise la thèse que l'administration oppose aux prétentions du particulier. „Elle contient de façon anticipée les conclusions de l'administration en vue de l'instance".

Si ingénieux que soit ce système, on ne saurait s'en contenter.

A vrai dire il constitue non pas une explication rationnelle de la règle appliquée par la jurisprudence, mais simplement la constatation et la mise en formule d'un état de choses qui était le résultat de cette jurisprudence. Que l'administration possédât le privilège de ne pouvoir être engagée dans un débat contentieux que si elle l'acceptait, en effet ; c'était bien ainsi que les choses se passaient (sous la réserve toutefois que nous allons indiquer). Mais elle n'avait ce privilège que parce que la jurisprudence le lui assurait en déclarant irrecevable tout recours qui n'était pas dirigé contre une décision préalablement prise par l'administration.

En définitive, c'était la jurisprudence elle-même qui, par ses solutions créait le privilège dont ensuite on invoquait l'existence précisément pour expliquer et justifier les solutions de la jurisprudence. C'était transformer l'effet en cause.

Certes, on voit bien les raisons qui ont fait que l'administration a prétendu à ce privilège et que la jurisprudence le lui a reconnu, raisons historiques et psychologiques, — et cette psychologie de l'administration, „sa susceptibilité vaniteuse et son impatience de tout frein extérieur" comme dit Hauriou, est une donnée que l'on trouverait sans doute à la racine de bien des règles juridiques sur les rapports de l'administration avec les particuliers ou avec la justice. Mais si ces raisons permettent de comprendre comment cette règle s'est établie, elles ne la justifient pas : elle reste une règle démunie de base juridique et dont le maintien ne pouvait se justifier étant donné qu'à aucun moment la loi n'était intervenue pour la consacrer et en faire une prescription de droit positif devant laquelle la jurisprudence aurait alors été tenue de s'incliner.

Au reste, il est une observation qui fait apparaître l'insuffisance tant de l'une que de l'autre des explications proposées.

S'il était vrai que le recours n'est possible que moyennant une

décision administrative préalable, soit parce que c'est cette décision qui crée la matière contentieuse (Laferrière), soit parce que c'est cette décision qui lie l'instance, par suite du privilège de l'administration de ne pouvoir être engagée dans le débat judiciaire que si elle l'a acceptée (Hauriou), on devrait constater que cette décision préalable était exigée *dans tous les cas*, pour toute instance contentieuse où l'administration est partie. Etant donnée la généralité des raisons invoquées à son appui, cette règle aurait du être une règle *absolue*.

Or, tout au contraire, on déclarait simplement qu'elle s'appliquait „en général” (Laferrière I, 322). Et la jurisprudence montrait en effet la portée tout à fait relative de ce prétendu principe.

Il ne s'appliquait en effet, ni aux recours qui étaient de la compétence des tribunaux judiciaires <sup>1)</sup>; ni aux recours qui étaient de la compétence des juridictions administratives autres que le conseil d'Etat. Le conseil d'Etat déclarait qu'aucune décision administrative préalable n'était nécessaire pour engager l'instance devant le conseil de préfecture et que si une pareille décision était intervenue, soit d'office, soit sur demande, elle ne constituait qu'un acte d'instruction administrative <sup>2)</sup>.

1) Pour les actions intentées contre les administrations publiques devant les tribunaux judiciaires, le plus souvent le requérant ne peut pas procéder par voie d'assignation directe comme il le ferait vis à vis d'une partie ordinaire. Sans que ce soit une règle générale, les textes dans la plupart des cas exigent que celui qui veut actionner l'Etat (pour les actions de toute nature) les Département où les communes (pour les actions pécuniaires) adresse préalablement au préfet un mémoire exposant ses prétentions et ses moyens.

Pour les actions dirigées contre les établissements publics, la nécessité du mémoire a été supprimée par la loi du 8 janvier 1905. L'action ne peut être portée devant les tribunaux qu'un certain délai après la date du recépissé du mémoire (un mois pour l'Etat et les communes, deux mois pour les départements). Le dépôt du mémoire interrompt la prescription s'il est suivi dans les trois mois d'une demande en justice (Hauriou, Précis 11<sup>e</sup> éd. pag. 989. Delpèch. Note sous Cass. II, mai 1910, S. 1912, I 465). Il y a là une formalité assez peu gênante, et qui peut n'être pas dénuée de toute utilité. En tous cas, elle ne saurait être comparée à l'exigence d'une décision préalable, car le silence gardé par l'administration sur le mémoire n'empêche pas l'intéressé de porter son action devant les tribunaux et d'obtenir s'il y a lieu une condamnation par défaut contre l'administration. C'est simplement un avertissement donné à l'administration qu'elle va être assignée en justice si elle ne fait pas droit à la prétention. Le mémoire d'ailleurs n'est pas toujours exigé. C'est donc que devant les tribunaux judiciaires aucune décision administrative préalable n'est nécessaire ni pour créer la matière du débat contentieux, ni même pour lier l'instance (Hauriou, *Éléments du contentieux*, op. cit., 1905, pag. 95).

2) Voir à cet égard la jurisprudence citée par Artur. Séparation des pouvoirs

Bref, l'existence d'une décision préalable n'était exigée que pour les recours qui étaient de la compétence du conseil d'Etat statuant en premier ressort <sup>1)</sup>.

Donc, même en faisant abstraction du contentieux de l'administration relevant des tribunaux judiciaires (et pourquoi cette exception?), même en n'envisageant comme le faisait Laferrière que le seul contentieux „administratif” c. à d. porté devant la juridiction administrative, les solutions mêmes de la jurisprudence établissaient la fausseté du prétendu principe suivant lequel devant la juridiction administrative, le recours ne pourrait être formé contre une décision préalable, parce que cette décision „serait l'objet du débat contentieux” „constituerait en quelque sorte la matière première du débat contentieux”. Ce prétendu principe énoncé en termes aussi absolus ne jouait en réalité que devant le conseil d'Etat.

Cette observation infirme également l'explication proposée par Hauriou.

Car, si la nécessité d'une décision préalable était la manifestation du privilège de l'administration de ne pouvoir être engagée dans le débat contentieux sans son consentement, comment expliquer qu'elle

et séparation des fonctions, *Rev. Droit public*, 1900, T. XIV, pag. 437 en note. Dans les litiges entre l'administration et les entrepreneurs de travaux publics il est des cas où, en raison des dispositions du cahier des clauses et conditions générales, le recours de l'entrepreneur au conseil de préfecture doit être précédé d'une décision préalable du préfet rejetant la réclamation (décision à laquelle est assimilé le silence gardé par le préfet pendant plus de trois mois). Mais pour toutes autres réclamations que celle expressément visées dans ces textes, l'entrepreneur peut saisir de plano le conseil de préfecture. *Laferrière* T. II, pag. 136. Une décision préalable n'est pas nécessaire pour le recours à former devant les conseils du contentieux des colonies C. E. 10 novembre 1922 Gouvernement général de l'Indo-Chine, S. 1924, III, 17.

1) L'on constate ainsi que dans ces litiges absolument identiques en soi, présentant la même matière contentieuse, le recours contre le silence était possible ou non, suivant la juridiction appelée à en connaître.

Dommages causés à la propriété par les travaux publics, compétence du Conseil de préfecture; recours possible *de plano* — dommages causés à la propriété par du gibier provenant d'un forêt domaniale; compétence judiciaire: recours possible *de plano*. Dommages causés à la propriété par des tirs militaires, compétence du conseil d'Etat; le recours n'est possible que contre la décision du ministre rejetant la demande d'indemnité; si le ministre a gardé le silence le recours est irrecevable (C. E. 19 janvier 1894 des Pins). L'Etat est responsable de la perte des valeurs déclarées envoyées par la poste; compétence judiciaire; une décision ministérielle préalable n'est pas nécessaire. L'Etat est responsable de la perte des lettres chargées; une décision préalable du ministre est nécessaire (C. E. 6 août 1891 Dekeister) etc. Cf. la jurisprudence citée par Artur, pag. 436 et s.

ne possédait ce privilège que devant le conseil d'Etat. Pourquoi pas devant les autres juridictions administratives et surtout pourquoi pas devant les tribunaux judiciaires? Avec la défiance que l'administration à l'origine nourrissait à l'encontre des tribunaux civils, c'était devant eux avant tout qu'elle aurait dû réclamer le privilège dont s'agit. Il est incompréhensible qu'elle ne l'ait revendiqué qu'à l'égard du conseil d'Etat, c. à. d. précisément de la juridiction qui lui était le plus apparentée et dont d'ailleurs, avec le système de la justice retenue, les arrêts n'avaient de valeur définitive que par l'homologation qu'elle leur accordait.

### 3. La nécessité de la décision préalable envisagée comme une survivance de la théorie du ministre juge.

A constater que la règle subordonnant la possibilité du recours à une décision préalable jouait uniquement devant le Conseil d'Etat, on a été conduit à en proposer l'explication suivante, tirée de l'une des données de l'histoire de la juridiction administrative en France. Cette règle aurait constitué simplement un prolongement de la théorie du ministre juge, le maintien inaperçu d'une conséquence de cette théorie qui aurait survécu à son abandon. (Artur, Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions, *Rev. du droit public*, 1900 T. XIV, pag. 280 à 499).

L'on sait, en effet, comment, jusqu'après 1870, il a été admis en France que le juge ordinaire du contentieux administratif au premier degré, le juge à compétence générale, devant lequel devait être portée en premier ressort toute affaire, qu'un texte n'attribuait pas à une autre juridiction, était le ministre, chaque ministre pour le contentieux afférent à son département ministériel. Le Conseil d'Etat, hors les cas où des textes spéciaux lui avaient conféré la connaissance en premier ressort de certains litiges déterminés, était considéré comme n'exerçant qu'une juridiction d'appel. Ce point de départ admis, il était absolument logique de déclarer qu'un recours ne pouvait être formé *de plano* devant le Conseil d'Etat. Juge d'appel celui-ci ne pouvait évidemment intervenir qu'autant qu'on lui déférait un jugement de première instance, lequel, lorsqu'il n'était pas un arrêt du Conseil de préfecture ou d'une autre juridiction administrative spéciale, devait être une décision du ministre juge de premier ressort. La décision préalable du ministre était indispensable, non pas pour créer la matière contentieuse, mais parce qu'elle constituait le jugement de première instance et les partisans de la théorie du ministre juge n'avaient en effet aucune peine à justifier la nécessité d'une décision administrative préalable (Ducrocq, *Droit administratif*, 7<sup>e</sup> éd. I, No. 505—529). Par contre cette décision ministérielle était inutile lorsque le recours était de la compétence des tribunaux civils ou des conseils de préfecture, juges de première instance et auxquels le réclamant pouvait par conséquent s'adresser directement.

Quand la théorie du ministre juge eût été abandonnée, quand il eût été reconnu que le juge de droit commun au premier degré était non pas le ministre, mais le conseil d'Etat, la conséquence en eût dû être la disparition de l'exigence d'une décision ministérielle préalable pour la recevabilité des recours au Conseil d'Etat. Il n'en fut rien. On ne procéda pas à cette élimination; on continua à exiger une décision préalable du ministre, mais à un autre titre, non plus au titre de jugement de premier ressort, mais au titre de décision administrative. Et pour justifier cette exigence on énonça la règle qu'une décision administrative est la condition nécessaire à la formation du recours parce que c'est elle qui crée la matière contentieuse.

Non seulement la règle ancienne se trouva maintenue dans le domaine où elle s'était établie c. à. d. devant le Conseil d'Etat, mais l'explication nouvelle qu'on en donnait eut pour résultat de la développer.

Tant que la nécessité d'une décision préalable fut rattachée à l'idée que le Conseil d'Etat n'était que juge d'appel, l'autorité appelée à prendre cette décision devait être en tous cas le ministre. Peu importait que le recours fût dirigé contre l'Etat, ou contre une autre administration publique; de toutes façons la décision préalable au recours devait émaner du ministre, car seule une décision ministérielle pouvait constituer le jugement de premier ressort que l'intéressé devait provoquer pour pouvoir ensuite le déférer au Conseil d'Etat, juge d'appel.

Du moment, au contraire, où la décision préalable fût considérée comme une simple décision administrative, par laquelle l'administration opposait son point de vue aux prétentions de l'intéressé, on ne pouvait plus exiger qu'en tous cas cette décision émanât du ministre. L'intervention du ministre, agissant non plus comme juge, mais comme administrateur, n'avait de raison d'être que pour les demandes dirigées contre l'Etat dont le représentant est le ministre. Elle ne pouvait se justifier pour les demandes dirigées contre le département ou la commune. Ces administrations publiques ont leurs représentants propres, conseil général et préfet, conseil municipal et maire. Pour les demandes adressées à ces administrations, c'était donc à leurs représentants qu'il appartenait de prendre la décision administrative dont on déclarait qu'elle était nécessaire pour créer la matière contentieuse et fournir l'objet de recours au Conseil d'Etat. Telle était en effet la solution que Laferrière avait indiquée dans sa première édition (1887, I, I, pag. 410) et dont il constatait dans sa seconde édition (I, pag. 462) qu'elle avait été admise par la jurisprudence. Celle-ci exigeait en tous cas une décision administrative préalable, mais une décision qui devait émaner d'autorités différentes selon la personne administrative à laquelle la demande avait été adressée. Au cas par exemple d'indemnité réclamée à une commune il fallait que le requérant justifiât d'une décision au conseil municipal

repoussant sa demande d'indemnité. „Du refus du maire et du conseil municipal de faire droit à la réclamation du Sieur Cadot *il est né entre les parties un litige* dont il appartient au Conseil d'Etat de connaître" (C. E., 13 déc. 1889, Cadot); (C. E., 13 mai 1892, Richard).

L'explication est séduisante. Elle a le grand mérite d'expliquer comment une règle qui, d'après la raison qu'on en donnait (une décision administrative est nécessaire pour créer le litige), aurait du avoir une portée générale, ne jouait que devant le Conseil d'Etat. Pourtant, si ingénieuse qu'elle soit, elle ne saurait contenter.

En effet, si la nécessité d'une décision préalable pour les recours au Conseil d'Etat se rattachait comme on le dit à la théorie du ministre juge, cette décision n'aurait pas du être exigée dans les hypothèses où on était en dehors du champ d'application de cette théorie.

Tels étaient les cas où le recours au Conseil d'Etat concernait l'un de ces litiges à l'égard desquels le Conseil, en vertu de textes spéciaux, a possédé dès l'origine, la juridiction de premier degré, recours pour excès de pouvoir, par exemple, ou marchés de fourniture de l'Etat. En pareille hypothèses, même au temps où régnait la théorie du ministre juge, le ministre n'avait pas à intervenir en qualité de juge, puisque aux termes de la loi, c'était devant le Conseil que le débat contentieux commençait.

Et cependant, même dans ces cas, une décision préalable était déclarée nécessaire. Le Conseil d'Etat n'admettait pas qu'il pût être saisi d'un recours formé *de plano* où à la suite du silence gardé par l'administration sur la demande qui lui avait été adressée.

Dans tous les cas, même pour les affaires dont il avait à connaître en premier ressort, le Conseil d'Etat exigeait que fût intervenue une décision préalable qui ne pouvait être considérée alors comme un jugement, qui ne pouvait constituer qu'une décision administrative, et qui par suite devait émaner, non pas toujours du ministre mais de l'autorité, ministre, préfet, maire, assemblée locale, compétente pour statuer sur la demande formulée par l'intéressé.

C'était donc bien dans toute affaire de la compétence du Conseil d'Etat qu'une décision préalable était exigée, même dans les hypothèses où la théorie du ministre juge était hors cause. Par suite, on ne saurait voir dans cette exigence la survivance d'une des conséquences de la théorie du ministre juge.

#### 4. *L'exigence de la décision préalable se rattachait à la conception que le conseil d'Etat s'était faite de son rôle comme tribunal*

Finalement l'explication (nous ne disons pas la justification) la plus satisfaisante de cette exigence d'une décision préalable aux recours devant le Conseil d'Etat, semble bien être celle qu'en donne M.

Carré de Malberg en la présentant d'ailleurs comme une hypothèse (Contribution à la théorie générale de l'Etat T. I., pag. 804). C'est que depuis son origine le Conseil d'Etat s'est considéré et comporté comme un tribunal dont la mission était uniquement de juger des décisions.

Sans doute, cette conception du rôle du Conseil d'Etat ne résulte pas des textes qui ont institué sa juridiction. L'article 52 de la constitution de l'an VIII et le règlement du 5 Nivôse an VIII ne disaient pas que le Conseil d'Etat jugerait les actes administratifs, mais, expressions beaucoup plus larges, qu'il était chargé de résoudre les difficultés en matière administrative, „de prononcer sur les affaires contentieuses”.

„Toutefois, en fait, il semble bien que le Conseil d'Etat ait conçu son rôle juridictionnel comme devant être du même genre que celui de la Cour de Cassation. De même que celle-ci juge des décisions judiciaires, de même le Conseil d'Etat s'est considéré comme le régulateur des actes des autorités qui lui sont subordonnées au point de vue juridictionnel et comme appelé à ce titre à juger des décisions”. Conception trop étroite sans doute, mais dont on comprend bien comment le Conseil d'Etat l'a adoptée, d'autant que, dans la majorité des cas, elle correspondait à la réalité. Juge d'une décision antérieure, le Conseil d'Etat l'est toutes les fois qu'il statue comme juge de cassation ou comme juge d'appel; or, avec la théorie du ministre juge, ce rôle de juge d'appel était celui qu'il exerçait le plus fréquemment. Les hypothèses où il pouvait être saisi directement en qualité de juge de premier degré étaient peu nombreuses, et encore le plus souvent en fait, les recours qui pouvaient être portés directement devant lui, en matière d'excès de pouvoir notamment, étaient-ils provoqués par des actes administratifs déjà accomplis. Le Conseil d'Etat a érigé en règle ce qui était le *plerumque fit*. Et cette généralisation a trouvé sa justification juridique dans l'analyse suivant laquelle c'est la décision administrative qui fait apparaître le litige, qui crée la matière du débat contentieux. Grâce à cette systématisation, la formule s'est établie que le contentieux administratif (devant le Conseil d'Etat) est et ne peut être qu'un contentieux contre l'acte. L'une et l'autre de ces affirmations, dans la forme absolue où elles sont présentées, contiennent une part d'erreur, mais on comprend bien comment elles se sont fait recevoir en se prêtant un mutuel appui. Une fois admises, elles entraînaient en effet l'irrecevabilité du recours formé contre le silence de l'administration, c. à. d. dans l'hypothèse où il n'existait aucun acte à l'encontre duquel le Conseil d'Etat put exercer sa mission juridictionnelle telle qu'il l'a comprise, c. à. d. sa mission de réformateur des décisions prises par l'administration. L'on se trouve là en présence d'une de ces règles qui se forment sous l'influence et par la combinaison d'idées, dont chacune est contestable, mais qui finissent par se détacher de leurs point d'appui et par

acquérir une autonomie grâce à laquelle elles constituent un point de départ pour des raisonnements ultérieurs.

Comme on l'a remarqué, il n'est pas indifférent d'adopter l'une ou l'autre des explications qui ont été ainsi proposées.

Si, en effet, l'on admet que le recours n'est pas possible sans une décision antérieure, parce que c'est cette décision qui crée le contentieux, alors d'une part il eût été logique d'appliquer cette règle devant toutes les juridictions administratives (on ne voit même pas pourquoi elle n'eût pas être étendue aux litiges administratifs relevant des tribunaux judiciaires, car comment l'existence ou l'inexistence de la matière contentieuse dépendrait-elle de la qualité du juge appelé à en connaître?); d'autre part, quelles que fussent les conséquences pratiques qu'elle entraînait, il était impossible à la jurisprudence d'y remédier; elle ne pouvait écarter une règle qui tenait à la nature des choses; il n'appartenait évidemment pas au Conseil d'Etat d'admettre le recours dans des cas où la matière contentieuse n'existait pas. Pour ce faire, une intervention du législateur était indispensable.

Si, au contraire, l'on considère que la règle appliquée par le Conseil d'Etat avait son origine dans des raisons contingentes et dont aucune par elle-même n'a de valeur juridique — analyse inexacte des conditions nécessaires à la formation de la matière contentieuse; privilège prétendu par l'administration mais dénué de base légale, ou enfin appréciation trop étroite par le Conseil d'Etat de son rôle juridictionnel, — alors non seulement la règle devait rester limitée au conseil d'Etat, mais même elle pouvait être écartée par la jurisprudence qui l'avait établie. Reprenant la question dans son ensemble le Conseil d'Etat aurait pu reconnaître de lui-même que le silence de l'administration constitue une décision implicite de refus et fournit la matière d'un débat contentieux dont aucune raison de texte ou autre n'empêchait qu'il s'engageât devant lui comme il l'était d'ailleurs admis qu'il pouvait s'engager devant les autres juridictions administratives. Aussi certains ont-ils considéré que la loi de 1900 n'était nullement nécessaire, la réforme pouvant être opérée par la jurisprudence seule; et même — du point de vue des principes — ils ont regretté que le législateur par son intervention ait paru consacrer le faux principe qu'il n'est pas de débat contentieux possible sans une décision préalablement prise par l'administration. (Artur loc. cit. pag. 444).

En théorie pure peut être. Pratiquement une intervention du législateur était indispensable.

D'une part, le Conseil d'Etat était trop bien fixé à son système pour qu'on put envisager qu'il le répudiat.

Eût-il voulu le faire d'ailleurs, il se serait heurté à une difficulté qui sans doute lui eût paru insurmontable.

Le silence prolongé de l'administration, avons-nous dit, constitue

une décision de refus. Dans la réalité des choses, en simple bon sens peut-on dire, la chose paraît certaine. Mais quand le silence se sera-t-il prolongé assez longtemps pour que sa signification ne soit pas douteuse? Il faut bien à l'agent le temps d'examiner la demande qui lui est adressée et de se faire une opinion sur la réponse à y donner. Jusqu'à quel moment son silence signifie-t-il qu'il examine et délibère; à partir de quel moment qu'il a refusé? Quinze jours? un mois? six mois? Cela dépend de la difficulté de l'affaire et de l'encombrement du service. On comprend bien le scrupule qui aurait pu arrêter le Conseil d'Etat. Lui appartenait-il à lui, tribunal, d'assigner aux administrateurs un délai pour la solution des affaires dont ils sont saisis? Pareille initiative aurait été inconciliable avec le souci du Conseil d'Etat d'éviter tout ce qui pourrait de sa part constituer, ou même seulement paraître constituer, une ingérence dans l'administration et une atteinte à son indépendance. La façon rigoureuse dont est entendue en France la séparation de la juridiction administrative et de l'administration active empêchait pratiquement que le Conseil d'Etat put appliquer l'idée que le silence prolongé constitue une décision de refus<sup>1)</sup>. On en vient à se demander si, par delà les considérations juridiques mises en avant, la véritable raison du Conseil d'Etat de déclarer impossible le recours contre le silence n'a pas été en définitive cette considération qu'il ne lui appartenait pas de déterminer lui-même (ce qu'il eût dû faire dans chaque espèce) le temps qui raisonnablement suffit à l'administration pour examiner une demande et après lequel son inaction doit être entendue comme une décision négative. On est porté à le penser en constatant que la question ne semble pas soulever les mêmes difficultés dans des pays comme la Suisse où la règle de l'indépendance de l'administration vis-à-vis des tribunaux, soit administratifs, soit même judiciaires, n'est pas entendue de façon aussi stricte qu'elle l'est en France<sup>2)</sup>.

Tout le monde s'accordait cependant à reconnaître les inconvénients du système appliqué par la jurisprudence. Il était intolérable que l'administration pût violer des droits certains, commettre des illégalités flagrantes et se soustraire à tout contrôle juridictionnel, simplement en opposant la force d'inertie aux demandes dont elle était saisie. Ceux-là mêmes qui maintenaient fermement la nécessité d'une

1) *Laferrière*, op. cit., II, 429. Il n'appartient pas à la juridiction contentieuse d'intervenir par voie d'injonction dans le domaine de l'administration active; or à quoi pourrait tendre une réclamation contentieuse formée contre l'inaction d'une autorité sinon à faire juger que cette autorité doit agir et comment elle doit agir? On placerait ainsi une certaine part d'impulsion et d'action administrative dans le domaine d'une juridiction, c. à. d. là où ne sauraient résider ni l'exercice direct de la puissance publique, ni la responsabilité qui s'y rattache.

2) Voir en Appendice, la note consacrée à la Suisse.

décision préalable, parcequ'ils y voyaient une condition imposée par les données juridiques de la théorie des recours, demandaient une réforme législative. Elle a été réalisée par la loi du 17 juillet 1900.

## II

### LA REGLEMENTATION LÉGALE DU SILENCE.

#### DE L'ADMINISTRATION

*La loi du 17 juillet 1900.*

Le législateur ne s'est pas engagé dans la discussion du problème juridique soulevé par le silence de l'administration. Il est parti, sans la discuter, de la règle affirmée par la jurisprudence, que devant le Conseil d'Etat il n'est de recours possible, que contre une décision préalable. Pour remédier aux inconvénients qu'entraînait l'application de cette règle il a usé d'une fiction. Il a déclaré non pas que le silence prolongé au delà d'une certaine durée constitue une décision de refus, mais qu'il y sera assimilé, qu'il pourra être considéré comme une décision de refus contre laquelle le recours sera possible comme si une décision formelle était intervenue.

La réforme avait été amorcée par le décret du 2 novembre 1864 sur la procédure du Conseil d'Etat art. 7 „Lorsque les ministres statuent sur des recours contre les décisions d'autorités qui leur sont subordonnées, leur décision doit intervenir dans le délai de quatre mois à dater de la réception de la réclamation. Après l'expiration de ce délai, s'il n'est intervenu aucune décision, les parties peuvent considérer leur demande comme rejetée et se pourvoir devant le Conseil d'Etat”.

Ce n'était encore qu'un correctif partiel. Sans entrer dans le commentaire d'un texte maintenant périmé, il suffit d'indiquer que la réforme ainsi réalisée était limitée à un double point de vue (Laferrière, op. cit. II, pag. 430).

D'une part elle ne visait que l'action du ministre. Le Conseil d'Etat avait bien admis au début que le silence d'une autorité subordonnée pouvait être dénoncé au ministre, et que, si celui-ci à son tour gardait le silence pendant quatre mois, l'intéressé pouvait déférer au Conseil d'Etat à la fois l'abstention du ministre et celle de l'agent inférieur. Mais il dut reconnaître que cette solution ne se conciliait pas avec les termes du décret.

D'autre part, le décret de 1864 visait seulement le cas où le ministre avait été saisi en sa qualité de supérieur hiérarchique. Il ne s'appliquait pas quand le ministre était sollicité faire un acte rentrant dans ses attributions propres, en sa qualité de représentant de l'Etat par exemple, ou de liquidateur de ses dettes.

Par la suite, un certain nombre de textes spéciaux avaient autorisé le recours en cas de silence gardé par diverses autorités administra-

tives sur telle ou telle réclamation<sup>1)</sup>. Mais en dehors de ces hypothèses particulières son étombait dans la règle générale.

La réforme d'ensemble a été réalisée par la loi du 17 juillet 1900 art. 3 et s.

„Dans les affaires contentieuses qui ne peuvent être introduites devant le Conseil d'Etat que sous forme d'un recours contre une décision administrative, lorsqu'un délai de plus de quatre mois s'est écoulé sans qu'il soit intervenue aucune décision, les parties interes-

1) Réclamations au ministre de l'instruction publique contre les élections au conseil supérieur de l'instruction publique et aux conseils académiques. (D. 16 mars 1880 art. 12); contre les élections aux conseils départemantaux de l'enseignement primaire (D. 12; nov., 1886 à 12); au ministre de l'intérieur contre les élections au conseil supérieur des caisses d'épargne (D. 24 août 1895 art. 9). „Faute pour le ministre d'avoir prononcé dans le délai d'un mois, la réclamation pourra être portée directement au Conseil d'Etat statuant au contentieux”. Il est à remarquer que dans ces hypothèses, les textes ouvrent directement le recours au Conseil d'Etat. Mais le plus souvent ils appliquent le système du D. de 1864 : Réclamations au conseil de préfecture contre les opérations électorales de la commune. Loi 5 avril 1884 à 38. „Faute pour le conseil de préfecture d'avoir statué dans les délais ci dessus fixés (un mois, ou deux mois), la réclamation est considérée comme rejetée. . . la partie intéressée peut porter sa réclamation au Conseil d'Etat”. De même si le ministre n'a pas statué dans le délai d'un mois sur les réclamations contre les élections au Conseil supérieur des pupilles de la nation. (D. 15 nov. 1917 art. 76). Ces textes spéciaux conservent leur intérêt en ce qu'ils fixent un délai inférieur aux quatre mois de la loi de 1900.

En Italie, le recours à la IV<sup>e</sup> section du Conseil d'Etat (recours en annulation pour illégalité) n'est recevable sauf exceptions établies dans certains cas par la loi — que si l'acte attaqué est définitif, c. à. d. si ont été épuisés les recours hiérarchiques que l'acte comportait. „Une sage jurisprudence des sections juridictionnelles, inspirées des dispositions des lois françaises a pourvu à empêcher que l'administration ne se prévaille de cette disposition pour rendre le recours impossible en ne statuant par sur le recours hiérarchique. De façon analogue à la loi française de 1900 (dont il semble que les auteurs italiens considèrent qu'elle ne vise que le recours hiérarchique), en Italie les sections juridictionnelles par une sage et libérale jurisprudence ont décidé qu'après l'écoulement d'un délai convenable sans que l'autorité compétente se soit prononcée sur le recours hiérarchique, celui-ci est considéré comme rejeté et en conséquence le recours à la section juridictionnelle compétente est ouvert. *Presutti*, *Instituzioni di diritto amministrativo italiano*, 1920, T. II, No. 528, pag. 467; *Salandra*, *Corso de diritto amministrativo*, 3<sup>e</sup> éd., 1921, pag. 190. Nous n'avons pu consulter l'article de *Ugo Borsi*, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, *Giurisprudenza italiana*, T. LV.

sées peuvent considérer leur demande comme rejetée et se pourvoir devant le Conseil d'Etat" 1).

### § I. *Domaine d'application et portée de loi de 1900*

A) L'art 3 de la loi de 1900 vise uniquement les affaires contentieuses qui doivent être introduites devant le Conseil d'Etat. Cette rédaction s'explique par les conditions dans lesquelles ce texte a pris naissance. Il résulte, en effet, d'une addition apportée par l'initiative parlementaire à un projet déposé par le gouvernement pour modifier l'organisation de la section temporaire du contentieux, cela afin d'accélérer l'évacuation des affaires au cours de la discussion. On fit valoir que la justice du Conseil d'Etat pouvait être tenue en échec par d'autres causes que l'encombrement des rôles, telles que le silence, l'inertie ou le mauvais vouloir de certaines autorités administratives. „L'honneur d'un pays, disait le rapporteur, est intéressé à rendre impossible les denis de justice et à ce que personne n'y puisse en vain invoquer la loi et demander des juges" 2). D'où l'adjonction au projet du gou-

1) Disposition analogue en Grèce. Loi 3713 sur le Conseil d'Etat du 22 décembre 1928. (*Annuaire de l'Institut international de droit Public*, 1929, pag. 407). Art. 474<sup>0</sup> „Le recours devant le Conseil d'Etat ... est aussi admis dans les cas où une autorité n'a pas pris les mesures prévues par une loi. Une autorité est censée manquer à cette obligation lorsque au bout de trois mois elle n'a pas encore donné suite à la requête du demandeur. Ce délai de trois mois est applicable lorsque la loi n'a pas prévu de délai spécial”.

En Espagne, dans certains cas, le silence gardé par le supérieur sur la réclamation dirigée contre l'acte d'une autorité inférieure était considéré comme une confirmation. Le statut provincial de 1925 a établi une règle analogue à celle de la loi de 1900 art. 174 : „Seront considérées comme rejetées par les autorités et organismes provinciaux compétents les demandes ou réclamations des particuliers ou personnes morales sur lesquelles il n'est pas intervenu des décisions où des mesures sur le fond dans les quatre mois qui suivent leur présentation, sauf quand la loi établit des délais supérieurs ou inférieurs. Ces refus tacites pourront être attaqués par le recours approprié et si ceux-ci réussissent, la responsabilité civile ou gouvernementale des autorités, fonctionnaires, ou corporations coupables du retard, pourra être mise en jeu. La théorie du silence administratif établi au paragraphe précédant, sera applicable aux décisions que les gouverneurs civils et le ministre du gouvernement doivent prendre dans ces délais fixés de façon ferme par cette loi”.

Le statut communal de 1924 art. 268 édicte la même règle pour les décisions à prendre par les autorités et organismes municipaux.

2) Sirey. Lois annotées 1153.

vernement des articles 3 et suivants qui n'envisagent que les affaires à porter devant le Conseil d'Etat.

En présence de ce texte, on a dit qu'il était regrettable que le législateur n'ait ainsi abordé la question que de biais, qu'il eût été préférable d'employer une formule générale assimilant en tous cas le silence prolongé à une décision de rejet. Mais, ajoutait-on, la rédaction restrictive de l'art. 3 ne présente pas d'inconvénients pratiques puisque, d'après la jurisprudence aux conséquences de laquelle il a entendu remédier, le Conseil d'Etat était, en fait, l'unique juridiction devant laquelle jouait la règle qu'il n'est pas de recours possible à défaut d'une décision préalable.

Mais par la suite, l'inconvénient de cette formule limitative s'est manifesté. Il est apparu que même au point de vue pratique ceux-là n'avaient pas tort qui avaient critiqué la réforme de 1900, ou tout au moins la façon dont elle avait été réalisée, en disant que par cela même que la loi écartait dans un cas particulier, les conséquences de l'idée qu'il n'est pas de recours possible sans une décision préalable elle admettait cette idée et lui donnait la consécration législative. C'est en effet ce qui vient de se produire. Le Conseil d'Etat a vu dans la loi de 1900 la confirmation du principe sur lequel se fondait sa jurisprudence antérieure, qu'une décision administrative préalable constitue la matière même du débat contentieux ; aussi considère-t-il que ce principe doit s'appliquer du moment où on ne se trouve pas dans les termes de l'exception qu'y a apportée l'art. 3 de la loi de 1900. Tel est le cas pour les litiges en matière de pensions militaires de la loi du 31 mars 1914 (pensions pour infirmités où décès dont la cause est postérieure au 2 août 1914). Ces litiges sont de la compétence des tribunaux et des cours régionales de pensions et le Conseil d'Etat n'en connaît que comme juge de cassation. Comme il ne s'agit pas „d'affaires à introduire devant le Conseil d'Etat sous forme d'un recours contre une décision administrative”, seule hypothèse visée dans l'art 3 de la loi de 1900, le Conseil d'Etat déclare que la disposition de ce texte assimilant à un silence de quatre mois à une décision de rejet ne peut être invoquée devant les juridictions de pensions 1).

1) C. D. Et. 8 mars 1929 *Aubagnac* (non publiée) : „Attendu que pour rejeter le recours du sieur A. le Tribunal des pensions s'est fondé sur ce qu'aucune décision du ministre des pensions n'avait statué sur sa demande de pension ; que le ministre s'était refusé à prendre une décision après l'examen du requérant par la commission de réforme... Considérant d'une part que les procès-verbaux des commissions de réforme qui d'après l'art. 13 du D. du 2 Septembre 1919 doivent être transmis au ministre avec toutes les pièces de l'instruction, ne constituent pas une décision susceptible d'être déferée directement au conseil d'Etat ; Considérant, d'autre part, qu'il résulte de l'ensemble des dispositions de la loi du 21 mars 1912, notamment des art. 6 et 38, que le

Nous ne savons si la question s'est posée pour des litiges relevant de la compétence des juridictions de dommages de guerre. Il est vraisemblable que la réponse du Conseil d'Etat aurait été la même.

Ainsi la réforme de la loi de 1900 n'a qu'une étendue limitée. La règle suivant laquelle le recours contentieux est impossible contre le silence de l'administration continue à subsister comme principe général. En fait son domaine d'application a été considérablement restreint par la loi de 1900. Elle ne joue plus que devant les juridictions administratives spéciales créées depuis la guerre. Mais force est bien de constater qu'il est encore quelques matières dans lesquelles l'administration en s'abstenant de répondre à la possibilité de fermer aux intéressés l'accès des tribunaux institués pour leur permettre de faire valoir leurs droits. Certes, un pareil résultat est en dehors des prévisions et va contre la volonté du législateur de 1900 qui avait entendu supprimer complètement un abus qu'il déclarait inadmissible. L'on saisit sur le fait l'inconvénient de la méthode qui consiste à légiférer en vue d'hypothèses particulières. Pour réaliser de façon complète la réforme désirable et d'ailleurs voulue il eût suffi au législateur d'employer une formule générale plus simple d'ailleurs que celle de l'art 3. „Le silence gardé par une autorité administrative pendant plus de quatre mois sur une réclamation qui lui a été adressée constitue une décision tacite de rejet, susceptible des mêmes recours contentieux que le serait une décision formelle”.

B) Dans le domaine où elle s'applique (affaires à introduire en première instance devant le Conseil d'Etat), la loi de 1900 n'a pas répudié le principe affirmé par la jurisprudence qu'un recours n'est possible que s'il est dirigé contre une décision administrative. Elle n'a pas dit d'autre part que le silence prolongé „est” „constitue” une décision de rejet. Elle a tourné la règle au moyen d'une fiction, en assimilant le silence à une décision de rejet „l'intéressé peut considérer sa demande comme rejetée”<sup>1)</sup>.

refus de pension ne peut être prononcé que par une décision formelle du ministre et que l'art. 3 de la loi du 17 juillet 1900, aux termes duquel les parties peuvent se pourvoir contre la décision implicite de rejet résultant du silence gardé pendant plus de quatre mois par les autorités administratives sur leurs réclamations, ne s'appliquent pas aux affaires introduites devant les tribunaux et cours régionales de pensions ; qu'ainsi s'est par une exacte application de la loi que le Tribunal des Pensions de l'Herault a rejeté comme prématuré le recours du sieur Aubagnac qui ne justifie d'aucune décision du ministre lui déviant droit à Pensions”. Dans le même sens : C. E. 26 juillet 1930. De Chartier.

1) Certains disent bien que la loi de 1900 a établi non pas une fiction mais une présomption de rejet, en donnant au silence de l'administration la signification qu'il présente réellement dans la majorité des cas. (*Perrical de Chamard*, op. cit.). Si l'on veut, mais pratiquement la chose revient au même et il paraît bien d'ailleurs que la loi de 1900, sans chercher plus loin, a eu recours à une fiction.

Ainsi le principe subsiste. Pas plus qu'auparavant le débat contentieux ne peut s'engager devant le Conseil d'Etat sous forme d'une action intentée directement contre la personne administrative dont on réclame quelque chose. Le Conseil d'Etat maintient l'affirmation qu'à défaut de toute décision (expresse ou tacite) le recours est impossible<sup>1)</sup>.

De façon plus précise sa formule est que le recours est irrecevable si le requérant, ou bien ne produit pas une décision formelle, ou bien ne justifie pas avoir accomplies les formalités de la loi de 1900<sup>2)</sup>. Finalement cela revient à dire que la possibilité d'un recours au Conseil d'Etat est subordonné, non pas à une *décision* préalable, mais à une *réclamation* préalable présentée à l'administration quatre mois au moins à l'avance.

1) Peut être même applique-t-il le principe plus rigoureusement. A la veille de la loi de 1900 les inconvénients qui en résultaient l'avaient amené à y apporter quelques tempéraments. Il avait admis qu'un litige entre une commune et un de ses fonctionnaires avait pu être porté devant lui du moment où l'existence du désaccord était établie sans être formellement consacrée par une décision de refus (C. E. 3 février 1899. Rec. 86).

Il avait statué sur des litiges entre départements au sujet du remboursement de frais du service des aliénés, alors que le désaccord des deux départements résultait simplement de pièces émanant des préfets mais sans qu'il y eut de décision à annuler. (C. E. 10 décembre 1900. Département de l'Allier Rec. pag. 749 ; 21 décembre 1900, Dep. du Calvados, Rec. pag. 803). Après la loi de 1900 il s'est montré plus strict en exigeant une décision catégorique de rejet émanant, non pas du préfet, compétent cependant pour liquider et ordonnancer les dépenses départementales, mais du conseil général seul qualifié pour admettre ou rejeter les réclamations dirigées contre le département. C. E. 30 juin 1905 Dep. de la Mayenne.

2) C. E. 28 juillet 1908 *Espagnol*, „Considérant que le Sieur E. ne justifie ni d'une décision par laquelle le ministre l'aurait admis ou aurait refusé de l'admettre à faire valoir ses droits à la retraite, ni d'une réclamation adressée au ministre dans les conditions de l'art. 3 de la loi du 17 juillet 1900 et qu'il n'est pas recevable à demander directement au Conseil d'Etat la liquidation d'une pension de retraite”.

Toutefois lorsque, même avant les quatre mois, un recours est introduit sans qu'aucune décision préalable soit produite, le Conseil d'Etat ne le rejette pas *in limine litis*. Il communique la requête au ministre intéressé et si dans ses observations en réponse le ministre prend position sur la demande, le Conseil d'Etat admet que ces conclusions prises après coup par le ministre équivalent à décision et lient l'instance (C. E. 23 nov. 1917 Ville de Toulouse, S. 1924, III, 16). Il y a là, dit *Hauriou* (Précis. p. 373), une sorte d'invitation du Conseil d'Etat à l'administration de prendre la décision qui rendra le recours recevable sans attendre le délai de quatre mois.

## § 2. Condition d'application de la loi de 1900

1. Elle s'applique quelle que soit l'autorité administrative qui a gardé le silence : ministre, appelé à statuer soit en qualité de supérieur hiérarchique soit en vertu de ses pouvoirs propres (C. E. 13 novembre 1903 ; 23 juillet 1909) ; conseil général (C. E. 30 juin 1905) ; conseil municipal (C. E. 2 février 1906) ; maire (C. E. 7 août 1909).

2. Elle s'applique à toute affaire contentieuse relevant du Conseil d'Etat, soit par le recours de pleine juridiction, soit par le recours en annulation, que l'intéressé se réclame par conséquent d'un droit au sens propre du mot ou d'un pouvoir légal.

3.—Elle s'applique à toutes les réclamations, même à celles relatives à un objet sur lequel l'administration possède un pouvoir discrétionnaire de prendre ou de ne pas prendre la mesure sollicitée, par exemple une demande en autorisation d'occupation du domaine public (C. E. 31 juillet 1909 Picard). L'administration en certains cas a cherché à échapper à la loi de 1900 en déclarant que la réclamation dont elle avait été saisie ne constituait pas une affaire contentieuse. Le Conseil d'Etat a justement écarté cette prétention. (C. E. 7 août 1905, Zill-Desilles S. 1906, III, 129 N. Hauriou).

Cela ne veut pas dire bien entendu que le pouvoir discrétionnaire de l'administration d'accorder ou de refuser la demande soit en rien diminué. Mais outre qu'il n'est pas d'acte entièrement et absolument discrétionnaire, que le pouvoir de l'administration de rejeter une demande suivant son appréciation personnelle peut être soumis à des conditions dont l'inobservation entraînerait l'illégalité de la décision de refus pour vice de forme ou détournement de pouvoir, la question se posera toujours de savoir si la mesure sollicitée relevait ou non du pouvoir discrétionnaire, ainsi que l'administration le prétend.

A cet égard au moins la suite négative donnée par l'administration à toute demande peut donner lieu à un contrôle juridictionnel et fournir la matière d'une affaire contentieuse, devant le Conseil d'Etat <sup>1)</sup>.

Pour la même raison nous ne croyons pas qu'il faille dire, comme on le fait habituellement (Hauriou, Précis p. 372) qu'il est nécessaire, pour le jeu de la loi de 1900, que la réclamation ait été adressée à

1) Hauriou, Précis, II éd. 372 note. 1. „... Toute réclamation de quelque nature qu'elle soit adressée de façon formelle à l'administrateur compétent mettra en mouvement le mécanisme de la loi de 1900. Ce sera au Conseil d'Etat statuant au fond à rejeter le recours lorsque la matière ne lui paraîtra pas être contentieuse, mais l'affaire sera venue devant lui... Ainsi se trouve éliminée la distinction doctrinale des matières contentieuses et des matières non contentieuses qui a encombré pendant bien longtemps les ouvrages de droit administratif. Il n'y a plus à s'en préoccuper au point de vue de l'introduction de l'instance”.

l'autorité compétente pour y répondre. On voit bien pourtant le Conseil d'Etat, auquel une décision de refus était produite, déclarer la requête non recevable parce que l'autorité dont émanait cette décision n'était pas celle qui avait qualité pour statuer sur la demande dont elle avait été saisie. (C. E. 30 juin 1909. Dep. de la Mayenne précité). Mais le Conseil d'Etat en parlant ici d'irrecevabilité, emploie une formule équivoque. Sans doute, une autorité sollicitée de faire un acte étranger à ses attributions n'a pas l'obligation de répondre à la demande, fut-ce pour déclarer qu'elle n'a pas à prendre une mesure qui n'est pas de son domaine. Mais à propos de cette décision de rejet, où plutôt de mise à l'écart de la demande, qu'elle soit formelle ou tacite, la question pourra toujours être soulevée de savoir si, comme elle l'a estimé, cette autorité était véritablement incompétente, et ceci est une affaire contentieuse. L'incompétence de l'autorité à laquelle la demande a été adressée entraînera le rejet au fond du recours dirigé contre le refus résultant de son défaut de réponse, mais elle n'exclut pas la formation du recours par lequel le Conseil d'Etat est appelé à dire si elle était en droit de refuser de répondre.

Ainsi, la formule de la loi de 1900 est assez large pour que le silence gardé par l'administration sur une demande que lui a été adressée, ne puisse plus empêcher le recours au Conseil d'Etat dans aucun des cas où il serait recevable contre une décision formelle <sup>1)</sup>.

La volonté du législateur avait été de mettre fin aux pratiques abusives de l'administration. Le Conseil d'Etat a veillé à ce que cette volonté produise son plein effet. Il avait appliqué strictement le décret de 1864. Au contraire (et on y peut voir le signe d'un changement dans l'état des esprits en cette matière) il a adopté de la loi de 1900 une interprétation très large, nettement favorable aux administrés, et qui a déjoué les tentatives faites par l'administration pour maintenir quelque chose de son ancien privilège.

1) Il y a lieu de réserver les hypothèses, où exceptionnellement la loi dispose qu'une décision exécutoire d'une autorité administrative ne peut pas être *directement* déférée au Conseil d'Etat. Telles les délibérations des conseils municipaux dont la nullité ne peut être invoquée devant le Conseil d'Etat qu'après avoir fait l'objet d'une réclamation infructueuse devant le préfet (loi du 5 Avril 1884, art. 61—67). Le recours direct au Conseil d'Etat n'étant pas admis contre une décision formelle du conseil municipal, il ne saurait, pas davantage être ouvert contre la décision implicite de rejet résultant du silence gardé par le conseil municipal sur une demande qui lui a été adressée (C. E. 24 mars 1921, Maysounié, S. 1925, III, 48). L'irrecevabilité du recours que l'intéressé voudrait former au Conseil d'Etat tient alors, non au silence gardé par l'administration sur la demande qui lui a été faite, mais à la nécessité de cette réclamation administrative au préfet dont la loi fait ici le préalable nécessaire du recours devant le Conseil d'Etat.

§ 3. *Procédure du recours contre le silence de l'administration.*

1. *Au bout de quel délai le recours est-il possible contre le silence de l'administration.*

Pour que le silence soit assimilé à une décision de refus, il faut qu'il ait duré plus de quatre mois. Le point de départ de ce délai est le dépôt de la réclamation ou, si des pièces sont produites postérieurement, de la réception de ces pièces. Bref, le délai court à partir du moment où l'autorité qui doit statuer a en main les éléments de décision<sup>1)</sup>.

Si l'autorité est un corps délibérant, le point de départ du délai est reporté, s'il y a lieu, à l'expiration de la première session légale qui suivra le dépôt de la demande ou des pièces. Si par exemple une réclamation a été adressée à un conseil général après la session d'acût, et qu'il n'y ait pas entre temps de session extraordinaire, les quatre mois se compteront à partir de la fin de la session d'avril suivant, car c'est au cours de cette session seulement que le Conseil général aura pu statuer sur la demande<sup>2)</sup>.

Sitôt les quatre mois écoulés, le recours peut être formé. (C. E. 7 acût 1909 Bacconet). Strictement la requête introduite plus tôt est prématurée et devrait être déclarée irrecevable. Le Conseil d'Etat qui en avait d'abord décidé ainsi (C.E. 29 avril 1904 Lamy, Rec. 391) a adopté de la règle une interprétation plus souple. Le silence du ministre, bien que n'ayant pas duré quatre mois, peut être assimilé à un refus, si la décision, contre laquelle la réclamation était dirigée, a été exécutée dans l'intervalle (C. E. 16 mars 1907 Cadet). Par cette exécution l'administration a manifesté sa volonté de ne pas faire droit à la demande. Si le délai de quatre mois, non observé dans une première requête l'a été dans une seconde, le Conseil d'Etat statue à la

1) Dans les cas où, comme en matière de pensions, la demande doit être instruite par une autorité subordonnée avant d'être soumise au ministre qui en décide, le délai court du jour où cette autorité l'a transmise au ministre (C. E. 20 juillet 1906).

2) Ceci suppose que la réclamation adressée au représentant de l'administration locale a été transmise par lui à l'assemblée. C. E. 30 juillet 1926. Masquet. Le préfet de la Seine, ayant reçu une demande d'indemnité sur laquelle le Conseil Municipal de Paris devait être appelé à statuer, mais s'étant abstenu d'en saisir le Conseil, l'intéressé, après l'expiration du délai de quatre mois est fondé à considérer sa réclamation comme implicitement rejetée par l'assemblée municipale et est en conséquence recevable à se pourvoir au Conseil d'Etat. La décision, peut paraître singulière, puisqu'elle aboutit à admettre une décision de la part d'une autorité qui a ignoré la demande, mais on comprend la nécessité de fait qu'il y avait de l'admettre.

fois sur les deux requêtes (C. E. 27 juillet 1911 Gueland) Même il suffit que les quatre mois, non écoulés lors de l'introduction de l'instance, le soient lorsque le Conseil d'Etat statue. L'expiration du délai en cours d'instance régularise le recours formé prématurément (C. E. 27 décembre 1911 Pamart, Rec. p. 1240 avec les conclusions de Mr. Pichat ; C. E. 26 novembre 1924 Saint Jouanne). Avec cette jurisprudence, remarque Hauriou, (S. 1923, III, 1), „on sera libre de former le recours contentieux presque aussitôt après avoir adressé la réclamation à l'administration parce que la lenteur avec laquelle le Conseil d'Etat évacue les recours est un sur garant qu'il n'aura jamais statué avant l'expiration du délai de quatre mois". Seulement à procéder ainsi le requérant risque d'avoir fait inutilement les frais d'un recours, si avant les quatre mois l'administration fait droit à sa demande.

2. *Preuve de la date de la réclamation.*

Aux termes de l'art 5 de la loi de 1900, „La date du dépôt de la réclamation et des pièces, s'il y a lieu, est constatée par un récépissé (délivré par l'administration qui a reçu la réclamation) a défaut de décision, ce récépissé doit, à peine de déchéance, être produit par les parties à l'appui de leur recours au Conseil d'Etat".

L'administration a parfois essayé d'échapper à la loi de 1900 en ne délivrant pas le récépissé sous un prétexte quelconque, par exemple qu'il ne s'agissait pas d'une affaire contentieuse — et en opposant ensuite la déchéance. Le Conseil d'Etat a déjoué cette manoeuvre de mauvaise foi. Du moment où il résulte des pièces versées au dossier que l'administration a refusé de délivrer le récépissé, elle n'est pas fondée à prétendre que le requérant n'a pas satisfait à la condition exigée par la loi de 1900". (C. E. 9 novembre 1917, Baudon R. 708). „La difficulté à laquelle la loi a entendu remédier, subsisterait tout entière si les administrations pouvaient, en ne délivrant pas de récépissé, empêcher de courir le délai de quatre mois... ; il suit de là que la disposition qui oblige le réclamant à fournir... le récépissé de sa demande, doit être entendue comme n'ayant d'autre but que d'exiger une preuve certaine que la réclamation a été remise à une date déterminée à l'autorité compétente ; il appartient au juge d'apprécier, d'après les éléments du dossier, si le requérant apporte cette preuve. (C. E. 26 mars 1920, Dumont S. 1923, III, 1, M. Hauriou).

Cette preuve peut résulter d'un constat d'huissier établissant la remise de la demande et le refus du récépissé, (C. E. 7 acût 1905 Zill-Desilles S. 1906, III, 129 ; C. E. 3 février 1911 Nicolet S. 1903 III, 95) ; de l'aveu de l'administration que la réclamation a bien été formée (C. E. 21 novembre 1913 Gauron Rec. p. 1125) ; du récépissé de la poste constatant l'envoi d'une lettre recommandée et de l'avis de réception postal établissant sa remise à l'admi-

nistration (C. E. 10 novembre 1901 Carrère S. 1907 III, III, C. E. 26 mars 1920 Dumont, précité).

Mais si, à défaut du recipissé, cette preuve ne résulte pas des éléments du dossier, le recours est irrecevable (C. E. 20 juin 1921 Lavoisi Rec. p. 45).

3. *Dans quel délai le recours contre la décision implicite de refus résultant du silence de quatre mois doit-il être formé?*

Il semblerait naturel d'observer la règle générale que les recours au Conseil d'Etat doivent à peine de forclusion être formés dans un délai de deux mois. C'est ce droit commun que le Conseil d'Etat avait en effet commencé par appliquer (C. E. 17 juin 1904 Marchand). Mais, dans son désir de faire produire tout son effet à la loi de 1900, il a adopté une solution, qui procède d'un argument littéral un peu étroit peut-être, mais qui est beaucoup plus favorable aux particuliers.

En effet, d'après les règles générales, ce qui fait courir le délai de deux mois, c'est la notification ou la publication de la décision. Or, pour la décision tacite qui résulte du silence de quatre mois, ces formalités font défaut. Le Conseil d'Etat relève d'autre part qu'aucune disposition de loi n'a limité à deux mois la faculté de recourir contre le silence de l'administration. Il en a conclu que le recours en ce cas n'est enfermé dans aucun délai (C. E. 7 août 1905, Ducreux S. 1906, III, 129, N. Hauriou ; 7 mai 1909, Monteux S. 1910, III, 693 ; 26 mars 1920 Biere Rec. p. 332). En adoptant cette solution, remarque M. Hauriou (Précis 2-e, p. 372), le Conseil d'Etat a certainement aussi voulu décider l'administration à se prononcer explicitement sur les demandes qui lui sont adressées. „Elle y aura intérêt. Dès qu'elle l'aura fait, le recours contentieux sera enfermé dans un délai de deux mois ; si elle ne se prononce pas explicitement, elle restera indéfiniment exposée au recours contentieux. Il dépendra d'ailleurs d'elle, en prenant une décision formelle qui pourra intervenir à toute époque, de sortir de cette situation fâcheuse". Car, après les quatre mois, l'administration a la faculté de substituer à la décision implicite résultant de son silence une décision expresse dont la notification à l'intéressé fera courir le délai de deux mois. (C. E. 8 mai 1908 Warms).

\* \* \*

En fin de compte, si la loi de 1900 n'a pas répudié de façon absolue le prétendu principe qu'il n'est pas de recours possible sans une décision administrative préalable, du moins la lacune que présente encore à cet égard le système administratif français n'a-t-elle plus qu'une étendue minime. Là où l'impossibilité du recours contre le silence de l'administration produisait véritablement ses effets fâcheux, c. à. d. devant le Conseil d'Etat, la loi de 1900 et l'interprétation large que le Conseil d'Etat en a adoptée, y ont pratiquement remédié. La loi

de 1900 a, non pas créé l'obligation de l'administration de répondre aux demandes que lui sont adressées—cette obligation résulte du devoir fonctionnel de toute autorité d'exercer ses attributions — mais sanctionné cette obligation. Exiger des intéressés qu'ils n'engagent le débat contentieux qu'après avoir saisi l'administration de leur prétentions et attendre un délai qui n'est pas excessif, est parfaitement légitime et présente des avantages. L'important est que l'administration ne puisse pas par son silence fermer aux intéressés l'accès du Conseil d'Etat. Le fâcheux est qu'elle ait encore cette possibilité devant quelques juridictions spéciales. Sans doute quand l'attention du législateur aura été attirée sur cet abus, voudra-t-il y mettre fin.

## APPENDICE

### *Le recours contre le silence de l'administration en Suisse.*

#### I. *Dans les Cantons<sup>1)</sup>*

L'on sait que la violation *par les autorités cantonales* des droits constitutionnels des citoyens, c. à. d. de tout droit qui leur est accordé par la constitution fédérale ou par une constitution cantonale, est sanctionnée par le *recours de droit public* ouvert aux intéressés devant le tribunal Fédéral, (Const. féd. art. 113), celui-ci ayant d'ailleurs étendu sa compétence à certains droits individuels garantis par une loi ordinaire (*Fleiner*, Schweizerisches Bundesstaatsrecht 1923, p. 422, s.).

Notamment, le principe de l'égalité du droit (Const. féd. art. 4 : „Tous les suisses sont égaux devant la loi”), a été utilisé par le tribunal fédéral pour exercer un large contrôle sur les mesures émanant des autorités cantonales. (*Fleiner* p. 282 et les auteurs cités). Or, par une jurisprudence ancienne et constante, le tribunal fédéral considère qu'il y a violation du principe de l'égalité devant la loi, quand une autorité cantonale s'est refusée expressément ou implicitement à statuer alors qu'elle y était tenue. Cette attitude de sa part constitue un déni de justice ou d'administration formelle (*Rechtsverweigerung*) qui donne ouverture au recours de droit public. „Lorsque le déni d'administration est implicite, que l'administration cantonale ne s'est pas expressément refusée à statuer, mais qu'elle a simplement conservé le silence, le tribunal fédéral impartit généralement un délai à l'autorité pour s'exécuter, faute de quoi il y a lieu d'admettre que sa décision est une décision implicite de rejet. Contre une telle décision, l'administré peut alors recourir au tribunal fédéral, soit à raison du déni matériel (résultant de ce que l'autorité cantonale a pris une

(1) Cf. *Wyssa*, Le contentieux administratif en Suisse, spécialement en matière cantonale, Thèse Lausanne, 1920.

*J. Laferrière*, Les modes de solution du contentieux administratif dans les cantons suisses, Mélanges Hauriou 1929, p. 437.

mesure susceptible d'être considéré comme arbitraire), soit en alléguant toute autre violation d'un droit constitutionnel. Grâce à cette interprétation de l'art. 4 de la Constitution fédérale, l'individu bénéficie en Suisse, à l'égard de l'administration cantonale, d'un moyen qui rappelle la procédure bien connue du droit administratif français établie par la loi du 17 juillet 1900<sup>1</sup>. (Wyssa, op. cit., p. 97<sup>1</sup>).

Le recours du droit public au tribunal fédéral n'est ouvert qu'au cas de violation des droits constitutionnels par une décision émanant de l'autorité cantonale suprême. Comment la question du silence de l'administration est-elle réglée à l'intérieur des cantons? Leur législation interne, dans la mesure où elle admet un recours juridictionnel contre les actes des autorités cantonales (soit devant un tribunal administratif proprement dit, soit devant l'autorité judiciaire

1) C. Affolter, Die individuellen Rechte nach der bundesgerichtlichen Praxis, Zurich 1915, pag. 89, 91. Zeller Das Prinzip der Rechtsgleichheit in der Rechtsprechung der Schweiz. Bundesgerichts. Thèse Heidelberg 1908, pag. 69. Piquet Le déni de justice, Thèse Lausanne 1907.

Tribunal fédéral 12 juillet 1909 Clerc. Le silence prolongé gardé par le Conseil d'Etat sur une demande de concession nécessaire pour la construction d'un hôtel équivaut à un refus de se prononcer qui peut être déféré au Conseil d'Etat.

Tribunal fédéral, mars 1903 Soc. fribourgeoise de pharmacie. Une société de pharmaciens a demandé au Conseil d'Etat du Canton d'ordonner la fermeture d'une pharmacie ouverte dans des conditions irrégulières; aucune réponse au bout de deux ans: „Ainsi que le tribunal fédéral l'a reconnu dans de nombreux arrêts, il y déni de justice toutes les fois qu'une autorité se refuse à prendre une décision rentrant dans sa compétence. Il est également constant que le fait par une autorité de ne pas répondre à une requête équivaut au refus de la prendre en considération. En l'espèce le déni de justice est d'autant plus manifeste que la recourante est revenue au moins cinq fois à la charge et n'a jamais reçu de réponse écrite. Le recours est admis en ce sens que le Conseil d'Etat est invité à prendre sans retard une décision sur le recours que lui a été adressé le 17 octobre 1900 et à en faire part à la recourante". Tribunal fédéral 23 décembre 1921. Défaute de réponse du Conseil d'Etat à la demande d'une commune tendant à être autorisé à procéder à l'acquisition d'un immeuble.

Le particulier qui a consenti une promesse de vente à la commune et qui par suite ne peut disposer de son immeuble est recevable à former le recours de droit public contre le silence de l'administration. „Le recours est admis et le Conseil d'Etat est invité à statuer sur la demande de la commune tendant à être autorisée à acheter l'immeuble du requérant". „Tous les auteurs, même ceux qui ont le plus critiqué la jurisprudence fédérale en matière de déni de justice, ont admis sans réserve l'intervention du tribunal fédéral limité à ce cas particulier". (Pignet, loc. cit., p. 59).

soit devant un tribunal judiciaire érigé en juridiction administrative (sur ces différentes solutions Laferrière, loc. cit.) admet-elle que ce recours puisse être dirigé contre l'inaction de l'administration? Nous sommes hors d'état de répondre à cette question qui nécessiterait l'étude des diverses législations cantonales. Nous signalons seulement la façon dont elle est résolue dans le canton de Bâle Ville par le projet de loi sur la juridiction administrative, projet qui attribue l'exercice de la juridiction administrative à la Cour d'Appel (Bericht der Grossratskommission zur Vorberatung des Entwurfes zu einem neuen Gesetze über die Verwaltungsrechtspflege, 29 Nov. 1926, no. 2741).

D'après ce projet „les demandes d'indemnité intentées contre des fonctionnaires ou contre l'état en vertu du 9 de la Constitution<sup>1</sup>) (pour dommages causés dans l'exercice de leurs fonctions) doivent être introduites par la voie de l'action civile" (§ 4).

Les autres obligations patrimoniales de l'administration fondées sur le droit public doivent être invoquées par écrit devant le Conseil exécutif qui adresse la requête à l'autorité compétente pour statuer. „La décision doit intervenir dans un délai convenable" (§ 5). Les demandes en remboursement d'une prestation pecuniaire de droit public qui n'était pas due ou pour laquelle il y a eu trop perçu doivent être formulées auprès de l'autorité qui a perçu où de l'autorité supérieure (§ 6). „Après qu'elles ont fait l'objet d'une décision des autorités administratives, les demandes, visées au 5 et § 6 sont jugées par le tribunal administratif" (§ 7).

Aux termes du § 8, le tribunal administratif est compétent pour décider si l'administration a statué contrairement au droit si elle a inexactement établi des données de fait de l'affaire, „ou si elle a retardé de façon non justifiée une mesure qu'elle était tenue de prendre".

In fine le projet consacre certaines dispositions spéciales à ce recours pour violation du droit par retard, (Rechtsverzögerung, littéralement traîner en longueur).

§ 43. „Pour le recours pour retard non justifié d'une décision que l'administration a le devoir de prendre...

1. Le recours n'est enfermé dans aucun délai; il est introduit par une requête motivée.

2. Si le recours apparaît à première vue comme non fondé le Président du tribunal, après avoir, si nécessaire, demandé un rapport à l'autorité, renvoie le recours à son auteur en indiquant les motifs de cette mesure, et fixe au requérant un délai dans lequel il aura

1) Constitution du 3 décembre 1889 art. 9: „Les autorités publiques et les fonctionnaires sont responsables, conformément aux dispositions de la loi, des actes commis dans l'exercice de leurs fonctions et sont tenues de réparer les dommages causés. Les personnes lésées peuvent diriger leur demande d'indemnité directement contre l'Etat qui a l'action recoursoire contre les coupables". Darest - Delpéch Laferrière, Les Constitutions modernes 4-e éd. II, p. 621.

déclarer s'il persiste à réclamer un jugement ; si il n'est pas répondu à l'invitation dans le délai fixé, le tribunal déclare qu'il ne sera pas statué sur le recours.

3. Si le recours est reconnu fondé, le tribunal transmet le jugement au Conseil exécutif avec l'invitation de pourvoir à ce que la décision nécessaire soit prise dans un délai convenable<sup>1)</sup>.

Il y a là une solution qui aboutit au même résultat final que la loi française de 1900 en prémunissant les intéressés contre l'inaction administrative. Mais le mécanisme du projet diffère de celui de la loi française en ce que le législateur n'a pas fixé lui-même un délai uniforme à l'expiration duquel seulement le silence de l'administration sera considéré comme constituant une décision de refus rendant le recours possible. S'il n'a pas eu besoin de le faire c'est que la façon moins rigoureuse dont est entendue la séparation de la juridiction et de l'administration active lui a permis de laisser au juge le soin d'apprécier lui-même, dans chaque espèce, quand il y a retard injustifié et, en ce cas, d'enjoindre à l'administration (car cette invitation est bien une injonction) de prendre la mesure qu'elle aurait du prendre.

La solution est plus souple ; par contre elle paraît de portée plus restreinte. Les termes de la loi semblent bien en effet limiter le recours à l'hypothèse où l'administration a omis de faire un acte qu'elle est tenue d'accomplir et dont le non accomplissement réalise une violation du droit du réclamant (le mot „droit” étant sans doute entendu dans le sens large que lui assigne la théorie des droits public subjectifs des administrés). Quant aux actes relevant du pouvoir discrétionnaire, le projet n'envisage le recours au tribunal que s'il y a eu une décision de refus ( § 9).

A Zurich, le projet de loi sur la justice administrative et les conflits de compétence (Projet du 14 janvier 1925) ne contient pas de dispositions analogues ; il envisage constamment les recours ouverts devant le tribunal administratif comme dirigés contre une décision de l'autorité administrative : § 12. „A moins de disposition contraire expresse, une décision ne peut faire l'objet d'un recours devant le tribunal administratif que si elle a statué au fond sur une affaire administrative ou si elle a refusé d'en aborder l'examen” Le § 13 déclare il est vrai que le recours est possible à raison d'une violation de la constitution et du droit administratif du canton, portant atteinte aux droits du requérant. Mais parmi les hypothèses qu'il cite comme constituant une violation du droit, elle ne mentionne pas le défaut de réponse à une demande. Nous ne savons pas si ce silence des textes tient à ce que la jurisprudence Zurichoise aurait admis l'assimilation du silence prolongé à une décision de refus.

## II. Dans la confédération

En vertu de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale du 22 mars 1873, art. 178, 1, le recours de droit public ne peut être formé que

contre les décisions et les mesures cantonales. Si donc un citoyen arguait d'une violation de ses droits constitutionnels commise par une autorité fédérale, il ne disposait que d'un *recours de droit administratif*. Sauf exceptions, ce recours était porté, non devant le tribunal fédéral, mais devant le conseil fédéral, statuant, soit comme instance suprême, soit avec possibilité de recours à l'Assemblée fédérale (Const. Féd. art. 85, 120, *Fleiner*, op. cit., pag. 221, 276, 441.).

L'art. 114 bis ajouté à la constitution fédérale par le referendum du 29 octobre 1914, a décidé la création d'une cour administrative fédérale connaissant des contestations administratives fédérales que lui déférera la législation fédérale. En conséquence, la loi du 11 juin 1928 sur la juridiction administrative et disciplinaire fédérale (Feuille fédérale, 1928, II, p. 177 et les Messages du Conseil fédéral F. F. 1929 II, p. 193 et 213) a réglé la façon dont la cour administrative doit être saisie.

Pour les affaires intéressant le fisc „qui constituent le principal de sa compétence, la cour administrative est en effet appelée à en connaître à un double titre :

a) D'après l'art. 17, „elle connaît en instance unique des demandes litigieuses d'ordre pécuniaire dérivant de la législation fédérale et formées en vertu du droit public par la confédération et contre elle”. La loi donne comme exemple les réclamations pécuniaires découlant des rapports de service des fonctionnaires fédéraux, les cas de responsabilités à raison d'accidents survenus au cours d'exercices militaires, les indemnités de réquisitions de logement, les contestations entre la confédération et les cantons sur la répartition du produit de contributions ; l'art 18 soumet en outre à cette procédure diverses affaires particulières.

Dans ces hypothèses, il s'agit d'affaires où l'administration apparaît simplement comme une partie à un litige entre la confédération et des tiers. Elle n'a à prendre aucune décision ayant force exécutoire (Message du Conseil Fédéral du 27 mars 1925. F. F. 192, II5, p. 218). Dès lors l'action ou demande de droit administratif à engager devant la Cour Administrative statuant comme instance unique, s'exercera normalement aussitôt que le demandeur estimera qu'il existe un conflit. L'action dont il s'agit est par conséquent ouverte également contre le silence de l'administration<sup>1)</sup>.

Toute fois, à ce principe la loi apporte un double correctif d'après l'art. 20 : „Le conseil fédéral peut disposer par voie d'ordonnance qu'une action dirigée contre la confédération n'est susceptible d'être ouverte devant le tribunal fédéral qu'après qu'une autorité administrative

1) On lit pourtant au Message, loc. cit., p. 299 : „Les articles 17 et 18 parlant le premier de demandes litigieuses, „le second de contestations”, il apparaît que l'action dirigée contre la confédération en conformité de ces dispositions ne doit pouvoir être ouverte devant le tribunal fédéral que si une instance admi-

déterminée se sera prononcée sur la réclamation<sup>1)</sup>". D'autre part, une série de contestations qui rentrent dans la définition de l'art 17 ont été soustraites à la procédure de l'action directe, et soumises à celle du recours administratif des art. 4 à 16<sup>2)</sup>.

5. Dans cette seconde série d'hypothèses la Cour administrative est appelée à statuer comme instance de recours, saisie au moyen du recours de droit administratif. Art. 4 „Le recours de droit administratif au tribunal fédéral est ouvert contre les décisions prises... (en nature de contributions de droit fédéral, de cautionnements de droit public, et sur une longue série d'objets énumérés dans une annexe à la loi). Dans toutes ses dispositions traitant de ce recours (art. 4—16) (conditions de recevabilité, effets, pouvoirs du juge, délais, ouvertures) la loi l'envisage toujours comme étant dirigé contre une décision antérieurement prise par l'administration. Par ex. art. 8. „Sont seules susceptibles de recours du droit administratif : a) les décisions prises par les départements du conseil fédéral ou d'autres services fédéraux dans les causes qu'ils sont autorisés à régler eux mêmes ; b) les décisions prises en dernière instance cantonale“ Le particulier doit donc provoquer une décision de la dernière instance administrative pour la déférer au tribunal (Sur les conditions du recours de droit administratif, *Kirchoffer Die Verwaltungsrechtsplege beim Bundesgerecht* dans *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, 1930, T. III, p. 1).

Or la loi n'envisage pas l'hypothèse où l'administration garderait le silence sur la réclamation que lui a été adressée. Et d'autre part, contre les agissements de l'autorité fédérale, le recours de droit public au tribunal fédéral (pour déni de justice où d'administration) n'est

nistrative déterminée s'est préalablement prononcée sur la réclamation. Il n'y a pas de litige ni de contestation aussi longtemps que la confédération n'a pas pris position à l'égard de la prétention que le demandeur fait valoir contre elle". C'est exactement l'idée alléguée en droit français qu'une décision préalablement prise par l'administration constitue la matière même du débat contentieux.

1) Message, p. 299 : „Il s'agit d'éviter que l'action dirigée contre la confédération selon les art. 17 et 18 puisse être ouverte lorsque le bien fondé de la réclamation n'a été contesté que par une autorité fédérale subalterne. Force est de veiller à ce que, avant l'ouverture de l'action, une autorité administrative supérieure puisse se prononcer sur la réclamation, lorsque ceci est nécessaire pour assurer l'unité de traitement ou que le cas est important en raison du principe en jeu de la valeur du litige“.

2) Message, p. 218 : „Il y a des réclamations pécuniaires émanant de la confédération ou dirigées contre elle à l'égard desquelles l'administration se trouve dans une situation plus objective que ne le serait celle d'une partie en cause. L'administration a alors le pouvoir de statuer et sa décision peut être attaquée devant la Cour“.

pas possible. Le législateur fédéral a considéré, paraît-il, que la réclamation par voie administrative et le contrôle de l'opinion publique suffisent à donner aux particuliers les garanties nécessaires et qu'il n'est pas besoin d'organiser un moyen spécial de protection juridique contre l'inaction excessive où systématique de l'administration. Tous il est vrai, en Suisse même, ne partagent pas cet optimisme. Mr. le professeur Fleiner, auteur des avant projets de la loi, y avait prévu la possibilité du recours en cas de silence de l'administration.

Si aventureux qu'il soit de s'engager dans le domaine de l'hypothèse, ne peut-on se demander ceci : la Cour de justice administrative est constituée par une section du tribunal fédéral. Il est vraisemblable que, dans la mission particulière qui lui est assignée, cette formation du tribunal fédéral s'inspirera des tendances générales et des constructions juridiques de la haute juridiction dont elle fait partie. A supposer que par impossible, elle se trouve en face d'une tentative de l'administration pour paralyser une réclamation par son inaction délibérée, la Cour de justice administrative ne sera-t-elle pas amenée à reprendre, à propos du recours administratif, le raisonnement que le tribunal fédéral a fait à propos du recours de droit public, et à déclarer que le silence prolongé de l'administration équivaut à une décision de refus, et fournit à ce titre matière au recours de droit administratif.

J. LAFERRIÈRE

Professeur à la Faculté de Droit de Paris