

SUR UN LAZARE JURIDIQUE
BULLETIN DE SANTÉ DE LA NOTION
DE SERVICE PUBLIC
AGONIE ? CONVALESCENCE ? OU JOUVENCE ?

En hommage au juriste, chef de Corps
qui, unissant dans sa personne même
la magistrature administrative et la Faculté,
a tenu cette Revue sur les fonts baptismaux
et a veillé paternellement
sur sa croissance.

Créer, c'est connaître et révéler un ordre.

André SUARÈS (*Voici l'homme*, p. 439).

Rejoindre, dans sa forme la plus juste, une pensée présentée par l'inspiration, mais qui existe déjà dans la vérité du monde, et non pourchasser une projection de l'esprit sur le monde, ce qui relève seulement du discours conceptuel.

René MÉNARD (*La Condition poétique*, p. 160).

L'essentiel se dérobe infiniment; il ne nous reste que les anecdotes.

René DE OBALDIA (*Le Centenaire*).

L'essentiel est sans cesse menacé par l'insignifiant.

René CHAR.

La réalité noble ne se dérobe pas à qui la rencontre pour l'estimer et non pour l'insulter ou la faire prisonnière.

René CHAR.

On ne peut distinguer les grandes lignes des détails, ni comparer les valeurs, sans rassembler tout l'effort de la pensée.

DE GAULLE (*Le Fil de l'épée*, p. 14).

TABLE DES MATIÈRES

	PAGES
INTRODUCTION	
SECTION I. — <i>Pour qui sonne le glas?</i>	65
SECTION II. — <i>Du malaise actuel de notre droit administratif. — Part de la notion dans ce malaise</i> ...	68
PREMIÈRE PARTIE	
DES GRIEFS FAITS À LA NOTION DE SERVICE PUBLIC. — DES CRITÈRES DE REMPLACEMENT ENVISAGÉS. — DE LA NÉCESSITÉ ET DE L'ÉLABORATION DES NOTIONS, DES CONDITIONS ET LIMITES DE LEUR VALIDITÉ.	
	72
TITRE PREMIER	
VICISSITUDES ET ÉPREUVES DE LA NOTION DE SERVICE PUBLIC DISCRÉDIT OÙ ELLE EST TOMBÉE. — GRIEFS ARTICULÉS CONTRE ELLE	
SECTION I. — <i>Vicissitudes et épreuves de la notion de service public</i>	73
SECTION II. — <i>Discrédit où elle est tombée</i>	76
<i>Griefs articulés contre elle</i>	76
TITRE II	
DES ÉVENTUELS CRITÈRES DE REMPLACEMENT	
SECTION I. — <i>Nécessité d'un examen des titres de ces critères</i>	83
SECTION II. — <i>Hypothèses à écarter de plano</i> :	
§ 1. <i>Hypothèse d'un retour à la conception originelle de la notion de service public</i>	84
§ 2. <i>Critère par un privilège personnel de l'Administration</i>	84
SECTION III. — <i>Autres critères proposés</i> :	
§ 1. <i>Critère par la volonté de l'autorité compétente</i>	84
§ 2. <i>Critère par l'utilité publique</i>	84
§ 3. <i>Critère par la puissance publique</i>	85
§ 4. <i>Critère par la nature des règles et des situations</i>	88
TITRE III	
DE LA NÉCESSITÉ DES NOTIONS ET DE LEUR ÉLABORATION DES CONDITIONS ET LIMITES DE LEUR VALIDITÉ	
SECTION I. — <i>De la nécessité des notions</i>	93
SECTION II. — <i>De l'élaboration des notions</i>	94
SECTION III. — <i>Des conditions et des limites de la validité des notions</i>	96

SECONDE PARTIE

DE LA NATURE, DE LA LÉGITIMITÉ ET DES APTITUDES
DE LA NOTION DE SERVICE PUBLIC

TITRE PREMIER

DU DROIT ET DU SERVICE PUBLIC ENVISAGÉS COMME ACTIVITÉ

	PAGES
—	
CHAPITRE PREMIER. — <i>De la notion d'activité juridique</i>	
SECTION I. — <i>Du droit comme activité juridique</i>	102
SECTION II. — <i>De l'administration comme activité juridique</i>	104
CHAPITRE 2. — <i>Du service public envisagé comme activité juridique et des institutions correspondantes</i>	
SECTION I. — <i>Dédoublement et unité de la notion de service public</i>	106
SECTION II. — <i>De la théorie de l'acte juridique dans ses rapports avec la notion de service public</i>	107
§ 1. De la théorie de l'acte juridique comme l'un des fondements essentiels de la notion de service public et du rôle majeur du but d'intérêt public dans la structure de celle-ci.....	107
§ 2. De la prépondérance de la considération de l'objet et du but sur les autres aspects de l'activité administrative.....	108
§ 3. De la combinaison de l'élément but avec les autres éléments de l'acte à l'intérieur de la notion et de l'équilibre interne de celle-ci.....	110
§ 4. Des autres éléments qui contribuent à l'équilibre de la notion, tant en elle-même que dans ses rapports avec l'extérieur.....	111

TITRE II

DE LA DÉFINITION ET DU RÉGIME DU SERVICE PUBLIC
DE LA PORTÉE DE CETTE NOTION

SECTION I. — <i>Des formes nouvelles de l'intérêt public et des conséquences qu'elles ont entraînées :</i>	
§ 1. Conséquences juridiques entraînées par les formes nouvelles prises par l'intérêt public.....	113
§ 2. Nécessité de l'élaboration de notions nouvelles créée par ces transformations.....	115
SECTION II. — <i>De la définition du service public :</i>	
§ 1. Examen critique des définitions jusqu'ici données de la notion.....	116
§ 2. Définition à retenir.....	120
§ 3. Portée d'une telle définition.....	121
§ 4. Sanction donnée par la jurisprudence récente à la définition proposée.....	122

SECTION III. — *Du régime juridique du service public :*

§ 1. Imperfection des conceptions actuelles de ce régime.....	123
§ 2. Contenu effectif dudit régime.....	125
§ 3. Part à faire dans ce régime à d'autres considérations.....	128
§ 4. De la double portée de la règle de la proportionnalité des moyens aux fins.....	129
§ 5. Des rapports de la notion de service public avec celle d'ordre public.....	131
§ 6. De l'influence du régime juridique de chaque service public sur son classement et des conséquences diverses à tirer de celui-ci.....	133

SECTION IV. *De la portée de la notion de service public :*

§ 1. De l'inanité des griefs dirigés contre elle.....	134
§ 2. Des fonctions diverses de la notion dans notre droit administratif.....	138
De son rôle comme notion de synthèse.....	138
§ 3. Des limites de son efficacité.....	145
§ 4. De la nécessité de dégager la notion nouvelle d'activité publique d'intérêt général.....	146
§ 5. Existe-t-il un critère valable pour l'ensemble de notre droit administratif ?.....	151

CONCLUSION

§ 1. Des remèdes au malaise actuel de notre droit administratif.....	154
§ 2. De l'avenir de la notion de service public et de notre droit administratif.....	157

INTRODUCTION

SECTION I

POUR QUI SONNE LE GLAS ?

I

Si, il y a peu de temps encore, cette macabre question se fût posée dans la paroisse juridique, il n'est guère de paroissien qui eût hésité sur l'identité de la défunte. Sans doute notre époque est-elle fertile en retournements de situations, et il n'y a guère de décennie, souvent moins, qui n'enregistre le décès — ou la naissance — d'un État, d'une théorie, d'une espérance ou d'une illusion. Mais cette fois, dans le domaine du droit, il ne s'agissait pas de la première venue, mais d'une notion notable et même capitale, qui, dans ses origines, paraissait promise au plus bel avenir. Sa longévité n'avait guère d'ailleurs dépassé le demi-siècle, âge qui, pour une notion ou un principe, constitue normalement la première jeunesse. Or les débuts de celle-ci dans la vie semblaient bien la prédestiner à un destin privilégié. Dotée des parrains les plus illustres, choyée par les thuriféraires, entourée, dans tous les domaines, d'une foule de sectateurs, elle exerçait, dès ses premiers pas, une véritable souveraineté, qui ne rencontrait guère de contradicteurs et de dissidents que chez quelques personnalités trop fortes pour se plier au joug, même le plus brillant. Elle avait ainsi, d'emblée et sans effort, accédé à cette forme suprême de la notoriété qui consiste, pour une idée, à circuler comme une monnaie dont on ne vérifie pas l'alliage et dont on ne regarde guère l'effigie, parce qu'il ne vient à l'esprit de personne d'en discuter la valeur.

Par quel enchaînement de circonstances ce régime aux débuts éclatants connut-il si vite de graves revers? Toujours est-il que bientôt il ne se poursuivit que parmi des réserves et des réticences croissantes et bientôt, dans des secteurs de plus en plus étendus, parmi des reniements ou même des hostilités, quelquefois violentes, et l'on vit se vérifier, une fois de plus, les remarques de Saint-Simon sur le vide qui a vite fait de s'élargir et de s'approfondir, chez les majestés ou les puissances en déclin, autour des grandes disgrâces ou des agonies (1). Il existe toujours, d'ailleurs, dans les cas de ce genre, des clairvoyants rétrospectifs pour dénoncer dans l'idée ou dans l'institution qui penche dangereusement vers sa chute le point faible, la faille secrète où l'on veut voir *a posteriori* l'explication de la déchéance et comme un verdict différé.

(1) Les sermonnaires, il y a quelques siècles, auraient trouvé dans ces vicissitudes un thème de choix sur la précarité des succès « mondains ».

Quoi qu'il en soit, le cas de la notion en question, après avoir, chez les praticiens les plus experts, suscité des hochements de tête et d'inquiétants apartés, était vite devenu désespéré (1). Et bientôt il n'était plus resté au chevet de la malade agonisante que le petit clan des derniers fidèles, qui, involontairement gagnés peu à peu par un pessimisme quasi-universel, avaient d'ailleurs de plus en plus de peine à se défendre de l'inquiétude et dont le nombre se réduisait de jour en jour.

Le spectacle de cette décrépitude ou même de cette fin prématurée avait du reste un aspect d'autant plus pathétique et d'autant plus préoccupant que la notion atteinte ne l'était pas seule. Par une sorte de fatalité congénitale, le mal qui la frappait atteignait en même temps la plupart de ses enfants ou de ses collatéraux. Les échos juridiques retentissaient partout des termes de crise, de déclin à propos de toutes les notions présentant avec cette notion mère des rapports de filiation ou même de simples affinités. Et l'on pouvait déjà discerner le jour où, pour ne prendre qu'un exemple, une notion aussi essentielle — ou réputée telle — que celle d'établissement public irait rejoindre sa mère ou du moins sa parente dans un caveau de famille de plus en plus peuplé.

Il serait, au demeurant, nettement exagéré de dire que, lors de ses obsèques, à la vérité anticipées, notre notion se soit vu universellement prodiguer les honneurs funéraires. D'aucuns, à propos d'elle, parlaient d'êtres « mal venus », comme d'une infirme de naissance, dont la place eût été au barathre plutôt que sur les autels ou du moins sur les trônes du droit (2). Et les moins malveillants ne parlaient plus d'elle qu'avec cette commisération apitoyée que les indulgents, parfois avec une condescendance plus offensante que le mépris, réservent aux vaincus du sort.

II

Mais il est, en droit, des miracles, à la vérité rarissimes. Et ces dernières années devaient, à ce propos, en fournir un exemple éclatant. Il y a quelquefois, dans les arrêts de justice, une vertu thaumaturgique. Certains d'entre eux, à l'heure fatidique, ont opéré sur notre notion, réputée caduque, une véritable réanimation ou même une reviviscence. Dans la nécropole encombrée où nombre de personnages juridiques — et parfois des plus importants — connaissent fréquemment désuétude et oubli, on vit, fort inopinément, sinon fort à propos, se dresser ce Lazare imprévisible et des décisions successives délier une à une ses bandelettes. Même les nécrophores les plus hâtifs furent alors réduits à reconnaître que, dans leur impatience de voir disparaître de la scène juridique ce personnage à leurs yeux nocif ou à tout le moins encombrant, d'aucuns s'étaient quelque peu pressés de délivrer le permis d'inhumer. Nul ne s'étonnera donc qu'une telle résurrection, que certains paraissent juger malséante ou du moins intempestive, ait suscité un vif émoi. Et les circonspects, qui sont légion, se réfugient encore, pour l'instant, dans une prudente expectative. Car il est des retours apparents à la santé qui ne sont que de simples rémissions; il est même des rechutes quelquefois mortelles. Sait-on jamais, pensent-ils sans doute, si, dans ces manifestations inattendues d'une vitalité suspecte, il ne faut pas voir les ultimes sursauts d'un cadavre en révolte ou en sursis, les phantasmes d'un revenant qui n'a plus sa place dans le rude monde des vivants?

(1) « Les études sur la notion de service public, écrivait récemment M. Roland DRAGO (*Revue de droit public [R.D.P.]* 1954, p. 863), ont aujourd'hui des allures — on pourrait presque dire : des relents — « d'autopsies ». En tout cas, ces études, le plus souvent, eurent vite fait de s'apparenter à ces articles nécrologiques que la prudence des salles de rédaction prend la précaution de préparer, à toutes fins utiles, aux premiers signes avant-coureurs d'un trépas plus ou moins imminent. Plusieurs mêmes de ces travaux prirent, sous la plume de tabellions dont certains n'étaient pas sans compétence, figure d'actes de décès.

(2) Plusieurs de ces praticiens de l'eugénisme ne reculent pas devant les solutions les plus radicales. Et peu s'en faut qu'à la notion ils ne lancent la malédiction antique : « Il eût mieux valu, pour toi et pour nous, que tu ne fusses pas née. » Sans doute la terminologie du droit, même dans la controverse ou la polémique, s'accommode-t-elle assez mal de ces irrévérences, parfois savoureuses, que l'on rencontre couramment dans le langage familier de notre temps. A peine toutefois serait-il exagéré de dire que certains de ces écrits, qui ne voyaient dans notre notion qu'une sorte d'avorton juridique, ne différaient guère, par leur ton, de ces expressions pittoresques ou de ces sigles caractéristiques par lesquels la jeunesse de notre temps a coutume, si l'on en croit la rumeur publique, de désigner certaines puissances qui ont une tendance, à ses yeux regrettable, à se prolonger indéfiniment.

Ne jugeons pas trop sévèrement, ou même abstenons-nous de juger ces refus, de moins en moins convaincus, d'admettre une régénération que la solennité et la fermeté de ces arrêts paraissent rendre cependant tout spécialement évidente. S'il faut au juge, comme chacun sait, pour rendre ses sentences, un temps parfois regrettablement long, il est non moins normal que celles-ci ne révèlent qu'après quelque délai leur véritable portée. D'aucuns pourtant, parmi les plus qualifiés, ne s'y sont nullement trompés. Et les temps sont proches sans doute sinon des amendes honorables, du moins des langages plus mesurés. Ce n'est pas l'office des praticiens de hâter l'heure des résipiscences, au moins de ceux d'entre eux qui, sans jamais d'ailleurs se faire la moindre illusion sur l'universalité du règne de notre notion, n'ont jamais douté de ses vertus, dans le large domaine où il s'exerce. Mais à ceux-là mêmes qui, dans ce secteur, ne lui ont jamais marchandé leur allégeance, peut-être appartient-il de donner les raisons d'une fidélité qui n'a pas attendu, pour s'exprimer, les consécration du succès et qui a d'ailleurs contribué à ce succès même. Aussi bien est-il dans la nature des rapports de la pratique et de la doctrine que celle-ci, à sa manière et en son temps, soumette à sa juridiction le juge même et quoique, dépourvus de bras séculier, ses arrêts, quand ils sont fortement motivés, ne sont pas, à leur manière, sans force exécutoire. La force de vérité légale attachée à la décision de justice, de quelque effet pratique qu'elle soit munie, si elle s'impose comme un fait au commentateur ainsi qu'à tous autres, fût-ce le plus autorisé, n'emporte totalement la conviction générale — l'expérience l'a maintes fois prouvé — que lorsqu'elle y est habilitée par sa capacité à s'insérer harmonieusement ou du moins sans trouble dans le corpus plus ou moins cohérent que tente d'édifier la science juridique. Ici donc comme ailleurs, mais plus encore qu'ailleurs, il s'agit bien sans doute de rechercher si la notion envisagée a reçu totalement ou non la sanction de la jurisprudence; mais il importe aussi et surtout de déterminer, dans le cas de l'affirmative, si celle-ci, en faisant à cette notion une place plus ou moins large, apporte à la construction du droit une pièce fondamentale de son armature ou si, comme on l'a soutenu, comme certains le soutiennent encore, le droit n'a qu'à gagner à se libérer de ce qu'ils considèrent comme une malfaçon.

III

A tous les juristes soucieux de l'avenir de *notre droit* une difficile question se pose ainsi. Après les épreuves qu'elle a subies, la notion de service public va-t-elle repartir vers de nouveaux destins, aussi brillants que son origine? Doit-elle, au contraire, abdiquer son hégémonie des débuts, pour se contenter modestement de rendre, dans des secteurs plus restreints, quelques bons et loyaux services? Ou le renouveau, jusqu'à présent partiel, quoique relativement étendu, qu'elle a reçu des récents arrêts ne lui offre-t-il qu'une survie précaire et plus ou moins artificielle? C'est à ces interrogations qu'une réponse doit être donnée. Ce serait d'ailleurs faire preuve d'une présomption dérisoire que de vaticiner à ce propos, plus ou moins *gratuitement*. Bien que le droit, sous l'un de ses aspects, ne soit qu'un effort vers la stabilité, son histoire — celle même de notre notion en fournit un insigne exemple — abonde en imprévus des plus surprenants, sinon des plus inexplicables. Mais cette même histoire prouve aussi qu'il est un certain nombre de notions qui, dans leur constitution même, dans leur aptitude à certaines tâches, dans leur vigueur opératoire, issue de leur conformité au réel, portent une garantie de durée. La notion de service public est-elle du nombre de ces notions résistantes à l'épreuve? C'est cela qui doit être recherché, en conjuguant, dans cette investigation, la théorie et la pratique, trop souvent disjointes.

Le moment paraît ainsi venu, parmi tant de divergences et tant de confusions, de tenter la rude entreprise de voir, dans l'éclairage des décisions dernières, notre notion dans son vrai jour. Il n'est d'ailleurs que trop fréquent, en un tel domaine comme en beaucoup d'autres, que l'opinion, même scientifique, passe, sans nulle transition et par une mutation véritable, d'une louange sans prudence à un décri non moins inconsidéré. Veillons donc à nous tenir éloignés de ces deux inconvénients opposés, attachés l'un et l'autre au risque des entraînements collectifs, et gardons-nous d'entonner aujourd'hui, au sujet de la notion litigieuse, à l'occasion de ces arrêts, quelque importance qu'ils puissent avoir, un dithyrambe sans réserves, comme il était de mode, en sens inverse, il y a quelques mois encore, de prononcer contre elle une condamnation sans nuances et sans recours. Attachons-nous à la considérer,

sans suspicion préconçue comme sans complaisance, après tous les tests indispensables, de l'œil lucide du clinicien. Et du foisonnement des écrits divers qui ont été suscités par son état, ne retenons que ceux qui peuvent concourir, par la perspicacité de leurs analyses, à asseoir un diagnostic sûr, qu'il doive ou non être réservé.

SECTION II

DU MALAISE ACTUEL DE NOTRE DROIT ADMINISTRATIF.

PART DE LA NOTION DANS CE MALAISE

I

A de telles vicissitudes dans le sort de la notion hier encore réputée la plus importante des notions fondamentales de notre droit public nul ne s'étonnera que réponde, dans ce droit, un malaise dont il serait de la dernière imprudence de méconnaître la gravité. Faut-il voir d'ailleurs dans ce malaise la cause ou l'effet de l'ébranlement de la notion de service public? Il ne paraît pas douteux (1) que c'est bien dans le trouble régnant sur celle-ci qu'il faut voir l'origine — au moins principale — de celui qui pèse incontestablement sur l'ensemble de cette branche du droit. La gravité de ce trouble est à l'échelle même des espoirs, en partie inconsidérés, que l'on avait mis en elle à l'origine. Les promoteurs de cette notion, on pourrait presque dire : ses pères — et, entre tous, un nom est sur toutes les lèvres — avaient eu la ferme conviction de bâtir sur le roc en donnant à notre droit, vers le début du siècle, cette assise, qui, à leurs yeux, était propre à défier la durée. Bien mieux, observant résolument ce principe supérieur d'économie qui, dans toutes les disciplines scientifiques, gouverne les grandes constructions, ils avaient assigné à la notion une mission universelle et l'avaient jugée assez robuste pour porter à elle seule, en une distribution logique et harmonieuse, toute l'édifice de notre droit. Et sans doute cette investiture générale, cette capacité sans bornes, notre notion ne la tenait-elle que des décrets de la doctrine. Mais celle-ci, bien que déjà elle connût quelques contradicteurs — et non des moins autorisés — se présentait avec une assurance, une vigueur et une ampleur telles que la notion, aux yeux d'à peu près tous les juristes, en recevait une sorte de légitimité, qui parut un moment déborder le cadre de ses facultés.

Le charme indéniable qu'exerce sur l'esprit tout principe non moins sobrement que densément explicatif n'a pas moins, quoi que l'on ait dit, d'empire sur la magistrature que sur les doctrinaires d'Université. Pourquoi d'ailleurs s'en défendrait-elle si, comme il est de règle même en mathématiques, l'attrait quasi-esthétique que présentent de telles théories et l'« élégance » des solutions qui dérivent d'elles constituent déjà en eux-mêmes, un premier indice — et non le moindre — de leur vérité? On ne sera donc pas surpris qu'il fut — il suffirait, pour s'en convaincre, de relire certaines conclusions, que d'autres ont depuis sinon effacées, du moins ramenées à leurs exactes proportions — un moment, à la vérité fugitif, où la séduction de cette doctrine s'exerça sur le juge même et se refléta, pour un temps, dans les arrêts. Mais le juge administratif est le type même de l'homme qui, quelque séduction qu'ait une idée, quand elle offre, par la qualité de sa structure, une image organisée du réel, a pour premier devoir et d'ailleurs pour pratique de résister énergiquement à un tel attrait, dès lors que, précisément, le réel résiste lui-même aux entreprises, même les plus hautes, faites pour donner de lui une représentation dont la fidélité prête au moindre doute. Or le juge estima bientôt — à tort ou à raison, nettement à raison, croyons-nous — que l'indéniable prestige légitimement attaché aux constructions de cette doctrine ne se justifiait que moyennant une restriction non négligeable aux ambitions quelque peu exc-

(1) Cf. notamment les auteurs cités *infra*, p. 69, note 1.

sives que les zéloteurs de la notion avaient cru pouvoir lui prêter. Leur réaction devant les arrêts qui ont posé une borne à son règne, si violente qu'elle ait été, s'explique d'ailleurs aisément, chez ces absolutistes, au meilleur sens du terme, par la conviction que leurs idées formaient un tout indivisible et que la moindre réserve sur leur doctrine constituait un attentat contre elle, c'est-à-dire selon eux, contre la vérité. Et il est de fait qu'il est dur, pour le praticien, non moins que pour l'homme de doctrine, de porter délibérément, quoiqu'à contrecœur, une main en apparence sacrilège sur l'un de ces ensembles fortement liés dont l'unité même fournit à l'esprit l'une de ses plus plaisantes satisfactions. Mais c'est l'originalité de la fonction de judicature que de passer quotidiennement les doctrines au banc d'épreuve et de ne les sanctionner que dans la mesure où elles résistent victorieusement à cet implacable examen. Les doctrinaires ont toujours d'ailleurs, en pareil cas — et, le plus souvent, ils ne s'en privent pas — la ressource d'incriminer la qualité de ces épreuves et des conséquences qui s'en tirent. Mais la question aujourd'hui est précisément de savoir si, en s'orientant dans la direction qu'elle a alors choisie et où elle paraît actuellement persister plus que jamais, la jurisprudence a fait ou non fausse route.

II

Nul doute que, si l'on consulte les résultats du véritable référendum qui s'est spontanément institué, entre les juristes, sur l'état de notre droit administratif, il soit temps de choisir un autre itinéraire ou du moins de munir d'écrêteaux les innombrables carrefours où jusqu'à présent, l'usager de la route ne rencontre que des sphinx riches en devinettes. Et, si l'on en croit les plus autorisés des auteurs de notre droit public, il n'est pas, pour l'instant, d'exercice à la fois plus aride et plus difficile, ou même plus vain que la recherche des principes aptes à servir de boussole, en un domaine que d'aucuns — et non des moindres — décrivent, à peu de chose près, comme un labyrinthe.

Sur cette constatation décevante une totale unanimité existe entre ces divers auteurs, dont il ne viendrait à l'esprit de personne de discuter l'autorité dans notre droit public (1). Elle s'exprime dans leurs ouvrages avec non moins de netteté que, le plus souvent, de mesure et traduit manifestement des appréhensions qui, chez les meilleurs, confinent à l'angoisse (2). Ces constats, dont la gravité a dû coûter

(1) Voir notamment WALINE, *Situation actuelle du droit administratif en France* (préface au *Jurisqueleur de droit administratif*); voir aussi *R.D.P.*, 1953, p. 469 et s.; RIVERO, in : *La distinction du droit privé et du droit public et l'entreprise publique*, p. 160 et s.; voir aussi *R.D.P.*, 1951, p. 275, 1953, p. 279, et 1954, p. 687; DE LAUBADÈRE, *Réflexions sur la crise du droit administratif français*, D. 1952, chr. II; EISENMANN, *Cours de droit administratif (C.D.A.) 1958-1959*, p. 21 et s.; COUZINET, préface à DE CORAIL, *La crise de la notion juridique de service public*; AUBY, *Remarques sur quelques difficultés du droit administratif français*, *Ann. de la fac. de droit de l'université de Bordeaux*, 1951, p. 3 et s.

(2) Pour exprimer l'état présent de notre droit, ces auteurs épuisent la liste des images de désolation. « Chantier de démolition », écrit (in : *La distinction...*, p. 160; cf. *R.D.P.*, 1953, p. 279) M. RIVERO, qui ajoute : « La démolition eût été moins facile si certaines des pièces maîtresses avaient été plus solides. A les voir s'effondrer, on n'éprouve donc aucun regret, seulement quelque perplexité touchant les reconstructions que ces ruines appellent. » Dans la même étude (p. 162), il déclare — non toutefois sans quelques réserves — voir notre droit administratif revenir, dans certains secteurs, « au chaos ». Il ne cache pas (*R.D.P.*, 1951, p. 275) le désarroi qui règne aujourd'hui dans ces mêmes secteurs.

M. COUZINET (*loc. cit.*, p. v) décrit « la remise en question des notions de base les plus importantes », les « bouleversements » qui font « chanceler les catégories juridiques aux contours les plus fermes », les « lézardes qui les défigurent et les mettent en péril ».

Quant à M. EISENMANN, qui dresse (p. 25) un « procès-verbal de carence », il juxtapose, à ce propos, des comparaisons qui se rejoignent toutes dans l'idée de sinistre. Sur ce point, dit-il, notre droit « hésite, et erre, et oscille lamentablement; il va à la dérive, incapable de se trouver, de se définir, de se fixer ».

Dans une note moins sombre, mais non moins nettement, M. DE LAUBADÈRE ne peut aussi (*loc. cit.*, p. 5) cacher ses « inquiétudes ».

Quant à M. AUBY, un des moins enclins aux tentations du pessimisme, il ne laisse pas, tout en rendant hommage à « la majesté de lignes que conserve encore l'édifice » de notre droit, de mettre catégoriquement en garde contre « une euphorie satisfaite », qui serait « risible ». L'édifice en effet, « se fissure chaque jour et le moment vient où sa vétusté apparaîtra évidente ». Il rejoint ici M. RIVERO, qui signale (*R.D.P.*, 1953, p. 279) « l'abandon » par les juristes, « non sans hésitation ni regrets, de ruines dont seule l'apparence peut encore faire illusion ».

à leurs auteurs, ont une résonance d'autant plus profonde qu'ils s'accompagnent manifestement (1) d'une nostalgie bien explicable pour les temps où notre doctrine devait à la vigueur de son armature et à la qualité de ses constructions un considérable et légitime ascendant, qui n'expirait pas aux frontières de notre pays et qui n'était pas sans exercer sur notre jurisprudence une influence profonde, non moins que naturelle. Chez certains, cet état d'esprit dégénère en un pessimisme qui va parfois presque aux limites d'un véritable nihilisme. Et si, chez les maîtres les plus qualifiés, se lit, au contraire, le refus de souscrire, même indirectement, à une abdication du droit devant les difficultés de notre temps, cette volonté de surmonter l'obstacle s'accompagne loyalement de l'aveu que le moyen d'en triompher n'apparaît, pour l'instant, nulle part.

III

Il serait de la dernière imprudence de rester sourd à ces cris d'alarme et, plus encore, de les imputer à une passion exagérée pour les systématisations juridiques et d'en tirer argument pour les traiter avec quelque désinvolture. Cette hypothèse n'est pas purement théorique. Car, sans refuser à la doctrine son droit aux plus hautes exigences quant à la présentation savante et harmonieusement ordonnée du droit, d'aucuns pourraient être tentés, pour les besoins de la pratique, de se satisfaire à moindres frais. L'empirisme a d'incontestables vertus, dont certaines intempérances logiques font tout spécialement ressortir les mérites. Mais il est des empirismes de toutes qualités. Et la tentation est forte parfois d'affubler de ce titre, en principe honorable, certaines habitudes de pensée ou d'action où s'exprimeraient moins le sens et le respect du réel qu'un assez médiocre opportunisme, qui n'abandonne les rigueurs de la règle que pour se permettre d'errer, chemin faisant, et, le cas échéant, de divaguer. Une perspective si fâcheuse n'entraîne manifestement pas dans les vues des juristes autorisés qui, dans ces derniers temps, ont envisagé sans terreur ou même avec faveur certains accommodements avec l'inflexibilité des principes ou même la mise en discussion de la légitimité de ceux-ci en tant que tels. Et, si, s'écartant délibérément du particularisme traditionnel où le droit a tendance à s'enfermer, les auteurs en question n'ont pas hésité à chercher, pour leur opinion, un appui quelque peu inattendu dans certaines thèses philosophiques qui furent un temps, qui sont encore, à certains égards, au premier plan de l'actualité et qui aussi bien se nourrissent de cette actualité même, ce n'était manifestement que pour leur emprunter le meilleur de leur substance, encore discutable. Il n'en est pas moins vrai que le crédit relatif — épisodique ou durable? — de ces thèses, joint à celui des juristes qualifiés qui ont tenté, sur ce point, un alignement quelque peu forcé de la discipline juridique sur la philosophie, ou du moins sur certaines de ses formes, n'a pas été sans apporter dans le malaise, déjà préoccupant, de notre droit, un sérieux élément d'aggravation. A dire vrai, cette inféodation du droit à la philosophie, envisagée sous cet aspect particulier, ou du moins l'inspiration cherchée dans cette attitude philosophique, avec quelque talent que ces idées, profondément originales, aient été présentées, est bien loin d'avoir suscité chez les juristes un enthousiasme universel. Elles ont même rencontré une opposition catégorique, qui a trouvé un interprète d'un talent non moindre que celui de l'auteur de ces thèses (2). Et il ne semble sur la juridiction administrative, dont le tempérament traditionnel n'implique aucun credo à quelque doctrine que ce soit, fût-ce à celle qui prétend se placer, par définition même, à la pointe extrême de l'actualité. Aussi bien, si le juge administratif a pour mission essentielle de satisfaire aux exigences de l'instant, ne peut-il pourvoir à ces exigences que sur la base des données constantes qui interviennent nécessairement dans son action.

(1) L'un des auteurs qui œuvrent le plus utilement pour la dignité de cette branche du droit, M. RIVERO (*loc. cit.*; cf. M. AUBY) nous confie leur rêve de voir « bâtir un édifice cohérent sur un sol qui se révélerait enfin stable » et apte à porter une grande architecture. Dans la notion actuellement étudiée, ils avaient cru enfin, nous dit-il, découvrir « la terre promise ». Et effectivement, elle leur « permet de porter le plus haut la construction d'un droit administratif organisé ». On mesure leur déception, devant la nécessité inéluctable de « reprendre leur quête ».

(2) Il suffira de ces indications — c'est l'un des effets mêmes du talent — pour que nul juriste ne puisse se méprendre sur l'identité de ces auteurs.

IV

Ainsi se confirme la nécessité, qui s'était d'emblée manifestée, de fixer le sort de la notion contestée, que d'aucuns convient énergiquement au rôle de bouc émissaire, et de mettre en évidence les raisons d'en faire enfin, à tous égards, prompte et définitive justice, si les divers griefs articulés contre elle sont reconnus vraiment justifiés. Mais aussi, dans le cas contraire, convient-il de lui faire sa place, de mesurer l'ampleur de son domaine et d'éviter ainsi certaines erreurs et certaines déceptions regrettables, en n'attendant d'elle, dans cette hypothèse, que les seuls services qu'elle peut rendre.

TITRE PREMIER

VICISSITUDES ET ÉPREUVES DE LA NOTION DE SERVICE PUBLIC DISCRÉDIT OÙ ELLE EST TOMBÉE

SECTION I

VICISSITUDES ET ÉPREUVES DE LA NOTION DE SERVICE PUBLIC

Il n'est pas de lieu commun plus foulé et quelquefois même plus piétiné que l'historique des aventures, généralement réputées malheureuses, connues, depuis un demi-siècle, par la notion de service public. Il n'entre pas dans le cadre de cette étude d'apporter à cette littérature, déjà foisonnante, le moindre complément. Aussi bien l'un des jeunes maîtres de nos Facultés a-t-il consacré à ce sujet un ouvrage vraiment capital, qui, pour l'essentiel, ne laisse guère aux auteurs qui seraient tentés de s'engager sur ses traces qu'un risque de rédites plus ou moins heureuses. Les allusions allégoriques, d'ailleurs schématiques, que nous venons de faire à ces vicissitudes ne nous dispensent pas toutefois de dégager, du point de vue seulement auquel nous nous plaçons, l'essentiel de ce qui les caractérise. Il suffirait, à la rigueur, à cet effet, pour rester fidèle au mode de présentation jusqu'à présent suivi, de dire que le tableau de ces avatars représente, aux yeux de l'opinion générale, comme une sorte de triptyque (1), dont les trois panneaux marqueraient le passage de l'âge d'or à l'âge de fer. Contrairement aux chronologies mythiques, le cadre temporel de ces âges pourrait d'ailleurs être marqué avec une précision relative. Le premier, l'un des plus brefs, comme tous les âges d'or, voit sa naissance coïncider à peu près avec les débuts du présent siècle et se termine dans les années qui suivent la guerre de 1914. Le deuxième prend fin sensiblement avant les débuts de la dernière guerre. Quant au troisième, naguère encore on aurait pu le clore par l'élimination de la notion examinée, si celle-ci, à la dernière heure, ne s'était, ainsi qu'il a été dit, montrée décidément rebelle à la retraite, par persuasion ou autrement.

(1) L'ouvrage quasi-exhaustif de M. de CORAIL, qui, par sa rigueur scientifique, est aux antipodes de la mythologie, ne laisse pas, non sans vraisemblance, de présenter l'évolution du droit comme s'analysant, sur ce point, en trois phases. Mais la biologie ne parle-t-elle pas des époques critiques de toute vie humaine? N'est-il pas normal que les institutions ne soient pas exemptes d'une telle loi? Il est, à la vérité, des constitutions robustes qui franchissent sans trop de dommages ces passages, quelquefois étroits. Il s'en faut toutefois que ce soit le cas général. Heureux quand les intéressés se retrouvent, fût-ce sous une autre forme, avec une vitalité intacte, au-delà du cap dangereux. Les statistiques montrent d'ailleurs que ce que les spécialistes appellent les « chances de vie » s'est, dans ces derniers temps, sensiblement accru en ce qui concerne les individus. Les constatations paraissent quelque peu différentes en ce qui concerne les institutions. L'on peut même dire, en ce sens, que la longévité — toute relative — de la notion envisagée, malgré les transformations qu'elle a subies ou à cause plutôt de ces transformations, fait presque figure d'exception en droit public. Il est vrai que, ainsi que M. RIVERO (dans *La distinction*, p. 163 et s.) l'a fait utilement observer, il est dans toutes les branches du droit, même dans le droit administratif, à côté des zones tourmentées, parce que tout spécialement sensibles à l'évolution des idées et des faits, des zones plus ou moins paisibles, que le courant ne fait qu'effleurer et dont il ne trouble guère que la surface.

Le propre des âges de splendeur est de dérober dans leur rayonnement les inévitables prodromes de leur déchéance future. Cette règle, en l'occurrence, n'a pas connu d'exception. Lorsque la notion examinée s'est trouvée portée à son zénith, on comptait les voix discordantes enclines à discuter son règne. Cependant des yeux perspicaces eussent pu (1), dès ce moment, discerner des menaces encore bien lointaines dans des signes aujourd'hui bien connus (2), mais, en ces temps, imperceptibles. Il y eût toujours, même en cette phase culminante, entre les graphiques de la doctrine, sous sa forme bordelaise ou parisienne, et les œuvres vivantes de la jurisprudence, ce hiatus, cet écart inévitable qui marque trop souvent, regrettablement, la distance entre les vœux de la logique pure et les exigences du réel. Il n'en est pas moins vrai qu'il fut un temps où, par la conjonction d'une série de circonstances heureuses, cet écart fut pratiquement négligeable ou, du moins, pour un temps, put paraître tel. Lorsqu'une telle conjonction s'opère, avec ses conséquences bénéfiques, on parle, en général, de classicisme, qu'il s'agisse de sciences ou des arts. Et, en ce sens, nul ne contestera que le premier âge de notre notion peut revendiquer la qualité de classique, dans le sens le plus haut de ce terme, où s'exprime l'idée d'un harmonieux équilibre, d'une noble simplicité, riche de résonances et de sens. L'expérience prouve d'ailleurs — et non pas seulement dans ce domaine — que de tels états ne sont jamais que transitoires et qu'à peine la perfection atteinte — ou ce que l'on peut réputer tel — elle penche plus ou moins vite vers son déclin, pour renaître quelquefois sous une autre forme. Les temps ne durèrent donc pas où la même notion donnait, sauf quelques exceptions, la double clef des problèmes de compétence et de fond. Car l'époque devait venir vite où la concentration presque universelle entre les mains des personnes publiques de l'ensemble des pouvoirs de gestion céderait la place, peu à peu, à une répartition infiniment plus variée des compétences, où nombre de personnes privées de tous types prendraient une part de plus en plus large.

La naissance de notre notion ou du moins son épanouissement s'était produit à la faveur d'un ensemble de circonstances heureuses, où la puissance constructive de juristes d'élite avait trouvé, pour s'exercer, cette opportunité remarquable qui leur avait ouvert les voies de l'action. Sans elle, leurs idées n'eussent pu que rester stériles, comme, sans leur talent insigne, cette opportunité eût eu grand peine à se hisser au rang de grand système de droit. Mais les temps ne se rencontrent pas toujours, ne se rencontrent même que rarement d'un tel rendez-vous entre les grandes initiatives de l'esprit et la matière humaine qu'elles pétrissent, où du moins elles apposent leur marque. Et sans doute les talents n'ont pas manqué lorsqu'en de nouveaux carrefours, ce grand œuvre a dû être repris sur des bases en partie nouvelles. Mais à l'homogénéité quasi-totale entre la qualité des agents de droit et la nature de leurs pouvoirs, jusque là l'une et l'autre publiques, s'était substituée, bon gré mal gré, par une véritable fatalité, une dissociation qui existait dans les faits — à la vérité virtuellement — avant que le droit ne la consacre officiellement. Il ne l'a pas fait dans l'enthousiasme; il s'est résigné à le faire. Mais rien n'est pire que le divorce, que la rupture entre les faits et la règle de droit. Sans doute le rôle du juriste ne se réduit-il pas à celui d'une sorte de tabellion préposé à l'enregistrement pur et simple des nouveautés surgies dans le domaine social. Mais, si, par son aveuglement à l'ampleur de ces innovations ou par son obstination excessive, il leur refusait indéfiniment tout accès au droit, c'est celui-ci qu'il condamnerait à un véritable exil interne, à une ségrégation redoutable, où il risquerait la mort par inanition. Ce n'est donc jamais de gaieté de cœur que le praticien, en pareil cas — car c'est à lui d'abord, en de telles circonstances qu'incombent les responsabilités — se résout à une révision qui n'est jamais pour lui qu'un pis-aller et presque un cas de force majeure. Il en a été ainsi, tout spécialement, dans la matière qui nous occupe. Car l'ambition de tous les règnes illustres a été d'être de grands rassembleurs, qu'il s'agisse d'un rassemblement autour d'un trône, d'un sentiment ou d'une idée. Et, de même, sur un plan infiniment plus modeste,

(1) Cf. *supra*, p. 65.

(2) Maintien de la compétence judiciaire pour les contrats de droit privé et surtout cas de la concession et, en sens inverse, gestion du domaine privé par des administrations publiques, arrêt *Commune de Monségur*. Ce n'est pas sans raison que M. de CORAIL (p. 199) « situe à l'origine même de la théorie les prémisses de la crise de la notion ». Et il est non moins fondé à en conclure (p. 22) que la systématisation de notre droit autour de la notion envisagée était, même à son apogée, marquée d'un certain « caractère d'idéalisation ».

le juge ne rebute pas sans un serrement de cœur les humbles instruments qui lui permettaient de satisfaire en lui, à travers le sentiment de la justice, cette aspiration à cette condensation de la vérité juridique à laquelle s'attachent nombre de vertus. Aussi bien tout remplacement ou tout ajustement des moyens opérationnels s'opère-t-il pour lui en cours de route, dans l'accomplissement constant de sa tâche et il y a toujours dans ces innovations une part inévitable d'aventure, devant laquelle il reculerait si les impératifs de sa charge ne lui faisaient un devoir d'agir. Que la doctrine ne se méprenne donc pas sur les mobiles des changements qui ont marqué, pour le juge administratif, sa sortie d'un temps de relative euphorie et son entrée dans un univers incomparablement moins stable et chargé de périls, pour lui comme pour tous. Jamais et nulle part le droit administratif — le juge de ce droit le savait bien — n'avait trouvé, comme dans les temps de la naissance de notre notion, un tel principe à la fois de cohésion et d'ordre; jamais aussi et nulle part, il n'avait connu, de ce fait, un tel prestige. Comment prêter au juge, en de telles circonstances, l'on ne sait quelle fantaisie gratuite de mobilité, qui l'aurait fait céder inconsidérément, en une si grave occasion, à la tentation du nomadisme? Comment aussi le souvenir d'une telle époque n'eût-il pas été générateur de ce sentiment de nostalgie que nous avons déjà signalé? Comment enfin, aux yeux de l'opinion, l'altération d'un tel régime n'aurait-elle pas sa cause principale dans une défaillance, une insuffisance des responsables? Comment ne leur imputerait-on pas comme une faute d'avoir laissé périliter entre leurs mains l'héritage qui leur était dévolu?

Si naturelle qu'elle soit, une telle opinion méconnaît une vérité sévère mais profitable, à savoir que les constructions du droit ne s'élèvent pas sinon dans le vide, du moins dans un éther libéré de toute résistance, mais à l'humble niveau d'un réel parfois rude, surtout quand on ne lui obéit pas. Sans verser dans l'excès de dénier à l'esprit toute valeur edificatrice et de faire des institutions ou des principes juridiques un pur et simple succédané des circonstances historiques, il n'est possible de porter sur l'origine de ces instruments du droit un jugement sain et équitable qu'en les mettant en relation avec le milieu où ils ont pris naissance et qui, pour la plus large part, leur a donné vie. L'un des auteurs qui ont le plus utilement pris la mesure, en même temps que la défense de la notion examinée s'est bien gardé de cette erreur quand, dans son remarquable *Traité*, sans méconnaître la part capitale que les penseurs du droit ont joué à la fois dans la genèse et dans l'évolution de notre notion, il ne néglige pas, à due concurrence (1), de placer l'une et l'autre sous la dépendance des phénomènes économique-sociaux dont les dernières décades ont été le théâtre. A peine serait-il exagéré de dire qu'en droit — encore, occasionnellement, cette règle souffre-t-elle exception — les juges seuls sont véritablement et totalement inamovibles. Et il faut se rendre à cette évidence que pousser le souci de la stabilité et de la continuité juridiques jusqu'à prétendre fixer *ne varietur* fût-ce l'essentiel des instruments du droit ne constitue pas seulement l'entreprise la plus vaine et même la plus dérisoire, mais aussi l'une des plus graves méconnaissances de ses fonctions et de ses moyens. Il en est ainsi tout au moins en ce qui concerne notre droit administratif, plus malléable que tout autre en une époque telle que la nôtre, où ne pas suivre, en ce domaine, le mouvement des faits et des idées équivaldrait à une abdication que les événements auraient vite fait de sanctionner.

S'il est légitime de verser un pleur, qui gagnerait à être furtif, sur ce premier âge de notre droit, il est donc quelque peu aventureux de faire peser *a priori* sur les âges subséquents une présomption de décadence. Et la preuve reste à faire que, dans les temps suivants, la notion que nous examinons a forfait sinon à sa lignée, du moins à sa vocation primitive (2). Il faut bien toutefois, à cet égard, reconnaître que

(1) DE LAUBADÈRE, *Traité élém. de dr. adm. (D.A.)*, 2^e éd., p. 37 et s., et 42 et s.; cf. CHENOT, *Etudes et Documents (E.D.C.E.)* 1950, p. 77 et s.

(2) Sans anticiper, si peu que ce soit, sur l'examen critique qui reste à faire ici, constatons simplement, dès à présent, que le trouble qui, sur ce point, sévit en France n'épargne pas les autres pays (voir notamment, pour la Belgique, WAUTIER, *R.D.P.*, 1953, p. 1007). A propos des « établissements publics », l'auteur y décrit (p. 1027) la matière comme « touffue, complexe et embrouillée ». « Il n'est pas étonnant dès lors, ajoute-t-il, que les esprits les plus éminents se soient perdus dans ce dédale juridique. »

les inventeurs de la notion (1), ceux qui en ont dressé le patron et qui lui ont assigné sa vocation première, auraient quelque peine à la reconnaître dans son comportement actuel. Déjà, au cours des premiers temps, quand elle avait, pour la première fois, pris un début de liberté à l'égard des devoirs rigides que ses créateurs lui avaient tracés, leur indignation n'avait eu d'égale que son obstination à persévérer dans son attitude nouvelle, quitte même à l'accentuer, en cas de nécessité. Mais, si, comme il a été dit, la vraie fidélité d'un disciple à son maître consiste à s'éloigner de ses leçons, le cas échéant, quand l'esprit même de celles-ci était dans le sens de cette liberté, il n'y aurait pas moins d'injustice à censurer une telle attitude qu'il n'y a eu d'erreur, d'aveuglement chez les maîtres, chez les grands maîtres qui n'ont pas vu qu'à ce prix seulement les créations de leur esprit pourraient avoir une durable postérité.

Présenter comme une altération quasi délictueuse ou du moins comme une déviation l'infléchissement d'une notion faisant effort pour s'adapter à une réalité mouvante revient donc à peu près à faire le procès de l'instabilité de cette réalité même et s'assimile au geste du souverain perse faisant battre du fouet la mer qui refusait de porter son pont de bateaux. En fait, le vrai problème est moins de rechercher si, dans sa consistance actuelle, la notion présente, par rapport à son contenu originel, des différences importantes que de savoir si, à supposer qu'il en soit ainsi, de telles différences pouvaient être éludées et ne sont pas propres à lui permettre de satisfaire convenablement à ses tâches de nos jours. Il se trouve que l'âge prétendu de fer est aussi celui du pétrole et de quelques autres matières premières qui n'ont pas fini de faire parler d'elles. C'est aussi, dans le domaine des sciences sociales, l'âge d'initiatives et de structures si profondément originales qu'il ne sera possible d'en mesurer l'ampleur qu'avec quelque recul. Comment les innovations techniques et autres qu'engendrent ces activités inédites ne retentiraient-elles pas dans le droit? Comment n'imprimeraient-elles pas leur marque sur les procédés juridiques traditionnels? Dira-t-on — non sans quelque raison — qu'il est dans la nature même du droit de stabiliser, sinon de fixer les diverses relations juridiques, pour ces fins de sécurité sans lesquelles il cesse de répondre à son signalement habituel? Mais serait-ce pour le droit un privilège, ne serait-ce pas pour lui plutôt une tare ou du moins un danger que de le maintenir totalement en dehors de cette évolution même qu'il a pour mission de régler, encore plus que de suivre? Encore faut-il, pour qu'il soit en état de remplir cette mission capitale, que ses instruments, que les circonstances lui ont imposé de rejeter au creuset, en soient sortis en même temps reconnaissables et régénérés. C'est ici que la discussion s'ouvre. Aucun de ses aspects n'en doit être éludé. Dans la notion de service public, telle qu'elle se dessine, dans la jurisprudence, en traits que nombre de juristes s'accordent à trouver quelque peu confus, faut-il reconnaître, sous une nouvelle forme, la notion primitive ou, du moins, la fille légitime de l'ascendante vigoureuse dont elle se réclame, ou une usurpatrice de cette qualité? C'est la question d'état qui est à résoudre. Elle implique tous les examens psycho-techniques et tous les tests justificatifs.

SECTION II

DISCRÉDIT OÙ EST TOMBÉE LA NOTION DE SERVICE PUBLIC.

GRIEFS ARTICULÉS CONTRE ELLE

I

A cet égard et dès l'abord, un signe nettement inquiétant pour l'avenir de la notion se lit, avec une indéniable évidence, dans l'attitude de la doctrine envers elle. Cette attitude, depuis quelques

(1) Il est singulier que le terme d'invention se circoncrive à peu près uniquement au domaine des découvertes physiques. Si l'invention consiste soit dans la découverte d'une loi des choses — ou des êtres — ou dans une utilisation de telles lois pour des fins pratiques ou instrumentales, pourquoi le droit ne connaîtrait-il pas lui aussi des inventions?

L'origine de la notion examinée a, depuis quelque temps, été mise en discussion. Mais la preuve paraît bien faite aujourd'hui (voir notamment RIVERO, *in* : *L'évolution du droit public*, p. 461 et s.) que, si elle apparaît en jurisprudence dès l'arrêt *Blanco*, toujours cité, elle n'a connu son plein développement, plusieurs dizaines d'années après, que sous l'influence directe de la doctrine. Il est d'ailleurs paradoxal, quoique parfaitement explicable, que celle-ci ait été exprimée par le grand juriste toulousain qui s'est montré depuis l'adversaire le plus déclaré sinon de la notion elle-même, du moins de son hégémonie.

années, s'est quasi complètement inversée et il est rigoureusement exact — nous avons eu déjà l'occasion de l'indiquer — que l'« unanimité dans l'adhésion appartient, hélas, au passé » (1) et qu'« on serait plutôt en présence d'une unanimité en sens contraire ».

Hormis quelques rares exceptions, qui seront signalées en temps utile, l'attitude de la doctrine moderne à l'égard de la notion envisagée s'étage en effet de la simple inquiétude à l'animadversion, parfois quasi farouche, de la déception plus ou moins profonde et plus ou moins discrètement exprimée à un zèle véritablement iconoclaste, qui, dans les cas extrêmes, confine à la fureur. Le plus souvent, ces appréciations revêtent le caractère de philippiques et, maintes fois, de réquisitoires. La peine capitale est fréquemment demandée ou, tout au moins la mise à la retraite d'office. Les plus malveillants ne descendent pas au-dessous de la rétrogradation.

Ces sévérités trouvent un appui, sinon une justification, dans de multiples chefs d'inculpation, qui doivent être relevés avec soin. On pourrait, sans grand risque, mettre au défi l'imagination critique la plus ingénieuse d'ajouter un article quelconque à la liste inépuisable de ces griefs. Et la malheureuse notion, placée au centre même du malaise qui lui est, pour la plus large part, imputé, évoquerait irrésistiblement l'image de l'animal du fabuliste chargé de l'universel péché, si la gravité même de ce malaise n'imposait à l'appréciateur de ces thèses plus de réserve que certains de leurs auteurs mêmes n'en ont mis dans leurs critiques. Il y aurait en effet quelque irrévérence et, en tout cas, une inadmissible injustice à prêter, fût-ce aux plus véhéments d'entre eux, la réponse de cet Athénien qui, pour unique justification de son suffrage d'ostracisme contre Aristide, se bornait à se déclarer las de l'entendre appeler le Juste. Aussi bien le phénomène bien connu des entraînements collectifs, qui ne laisse pas de se manifester parfois, sous des formes particulières, à de hauts niveaux de la pensée, ne saurait, dans le pire des cas, fournir une explication plausible à un tel concert d'opinions défavorables. Il suppose, comme il révèle, un trouble dont la disparition ne peut être attendue que d'une exploration complète de ses motifs. Dressons donc le catalogue de ces critiques, avec tout le scrupule et le soin que mérite la qualité de leurs auteurs.

II

La priorité, entre tous ces griefs, doit aller manifestement à celui qui met fermement en doute la légitimité constitutionnelle de notre notion, inculpation d'autant plus grave qu'elle est présentée (2) par l'une des plus hautes autorités de notre droit public. Cet auteur part de l'idée que notre notion « n'est pas une notion constitutionnelle », en ce sens que, jusqu'au préambule de la Constitution de 1946 — qui n'attribue d'ailleurs à ces termes qu'une acception très particulière — « aucun texte constitutionnel n'en faisait mention » (3). Il existerait, qui pis est, « un divorce profond entre les principes constitutionnels et la conception que l'École du service public se faisait du droit administratif ». Les thèses de cette École seraient « en rupture avec les notions fondamentales et le climat même de notre droit constitutionnel ». En entérinant ces thèses, au moins en partie, la jurisprudence aurait établi entre les principes constitutionnels et le droit administratif une « solution de continuité », consacré « l'infidélité de ce droit à ses indispensables bases constitutionnelles ». Il en serait ainsi notamment du fait qu'en donnant à ce droit principalement un fondement « matériel », c'est-à-dire en faisant prévaloir d'autres considérations que les critères dits « formels » ou « organiques », le juge se serait écarté des cadres généraux de notre droit public. Il aurait « détourné de son sens le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, écrit par les hommes de la Révolution au bénéfice du pouvoir exécutif et non des services publics ». Il ne serait donc que temps de « rétablir la continuité entre les principes constitutionnels et les règles du droit administratif, entre l'inspiration et le climat de ceux-là et l'esprit de celles-ci ».

(1) COUZINET, *loc. cit.*, p. VI.

(2) VEDEL, *E.D.C.E.*, 1954, p. 21 et s.; et *D.A.*, I, p. 55; cf. I, p. 18.

(3) Il reconnaît toutefois que le fait « que la notion soit étrangère au vocabulaire constitutionnel ne signifie évidemment pas qu'elle soit inexacte ou inconstitutionnelle ».

III

Si cette inculpation majeure paraît, jusqu'à présent, être restée isolée, il est bien loin d'en être de même pour l'accusation capitale faite à notre notion d'être dépourvue de toute utilité ou de ne présenter qu'une utilité pratiquement négligeable (1). Si l'on en croit les nombreux auteurs qui partagent ces vues, elle ne ferait guère en effet, sur les points essentiels (2), que répondre à la question par la question, en ne donnant, dans les cas difficiles, qu'une apparence de solution, qu'il s'agisse de la compétence ou du fond (3). Comment en serait-il autrement, alors que (4) nulle définition vraiment autorisée et digne de ce terme n'en a jamais été donnée, malgré d'innombrables tentatives (5)? Et, à supposer que l'intérêt public, comme il peut sembler, constitue l'essentiel de la notion, comment une conception si large pourrait-elle être de quelque profit pour le droit?

Si la notion, dans ses débuts, a pu jouer un rôle efficace, ce serait (6) parce qu'elle tenait alors de « son aspect organique ou formel » « une précision relative ». La prépondérance de l'aspect « matériel », depuis l'avant-veille de la dernière guerre, avait, à cet égard, regrettablement modifié la situation (7). L'application successive de la notion à des cas tels que ceux des services industriels et commerciaux et des organisations professionnelles n'a pas moins contribué, selon nombre d'auteurs (8), à en estomper les contours, jusqu'à les rendre quasi indiscernables. Cette « distension » de la notion (9) n'aurait accru son champ d'application qu'au détriment de sa netteté. La notion aurait été par là (10) « victime de son

(1) En ce sens, voir notamment VEDEL (*D.A.*, I, p. 45); RIVERO, *in* : *La distinction...*, p. 154, 155 et 157, *R.D.P.*, 1951, p. 267; DE CORAIL, p. 229; cf. 67, 70, 72 et 74 et DRAGO, *R.D.P.*, 1953, p. 531.

M. CHAPUS (p. 131) ravale la notion envisagée au rang d'un « épiphénomène ». Aux dires de plusieurs auteurs, elle ne serait plus effectivement que l'ombre d'elle-même, une sorte de fantôme qui n'est même pas à vendre, parce qu'il ne trouverait pas preneur.

(2) En ce sens, voir notamment CHAPUS, p. 86; WALINE, *R.D.P.*, 1953, p. 469; *R.D.P.*, 1956, p. 1061, et préf. au *J.C.* p. 6.

(3) Les affirmations fondées sur cette notion se ramèneraient, selon M. WALINE (préf. au *J.C.*, p. 6), à « une tautologie typique ».

(4) Voir notamment RIVERO (*in* : *La distinction...*, p. 156; cf. *D.A.*, p. 138); WALINE (*in* : Préface à CHAPUS, p. 10; *R.D.P.*, 1947, p. 104; *R.D.P.*, 1954, p. 178; *R.D.P.*, 1956, p. 1051) et LIET-VEAUX (*Rev. adm.*, mai-juin 1955, p. 289). « On a, écrit M. RIVERO (*op. cit.*; cf. DE CORAIL, p. 226) utilisé la notion durant près de cinquante années sans avoir réussi à en préciser les contours, situation d'autant moins satisfaisante que c'est à une fonction de délimitation qu'était précisément appelée cette notion rebelle à la définition ». Cette singulière situation amène M. WALINE à dire (*R.D.P.*, 1947, p. 1204) que « l'existence de la notion a précédé de très loin son essence ».

(5) L'avis d'un membre autorisé du Conseil d'État ne diffère guère, sur ce point, du sentiment général de la doctrine. « La définition du service public, écrit ce magistrat (B. CHENOT, *L'existentialisme et le droit*, *Rev. fr. de sc. pol.*, 1953 p. 60), a donné l'exemple le plus net d'une de ces notions, dites fondamentales, dont le contenu n'a pu être précisé qu'en de très brèves périodes et dont l'enveloppe a craqué sous les contradictions des lois et des arrêts ». L'histoire de ce terme, ajoute-t-il (p. 61), prouve que le seul sens dont il soit pourvu est celui qu'ont tenté de lui donner « les tâtonnements fantaisistes du législateur et les pragmatiques efforts du juge ».

(6) Tel est du moins l'avis de M. VEDEL (*D.A.*, I, p. 54).

(7) M. COUZINET notamment donne (*loc. cit.*, p. VIII) son appui à cette opinion de M. VEDEL (cf. RIVERO, *R.D.P.*, 1953, p. 285), en estimant que l'importance, selon eux exagérée, donnée, en l'occurrence, à l'idée de but n'a pas peu contribué à conduire la notion à l'impasse actuelle. Cette idée « présente en effet, selon M. COUZINET, le grave inconvénient d'être fort imprécise ». En donnant pour base à la notion l'intérêt public ou l'utilité générale, dans toute son immense ampleur, cette idée lui aurait dangereusement ouvert une carrière illimitée, où elle ne se serait que trop engagée.

(8) Voir notamment DE CORAIL, p. 131 et s. et 224 et s., et VEDEL, *D.A.*, II, p. 560 et 620.

(9) L'expression est de M. RIVERO (*in* : *La distinction...*, p. 157).

(10) COUZINET, *loc. cit.*, p. VII.

propre succès ». L'impérialisme virtuellement inclus dans une telle conception de la notion, en supprimant devant elle toutes les barrières, aurait en effet, corrélativement (1), enfermé son intérêt dans de très étroites limites. L'« élasticité » de la notion (2), sa « fluidité » (3) serait ainsi l'une des principales causes de sa ruine. Il est d'ailleurs quelque peu paradoxal que l'un des plus déclarés parmi les autres adversaires de la notion (4) lui impute, au contraire, un excès de « rigidité », par « apriorisme ».

Quoi qu'il en soit, ainsi susceptible de toutes les extensions, la notion, entendue en ce sens, ne peut avoir, dit-on, que la valeur d'une « étiquette » (5), apposée arbitrairement par le juge, en telle ou telle situation.

IV

Son utilité serait encore (6) amoindrie par les complications qu'entraînerait son usage, du fait des nombreuses exceptions qu'elle comporte et des exceptions aux exceptions mêmes.

D'ailleurs (7) elle ne rendrait pas compte de l'ensemble de la jurisprudence. Elle serait même, à certains égards, condamnée par elle. Ainsi, siège et foyer de multiples équivoques (8), adjuvant et parfois alibi d'un empirisme sans horizon, de plus en plus « dépassée par les faits » (9), impuissante dans ses ambitions hors de proportion avec ses moyens, la notion ne trahirait pas seulement ses devoirs d'éclairage et d'explication; elle serait devenue une cause de troubles.

Cette situation regrettable aurait, en grande partie, son origine dans le fait que, sous le couvert d'une simple apparence, l'on se trouverait désormais en présence d'une notion, d'ailleurs imparfaite, qui n'a plus avec la notion originelle qu'un rapport extrêmement lointain et qui n'aurait guère hérité de celle-ci que son titre, sans avoir rien gardé de ses vertus (10).

(1) Voir notamment VEDEL, *D.A.*, I, p. 54 et s., et II, p. 650 et 566; DE CORAIL, p. 225, et COUZINET, *loc. cit.*, p. VIII. L'avis de ces auteurs trouve indéniablement un certain appui dans une remarque de M. G. SCELLE (*R.D.P.*, 1944, p. 104). Celle-ci est présentée à propos des établissements publics; mais elle peut être légitimement transposée à la notion de service public, dont, suivant la doctrine traditionnelle, rappelée par cet auteur même, les établissements ne constituent qu'une « modalité de gestion ». Ce maître éminent déclare voir dans une telle notion « une sorte de tiroir institutionnel, où l'on a tendance à enfouir toutes sortes d'activités publiques ou semi publiques, qui pourraient, comme jadis les contrats du droit romain, être qualifiées d'innommées ».

(2) VEDEL, *D.A.*, I, p. 55.

(3) VEDEL, *D.A.*, II, p. 477.

(4) EISENMANN, *op. cit.*, p. 68.

(5) C'est le terme dont fait couramment usage M. WALINE (préf. au *J.C.*, p. 6; *R.D.P.*, 1956, p. 1061, et 1959, p. 1284 et s.). Ainsi maniée, notre notion se ramène, écrit-il (*R.D.P.*, 1956, *loc. cit.*), à une « étiquette mise par le juge sur des procédés empiriques et des esprits malveillants pourraient même le taxer « d'impressionnisme » juridique, dans sa recherche de ce qui est service public et de ce qui ne l'est pas ». Il conclut (p. 1062) en formulant nettement le souhait « que le Conseil d'État et le Tribunal des conflits veuillent bien enfin nous dire ce qu'ils entendent par service public — autrement que par cette sorte de pirouette qui consiste à dire : c'est l'activité soumise au droit public ».

(6) Selon M. VEDEL.

(7) Voir notamment VEDEL, *D.A.*, I, p. 52, et II, p. 463, et de CORAIL, p. 67.

(8) Sur ce grief de confusion ou tout au moins d'incertitude, voir notamment VEDEL, *D.A.*, II, p. 560; DE CORAIL p. 227 et 70; COUZINET, p. VII; WALINE, *R.D.P.*, 1954, p. 179, et 1957, p. 104, et préf. au *J.C.*, p. 6; RIVERO, *R.D.P.*, 1951, p. 267, et 1953, p. 292, *D.A.*, p. 402 et in : *La distinction...*, p. 154; de LAUBADÈRE, *D.A.*, p. 533. La notion, selon M. RIVERO (in : *La distinction...*, p. 156), ne serait qu'une « fausse idée claire ».

Sur la gravité des conséquences de ces incertitudes, voir notamment ce même auteur, *eod. op.*, p. 162.

(9) RIVERO, *R.D.P.*, 1953, p. 279.

M. VEDEL signale lui aussi (*D.A.*, I, p. 53) « le décalage entre le critère du service public et la réalité juridique ».

(10) M. EISENMANN, qui ne paraît pas, à cet égard, enclin, à l'égard de la jurisprudence, à une bienveillance excessive, parle ingénieusement à ce propos (*R.D.P.*, 1955, p. 525) de « prestidigitation verbale » : « Changer, dit-il, le sens d'un mot, la définition d'une notion qui figure dans l'énoncé d'une règle, n'est-ce pas évidemment changer la règle même ? En changeant la définition du service public, on a donc changé ce qu'on donnait pour la règle déterminatrice ».

M. JEANNEAU (*Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*) voit (p. 18) également dans l'état présent de la notion une « dénaturation » de la notion primitive, qui, « depuis une vingtaine d'années, avait progressivement perdu de sa spécificité ». Elle serait ainsi descendue au niveau de simple « procédé ».

« L'on nous a changé notre notion de service public », écrit, de son côté, M. WALINE (préf. au *J.C.*, p. 13), « et elle n'y a pas gagné en précision ».

Aussi bien, en fait (1), la jurisprudence aurait-elle déjà à peu près complètement abandonné notre notion, au profit de critères différents, et l'usage qu'elle fait encore de ce terme ne s'expliquerait plus (2) désormais que par des répétitions mécaniques, par de vieilles habitudes de langage (3), sinon par une volonté délibérée, quoique discrète, du juge de se réserver, à la faveur de cette incertitude, une liberté de manœuvre peu recommandable. Certains auteurs (4) n'hésitent pas en effet à prêter au juge l'habileté machiavélique de réserver, par cet expédient, « sa pleine liberté d'appréciation ». Il se réserverait ainsi « jalousement » « les secrets du sérail ». La « dissimulation de sa pensée s'opérerait ainsi par l'emploi de formules amphibologiques, convenant d'autant mieux à ce noir dessein qu'elles seraient à peu près totalement dépourvues de signification ». M. Waline n'est pas loin de partager cette opinion. Car les méthodes actuelles de la jurisprudence lui paraissent (5) n'avoir d'autre conséquence, sinon d'autre but que de « masquer d'une formule l'arbitraire du juge ».

Malgré cette survivance de façade, on se trouverait, en effet, devant une notion vide ou, du moins, s'appliquant à de multiples réalités différentes. Un tel « emploi, singulièrement abusif », de ce terme, « avec les significations les plus diverses », constituerait (6) « une grave carence de terminologie et une sorte de relâchement regrettable dans le choix des formules employées » (7).

V

Indiquons pour mémoire que certains auteurs (8) croient même pouvoir relever dans le contenu, plus ou moins hypothétique, de la notion certaines contradictions internes.

Enfin il a été soutenu (9) qu'à supposer que la notion se caractérise par un certain régime juridique, « c'est méconnaître la variété de structure des divers services que d'envisager pour eux tous une unité de régime ».

VI

On ne s'étonnera pas, après un tel tableau, dont les traits sont plutôt atténués que grossis par

(1) Voir notamment VEDEL, *E.D.C.E.*, 1954, p. 25.

(2) Voir notamment VEDEL, *D.A.*, I, p. 55 et 58; et WALINE, *R.D.P.*, 1955, p. 716.

(3) Une partie de la doctrine, et non la moindre, (voir notamment VEDEL, *D.A.*, I, p. 59; et WALINE, préf. au J.C., p. 6, et *R.D.P.*, 1959, p. 1284 et s.; cf. COUZINET, p. IX) n'hésite pas à parler à ce propos de pur « verbalisme ».

M. WALINE (*in* : Préface à l'ouvrage de M. R. CHAPUS : « *Responsabilité publique et responsabilité privée* », p. 10) pose fermement cette alternative : « ce critère ou bien n'est pas bon, ou bien est purement verbal ».

M. LIET-VEAUX, de son côté, refuse de voir (*Rev. adm.*, mai-juin 1955, p. 289) dans un tel emploi de la formule autre chose qu'une « preuve de l'empire des mots dans notre droit administratif ». La formule la plus anodine (VEDEL, *R.D.P.*, 1954, p. 613) est celle qui aux rappels de la notion examinée ne prête plus « que la valeur d'une pieuse invocation ».

(4) Voir notamment M. COUZINET, p. IX.

(5) *R.D.P.*, 1956, p. 1061.

(6) COUZINET, p. IX.

« La multiplicité d'acceptions dont on a cru devoir affubler la notion la condamne », écrit cet auteur (cf. WALINE, *R.D.P.*, 1954, p. 178).

Si la notion de service public « n'existe plus », ajoute, quelque peu prématurément (*R.D.P.*, 1953, p. 531), M. DRAGO, c'est que (cf. RIVERO, *R.D.P.*, 1951, p. 267) « les adjectifs l'ont tuée ».

(7) M. WALINE dénonce également (*R.D.P.*, 1953, p. 469) dans « l'incertitude de la terminologie la plus grande faiblesse » de notre droit administratif, dont, à ce titre, la notion examinée serait, à son avis, la grande coupable.

(8) Voir notamment de CORAIL, p. 74 et CHAPUS, p. 141.

M. RIVERO (*in* : *La distinction...*, p. 153) impute à la notion son « manque de cohérence ». « Jamais, écrit-il (p. 156), elle n'a pu trouver son équilibre et sa cohérence ».

(9) DE CORAIL, p. 56 et 59.

rapport aux originaux, que la plupart des auteurs de ces critiques aboutissent (1) à des solutions sévères, le plus souvent à des condamnations. La peine maximum est le plus souvent requise (2).

Si l'on en croit nombre d'auteurs (3), l'élimination indispensable pourrait se faire avec d'autant moins de scrupule et d'hésitation que son inutilité flagrante ne risquerait de causer nul dommage. « Car les solutions de la jurisprudence, écrit l'un d'eux (3), peuvent être expliquées d'une toute autre manière et de façon autrement rationnelle. »

Une notable partie de la doctrine (4) s'est même trouvée ainsi amenée à inférer de ce qu'elle tient pour des constats les doutes les plus sérieux sur la valeur originelle de la notion.

VII

A la vérité, la notion ainsi généralement abandonnée compte encore, de loin en loin, de rares fidèles. Mais il n'est pas jusqu'à l'attitude de ces irréductibles qui ne doive être, pour sa survie, un sujet de préoccupations. Car il n'en est pas dont le ton, sur nombre de points, ne révèle certains indices d'un « complexe » qui ne paraît pas éloigné de celui de culpabilité. Du moins, dans leur défense de la notion, ont-ils tendance (5) à plaider pour la notion plus ou moins coupable ou du moins à invoquer pour elle les circonstances atténuantes. On peut donc tenir pour acquis qu'aux yeux du moins de la quasi universalité de la doctrine, la notion examinée est atteinte d'une consommation si profonde que tout espoir d'avenir lui est à peu près retiré.

VIII

De cette navrante dégénérescence, la plupart des auteurs font peser sur la jurisprudence l'entière responsabilité. Il arrive qu'on y associe toutefois la doctrine, mais secondairement. Qu'il s'agisse de

(1) Voir notamment RIVERO, *in* : *La distinction...*, p. 161.

(2) « La notion de service public, écrit notamment (*loc. cit.*, p. 9) M. COUZINET, doit être bannie du langage du droit administratif. Il semble expédient de n'en plus faire emploi; car elle a proliféré à un point tel que toute tentative pour la ramener à des limites dont elle n'aurait pas dû sortir semble devoir être vouée à l'insuccès » (cf. RIVERO, *R.D.P.*, 1953, p. 293).

Quant à M. EISENMANN (*op. cit.*, p. 45), il pousse son mépris de la notion, dans sa « déchéance profonde », jusqu'à ne même pas vouloir se donner la peine « d'aller jusqu'à la thèse extrême exterminatrice ». Et, s'adressant aux rares auteurs « qui restent personnellement encore attachés à la théorie, il les compare à des « archéologues qui se réjouiraient en disant : oui, le monument est bien détruit; mais il nous reste tout de même quelques pierres de l'édifice. Réjouissons-nous : tout va bien ». Attitude qui lui paraît « témoigner d'une heureuse et accommodante nature ». Il ne laisse pas toutefois de formuler expressément ce verdict fatal et dédaigneux : « Il n'y a rien à faire pour sauver la théorie du service public; elle est condamnée par le droit. Actuellement, il faut se libérer d'elle, ne pas la prendre en considération, ne pas y penser ».

La plupart de ces auteurs ne font d'ailleurs ainsi que souscrire, sous des formes plus ou moins énergiques, à l'affirmation catégorique de M. DE CORAIL (p. 347) que « la notion de service public n'a plus de valeur juridique ».

(3) Voir notamment M. COUZINET, p. 9.

(4) Voir notamment RIVERO, *in* : *La distinction...*, p. 156, et WALINE (préf. au *J.C.*, p. 6); cf. EISENMANN, (*op. cit.*, p. 30 et s.).

(5) Il en est ainsi notamment (cf. l'opinion nuancée de M. AUBY, *in* : *Ann. de la Fac. de dr. de Bordeaux*, 1951, p. 5 et s.) pour le plus connu des juristes du dernier carré, malgré la place qu'on lui assigne généralement (*R.D.P.*, 1945, p. 516), non sans raison, « dans la lignée — ajoutons : dans la grande lignée — de Duguit, Bonnard, Jèze, Scelle ». Voir de LAUBADÈRE *D.A.*, p. 533, et surtout *D.*, 1952, chr. II, p. 5, ainsi que *R.D.P.*, 1952, p. 1118, où cet auteur fait une allusion discrète et d'ailleurs pleinement justifiée aux « clairs-obscurs de notre droit administratif ». On rapprochera de ce langage mesuré les déclarations mélancoliques de MM. DUEZ et DEBEYRE, se défendant, dans leur *Traité*, d'avoir fait une « part trop belle à des notions controversées ou entamées ». « Une stricte objectivité, une extrême prudence, ajoutent-ils, d'un ton qui a la triste résonance de celui qu'on entend au chevet d'un grand blessé, s'imposent aux auteurs, qui n'ont abandonné les vieilles constructions, même branlantes, que dans la mesure où les constructions nouvelles avaient fait la preuve de leur solidité. »

Les réserves que M. de LAUBADÈRE lui-même exprime ne le mettent d'ailleurs pas à l'abri des critiques que sa position, à peu près isolée, lui attire, à ce titre, de tous côtés (voir notamment DE CORAIL, p. 66; VEDEL, *D.A.*, I, p. 56; *E.D.C.E.*, 1954, p. 36; et COUZINET, *loc. cit.*, p. IX). C'est avec une certaine satisfaction, non déguisée, que M. RIVERO, il y a quelques années, donnait acte (*R.D.P.*, 1951, p. 266) à cet auteur de l'atténuation de certaines de ses affirmations primitives sur le rôle de la notion.

l'une ou de l'autre, elles n'auraient pas fait preuve, en l'occurrence (1), « de beaucoup de clairvoyance ni de rectitude de pensée » (2).

Portant sur les causes profondes de cette situation pénible un regard empreint d'une sérénité qui se trouve rarement à un tel degré dans les études consacrées à la matière, un des maîtres incontestés de notre droit administratif a émis, à cet égard, une opinion moins rude, quoique non moins alarmante pour l'avenir de la notion. « Au fond, pour les promoteurs de la notion de service public, Hauriou et Romieu, celle-ci, écrit-il (3), n'avait de valeur qu'en tant que signe d'un certain régime. Gestion publique, gestion privée, en profondeur, la vieille ligne de partage était là ». Il se trouvait qu'alors « il y avait une coïncidence assez exacte entre le champ du service public et le procédé dérogatoire au droit commun ». « Produit d'un temps », cette coïncidence, qui n'a jamais été d'ailleurs qu'approximative, devait bientôt cesser, en des temps nouveaux. C'est alors que les intéressés eussent dû avoir conscience des conséquences juridiques que cette dissociation devait entraîner. « L'erreur de l'école du service public a été, selon cet auteur, de donner au signe une valeur absolue. » Ainsi s'expliquerait que, par le changement des circonstances économique-sociales, la notion se soit quasi inconsciemment, « vidée de son contenu juridique » et soit devenue « inutilisable pour le juriste ». « L'impossibilité de se fier au signe (le service public) ramènerait alors au premier plan l'analyse de la chose signifiée, la distinction entre gestion publique et gestion privée. » « Nous en sommes, estime cet auteur, très exactement là. »

Ces considérations dignes d'une réflexion tout spécialement attentive conduisent naturellement à se demander par quels moyens pourrait se combler l'ample vide creusé dans notre droit administratif par la disparition de la notion si le verdict à peu près général de la doctrine devait être effectivement confirmé. Dans quelle direction, en cette hypothèse, notre droit administratif aurait-il quelque chance de trouver son salut?

(1) COUZINET, p. VIII.

(2) Moins sévère, au moins en la forme, dans ses appréciations, M. WALINE (*R.D.P.*, 1947, p. 104), s'il consent bien à cet égard, à reconnaître au juge « l'esprit de finesse », lui dénie l'esprit de géométrie. Tout récemment, un auteur (J. ROCHE, *R.D.P.*, 1960, p. 900) posait cette interrogation : « La responsabilité de ce désordre incombe-t-elle à la carence ou aux divergences des faiseurs de systèmes, ou plutôt à une haute juridiction où les faiseurs de systèmes jurisprudentiels ne restent plus assez longtemps pour avoir véritablement un système assuré de la continuité? »

(3) RIVERO, in : *L'évolution du droit public*, p. 470.

TITRE II

DES ÉVENTUELS CRITÈRES DE REMPLACEMENT

SECTION I

NÉCESSITÉ D'UN EXAMEN DES TITRES DE CES CRITÈRES

Si, d'une manière générale, la nature « a horreur du vide », il en est plus particulièrement ainsi pour son canton juridique. Celui-ci peut si difficilement s'accommoder d'un interrègne, d'une solution de continuité qu'il a tout spécialement forgé pour cette hypothèse des règles que chacun connaît. La jurisprudence a d'ailleurs ses exigences quasi quotidiennes et, lorsque, pour une raison quelconque, notamment par vétusté ou par malfaçon, un des instruments de son action vient à se briser entre ses mains ou seulement à ne plus rendre que d'insuffisants services, le juge est tenu, bon gré, mal gré, de pourvoir à son remplacement. Aussi bien, si l'on en croit certains auteurs (1), cette substitution, ici, se serait déjà faite. Elle se serait, à la vérité, opérée sans éclats. Et cette petite révolution de palais — au sens de palais de justice — se serait consommée, comme il est fréquent, d'une manière discrète et feutrée. Les apparences mêmes resteraient sauvées (1). Mais la doctrine, dont le premier devoir est de ne pas se payer de mots, aurait percé nettement ces apparences et vu apparaître de nouveaux personnages derrière le décor ancien. Il serait prématuré de rechercher si la réalité est bien conforme à la version qui en est ainsi donnée. Mais c'est bien le temps de se demander, avant même de vérifier le mérite des griefs qui viennent d'être rappelés, si la succession, le cas échéant, serait convenablement assurée.

Ce n'est pas qu'il y ait défaut de candidatures. Il y a même, pour le poste, une concurrence sérieuse. Mais la plus élémentaire justice et la stricte probité scientifique commandent de n'épargner impartialement à aucune des notions proposées les épreuves diverses d'aptitude auxquelles la notion incriminée a été si abondamment soumise. La règle de l'égalité doit s'appliquer ici, comme dans tous les secteurs de notre droit. Il s'en faut cependant que cette égalité se constate dans les titres des critères mis en avant. Et il suffira d'un rapide examen pour écarter plusieurs d'entre eux. C'est de ceux-là qu'il sera question d'abord.

(1) Cf. *supra*, p. 79 et 81.

SECTION II

HYPOTHÈSES À ÉCARTER « DE PLANO »

§ 1. *Hypothèse d'un retour à la conception originelle de la notion de service public*

Il est remarquable que nul de ceux qui ont dénoncé ce qu'ils considèrent comme une déviation ou une dénaturation de cette notion n'ait, à notre connaissance, envisagé comme plausible la restauration de la conception initiale (1). C'est évidemment que ceux-là mêmes qui sont les plus ardents dans leurs critiques ne sont pas les derniers à mesurer l'ampleur des évolutions diverses qui ont mis silencieusement un terme au règne primitif de cette notion. Le fait n'en met pas moins en évidence l'alternative qui s'est alors ouverte devant le juge d'adapter la notion originelle à ce nouvel état de fait ou de la rebuter pour une autre. Et la question est précisément de savoir si, on optant pour la première méthode, il a commis une malfaçon.

§ 2. *Critère par un privilège personnel de l'administration*

Nous ne nous attarderons pas davantage à l'examen de ce critère. Il serait paradoxal (2) qu'un privilège qui, dès le début du siècle dernier, a dû composer avec les réalités sociales et politiques, outre les administratives, pût avoir des prétentions à revivre au moment même où ces réalités se sont faites singulièrement plus pressantes.

SECTION III

AUTRES CRITÈRES PROPOSÉS

§ 1. *Critère par la volonté de l'autorité compétente*

Incomparablement plus sérieux sont les titres de ce critère. Car il n'est pas douteux que cette volonté exerce sur le cadre et sur le mode des diverses activités administratives une influence nettement prépondérante. Mais, si larges que soient ces pouvoirs, il est dans leur nature de ne pouvoir, en ce domaine, se manifester utilement que par le choix entre un petit nombre de procédés techniques, au premier rang desquels figure précisément la notion de service public. C'est donc à propos de la détermination des cas où il y a service public et du régime qu'un tel service comporte que le rôle de cette volonté pourra être convenablement apprécié.

§ 2. *Critère par l'utilité publique*

Si vif est l'attrait de ce critère qu'il avait primitivement emporté l'adhésion d'un maître de la qualité de M. Waline. Il a dû y renoncer (3), à son corps défendant. Et l'on ne peut que s'associer à son

(1) A la vérité, M. COUZINET (p. VII) émet l'idée qu'on « peut penser que l'on s'est égaré en s'écartant de la définition organique du service public ». Mais la présentation qu'il fait lui-même (p. XI) d'une méthode de remplacement prouve qu'il n'envisage cette hypothèse que comme purement théorique.

(2) Cf. WALINE, préf. au J.C., p. 5, et CHAPUS, J.C.P., 1954, II, 8205.

(3) Préf. au J.C., p. 10.

attitude dernière. Ce critère manifestement pêche en effet (1) par un excès d'ampleur. Car, s'il est indéniable que l'intérêt public est la loi suprême qui gouverne, en toute circonstance, l'activité de l'administration, il est fréquent que cette loi même dicte son recours au droit privé. Et, d'autre part, même en dehors de la vie administrative, il est nombre d'activités purement privées qui touchent à l'intérêt public (2).

L'élimination de cet élément en tant que critère n'implique d'ailleurs nullement qu'il soit dépourvu d'intérêt dans la fonction juridique qui doit être remplie. Comme la volonté de l'autorité compétente, il intervient, au contraire, au premier plan, mais sous une forme nettement définie, qui devra être précisée.

§ 3. Critère par la puissance publique

I

Nous abordons ici l'un des deux critères qui restent à examiner et qui, tant par la qualité de leurs titres que par celle de leurs promoteurs, occupent nettement la vedette dans le débat de succession ainsi ouvert. Celui que nous envisageons en ce moment a été présenté, dans cette revue même (3), avec un éclat qui a retenu l'attention de tous les juristes. Aucun d'eux n'a perdu le souvenir de cet exposé magistral, où l'association de deux notions, conjuguées, pour la première fois, à ces fins, et sous cette forme : la notion d'autorité exécutive et la notion de puissance publique affirmait, par l'importance même de ces alliés, la haute ambition de résoudre l'ensemble des problèmes de notre droit. L'altitude où ces notions étaient puisées, l'appui qu'elles se prêtaient l'une à l'autre pouvaient créer, en faveur de leur couple, un préjugé nettement favorable. Et tout juriste ressent trop le besoin d'une solution universelle pour ne pas avoir fait, dès l'abord, des vœux pour la réussite d'un tel effort. Par un phénomène de ressac qui n'est pas sans exemple dans l'histoire du droit, allait-on, après des épreuves qui n'auraient fait que l'amender, voir le critère jadis évincé par le critère du service public condamner, à son tour, celui-ci à l'exil et reprendre un règne dont la durée serait garantie par les leçons mêmes de ces épreuves? Ou la vieille notion est-elle destinée, en dépit de ce regain de vie inespéré, à connaître le sort de ces personnages que leurs efforts pour s'adapter ne parviennent pas à arracher à l'inactivité, parce qu'ils sont, en fait, incapables de rien apprendre et de rien oublier? Il y a les plus sérieuses raisons de craindre que cette dernière hypothèse ne soit la vraie et que ce vieillard qui se présente sous le masque d'un nouveau-né n'aille reprendre rapidement sa place dans la nécropole où il avait été enseveli.

II

Notons d'abord qu'une discussion pourrait s'ouvrir et s'est effectivement ouverte (4) sur l'utilisation qui, dans cette théorie, est faite de la notion d'autorité exécutive. L'épargne de cette discussion peut d'ailleurs être faite; car, comme on l'a fait observer (4), bien que la puissance publique n'y apparaisse, en apparence, que secondairement, comme l'attribut de l'autorité, le système examiné repose essentiellement sur la première de ces idées, à laquelle la seconde ne fournit guère qu'un point d'insertion dans les cadres constitutionnels. S'élèverait-on contre l'atténuation du rôle de la seconde idée qu'une première objection se présenterait alors, dans le cadre même où l'auteur de ce système présente l'ensemble de ses idées. Nous avons eu déjà (5) l'occasion d'indiquer que l'un des principaux griefs faits par ce même

(1) Voir RIVERO, *R.D.P.*, 1953, p. 282 et s., et *D.A.*, p. 30; cf. VEDEL, *D.A.*, I, p. 57 et s.; CHAPUS, p. 140, note 2, et CHARLIER, *J.C.P.*, 1955, I, 1210, n° 20, note 7.

(2) M. RIVERO fait même observer (p. 284 et s.) qu'en un sens, « l'intérêt public est le ressort non du seul droit public, mais du droit tout entier ».

(3) *E.D.C.E.*, 1954, p. 21 et s.; cf. *D.A.*, I, p. 58.

(4) Voir L'Huillier, *D.*, 1955, chr. XXII, p. 121.

(5) Voir *supra*, p. 78.

auteur à la notion de service public consiste, à ses yeux, en ce qu'elle méconnaîtrait le rôle primordial assigné par notre droit public aux considérations « formelles » ou « organiques », qu'il ferait, selon lui, prévaloir sur les considérations dites « matérielles ». On ne constate dès lors pas sans surprise l'ampleur du rôle que ces dernières considérations, dérivant de l'idée de puissance publique, jouent dans le fonctionnement du système, de l'aveu même de son auteur. Il estime, à la vérité, pouvoir se prémunir contre l'objection, en affirmant qu'un critère de nature « formelle » ou « organique » peut parfaitement s'accommoder de la coexistence avec un critère « matériel », pourvu que celui-ci n'intervienne qu'à titre complémentaire, à titre d'auxiliaire. Mais le moins qu'on puisse dire est qu'on ne voit pas clairement, en l'état des explications fournies, en quoi les considérations dites « matérielles » n'ont ici qu'un rôle subordonné. Et à supposer que deux critères de nature aussi différente puissent sans inconvénients se combiner, encore devrait-on nous faire connaître la formule de leur combinaison. Or, sur ce point, les lumières requises se signalent par leur discrétion. Il n'est donc pas exagéré de dire, jusqu'à preuve du contraire, que la concurrence des deux idées, pour ne pas dire leurs tiraillements, à l'intérieur d'un même critère autorise quelque perplexité sur son équilibre interne et ses vertus logiques.

III

C'est d'ailleurs là le moindre des reproches qu'encourt le système envisagé. Son défaut principal — mais, dès l'abord, il fait figure de tare rédhibitoire — est qu'il s'écarte complètement, sur des points d'importance capitale, de la réalité juridique, telle qu'elle s'exprime dans les arrêts. Contrairement à ce qui nous est dit, le désaccord ne se réduit pas d'ailleurs à ce défaut limité d'adhérence qu'autorisent, dans le meilleur des cas ou du moins dans la généralité des cas, le foisonnement des arrêts et la difficulté de n'en laisser aucun hors des cadres. Il porte sur des secteurs entiers, dont la juridiction administrative ne pourrait manifestement se dessaisir sans forfaire à ses traditions et à la mission qui lui incombe. Nous n'en donnerons pour preuve (1) que les innombrables cas où, qu'il s'agisse du contentieux contractuel ou du contentieux de la responsabilité, cette juridiction retient, depuis des décades, sa compétence, bien que la prérogative de puissance publique n'y apparaisse à aucun degré.

A la vérité, l'auteur du système s'évertue, fort habilement, à pallier la difficulté, en dotant la notion de puissance publique d'une extension si large qu'elle déborde de très loin l'acception normale de ces termes. C'est ainsi qu'il y fait entrer, à côté des pouvoirs exorbitants détenus par l'autorité, les sujétions particulières qui lui incombent corrélativement. Il va même jusqu'à y faire entrer les conditions spéciales de fonctionnement des services publics. Par ce biais, il parvient à réduire quelque peu l'écart entre sa théorie et la réalité juridique. Mais, outre qu'il y a quelque paradoxe à ranger sous la rubrique de la puissance publique l'inverse même de la prérogative, il n'obtient ce résultat mitigé qu'au prix d'une altération profonde (2) et, à vrai dire, d'une dénaturation de la conception fondamentale. Son effort de dilatation de la notion de puissance publique, avec quelque ingéniosité qu'il s'exerce, ne peut avoir en effet d'autre conséquence, sinon d'autre visée que de la rapprocher aussi près que possible du critère différent tiré de l'originalité des situations, que nous allons avoir à examiner. Dans la mesure même où réussit cet effort, il réduit la spécificité du système, qui perd, de ce fait, l'indéniable attrait encore attaché à une antique notion, demeurée, à certains égards, prestigieuse et d'ailleurs indispensable. Cette conception trouve à la vérité (3) un appui dans les idées d'un auteur qui se recommande par la pénétration de ses analyses et la puissance logique de ses argumentations. C'est d'ailleurs la logique qui l'a conduit à pousser l'effort de l'auteur du système jusqu'à ses conséquences extrêmes, en allant jusqu'à l'identification complète de la notion de puissance publique et de celle de gestion publique.

(1) Voir, sur ce point, WALINE, préf. au *J.C.*, p. 6, et *R.D.P.*, 59, p. 1284 et s., et EISENMANN, *op. cit.*, p. 47 et s.; cf. CHAPUS p. 76, et *J.C.P.*, 1954, II, 8205; DE CORAIL, p. 346 et 55 et RIVERO, *R.D.P.*, 1953, p. 285, et *D.A.*, p. 30.

(2) Cf. DE LAUBADÈRE, *D.A.*, p. 49, note 23.

(3) Voir CHAPUS, p. 139, note 1.

Mais, si la théorie examinée cherche une issue dans cette direction, elle n'a de chance de l'y trouver que dans son absorption dans le critère suivant, c'est-à-dire dans son anéantissement.

Quelque distension ou quelque « distorsion », pour user d'un terme cher à notre temps, que, pour les besoins de la cause, reçoive la notion de puissance publique, la thèse examinée vient ainsi se briser contre la constatation (1) que « la catégorie des actes de puissance publique est plus étroite que la notion de gestion publique et que, corrélativement, la catégorie des actes de gestion déborde la notion de gestion privée ». Surmontât-elle cet obstacle, à la faveur de son inflexion vers un critère différent, qu'elle rencontrerait encore (2) l'écueil de cas tels que ceux des actes à caractère privé, mais d'intérêt général, dont le propre est de demeurer étrangers à l'administration tout en bénéficiant de l'attribution de prérogatives de puissance publique, en raison de la nature de telles activités.

IV

Il eût été d'ailleurs inéquitable d'étendre *a priori* au système proposé la condamnation irrévocable prononcée, depuis déjà longtemps, contre la théorie, jadis régnante, des actes d'autorité et de gestion (3). Mais quelque soin que prenne l'auteur pour répudier toute affinité, autre qu'extérieure et nominale, avec une théorie qu'il se défend de vouloir faire sortir de ses cendres, le souvenir des difficultés chroniques liées à la notion d'autorité, envisagée comme critère, incline à peu d'empressement à l'égard d'une restauration de cette notion, fût-ce sous des formes rejeunies. Qui ne se souvient en effet que l'ampleur de ces difficultés, bientôt devenues inextricables (4), n'a pas peu contribué au détronement de cette notion longtemps vénérable. Aussi bien, par un aveu totalement dénué d'artifice, l'auteur du système ne se flatte-t-il pas (5) d'en attendre une simplicité de maniement et des commodités pratiques de nature à permettre de passer condamnation sur ses insuffisances théoriques.

Sans doute, comme un expert éminent l'a fait utilement observer (6), l'ancienneté même de la notion que l'on prétend ramener à la vie par un traitement approprié est bien loin d'entraîner à son encontre un préjugé défavorable. Et, en un sens, il n'est jamais, dans l'histoire des institutions juridiques, de condamnation véritablement sans appel. Mais convient-il, à la faveur de son rajeunissement, de relever l'antique notion déchuë de la sentence qui fut, en son temps, prononcée contre elle? Même si l'on quitte le terrain du droit strict pour entrer dans la sphère des convenances, la réouverture du dossier conduit à une réponse nettement négative. Suivant la pertinente remarque (7) de l'un des protagonistes de notre droit administratif, le vice radical du système proposé tient à ce qu'il ne fait nulle place aux fins mêmes du droit administratif et assigne abusivement à un moyen, à un simple procédé technique une fonction qui manifestement dépasse ses capacités. Qui ne voit les inconvénients majeurs d'un système qui, involontairement sans doute — mais la prévoyance est le premier devoir du juriste — dote, par le silence gardé sur les buts, l'exercice de la puissance publique d'une véritable gratuité, totalement étrangère à notre droit et inquiétante, sinon redoutable, par ses conséquences éventuelles (8)? Indéniablement une telle restauration ne revêtirait pas seulement le caractère d'un archaïsme discutable; elle marquerait une régression par rapport à l'acquis de notre droit.

(1) Voir CHAPUS, p. 77.

(2) Cf. CHARLIER, *J.C.P.*, 1955, I, 1210, n° 20, note 7.

(3) Contrairement à toute attente, il se trouve encore quelques nostalgiques de cette théorie. Voir DRAGO, *R.D.P.*, 1953, p. 531.

(4) Voir CHAPUS, p. 77.

(5) Il reconnaît loyalement (*D.A.*, I, p. 77) que le maniement de la notion de puissance publique, dans le critère de compétence, « pose des problèmes « délicats » et (voir *eod. op.* p. 81) que le critère « amène à des formules complexes ».

(6) On ne peut en effet que partager l'avis de M. RIVERO (*R.D.P.*, 1953, p. 285) que, bien loin d'incliner à un manque de confiance, l'ancienneté même d'un critère peut, dans bien des cas, constituer à son profit un préjugé favorable. Encore faut-il, pour qu'il se confirme, qu'aucune circonstance ne justifie la désuétude où il était tombé.

(7) WALINE, préf. au *J.C.*, p. 9.

(8) Cf. WALINE, *op. cit.*, p. 6 et s. « Après tout, écrit cet auteur, en termes spécialement heureux, l'exercice de la puissance publique ne trouve pas en lui-même sa propre raison d'être, ni sa propre justification ».

V

Il n'est personne d'ailleurs qui, traditionnellement, ne voie dans la puissance publique le levier, sinon le moteur de l'action administrative. Et il n'est nul besoin de souligner cette vérité évidente que, partout où l'intérêt public apparaît ou même se profile, il imprime, plus ou moins profondément, à la structure et à la consistance de notre droit administratif cette spécificité même à laquelle il doit son existence. Encore faut-il, pour que ce droit s'installe sur une base saine, que ce même intérêt public, dont l'influence est ainsi déterminante, puisse pleinement exercer son action dans les limites et aux fins légitimes. Et c'est la fonction même du critère recherché que de définir à la fois ces limites et ces fins. Tant que le moyen n'a pas été trouvé de déterminer à la fois les cas où l'intérêt général légitime, en même temps qu'il exige l'intervention de la puissance publique, au nom de la prérogative, et ceux où, sans la mettre en œuvre, il impose des solutions particulières à son domaine, on n'a pas fait un pas vers le règlement des véritables difficultés. Or, à cette double question le critère envisagé est radicalement hors d'état de donner une réponse tirée de sa propre substance; il en est réduit à l'emprunter à un critère différent, dont le mérite d'ailleurs reste encore à prouver.

VI

Laissons donc dans son linceul de pourpre la vieille notion, jadis royale, qu'il ne paraît pas à propos de ranimer. Et tournons-nous, pour les besoins de notre temps, vers des instruments à sa mesure. La haute autorité et le talent de l'auteur du système ne peuvent donc lui épargner la fin de non-recevoir absolue que la doctrine lui a d'ailleurs unanimement opposée (1).

Le critère ainsi évincé appelle au demeurant la même remarque que le critère par l'intérêt public. Ici encore, en effet, la notion qui le forme se révèle incapable de soutenir, à elle seule, le poids des charges imposées. Mais, comme l'autre, indéniablement, il a vocation à trouver sa place dans une construction d'ensemble, dont il constituera l'un des éléments. Finalement, le principal, sinon le seul mérite de la théorie examinée se ramène à indiquer que la voie du succès, dans la recherche actuellement entreprise, ne peut être trouvée que dans une *synthèse*. Encore faut-il que cette synthèse contienne tous les éléments requis, suivant la pondération convenable, ce qui n'est pas ici le cas.

§ 4. Critère par la nature des règles et situations

I

Nous avons réservé pour la fin, entre les divers critères en lice, celui en faveur de qui, aux yeux de l'opinion actuellement régnante, la balance paraît nettement pencher. Il se présente d'ailleurs, au moins extérieurement, sous deux formes en partie distinctes. Il s'agit là en effet (2) tantôt d'un critère tiré de la nature des rapports de droit que le juge doit apprécier (3), tantôt d'un critère inspiré par l'analogie des situations avec les situations correspondantes du droit privé. Dans tous les cas, toutefois,

(1) M. RIVERO, qui s'associe à la condamnation générale prononcée contre le critère examiné, y substitue (*D.A.*, p. 31) un critère tiré de la dualité des dérogations au droit commun. Selon lui — et rien n'est plus exact — il ne suffit pas de tenir compte de la prérogative au sens traditionnel du terme, c'est-à-dire des droits particuliers reconnus à l'autorité; il faut aussi faire état des sujétions particulières qui opèrent en sens contraire. Nous avons vu que l'auteur du système qui vient d'être examiné s'est efforcé précisément, sans y parvenir, selon nous, d'éluder, en tentant de sortir du cadre habituel de la notion de prérogative, l'objection que M. RIVERO lui-même avait présentée contre sa thèse. S'il est dans les intentions de M. RIVERO d'adhérer à la thèse de M. VEDEL, sous la forme qu'elle revêt ainsi, nous n'avons rien à ajouter aux remarques qui viennent d'être présentées. Si, au contraire, M. RIVERO se range parmi les partisans du système qui va être examiné, l'appréciation de sa thèse coïncide avec celle de ce dernier système.

(2) Voir notamment VEDEL, *D.A.*, I, p. 58.

(3) Ou de la question de droit qu'il s'agit de résoudre.

ce critère s'attache à la nature propre, au caractère spécifique de la règle, de la situation ou de la question. Et l'on peut affirmer sans risque d'erreur que l'on se trouve bien, en réalité, en présence d'un critère unique, qu'il a été proposé (1) de désigner par la dénomination de critère par la gestion (publique ou privée).

II

Ce critère, si l'on en croit ses promoteurs, serait doté des vertus les plus éminentes. M. Chapus, qui se trouve au premier rang de ceux-ci, en fait (2) un éloge quasi dithyrambique. Il serait le seul à « présenter du droit positif une image cohérente et logique, dont tous les aspects ont entre eux une concordance, une liaison parfaites ». D'autre part, il s'imposerait non moins nettement par la « valeur pratique » qu'il tiendrait de « sa simplicité » et qui ne serait précisément que la naturelle et heureuse conséquence de son impeccable logique. Il s'énoncerait en effet avec la « clarté » de l'« évidence ».

Ces mérites, aux dires de nombre d'auteurs (3), auraient exercé sur la jurisprudence une séduction bien compréhensible. Elle aurait déserté en sa faveur le critère du service public. A vrai dire, elle ne l'aurait fait, dans la plupart des cas, qu'avec une extrême discrétion et même subrepticement, mais parfois aussi à ciel ouvert. D'aucuns (4) vont jusqu'à annexer à leur thèse la jurisprudence de l'arrêt *Blanco*. Et celle des décisions *Feutry* et *Thérond* ne présente, à leurs yeux, que le caractère d'un bref intermède, qui aurait regrettamment interrompu un instant le règne du couple gestion publique-gestion privée (5).

Avouons humblement que ce déchiffrement tardif d'une jurisprudence qui, si l'on en croit ces auteurs, serait restée, pour l'ensemble de ses contemporains, complètement ésotérique et hermétique, ne laisse pas de plonger le lecteur moyen du cryptogramme enfin révélé, surtout s'il croyait avoir professionnellement quelque lumière sur la portée des arrêts, dans un étonnement voisin de la stupeur. Et, si le reproche du secret a été fait, nombre de fois, au juge administratif, celui-ci est réduit à reconnaître qu'en l'occurrence ce secret était bien gardé même pour lui; ce ne serait plus ce secret du sérail sur lequel il lui a été imputé (6) de rester regrettamment sobre en confidences; ce serait, pour le juge lui-même, le secret des dieux. Le juge aurait agi, en ce cas, dans une sorte de somnambulisme ou d'état second, qui laisserait planer sur sa lucidité une suspicion des plus fâcheuses. Quelque réserve que puisse manifester à leur égard une certaine partie de la doctrine, les juges administratifs seraient-ils vraiment descendus jusque-là?

III

Du moins, même les plus chauds partisans du critère actuellement examiné sont-ils finalement amenés à reconnaître, toutes réflexions faites, qu'à supposer qu'il existe une seule notion qui puisse prétendre à la perfection, tel n'est pas le cas du présent critère. L'aveu le plus significatif à cet égard se lit dans l'auteur même qui, entre tous, s'est signalé en sa faveur par son enthousiasme. Traitant de cette « simplicité » majeure dont il dote généreusement le critère en question (7), il est réduit à introduire à ce propos, dans ses affirmations, une réserve qui en réduit singulièrement la portée. Selon lui (8), il

(1) Notamment par M. CHAPUS.

(2) P. 140 et s.

(3) Voir notamment DE CORAIL, en particulier, p. 53, 60, 85, 92, 108, 128; RIVERO, in : *La distinction...*, p. 161 et 155, et D., 1951, chr. XXIII, p. 101; cf. VEDEL, *E.D.C.E.*, 1954, p. 51, et WALINE, *R.D.P.*, 1955, p. 719.

(4) Voir notamment DE CORAIL, p. 94 et s., et CHAPUS, p. 66 et s.

(5) Voir en ce sens, CHAPUS, p. 104 et s.

(6) Voir *supra*, p. 80.

(7) Sur le grief de « vague » légitimement fait par M. VEDEL au critère en question, voir son *D.A.*, I, 61. Cet auteur, qui n'est pas suspect de malveillance pour cette notion, y voit néanmoins (*D.A.*, I, p. 59) « plutôt une directive générale, voire une inspiration qu'un véritable critère juridique ».

(8) P. 141.

faudrait, en matière de compétence, distinguer entre les deux aspects que présente la simplicité, à savoir : « la clarté de l'énoncé de la règle » et l'« évidence de la règle pour le plaideur ». Sur le premier point, la supériorité du critère envisagé ne souffrirait aucune discussion. Il en serait autrement sur le second, qui est cependant bien loin d'être subalterne par rapport à l'autre; car la « mise en œuvre du critère » oblige à des recherches et des analyses qui « peuvent être délicates, surtout si on ne dispose pas de toutes les données convenables pour les mener à bien ». Ces difficultés atteindraient un degré tel qu'il serait expédient, sinon indispensable de recourir, pour les pallier, aux bons offices de la notion du service public. Celle-ci d'ailleurs devrait se garder de tirer le moindre orgueil de cette reconnaissance discrète de son utilité, sinon de sa nécessité. Car on ne lui cache pas que cet appel à elle n'est fait que « pour une raison de commodité, pour aider le plaideur et donc par un simple souci d'utilité pratique ». « L'essentiel, est-il bien précisé, est que l'on ne s'abuse pas sur la raison véritable » de cet appel au secours.

Serait-il exagéré de prétendre qu'assortie d'un tel tempérament, la vertu de « simplicité » dont le critère examiné serait gratifié ne brille pas spécialement par son éclat? Reléguer l'utilité pratique d'une notion à un rang nettement subalterne par rapport à sa valeur théorique, serait-ce se faire des devoirs auxquels une notion doit satisfaire une idée véritablement correcte? Sans doute y aurait-il quelque imprudence à donner à cette question une réponse affirmative. Il n'y en aurait pas moins, croyons-nous, à donner au critère envisagé le rang suprême dans la hiérarchie des notions.

IV

Notons tout d'abord que, s'il suscite une ferveur indéniable parmi les plus ardents de ses zélateurs, nombre des auteurs qui inclinent à lui faire, dans notre droit administratif, une place non négligeable ne le font qu'avec une circonspection assez désobligeante pour lui (1). Comment ne pas montrer à cet égard l'attitude la plus réservée? Et comment ne pas voir dès l'abord une contradiction ouverte entre les solutions auxquelles il conduit et celles de la jurisprudence? Il n'était nullement nécessaire d'attendre des arrêts tels que l'arrêt *Bertin*, qui le condamne expressément, pour lire cette condamnation (2) dans le corps compact des décisions qui statuent, notamment sur la responsabilité administrative, dans des cas où l'activité du service n'a cependant rien qui l'éloigne des activités correspondantes du droit privé.

Comment ne pas se convaincre aussi de l'extrême difficulté, dans nombre de cas, et même, parfois, de l'impossibilité pratique (3) de se prononcer par les seules ressources du critère sur le caractère de la situation à qualifier? Ces difficultés ne naissent pas seulement du caractère trop souvent fallacieux (4)

(1) M. VEDEL n'y adhère (*R.D.P.*, 1954, p. 613) qu'« au bout du compte », sinon du bout des lèvres. Quant à M. WALINE, il n'avait jamais (voir *R.D.P.*, 1959, p. 1288) donné à ce critère son suffrage que dans des termes qui n'autorisaient chez l'élu aucun orgueil, et pour « son caractère basement terre à terre », qui paraissait devoir le « sauver du reproche d'apriorisme ». Croyant discerner, à cette époque, les prémices de l'avènement de cette notion, il en prenait acte dans une attitude voisine de la résignation : « elle n'est pas », écrivait-il alors (*R.D.P.*, 1955, p. 720), très glorieuse ni très enrichissante pour l'esprit ». Mais, jugeant en ce temps, qu'« elle rendait assez bien compte des réalités », il ajoutait : « Ne faisons donc pas les Pharisiens et contentons-nous-en. » Mais un examen plus attentif l'a convaincu depuis (*R.D.P.*, 1959, *loc. cit.*) que, même sous cette forme très spéciale, son adhésion ne peut être maintenue. Après s'être rangé aux côtés des tenants du système en question, M. RIVERO s'est finalement (voir *La distinction...*, p. 161 et s.) convaincu de son « insuffisance ».

(2) Voir WALINE, *R.D.P.*, 1959, p. 1288, et COUZINET, p. XI.

(3) Cf. RIVERO, *in* : *La distinction...*, p. 161 et s. « A quoi reconnaître, écrit-il, la situation qui, relevant au fond du droit administratif, appelle la compétence administrative? » « Le critère, ajoute-t-il, énonce le problème, mais ne le résout pas. » Ou plutôt, le plus souvent, il ne peut le résoudre que par des pétitions de principe, ou en répondant à la question par la question (voir CADART, *Les tribunaux judiciaires et la notion de service public*, p. 1007; cf. VEDEL, *D.A.I.*, p. 61). M. EISENMANN fait (p. 68) au critère un mérite de sa « souplesse ». Mais l'« indétermination » qu'il lui reconnaît (p. 57 et 68) n'est-elle pas l'onéreuse rançon de cette vertu prétendue? Il ne cache d'ailleurs pas les inconvénients attachés à cette imprécision. Il n'est pas jusqu'à M. DE CORAIL qui ne déguise pas ses perplexités (voir p. 93) devant la tâche ardue de « formuler, de façon rigoureuse, le critère qui », dans les cas de ce genre, « permettra de définir la situation juridique » intéressée. « La question, déclare-t-il, est délicate, et tout essai de synthèse risque d'être contredit. »

(4) Voir, sur ce point (p. 54), les déclarations mêmes de M. DE CORAIL.

de certaines ressemblances avec les activités privées correspondantes. Elles tiennent à ce fait capital que le propre des situations juridiques de droit public n'est pas toujours de porter en elles-mêmes leurs traits spécifiques; qu'elles les empruntent fréquemment au contexte, à l'ensemble de l'opération dans laquelle elles s'insèrent et, avant tout, au caractère général de cette activité, tel qu'il dérive, le plus souvent, de son but. Placer sous le microscope un fragment de tissu sans jeter le moindre regard sur l'organisme dont il fait partie, c'est s'interdire, *a priori*, de connaître sa nature véritable ou, en tout cas, d'approfondir la connaissance partielle qu'on peut en avoir (1).

Aussi bien — et ce nouveau grief est en corrélation étroite avec le précédent — comment fermer les yeux aux perspectives que ne pourraient manquer d'ouvrir les excès d'une analyse sans frein (2)? Les réalités juridiques — on peut le dire sans verser dans les excès non moins regrettables d'un organicisme juridique — ne se présentent pas comme des lambeaux dépourvus de toute cohésion, mais comme le produit de structures, où elles trouvent un équilibre et un corps. Les passer véritablement au hachoir, au hasard quotidien des circonstances, aurait inmanquablement pour effet d'enlever à la jurisprudence toute cohésion et toute ampleur, et même toute dignité et de mettre notre droit administratif en charpie (3). Et sans doute est-il des juristes et non des moins autorisés — certain nom est sur toutes les lèvres — pour envisager sans terreur des perspectives de ce genre, et même pour voir, à tort ou à raison — à tort, croyons-nous — dans un comportement de ce genre l'attitude même de certain grand corps. Mais il serait regrettable que le crédit dont jouit légitimement le défenseur de cette thèse encore aberrante fût versé au crédit technique du critère actuellement envisagé, de telle manière que celui-ci en reçût une sorte d'investiture. Tout indique, au contraire, que la réaction du corps en question, dans sa grande majorité, est conforme à ce qu'on peut attendre de juristes dont la galerie d'ancêtres — parfois quasi contemporains — ne comprend que de grands doctrinaires, au sens le plus noble de ce terme. Dans la brillante thèse qui a causé tant d'émoi, il convient plutôt de ne voir qu'un symptôme de la légitime impatience provoquée parfois, hors de la Faculté, par l'amertume des critiques de certains esprits, en-

(1) Recherchant (*J.C.P.*, 1954, II, 8205) de quel élément d'une décision dépend son caractère administratif, M. CHAPUS aboutit à la conclusion qu'il faut, à cet égard, s'attacher à l'objet, mais que l'appréciation de celui-ci ne peut se faire que par rapport à la notion de service public.

(2) Il ne s'agit d'ailleurs nullement (cf. CHARLIER, *E.D.C.E.*, 1951, p. 57, et LATOURNERIE, *Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'État*, in : Livre jubilaire du Conseil d'État, p. 229) de contester l'utilité ou la nécessité de l'analyse — cette « spectroscopie juridique » (l'expression est de M. CHARLIER) — ni même de cette méthode que nos collègues d'outre-Manche qualifient de « distinguishing » ou de « case-system ». Mais la règle doit être fermement posée que l'analyse n'a, ici, le plus souvent, de sens et d'intérêt que pour les besoins d'une synthèse où les résultats de l'analyse prennent leur véritable portée. Les vigoureux propos de M. CHARLIER (*E.D.C.E.*, 1951, p. 60) mettent dans une pleine évidence les dangers de tels abus de l'analyse. « Présentant à l'état séparé les éléments », l'analyse, ainsi appliquée, « donne la tentation de les considérer, apprécier et mettre en œuvre en eux-mêmes et pour eux-mêmes. On aboutit alors à des absurdités; car l'absurde est ce dont on ne voit pas le rapport avec le reste — et il ajoute (la formule est à retenir et sera reprise sous une autre forme) — avec le but à atteindre et les faits auxquels il faut s'adapter ». « Qui pourrait jurer — et ce propos ne souffre guère de contradiction — que cet écueil a toujours été évité, que ce rapport n'a jamais été perdu de vue? ».

(3) M. DE LAUBADÈRE (D., 1951, chr. II, 8) met à cet égard les juristes en garde contre « la tentation de procéder à... la dissection systématique de chaque matière contentieuse et, individuellement, de chaque cas... » ... « Si une telle méthode, ajoute-t-il, est de nature à séduire des juristes habitués à la finesse des analyses, si du reste elle s'impose parfois, on devine à quels excès elle peut se prêter et combien, à la suite de quels distinguos, elle risque de s'épanouir en un byzantinisme juridique que la jurisprudence récente n'a pas toujours su éviter, ou du moins qu'elle a dû redresser parfois, après y avoir succombé. »

La gravité de ces objections n'a pas échappé à la perspicacité de M. DE CORAIL. Il croit pouvoir y répondre, à propos du contentieux de la responsabilité, en affirmant qu'en pareil cas, « il ne s'agit pas de considérer le seul fait matériel, source du préjudice, mais l'opération d'ensemble accomplie par l'Administration et c'est cette opération, ou les rapports d'ensemble qu'elle entretient avec les tiers qu'il faut définir ». Mais les objections présentées ne se limitent nullement au cas de la responsabilité. Et d'ailleurs, comme le fait observer (p. XI) le propre parrain de la thèse de cet auteur, « cette réplique n'est peut-être pas très convaincante ni peut-être des plus claires. D'autant qu'examiner « l'opération d'ensemble », suivant l'expression de M. DE CORAIL, semble bien revenir à analyser juridiquement l'institution qui est à l'origine de l'acte ». « Peut-être, conclut M. COUZINET, si l'on veut pouvoir rendre compte exactement du droit positif, ne peut-on éliminer, dans tous les cas, la prise en considération de l'entreprise elle-même, de l'institution, au sens organique de l'expression. » Cette ultime remarque, qui elle-même, appelle certaines réserves, a du moins le mérite d'acheminer vers la véritable solution. M. COUZINET est lui-même l'auteur d'un système, dont il ne donne d'ailleurs (*ibid. loc.*, p. XI) qu'une esquisse. Ce système amende quelque peu la thèse qui vient d'être examinée, sans la mettre totalement, à notre avis, à l'abri des critiques qu'elle encourt.

clins, trop souvent, à juger les difficiles constructions de l'œuvre jurisprudentielle par rapport aux épures d'architectes libérés des lois de la pesanteur. Est-il *a priori* vraisemblable, et, en fait, est-il bien exact qu'ainsi que d'aucuns n'hésitent pas à le prétendre, le juge administratif ait déjà souscrit, non seulement dans le secret de son cœur, mais dans le contenu même de ses arrêts, à une doctrine qui, si elle aboutissait dans ses prétentions à l'hégémonie, conduirait infailliblement, à bref délai, à la liquéfaction de notre droit? Il n'y en a pas, jusqu'à présent, le moindre indice. Et tout porte à croire, au contraire, que l'incessante référence des arrêts au critère du service public ne traduit pas, quoi qu'on en ait dit, la dégénérescence des automatismes et n'a pas la vide résonance d'un psittacisme plus qu'attristant.

Est-ce à dire que la jurisprudence ne fasse pas une place, dans ses pratiques, à des considérations voisines de celles où le critère envisagé cherche sa justification? Il serait excessif de le prétendre et il semble qu'à certains égards, au moins à certaines époques, sinon le critère en question, du moins les raisons qui l'inspirent ont été envisagées par le juge comme non dépourvues d'attraits. Nous aurons ainsi à déterminer le rôle que ces raisons ou même ce critère peuvent jouer dans notre droit et ont même commencé d'y jouer. Dès à présent, on peut affirmer que ce rôle n'est que secondaire et se réduit, quasi-toujours, à un rôle de simple appoint.

V

De toutes façons, dès à présent, il est légitime de tenir pour acquis que, si vraiment l'on est réduit à dresser contre la notion de service public — point qui reste encore en discussion — un procès-verbal de carence, on ne voit, en aucun point de l'horizon, fût-ce parmi les notions les mieux douées, aucune qui, suivant l'expression de M. Rivero, soit apte à assurer sa relève, aucun prétendant qui ait des titres sérieux à recueillir son héritage. Quoique négative, une telle constatation n'est pas dépourvue de valeur pratique. Car rien n'est pire qu'un espoir voué congénitalement à l'impasse, qu'une de ces illusions irrémédiables dont le seul effet est de consumer inutilement les efforts des meilleurs, ou pis encore, de bâtir sur des bases inévitablement ruineuses. Tel est le sort qui attendrait, croyons-nous, toute entreprise de choisir pour fondement de notre droit administratif l'une des notions qui viennent d'être étudiées, et dont la destinée est d'être mort-nées, quelque simulacre de vie qu'elles aient pu faire paraître par instants.

La question de savoir si la notion qui a donné matière à cette étude ne peut, elle, lui donner des assises solides demeure encore, pour l'instant, réservée. Mais une telle accumulation d'échecs, dans les œuvres de juristes pourtant hautement qualifiés, fait naturellement naître une interrogation, à laquelle il devra être répondu en temps opportun. L'amour de la perfection logique qui anime les meilleurs des juristes a ancré en effet en eux la conviction qu'il existe une notion-clef, apte à résoudre tous les problèmes. C'est cette conviction qui n'a jamais cessé d'inspirer notamment les travaux du père de cette notion. C'est elle qui lui faisait condamner, avec l'intransigeance coutumière aux fois absolues, toute thèse ou toute décision ayant pour effet de soustraire un secteur quelconque à l'empire de la notion. De telles opinions, dans leur rigidité ou du fait de cette rigidité même, ne sont pas dépourvues de grandeur. Mais cette grandeur même a ici pour rançon un risque qui est loin d'être négligeable. Qui nous garantit en effet que la réalité juridique obéisse, à cet égard, à la même règle que certains autres aspects de la réalité tout court, qu'elle puisse se condenser tout entière en un principe universellement géniteur, d'où un enchaînement de déductions, par une dialectique de type spinoziste, dérive l'ensemble de règles qui composerait cette branche du droit? Tel qu'il a été posé jusqu'à présent, le problème peut-il recevoir une solution? L'existence d'un critère unique étendant son influence bienfaisante à l'ensemble de notre droit administratif ne doit-elle pas être rangée parmi les chimères à éliminer vigoureusement d'un monde de réalités plus que jamais dures?

Si cette dernière question devait recevoir une réponse affirmative, requérir de la notion examinée une compétence polyvalente, ne serait-ce pas formuler envers elle une exigence illégitime, puisqu'il lui serait *a priori* impossible d'y satisfaire et que, pour elle comme pour toute autre, une telle entreprise universelle serait nécessairement *ultra vires*? Ce point devra donc, le moment venu, faire l'objet d'un examen, sans lequel les conclusions de cette étude risqueraient d'être plus ou moins faussées. Il y sera, en conséquence, procédé quand les idées se seront fixées sur le rôle exact de la notion.

TITRE III

DE LA NÉCESSITÉ DES NOTIONS
ET DE LEUR ÉLABORATION
DES CONDITIONS ET LIMITES DE LEUR VALIDITÉ

SECTION I

DE LA NÉCESSITÉ DES NOTIONS

Nous ne nous attarderons pas à souligner la nécessité des notions. Le désarroi — ce mot n'est pas trop fort — suscité dans le monde du droit par les doutes de plus en plus graves et de plus en plus généraux conçus sur les mérites de la notion récemment encore régnante suffirait, en cas de besoin, à en fournir une preuve éclatante. Le véritable choc psychologique et presque le traumatisme provoqués par la publication, dans cette même revue, d'une opinion radicalement subversive de ces instruments juridiques et interprétée, hors du Palais-Royal, comme reflétant l'avis général des hôtes de ce palais national, en donne — nous avons eu déjà l'occasion d'y faire allusion — un nouveau témoignage, non moins significatif que le premier. Les appréhensions nées hors du périmètre où furent entendues directement, dans le dernier demi-siècle, la voix de quelques-uns des meilleurs des constructeurs de notre droit ont tendu depuis à se calmer. Mais c'est qu'il a paru, toutes réflexions faites (1) — et ces conclusions sont bien loin d'être entachées d'erreur — qu'il n'y a que des probabilités infiniment réduites qu'un corps qui s'est donné pour tâche, dans sa mission de judicature, de ne jamais sacrifier la fidélité aux règles et la logique à une fausse conception de l'équité pût abdiquer, du jour au lendemain, des méthodes où il avait trouvé le seul moyen d'accomplir décentement sa tâche (2). Sans doute cette accélération universelle qui se constate, depuis quelques années, dans les mouvements de la technique, cette irruption quasi permanente et trop souvent incohérente d'éléments nouveaux parmi les données éprouvées, cet ébranlement général des constructions les plus résistantes ont singulièrement accru l'ampleur et le poids de cette tâche. Qu'elle passe, à certains égards, les forces de l'institution la mieux douée, on pourrait être, par instants, tenté de le craindre si l'expérience n'avait, jusqu'à présent, toujours montré que

(1) Sur le concert de critiques provoqué par ces thèses, voir notamment RIVERO (D., 1951, chr. p. 99 et *D.A.*, p. 31); DE CORAIL, p. 168; WALINE, préf. au *J.C.*, p. 14; VEDEL, *E.D.C.E.*, 1954, p. 21, et *D.A.*, I, p. 51. Ces références ne visent toutes, à la vérité, que des ouvrages de doctrine. Mais, sauf d'assez rares exceptions, la magistrature ne parle guère que par ses arrêts.

(2) La remarque a été faite, à la vérité (R. GUILLIEN, *Rev. de métaph. et de morale*, p. 156), que « les phénomènes juridiques obéissent normalement à une loi de la continuité ». Mais faut-il aller jusqu'à en déduire, comme le fait cet auteur, « que tout effort de classification dans les actes juridiques ou dans les situations juridiques doit éviter l'illusion des catégories rigoureusement délimitées », que « toute espèce juridique se mêle à l'espèce voisine »? Une telle conséquence paraît excessive.

de telles épreuves ou du moins des épreuves en partie comparables finissent, plus ou moins vite, par être surmontées. Encore est-il essentiel de constater qu'elles n'ont quelque chance de l'être, du moins dans des conditions dignes des traditions du corps en question, que dans la voie même où le succès a été jusqu'ici obtenu et qui n'a été, à aucune époque, la voie d'une médiocre facilité (1). Tout porte à croire que les membres du corps en question sont pleinement conscients de cette exigence. Tout effort, même le plus modeste, pour concourir, si peu que ce soit, à y satisfaire ne paraît pas cependant superflu. Celui qui est entrepris dans la présente étude n'a d'autre ambition que de tenter de dissiper, fût-ce pour partie, dans une zone encore centrale, l'obscurité, trop souvent opaque, qui enveloppe une notion encore capitale et aussi les graves erreurs dont elle est maintes fois l'occasion.

SECTION II

DE L'ÉLABORATION DES NOTIONS

I

Il serait hors de propos d'entreprendre ici une étude quelque peu poussée des méthodes de leur élaboration. Il n'y sera donc fait allusion que dans la mesure où elles ont un rapport direct et étroit avec le sujet traité (2).

L'élaboration de toute notion implique une prise de parti sur la fonction qui lui est assignée. Or, à cet égard, il a été soutenu (3) qu'il existe deux types de notions, les unes dites « conceptuelles », dont le « contenu est abstraitement déterminé une fois pour toutes » et qui « sont, indépendamment de ce à quoi elles servent », les autres précisément qualifiées de « fonctionnelles », caractérisées, par définition même, par le rôle qu'elles jouent (4). Ces dernières fonctions ne seraient pas (5) soumises, même du point de vue logique, aux exigences auxquelles les premières doivent satisfaire et pourraient, sans inconvénients, se présenter, « en tant que concepts », comme « vagues, contradictoires et sans unité ». Même dans ce cas, leur utilité pratique constituerait pour elles une justification suffisante.

Cet écart délibérément accepté (ou même cette disjonction systématique) entre la théorie et la pratique est-il admissible, est-il compatible avec la satisfaction des besoins de l'une et de l'autre? La réponse à cette question paraît devoir être nettement négative (6). Sans doute il ne peut être nié que la

(1) Si, comme l'écrit M. RIVERO, « le droit a pour mission de répondre aux exigences fondamentales de la vie sociale », il ne peut valablement fournir cette réponse, au moins dans la conception en vigueur en France, comme dans nombre d'autres pays, que moyennant la mise en œuvre de mécanismes appropriés, au premier rang, desquels figurent précisément les notions. On ne compte plus, à cet égard (voir LAGARDE, *in* : *Études en l'honneur de G. Ripert*, II, p. 296), les méfaits de certains « novateurs aussi riches en ambition que pauvres en moyens techniques ». A propos des énigmes redoutables posées par certaines des sociétés enfantées par l'interventionnisme, un auteur n'hésite pas — non sans raison — à écrire (voir G. LEDUC, *in* : *La distinction...*, p. 122) qu'« un agencement convenable des institutions — et ce terme embrasse manifestement, dans sa pensée, ces catégories juridiques où les sociétés en question n'arrivent que malaisément à prendre leur place — n'est pas moins nécessaire au progrès économique que l'abondance des ressources de la nature et le bon usage du travail des hommes ».

(2) Pour le surplus, nous nous référons à LATOURNERIE, *op. cit.*, p. 180 et s., et spécialement 193 et s.

(3) Voir VEDEL, *J.C.P.*, 1950, I, 851, n° 3.

(4) Cf. la distinction faite par F. LONGCHAMPS (*Rev. de synthèse*, 1959, p. 53 et s.) entre les « notions-objets » et les « notions-instruments », rattachées par l'auteur, les premières, à la « vie juridique », les secondes, à la « théorie ». Les premières ne comprennent qu'un « système semi-rigoureux », qualifié d'« empirique ». Cette catégorie grouperait des « axiomes parfois choisis d'après les besoins du jour » et comporterait des « définitions souvent floues et variables » et des « conséquences presque toujours incomplètes ». La seconde catégorie serait, au contraire, infiniment plus exigeante, tant sur la stabilité et la précision des axiomes et des définitions que sur la logique des conséquences. Dans chaque matière, les notions de ce dernier genre formeraient le « modèle conceptuel » des autres. « En travaillant sur le modèle conceptuel, on pourrait, selon cet auteur, se livrer à des explications et à des critiques des notions construites sans risquer de déformer les notions établies dans la vie. »

(5) Voir VEDEL, *J.C.P.*, 1948, D., 682.

(6) Cf. EISENMANN, *R.D.P.*, 1955, p. 802.

part de chacune d'elles dans l'élaboration des notions présente des différences notables, tant par la nature même des méthodes qui président à cette élaboration que par les circonstances où elle s'opère. Mais, si les considérations pratiques, non plus que les raisonnements théoriques ne se présentent pas, à tous égards, sous le même aspect, ni dans les mêmes conditions chez l'homme de doctrine et chez le juge, les unes et les autres ne sont jamais absentes, ne peuvent jamais être absentes de l'ensemble de leurs travaux respectifs. Et un droit ne peut être réputé avoir atteint sa pleine maturité, sinon sa perfection que si, à défaut d'une coïncidence absolue et d'ailleurs chimérique entre la jurisprudence et la doctrine, il existe du moins entre elles une concordance suffisante (1). Ce qui paraît vrai, c'est que le juge, du moins dans la conception que le juge administratif se fait de son rôle, n'est pas aussi rigoureusement tenu que la doctrine d'épuiser les ressources de la dialectique. Encore le vœu est-il émis fréquemment — non sans des raisons fort légitimes — et, plus spécialement, depuis la réforme de la juridiction administrative, que cette différence, parfois considérable, s'atténue jusqu'à un degré suffisant pour que la véritable portée des arrêts s'éclaire complètement, tant aux yeux des justiciables que des juges administratifs du premier degré.

« Le droit n'est pas en effet (2) l'une de ces connaissances auxquelles il est possible d'attribuer une valeur en soi et au sujet desquelles la recherche abstraite se justifie par elle-même. Il n'a de valeur que par les possibilités d'application pratique qu'il comporte et en dehors desquelles il ne serait qu'un vain jeu de l'esprit » (3). Et il serait, à tous égards, regrettable de présenter (4) comme, si peu que ce soit, antinomiques ou même comme seulement discordantes « les qualités de compétence technique et d'expérience du réel qui caractérisent la jurisprudence » et « la rigueur systématique, la claire ordonnance et la fertilité d'inventions que l'on attend de la doctrine ». Car, quel que soit l'angle sous lequel on l'envisage, le droit ne peut jamais se dépouiller (4) de son caractère « opérationnel ». Il serait non moins regrettable (5) de dissocier en lui l'aspect « euclidien » de l'aspect « expérimental ». Car c'est précisément dans la combinaison de ces deux aspects que se révèle sa nature véritable. Et, s'il peut sans déchoir s'accommoder de la qualification de « pragmatique » (6), c'est dans le sens le plus élevé et d'ailleurs étymologique de ce terme (7). C'est donc sous ce double aspect indivisible que sera considérée, dans cette étude, la notion à examiner.

II

L'élaboration de toute notion se ramène à un problème de définition. La notion consiste en effet dans le groupement, sous une rubrique appropriée, d'un ensemble de situations présentant entre elles une suffisante affinité. Une homogénéité au moins relative est donc de l'essence des notions (8). Mais faut-il la pousser jusqu'à l'identité absolue? Une telle exigence ne s'impose pas (9); elle paraît même contraire à celle d'une saine pratique. Et une notion peut, sans démeriter, s'en tenir à l'approximation, pourvu que les similitudes qu'elle exprime ne descendent pas au-dessous du niveau rédhibitoire. Du fait de cette approximation, l'édificateur de la notion jouit donc, dans la détermination de ses limites,

(1) Nous rappelons (voir *supra*, p. 74) que les époques dites classiques sont celles où l'écart, toujours plus ou moins inévitable, entre les vœux de la logique pure et les exigences du réel est aussi réduit que possible. Ce sont aussi celles où, en même temps, l'écart non moins fréquent entre la jurisprudence et la doctrine tend, par l'appui mutuel qu'elles se prêtent, à se rapprocher de l'identité, au niveau le plus élevé.

(2) Voir L'HUILLIER, D., 1955, chr., p. 121.

(3) Cf. l'affirmation de M. CHARLIER (*E.D.C.E.*, 1951, p. 55) que « le droit n'a de sens qu'en tant qu'il sert, dans une certaine situation de fait, à obtenir un certain résultat, de fait aussi ».

(4) Voir CHAULIER, *cod. loc.*, p. 51.

(5) Cf. CHARLIER, *cod. loc.*, p. 62.

(6) Cf. CHARLIER, *cod. loc.*, p. 52.

(7) Il désigne, dit Littré, la méthode « qui tire des faits étudiés en eux-mêmes leur esprit, leur ordre et leur liaison nécessaire ».

(8) Voir notamment EISENMANN, *R.D.P.*, 1955, 802; cf. DE CORAIL, p. 160.

(9) Voir notamment EISENMANN, *loc. cit.* La mesure paraît donc quelque peu dépassée, au moins en ce qui concerne la première des identités signalées par M. DE CORAIL, dans l'opinion exprimée par lui (p. 229) qu'« une notion juridique, au sens propre du terme, suppose une identité dans les réalités qu'elle recouvre et dans les conséquences qu'elle entraîne ».

d'une certaine latitude d'appréciation. Et, en ce sens, mais dans cette mesure seulement, il n'est pas inexact de dire (1) que les définitions sont « libres ».

La construction d'une notion s'opère donc par une analyse qui, entre les éléments du réel, isole et rassemble ceux qui ont vocation à se ranger sous une qualification commune (2). La qualité de cette analyse exerce ainsi une influence décisive sur celle de la notion même. Car celle-ci ne doit pas seulement garantir la ressemblance des situations qu'elle groupe; elle doit aussi ne pécher ni par une ampleur démesurée, qui la rendrait, pratiquement inutilisable, ni par un excès d'exiguïté (3).

Si l'architecte d'une notion dispose, dans l'appréciation de la similitude des réalités qu'elle recouvre, d'une certaine liberté, celle-ci cesse, par définition même, quand il s'agit des conséquences entraînées par l'existence même de la notion. Il est, en effet, dans la nature de celle-ci de soumettre à un régime uniforme les situations qu'elle groupe. C'est pourquoi toute erreur dans l'usage de la liberté d'appréciation sur le premier point ne peut manquer d'exercer, plus ou moins et à plus ou moins longue échéance, une influence fâcheuse, tant sur la jurisprudence que sur la doctrine.

III

Il a été allégué (4) qu'il serait d'une bonne méthode de distinguer la notion de la règle. Rien n'est plus exact. Cette affirmation appelle toutefois une réserve, à la vérité capitale, tenant à ce que les notions les plus riches de substance ne sont qu'un comprimé de règles, auxquelles elles se réfèrent implicitement. C'est ainsi, pour ne prendre qu'un exemple, que de la seule notion de juridiction le Conseil d'État déduit couramment nombre de conséquences juridiques, qui ne dérivent pas évidemment de la notion même, mais des règles où elle puise sa nature et qui, en ce sens, constituent son contenu (5).

Il sera d'ailleurs, dans la présente étude, fait usage du terme de notion comme synonyme de critère. Nous aurons en effet l'occasion de montrer qu'il est dans la nature de la notion de remplir, plus ou moins complètement, une double fonction : d'une part, une fonction explicative, d'autre part, une fonction de délimitation. C'est cette seconde fonction qui justifie l'emploi du terme en tant que critère.

SECTION III

DES CONDITIONS ET DES LIMITES DE LA VALIDITÉ DES NOTIONS

I

Il résulte de ce qui précède que le premier devoir d'une notion est d'être la traduction du réel. Ce n'est pas que le droit, comme certaines sciences, ne fasse (6) à la fiction une place, d'ailleurs fort mesurée. Encore faut-il, pour qu'elle soit admissible, qu'elle s'avoue ouvertement pour telle et qu'elle

(1) Cf. VEDEL, *E.D.C.E.*, 1954, p. 23, 28 et 31, et *D.A.I.*, p. 17.

(2) Suivant l'heureuse expression de M. CHARLIER (*op. cit.*, p. 56; cf. DE CORAIL, p. 160), l'analyse « dresse ainsi le catalogue de l'univers juridique ».

(3) « Méfions-nous, déclarait HAURIOU (S., 1927, III, 121) des définitions trop étroites, qui vident une matière de sa substance, qui ne lui laissent ni souplesse d'évolution, ni puissance de développement ».

(4) EISENMANN, *R.D.P.*, 1955, p. 522.

(5) La qualité et le rayonnement des notions dépendent donc, pour la plus large part (cf. JEANNEAU, p. 224, 232, 243 et s.), de l'intérêt des règles qui leur donnent vie.

(6) Cf. LATOURNERIE, *loc. cit.*, p. 223. M.G. SCHELLE alerte les juristes (*R.D.P.*, 1953, p. 799) contre « les compartimentages fictifs ».

n'usurpe pas abusivement l'identité irrécusable du réel. Que faut-il entendre par ce dernier terme? Tout d'abord, et pour la plus large part, l'ensemble des règles qui composent, à l'instant considéré, l'ordonnement juridique, mais aussi les réalités de tous ordres qui forment la matière même du droit et qu'il a pour mission de régir (1). Et sans doute ces réalités ne s'inscrivent-elles en lui que sous l'angle de réfraction spécial qui le caractérise. Mais cette réfraction ne doit, en aucun cas, dégénérer en une déformation (2). Au service de la réalité sociale, le droit ne peut accomplir convenablement sa tâche qu'en s'interdisant, en toute circonstance, de la méconnaître, fût-ce sous ses aspects les plus inattendus. Et sans doute cette imprévision qui risque de déconcerter, en nombre de cas, fût-ce les prudences les plus vigilantes soumet-elle fréquemment les capacités du juge à de redoutables épreuves. Mais le terme même d'imprévision prouve qu'il n'en est pas de si rudes qu'elles soient au-dessus de ses moyens.

C'est d'ailleurs un fait digne de remarque qu'une notion n'ait de sérieuses chances d'offrir du réel une image à sa ressemblance qu'à la condition de prendre ses distances avec lui, non d'ailleurs pour le traiter avec désinvolture, mais pour prendre, à son égard, assez de recul pour le voir dans son intime vérité et dans le cadre même où il prend sa place. Si étroite que soit l'étreinte dont il embrasse le réel, le juriste ne peut ignorer d'ailleurs (3) qu'il n'a que des chances réduites de ne négliger aucun de ses aspects. L'essentiel est qu'à ce réel la notion ne fasse jamais aucune violence, et qu'il puisse toujours s'y reconnaître, fût-ce dans les ellipses inévitables. Le danger ne serait pas moindre en effet de laisser le droit se liquéfier dans un effort excessif de mimétisme à l'égard des réalités qu'il exprime que de laisser passer à travers ses mailles le meilleur de ces réalités.

La tâche n'est donc pas toujours, pour le juriste, sans difficultés, d'autant qu'il existe d'assez nombreux cas où se manifeste une sorte de résistance des données aux disciplines de l'esprit, et comme une opposition passive aux entreprises de coordination (4). Ces difficultés s'aggravent encore dans une époque telle que la nôtre, où la complexité des rapports sociaux atteint un degré rarement, sinon jamais atteint. Dans une conjoncture de ce genre, l'effort d'enfermer dans le cadre des notions les diverses situations qu'y ressortissent n'exige pas, en effet, seulement le scrupule dans la prise en considération des diverses données; il requiert aussi, dans les vues, une ampleur vraiment panoramique, qui ne se trouve pas favorisée par l'inextricable enchevêtrement des faits. A la différence de celles de la doctrine, les opérations du praticien ne se font quasi jamais « à froid », mais dans l'encombrement des espèces et dans le brouillard qui, trop souvent, enveloppe les réalités à interpréter, parfois même au milieu des contradictions qui surgissent de foisonnements labyrinthiques. C'est pourquoi d'ailleurs les lumières d'une doctrine mieux défendue par sa position contre les envahissements peuvent être au praticien du plus grand secours.

(1) « Le droit, enseigne M. RIVERO (*D.A.*, p. 17), n'est jamais que la mise en forme juridique des conceptions éthiques, sociales, économiques qui prévalent dans une certaine civilisation. Ainsi » — plus spécialement, pourrait-on dire — du droit administratif. M. HOUIN note de même (*in* : *La distinction...*, p. 80) que « les formes juridiques ne sont pas des cadres qui peuvent être abstraits du milieu social et économique dans lequel elles sont nées et se sont développées ». Dans ce souci de rigueur scientifique qui, associé à une rare vigueur d'analyse et à une moins remarquable force de synthèse, confère à son œuvre sa grandeur, JÈZE a peut-être, à cet égard, regrettamment réduit sa prise sur le réel, en donnant à la distinction de celui-ci et de « la politique » une portée quelque peu excessive.

(2) Les méthodes du juge administratif sont donc absolument incompatibles avec l'arbitraire d'axiomes qui, par leur méconnaissance ou leur mépris du réel juridique, constitueraient autant de coups d'État jurisprudentiels. Elles ne s'interdisent pas moins toute possibilité de verser dans l'aridité et la stérilité scolastiques, en négligeant de garder, à tout instant, fût-ce pour les notions les plus éprouvées, le contact immédiat avec le réel. HAURIOU dénonçait déjà vigoureusement (*S.*, 1921, III, 49) « ceux qui ont la prétention d'enfermer le droit administratif dans un système d'idées préconçues, dont la vie pratique n'a aucune espèce de souci ».

(3) Cf. VEDEL, *E.D.C.E.*, 1954, p. 53.

(4) Aux yeux du juriste, même le plus clairvoyant, au moins dans les apparences qui lui sont accessibles, note M. R. GUILLIEN (*L'exception de recours parallèle*, p. 146), « la nature et, bien davantage, la vie de chaque jour ne sont logiques que par moments ». Et le juriste le moins défaitiste est toujours exposé à se heurter un jour à la question que se pose M. G. ARDANT (*R.D.P.*, 1951, p. 50) : « Le souci de cohérence... n'est-il pas, comme tout ce qui est ordre, raison, méthode, opposé aux nécessités de la vie? »

II

Aussi bien la fidélité au réel ne constitue-t-elle qu'une qualité négative. Car, pour être adéquate à ses fonctions, la notion doit avoir une valeur positive. Celle-ci, nous l'avons indiqué, a d'ailleurs un double contenu. La vertu d'une notion de qualité ne s'épuise pas en effet dans sa propriété d'identifier les situations auxquelles elle s'applique et, par là même, de leur appliquer les règles qui leur correspondent; une telle notion doit en outre s'insérer, sans effort et logiquement, au sein du *corpus* juridique, c'est-à-dire apporter à celui-ci non un élément de perturbation, mais, bien au contraire, une contribution à son harmonie. Elle doit, par là même, être dotée d'une aptitude explicative (1) et même justificative. Il va de soi d'ailleurs qu'il ne lui est loisible de satisfaire à cette dernière exigence que si le corps même du droit auquel elle vient s'agréger présente lui-même, dans sa structure, la cohésion indispensable. Mais il est fréquent que des notions présentent une telle importance que cette cohésion même dépend d'elles pour la plus large partie. L'un des indices les plus sûrs du mérite d'une notion se tire donc (2) de sa clarté, des lumières qu'elle projette sur les situations qu'elle concerne (3), ainsi que des orientations et des commodités de tous genres qu'elle procure, par là même, à la fois à la théorie et à la pratique.

III

Au demeurant, la vertu de clarté, à défaut de laquelle une notion ne mériterait qu'un crédit des plus limités, n'a de chance sérieuse de se rencontrer chez elle, au moins si l'on se place dans une perspective chronologique d'une certaine ampleur, que si les circonstances, par leur permanence au moins relative, lui fournissent un cadre assez ferme pour lui garantir un minimum de stabilité. Et nul ne s'étonnera que les notions parvenues à la plus grande longévité soient celles qui, par leur nature même, se rattachent à l'une de ces grandes constantes où la vie du droit, comme celle de la société qu'il régit, trouve ses axes à peu près immuables.

Si un minimum de continuité constitue ainsi normalement à la fois le produit bienfaisant d'une saine notion et le climat même de sa naissance et de sa prospérité, il y aurait d'ailleurs quelque imprudence à ne pas faire entrer dans les calculs l'éventualité de changements d'une importance plus ou moins grande. Il n'est pas sans exemple qu'ils soient tels qu'ils entraînent la ruine de la notion. Mais ils peuvent aussi — et c'est le cas général — ne pas dépasser le degré de nouveauté qu'une notion bien constituée peut supporter, sans risque appréciable pour son équilibre. De ce point de vue, les meilleures des notions sont celles qui arrivent à concilier cette survivance dans l'être, sans laquelle elles ne peuvent que manquer à leur devoir de précision, avec une malléabilité qui les ajuste aux circonstances nouvelles, sans altérer gravement leurs traits fonciers (4). Comme les civilisations dont elles sont issues, les notions

(1) Un mot, note M. RIVERO (*in* : *L'évolution du droit public*, p. 463) « n'appartient à la langue du droit qu'autant qu'il éclaire le statut juridique de l'objet auquel il s'applique ». Cette observation ne s'applique pas moins aux notions. « Le temps des mots vagues est terminé », écrit, de son côté (*R.D.P.*, 1954, p. 351) M. le Conseiller SAUVEL, avec un certain optimisme. Plût au ciel que cette affirmation ne fût, en aucun cas, démentie.

(2) Cf. l'opinion exprimée, sur ce point, par M. CHAPUS (*voir supra*, p. 89) et à laquelle on ne peut ici que souscrire.

(3) Le mérite d'une notion est, à cet égard (cf. VEDEL, *E.D.C.E.*, 1954, p. 24 et CHAPUS, p. 90), inversement proportionnel au nombre d'exceptions qu'elle souffre.

(4) M. CHARLIER (*loc. cit.*, p. 63) traduit fortement cette idée en posant en règle que, dans toute la mesure où il peut le faire sans se renier, le droit doit rester « perméable au siècle ». Comme l'écrivait (P. DURAND, *D.*, 1956, chr., p. 73) un juriste prématurément disparu et unanimement regretté, rien n'est pire en effet que « le déphasage de l'analyse juridique par rapport à la réalité sociale ». Reprenant, à l'usage des juristes, l'exhortation valérienne de ne pas « entrer dans l'histoire à rebours », cet auteur les conviait dès lors, à son exemple, à ne pas s'en tenir à « une doctrine d'antiquaires » et déclarait « toujours actuelle l'invitation de Savigny ». « Oui, concluait-il, chaque génération a bien sa vocation propre, et c'est à un appel précis de son époque qu'il lui appartient de répondre. »

n'ont en effet de vraie vitalité que lorsque, suivant les expressions et la doctrine d'un historien bien connu, elles sont aptes, en toute occasion, à répondre aux défis de l'histoire (1).

L'erreur ne serait donc pas moins grande; particulièrement dans une époque aussi profondément mouvante que la nôtre, de prétendre arrêter le droit dans une immobilité totale (2) que de le livrer sans défense à une improvisation permanente et à tous les remous de l'instant. A mi-distance des dogmatismes figés et des opportunismes vides d'armature, les méthodes traditionnelles du Conseil d'État ouvrent avec mesure (3) les voies où la jurisprudence peut s'engager sans risquer de s'égarer hors du temps, mais aussi de s'enliser dans les sables mouvants (4). Faut-il aller toutefois, à l'exemple de l'illustre diplomate selon l'avis duquel un traité ne saurait être de qualité s'il n'ouvre, dans l'un de ses recoins, une discrète porte de sortie, jusqu'à, comme paraît le suggérer un auteur (5), créer intentionnellement autour des notions sinon un halo de mystère, du moins une frange d'incertitude, pour réserver les exigences de l'avenir? Ce serait payer d'un trop grand prix une assurance, pour elles, de longévité. Il suffit (6) qu'on trouve en elles la pierre d'attente où, le cas échéant, une annexe future pourra venir trouver son appui sans altérer l'harmonie de la construction.

Si légitime et parfois si profitable que soit ainsi le procédé par lequel une notion, le plus souvent par dilatation, s'ajuste plastiquement à des temps nouveaux, une telle opération n'est jamais sans risques. Car, si habilement qu'il y soit procédé, elle apporte inévitablement à l'économie de la notion des troubles que, dans les cas extrêmes, elle aura quelque peine à surmonter. Tel serait précisément le cas, aux dires de plusieurs auteurs, pour la notion de service public, qui, en voulant embrasser des situations radicalement étrangères aux prévisions de ses auteurs mêmes, se serait, selon eux — nous avons eu déjà (7) l'occasion d'y faire allusion — complètement vidée de sa substance. Comme le fait observer l'un des plus perspicaces et, en même temps des plus mesurés des critiques de la notion (8), qui souligne à juste titre le rôle essentiel joué par ce procédé dans l'évolution récente de notre droit administratif, « pour intégrer à la catégorie traditionnelle une situation juridique nouvelle qui s'en rapproche et s'en distingue à la fois, on élimine du schéma classique les traits incompatibles avec la situation considérée. Ainsi la catégorie se maintient et s'élargit, mais c'est au prix d'un appauvrissement de son contenu juridique. A la limite, l'appauvrissement est tel — et c'est précisément ce qui se serait passé pour la notion de service public — que la catégorie n'a plus qu'une valeur nominale; y rattacher telle ou telle institution n'offre plus aucun intérêt, dès lors que ce rattachement n'apporte rien à la connaissance du régime applicable à l'institution considérée : la catégorie a fait son temps ». La finesse pénétrante de cette analyse d'un phénomène que

(1) M. CHARLIER, à ce sujet, parle (*E.D.C.E.*, 1951, p. 53) des « jaillissements » soudains du droit. Mais l'épreuve n'est pas moins dure pour les notions, elle est peut-être plus sévère encore, des changements insidieux qui s'opèrent dans les réalités, parfois dans une clandestinité quasi totale et qui ont pourtant une tendance à ruiner secrètement les constructions en apparence les plus solidement établies.

(2) A propos de l'opération qui a longtemps constitué le type même de la fixité, à savoir la codification, M. CHARLIER (*loc. cit.*, p. 54) remarque que, dans sa conception actuelle, cette opération ne doit pas être synonyme de « congélation ». Il doit en être a fortiori ainsi pour ces pièces de l'appareil juridique qui ont pour destinée de rester plongées au sein même de la vie quotidienne du droit.

(3) M. RIVERO (*in* : *La distinction...*, p. 148; cf. AUBY, *loc. cit.*, p. 8) donne de cette mesure un reflet fidèle quand il écrit ces lignes dignes de réflexion : « il y a un certain appétit de nouveauté, un certain snobisme juridique, anxieux de se trouver en retard d'une idée, qui vont exactement à contrefil de la fonction sociale du droit, créateur de nécessité par la stabilité, ou tout au moins par la continuité. Mais, pour fuir cet excès, il n'est pas nécessaire de tomber dans l'excès inverse et dans un certain « intégrisme » juridique, qui ne veut rien connaître des transformations liées au mouvement même du temps. »

(4) Sur les dangers d'un « empirisme » exagéré, même pour les juridictions les plus exercées, voir DE LAUBADÈRE, D., 1952, chr. II, p. 8.

(5) M. JEANNEAU : « c'est bien souvent, estime-t-il (p. 188), dans l'imprécision même de leur contenu que réside une des causes de la permanence des principes généraux du droit. » Et sans doute une telle affirmation ne peut-elle être taxée d'erreur. Encore toutefois n'est-il légitime de parler, en pareil cas, de permanence du principe que lorsque son identité véritable ne s'est pas complètement transformée.

(6) Cf. LATOURNERIE, *loc. cit.*, p. 219.

(7) Voir *supra*, p. 78 et 79.

(8) M. RIVERO, *in* : *La distinction...*, p. 157.

l'auteur qualifie de caducité par « distension » ne pourrait que difficilement être contestée. Ce qui peut l'être seulement — c'est ce point qui devra être examiné — c'est l'affirmation que ce phénomène est, dès à présent, observé pour la notion de service public.

IV

Il est fréquent du reste qu'une notion satisfasse pleinement à l'ensemble des exigences qui viennent d'être ainsi précisées sans être cependant en droit d'avoir de grandes ambitions. Il existe, en effet, une gradation, une hiérarchie des notions, qui établit ou plutôt enregistre entre elles des différences considérables. Cette hiérarchie est en rapport avec l'ampleur et la situation du canton de droit où chaque notion exerce son empire. Le plus grand nombre sont enfermées, à cet égard, dans un horizon fort limité, alors que certaines d'entre elles, que l'on pourrait qualifier d'ouvertes, dévoilent les plus amples perspectives sur de très vastes horizons. Aux qualités minima qui viennent d'être rappelées et qui sont bien loin d'ailleurs d'être mineures s'ajoutent, dans ces cas privilégiés, une efficacité simplificatrice qui porte alors à son plus haut degré la double vertu de clarté et d'harmonisation et par là même de fécondité qui est l'attribut des notions vraiment viables (1). Ces reines ou ces princesses du droit ont alors dans leur dépendance des notions secondaires, qui n'ont de sens et de vie que dans leur orbite (2).

A supposer que la notion de service public échappe aux critiques qui lui sont faites, quelle est l'étendue de l'empire auquel elle peut alors prétendre? La question demeure encore en suspens. Du moins cette notion ne peut-elle se soustraire au reproche qui lui est fait de n'être que la fille illégitime de la notion jadis maîtresse avec laquelle la plupart des auteurs refusent de l'identifier que si elle projette, au moins dans les plus importants secteurs du droit, une lumière jusqu'ici réputée trop parcimonieuse. L'obscurité dont ils s'enveloppent est-elle le fait même de cette notion ou de la méconnaissance de sa nature véritable? Ce point figure au premier rang de ceux qui restent à éclaircir. Face à cette notion qui, aux yeux de certains, fait figure de larve inconsistante et, aux yeux des autres, de sphinx plus riche d'énigmes que de substance, nous nous trouvons ainsi maintenant devant l'épreuve redoutable de définir sa véritable identité et de prendre sa vraie mesure. Malgré ces âpres difficultés et les graves risques qu'elle comporte, cette épreuve vaut d'être tentée, puisque, de l'avis général, en grande partie, le sort de notre droit administratif en dépend. Aux portraits trop souvent infidèles que l'on a faits de la notion et aux traits quasi caricaturaux qui lui sont quelquefois prêtés, nous tâcherons donc, sous toutes réserves, de substituer une image plus véridique.

(1) Cette « économie de moyens » que se propose (voir *supra*, p. 68) toute science et sans laquelle elle ne peut être vraiment tenue pour adulte n'est pas moins, comme le rappelle M. CHARLIER (*E.D.C.E.*, 1951, p. 58) l'un des buts essentiels de la technique juridique que, lorsqu'elle y parvient, l'un des signes mêmes de sa réussite. Si, comme l'écrit ce même auteur (p. 53), le principal mérite technique de l'appareil législatif et réglementaire réside dans sa « certitude », dans sa « cohérence » et son « efficience », ces affirmations ne sont pas moins exactes pour les notions mêmes qui font elles-mêmes parties de l'appareil du droit.

(2) M. HAURIOU parle, à ce propos (préf. du *Précis de droit adm.*, II^e éd., VII), de notions « en sous-ordre » par rapport aux notions « dominantes ». A la limite, on pourrait concevoir, si la nature des choses s'y prêtait, que, parmi ces notions d'élite, la plus généreusement douée exerçât un empire universel. Mais cette réalité qui fait la loi du droit comme de toutes sciences se laisse-t-elle pénétrer par une voie unique? L'examen de cette question a été (voir *supra*, p. 92) réservé.

A défaut d'une telle unicité, certains juristes (voir CHARLIER, *ead. loc.*, p. 53) ont fait le rêve d'un regroupement total des règles en « un ensemble logiquement architecturé ». Mais ce rêve ne paraît pas à la veille de recevoir sa réalisation.

SECONDE PARTIE

DE LA NATURE, DE LA LÉGITIMITÉ
ET DES APTITUDES
DE LA NOTION DE SERVICE PUBLIC

TITRE PREMIER

 DU DROIT ET DU SERVICE PUBLIC ENVISAGÉS
 COMME ACTIVITÉ

 CHAPITRE PREMIER — DE LA NOTION D'ACTIVITÉ JURIDIQUE

SECTION I

DU DROIT COMME ACTIVITÉ JURIDIQUE

I

Ce n'est pas avancer, semble-t-il, une opinion inconsidérée que de dire que le droit tout entier se réduit à des activités effectives ou potentielles auxquelles certaines conséquences sont attachées (1). L'intérêt du droit ne se porte d'ailleurs pas uniquement sur les actes qualifiés de juridiques, parce qu'ils ont précisément pour objet de produire des effets de droit; il s'attache aussi, pour d'autres motifs, aux actes de volonté qui n'ont pas ce caractère et même à de simples faits indépendants de toute manifestation de volonté. Mais ces derniers actes de volonté, ainsi que les faits ne présentent, à cet égard, d'autre différence avec les actes juridiques qu'alors qu'il est dans les intentions du ou des auteurs de l'acte juridique d'obtenir les effets de droit visés, les effets de droit sont attachés par la règle aux premiers de ces actes et aux faits du seul fait de la nature de ces actes ou de ces faits. Dans l'ensemble de ces cas, quelles que soient les circonstances qui leur ont donné naissance, ces effets de droit se ramènent toujours en effet à des actions ou à des possibilités d'action, au sens non technique de ce terme.

II

Cette constatation est bien loin de n'avoir qu'un intérêt purement théorique. Car c'est, à notre avis, faute d'être parties de ce point de départ que la plupart des opinions qui ont été émises au sujet du service public n'ont donné que des résultats qui ne peuvent être tenus pour satisfaisants. Ce n'est pas que cet aspect de la question soit passé, le plus souvent, inaperçu : l'évidence en est trop grande pour

(1) Il a été proposé (CHARLIER, *E.D.C.E.*, 1951, p. 35), de définir le droit comme « l'autorité de la règle sur l'acte ». Cette définition dense et vigoureuse paraît bien correspondre à la vérité. Le même auteur (*loc. cit.*, p. 56) identifie — et il serait difficile, là encore, de méconnaître la justesse de ses dires — « les notions centrales de la technique » moins avec « les relations entre personnes et les droits sur les choses » qu'avec « les actes régis par les normes et les faits que ces actes changent ».

pouvoir échapper à des juristes tant soit peu avertis. Mais l'importance de cet aspect n'a pas toujours été reconnue comme elle devait l'être. Il est regrettable que, sur ce point, l'enseignement de Duguit n'ait pas eu toutes les conséquences qu'il aurait dû normalement produire. Il faut sans doute en chercher la cause dans cette intransigeance doctrinale, dans cette implacable rigueur logique qui caractérise sa doctrine et qui, tout en lui conférant une grandeur vraiment majestueuse, lui a aliéné, par ses excès, une notable fraction du monde du droit. Aujourd'hui, où la perspective historique, sans voiler les parties faibles de cette œuvre, souligne la beauté de ses grandes lignes, il est loisible, il est équitable, en cette époque anniversaire, et même il est indispensable de retenir de cette construction l'essentiel de son armature, avec les retouches déjà majeures qu'elle appelait dès le début et dont le cours des ans n'a fait qu'amplifier la nécessité.

III

Aussi bien il n'est que d'ouvrir un répertoire de droit quelconque ou un recueil d'arrêts pour se convaincre que c'est bien sous cet aspect que se présente le droit et, plus spécialement le droit administratif. Même à s'en tenir au *Recueil des arrêts du Conseil d'État* et, dans ce recueil, à la partie qui concerne les activités non publiques, on y voit que notre droit administratif en traite avec une extrême ampleur, sous les formes les plus variées. Et il ne s'agit pas là seulement d'activités privées qui ont avec l'intérêt public une relation nettement directe, comme « les activités de Résistance » (1). Il y est également traité, dans de multiples occasions, et pour les raisons les plus diverses, de multiples activités professionnelles, prises et caractérisées comme telles (2). Le Conseil d'État ne s'en tient pas, dans ces divers cas, à l'appréciation du caractère véritable des activités en question ou des conditions dans lesquelles elles s'exercent; approfondissant son examen, il se prononce, le cas échéant (3), sur la nature de telle ou telle « branche d'activité » ou de telle ou telle catégorie professionnelle de telle ou telle branche. Il est fréquent, en pareil cas, qu'il ait à traiter de sujets offrant, en nombre de cas, une grande ressemblance avec ceux qui fournissent la matière des décisions concernant les services publics, et qu'il statue, en particulier, sur diverses questions ayant trait à l'organisation de ces activités, notamment sur le caractère d'« entreprise » (4), ou d'« établissement » (5), ou sur des problèmes de « personnel » (6). On voit apparaître, à cette occasion, dans certains arrêts, la notion d'« intérêts » privés, individuels ou collectifs (7) et même celle des « besoins » auxquels correspondent ces activités (8). Et le Conseil va, dans certains cas (9), jusqu'à s'enquérir de leur but. Il n'est pas jusqu'au terme de « mission » — dont on connaît l'emploi dans la jurisprudence récente du service public — dont il ne soit fait parfois usage ici (10), dans une acception très voisine.

De tels rapprochements ne peuvent être fortuits. Et il y a là un des nombreux indices, sinon la preuve que le centre de gravité du droit est bien à chercher du côté de la notion d'activité.

(1) Voir notamment, parmi les arrêts les plus récents, les arrêts 45.435 et 43.820 du 25 mars dernier.

(2) Voir notamment, pour l'indemnisation des anciens propriétaires de mines : C.E., n° 9344, du 30 mars dernier; pour les questions fiscales : C.E., 19 déc. 1956; pour des questions d'accidents du travail : C.E. 40.343 et 40.344 du 3 fév. dernier; pour d'autres problèmes de droit social ou économique, tels que allocations de vieillesse des non salariés (C.E. 40.998, du 17 fév. dernier); exercice (C.E. 47.209 et 46.562 du 8 janv. dernier; 78.768 du 22 janv. 1947; 75.782 du 3 août 1945; 72.566 du 23 nov. 1945, 16 nov. 1956), ou réglementation (C.E. 29 oct. 1956 et 19.491 du 28 janv. 1955) d'une profession; ou problèmes de procédure (C.E. 41.527 du 5 déc. 1958).

(3) Voir notamment C.E. 40.658, 4 mars 1960.

(4) Voir notamment C.E. 35.892 et 38.893 du 16 mai 1958; 33.170 et 33.356 du 14 oct. 1959 et 32.662 du 28 juin 1957.

(5) Voir notamment C.E. 34.327 et 34.328 du 20 avril 1956 et 38.241 et 40.349 du 11 déc. 1959.

(6) Voir notamment C.E. 34.432 du 5 juin 1957.

(7) Voir notamment C.E. 7 nov. 1956 et 42.179 du 12 oct. 1959.

(8) Voir notamment C.E. 2 mars 1956 et 17.983 du 4 oct. 1957.

(9) Voir notamment C.E. 25.232 du 18 déc. 1957 et 39.059 du 12 déc. 1958.

(10) Voir notamment C.E. 28 avril 1955.

SECTION II

DE L'ADMINISTRATION COMME ACTIVITÉ JURIDIQUE

I

Si cette affirmation n'est pas inexacte, il s'ensuit que le droit administratif ne diffère des autres branches du droit que par la nature propre des activités qu'il concerne (1). Il est dans l'objet de la présente étude assez de sujets de controverse pour que l'on ne se borne pas à enregistrer un accord vraiment unanime sur ce point, d'ailleurs capital, que l'originalité de celles-ci tient à ce qu'elles sont, à tous égards, dominées par l'intérêt public, où elles trouvent à la fois leur origine, leur objet et le but qu'elles doivent atteindre. Ce n'est également un secret pour personne qu'elles y trouvent aussi leur régime, c'est-à-dire l'ensemble des règles auxquelles elles sont soumises. Le seul problème est de savoir par quel mécanisme juridique la corrélation indispensable entre ces divers aspects de l'activité juridique peut solidement s'établir. Ces vérités de sens commun auraient donc toute chance de donner à notre droit administratif des bases vraiment inébranlables si leur effet bienfaisant n'était gravement troublé par des confusions regrettables, qui ont rompu l'unanimité de la doctrine et de la jurisprudence, en donnant à certaines des données des problèmes restant à résoudre un coefficient d'importance qu'elles ne paraissent pas comporter. Certains — et non des moindres, nous l'avons vu — attachent à la considération de l'intérêt public une importance si primordiale qu'ils entendent ramener tout à lui, sans autre considération. D'autres, obnubilés par l'attrait exercé par la physionomie particulière des pouvoirs de l'autorité publique — et ils ont l'excuse majeure de l'autorité d'Hauriou, dans la forme ultime que sa pensée a revêtue — relèguent à un rang secondaire la considération des buts, pour faire prévaloir sur eux les moyens. D'autres enfin — nous l'avons rappelé — cherchent dans une direction plus éloignée encore de la notion du but une solution dont chaque pas les éloigne. Il n'y a donc quelque chance d'orienter le droit vers sa destinée véritable qu'en plaçant à son véritable rang et dans son vrai jour cette activité particulière que constitue l'Administration.

II

Il n'entre pas dans le cadre de cette étude de traiter ce sujet dans tous ses détails. Il suffira, pour ses besoins, de rappeler que, dans l'interprétation traditionnelle donnée aux textes constitutionnels, les formes de l'intérêt public — notamment celui de la justice — ne relèvent pas toutes de la notion d'administration, mais que, hormis ces exceptions, il n'est pas d'aspect de l'intérêt public qui puisse laisser l'Administration indifférente et pour lequel elle ne soit plus ou moins armée. Il suffira de rappeler aussi, pour prendre acte des points que l'on peut tenir pour acquis, que les activités publiques destinées à donner satisfaction à cet intérêt s'exercent par des moyens variés, consistant dans des ressources en hommes ou en biens divers, ainsi que dans des procédés adéquats. Ce n'est pas, d'autre part, émettre une opinion si peu que ce soit inédite que de voir dans l'intérêt public à la fois l'axe et le pivot de tout notre droit administratif, le moteur, le régulateur et, le cas échéant, le frein de l'ensemble de l'activité administrative. Encore importe-t-il essentiellement de préciser, pour mémoire, le mécanisme par lequel son influence s'exerce. Il se ramène à cet axiome qu'à quelque niveau, sous quelque aspect et sous quelque nom que cet intérêt se manifeste, il se fait aisément reconnaître à ce signe que, suivant la formule consacrée, les pouvoirs de l'Administration — et aussi ses devoirs, qui ne forment (2) que l'envers de ses pouvoirs — trouvent, dans tous les cas, en lui leur source, leur mesure et leur règle. De ce point de vue, la circonstance qu'il ne dépasse pas parfois, en altitude ou en extension, un cadre plus ou moins étroit et plus ou

(1) HAURIOU (*Précis*, 11^e éd., p. 7) définissait déjà le droit administratif : « le droit de l'activité administrative ».

(2) Voir notamment 20.684, 28 janv. 1955.

moins particularisé ou qu'il est pourvu de dénominations (1) qui ne font que traduire en lui des différences de degrés ou de forme, mais non des différences de nature, si elle a juridiquement, à maints égards, des conséquences parfois considérables, ne touche en rien à la consistance et à l'étendue du privilège dont il est universellement doté (2). Les conséquences des différences qui peuvent être ainsi constatées n'ont en effet nullement le caractère d'exceptions apportées à un principe, mais constituent, au contraire, de simples applications de celui qui vient d'être rappelé. C'est lui, en toutes circonstances, et lui seul qui fait naître ou disparaître pouvoirs et devoirs, qui, suivant les cas et la conjoncture, les restreint, les dilate à l'échelle des besoins à satisfaire (3) ou remanie à cet effet les règles de leur exercice (4) et il est quelque peu singulier que d'aucuns n'aient pas aperçu que ce privilège exceptionnel devait nécessairement se traduire en une formule juridique où des variables, non dépourvues d'ailleurs de précision, expriment et assurent en même temps le fonctionnement correct de ce mécanisme.

A la vérité, il est des cas — d'ailleurs de plus en plus fréquents — où les exigences mêmes de l'intérêt public lui font une loi de n'agir que dans la forme des activités privées. Mais ce serait commettre une grave méprise que d'estimer qu'en usant d'une telle procédure, il renie son origine et trahit ses devoirs. Car, si amples parfois que soient les secteurs où cette éventualité se rencontre, elle ne s'y présente jamais, en quelque sorte, à l'état pur, en ce sens qu'une telle attitude, quand on l'envisage du seul point de vue du service public, se conjugue toujours plus ou moins avec l'attitude habituelle, sinon normale de l'autorité compétente : l'attitude où celle-ci est armée des pouvoirs et sujette aux devoirs qui interdisent de la confondre avec une activité purement privée. Si elle peut créer des confusions, jusqu'à un certain point excusables, cette dualité d'attitude ne constitue donc nullement, elle aussi, une atteinte au principe fondamental qui a été rappelé tout à l'heure, mais, de même que les situations déjà signalées, une simple et correcte déduction des règles incluses en lui. Encore ces vérités trop souvent méconnues, même aux plus hauts lieux, ne peuvent-elles légitimement motiver la censure des thèses qui les contredisent que si les conséquences doctrinales et pratiques de ces principes sont exposées d'une manière qui ne laisse aucun doute sur leur portée, ce qui n'a été nulle part le cas jusqu'à présent. L'effort

(1) Nous relevons, parmi les plus habituelles, l'« utilité publique », les « besoins publics », la « nécessité », l'« urgence », le « danger » ou « le péril ». Dans ces diverses hypothèses, qui ne coïncident qu'en partie, des adjectifs caractéristiques relèvent parfois des différences dans le degré d'intensité. Certains arrêts (voir notamment 34.470, 17 mai 1957; cf., pour l'urgence, 18 mars 1955) distinguent la « simple utilité » de la « nécessité absolue ».

(2) Le relevé de quelques arrêts choisis par sondages parmi de très nombreux autres, dans les matières les plus diverses, en fournit, par leur confrontation, une preuve indiscutable. Nous citerons ainsi :

— quant à « l'utilité publique » :

en matière d'expropriation : C.E. 7564 et 7635, 30 oct. 1959 et 36.609, du 4 déc. 1959; sur le contrôle des opérations immobilières : C.E. 21.416, 4 oct. 1957; cf. sur l'utilité sociale des biens détruits en matière de reconstruction : C.E. 34.735, 7 mars 1958;

— quant aux « besoins publics » :

en matière de contrats : C.E. 32.818, 27 mai 1957; de domaine public : 39.090, 1^{er} oct. 1958; de réquisition, 3 fév. 1956; pour les eaux : 12.894, 25 fév. 1959; et pour les divers besoins économiques : 41.178, 18 mars 1960; 42.538 et 42.695, 11 mai 1959 (tout spécialement net est l'arrêt 60.751, du 11 juil. 1945, qui reconnaît à l'État le droit de n'exproprier que « dans la limite de ses besoins »);

— quant à « la nécessité » :

non seulement dans la matière bien connue de la police, mais encore dans tous autres domaines, tels que la fonction publique (19.430 du 22 avril 1950. ADDE, parmi les arrêts les plus caractéristiques : 14 à 17, 14 oct. 1955; 35.920, 35.975 et 35.995, du 29 janv. 1960; 18 janv. 1957; 20 mai 1955; 17.691, 1^{er} juin 1956; 29 juin 1955; 40.376 et 40.505, 9 mai 1958; 92.267 et 99.956, 23 mars 1956;

— quant à l'urgence, courante en matière de police, où elle se lie à la notion de « péril imminent », voir notamment 30.592, 17 avril 1959; et 33.431, 11 oct. 1957; mais aussi dans les autres matières : 15.008, 15.719 et 18.925, 15 juil. 1958; 79.353, 26 juin 1946 et 32.431, 10 janv. 1957;

— quant au « danger » : C.E. 26.481, 25 avril 1958.

(3) La théorie bien connue des « circonstances exceptionnelles » ne constitue que le point extrême de cette dilatation.

(4) La règle bien connue de « la spécialité » n'est que l'une des manifestations de ce principe, entre beaucoup d'autres. Elle ne fait en effet qu'exprimer cette idée que la délimitation des compétences suit exactement les contours du besoin public particulier auquel il s'agit de pourvoir.

entrepris doit donc se poursuivre jusqu'au point où cet objectif pourra être réputé atteint. Nous aborderons ainsi maintenant la description et l'explication de l'agencement technique qui paraît propre à procurer, sur ce point, les indispensables satisfactions.

CHAPITRE II. — DU SERVICE PUBLIC ENVISAGÉ COMME ACTIVITÉ ET DES INSTITUTIONS CORRESPONDANTES

SECTION I

DÉDOUBLEMENT ET UNITÉ DE LA NOTION DU SERVICE PUBLIC

I

Nous vivons en un temps de spécialisations. Et la complexité toujours grandissante des tâches et des techniques, conjuguée avec l'accroissement de celles-ci fait que, dans chaque activité, quelle qu'elle soit, une division du travail s'opère, à laquelle s'ajuste naturellement et le plus souvent parallèlement une articulation de l'organisation préposée à l'exécution de ce travail. Si encline qu'elle puisse être, dans nombre de cas, à ne suivre les mouvements sociaux qu'avec quelque retard, l'Administration n'aurait pu sans dommage écarter des méthodes si favorables à l'efficacité, l'un des buts majeurs de notre temps. Elle s'est ainsi ramifiée en un certain nombre d'appareils, dont chacun vaque à une tâche ou à un ensemble de tâches définies. C'est à ces appareils et à ces tâches que s'applique la formule aujourd'hui courante de « services publics ». La formule est donc ambivalente et désigne à la fois l'activité à laquelle il s'agit de pourvoir et l'appareil destiné à l'exercer (1). Conçu pour cette activité, celui-ci n'a donc de sens et d'intérêt que par rapport à elle. Et sans doute est-il trop souvent dans la pratique des institutions de tendre à se suffire à elles-mêmes, en tant que telles, en se détachant, plus ou moins consciemment, des motifs qui lui ont donné naissance. Mais un tel comportement n'est pas de ceux que le droit puisse consacrer. L'affirmation que l'appareil est tout entier subordonné, tant dans son existence même et dans son organisation que dans son fonctionnement, à l'activité qu'il exerce ne paraît donc pas pouvoir être contestée, même par les moins enclins à suivre les traces du maître de l'École de Bordeaux (2).

Les conséquences de cette constatation, que toute la jurisprudence vérifie, sont incontestablement riches de substance, du fait que les besoins de l'appareil s'identifient ainsi, en dernière analyse, avec les besoins mêmes de l'activité à exercer, lesquels sont eux-mêmes — ou doivent être — à la mesure des besoins publics auxquels il y a lieu de pourvoir. Ainsi s'explique que fréquemment, l'expression « besoins du service », familière aux arrêts, ne concerne pas moins, par une dualité de sens qui échappe totalement à la critique, les besoins du service lui-même que ceux de l'activité à laquelle il est préposé.

(1) Sur ce point comme sur beaucoup d'autres, notre droit administratif est encore bien éloigné de la précision nécessaire. Les moins critiquables, sinon les meilleures des désignations actuellement employées semblent être celles de service au sens « fonctionnel » dans le premier cas et de service au sens « institutionnel » dans le second. C'est de ces termes que dorénavant il sera fait ici un usage systématique.

(2) Sur l'application à cette matière de la règle quasi-physiologique que le besoin crée lui-même la fonction, voir notamment H. RUQUOY, Quelques aspects fondamentaux du phénomène administratif, *in* : *Rev. intern. des sc. adm.*, 1950, n° 3. V. aussi, pour un cas particulier et explicite d'application de cette règle, l'article 2 de l'ordonnance du 30 déc. 1958, relative à la création des centres hospitaliers et universitaires, qui, après avoir, dans son alinéa 1^{er}, défini la mission de ces centres, croit devoir, dans son alinéa 2 — mais cette prescription était manifestement superflue — disposer que ces centres « sont aménagés conformément à la mission ainsi définie ».

II

La nature de cette activité ne se différencie d'ailleurs nullement de toute autre activité juridique en ce qui concerne les actes et les faits qui la composent, sauf cette originalité de but et par là de pouvoir et de devoir qui imprime au droit administratif son caractère spécifique. On trouvera donc dans cette activité à la fois des actes juridiques et des actes tout court, ainsi que des faits, soit que ces divers événements juridiques se présentent isolément, soit qu'ils constituent des ensembles, généralement connus sous la désignation d'opérations.

SECTION II

**DE LA THÉORIE DE L'ACTE JURIDIQUE
DANS SES RAPPORTS AVEC LA NOTION DE SERVICE PUBLIC**

§ 1. *De la théorie de l'acte juridique comme l'un des fondements essentiels de la notion de service public et du rôle majeur du but d'intérêt public dans la structure de celle-ci.*

La théorie de l'acte juridique, comme d'ailleurs de l'acte tout court, s'est édifiée sur une analyse de l'acte, fournie par la discipline psychologique, sous réserve toutefois de la schématisation inévitable que requérait la nature même du droit.

Si, comme il a été indiqué, le droit administratif, non moins que les autres branches du droit, converge tout entier vers l'acte, il trouve donc — et en lui, tout spécialement, la notion de service public — dans cette théorie capitale, un fondement inébranlable, puisqu'on peut légitimement le tenir pour véritablement scientifique, au sens où ce terme s'applique au droit (1).

Ce n'est d'ailleurs pas ici le lieu de s'étendre sur les ressources de cette théorie (2), à laquelle un autre maître de Bordeaux a apporté une utile contribution. Il suffira de rappeler que l'analyse qui lui a donné naissance distingue de l'objet, pièce maîtresse de l'acte, puisque c'est là que s'inscrit le contenu même — au moins le contenu direct — de la manifestation de volonté, à la fois l'occasion qui l'a fait surgir et qui reçoit, en général, le nom de motif et le but qu'elle se propose. Sans doute une analyse plus fine devrait être faite, le cas échéant (3), pour apporter à ces divers éléments les précisions ou les compléments nécessaires (4). Mais ce mécanisme de l'acte suffit, dans la plupart des cas, aux fins spéciales que le droit se propose. Ces fins étant, toujours, en l'occurrence, la sauvegarde ou la satisfaction de

(1) Sur l'importance d'une étude de l'acte pour le droit administratif, voir LATOURNERIE, *L'humanisme juridique et l'acte de volonté*, *R.D.P.*, 1948, p. 137; cf. G. LANGROD, *R.D.P.*, 1948, p. 549.

Il n'est pas sans intérêt de noter que de son fondement psychologique la notion d'acte juridique ou, plus généralement d'acte de volonté intéressant le droit, avec les conséquences qui y sont attachées, tient une portée qui débordé largement le cadre national (voir notamment -*R.D.P.*, 1955, p. 583 et s. - les conclusions présentées par l'avocat général LAGRANGE devant la Cour de justice de la Communauté européenne du charbon et de l'acier et, en ce qui concerne l'Italie, C. ÈTTORI *in* : *R.D.P.*, 1951, p. 1024).

(2) Signalons toutefois, dès à présent, que c'est par la considération de l'objet de l'activité des services, à rapprocher du reste de leur but, que s'opèrent non seulement leur classement, par la détermination de leur nature, mais aussi, corrélativement et par des méthodes sur lesquelles nous aurons à revenir, la détermination du régime juridique auquel ils se trouvent soumis, notamment, dans nombre de cas, en ce qui concerne la combinaison de droit public et de droit privé qui se constate dans ce régime.

(3) Sur ce point, en particulier quant au but, voir notamment EISENMANN, p. 171 et s.

(4) Ainsi conviendrait-il de faire remarquer (cf. R. VIDAL, *R.D.P.*, 1952, p. 287 et s., *adde* : *R.D.P.*, 1960, p. 893), que le fait constitutif du motif donne lieu à une appréciation qui est bien loin d'être étrangère au mécanisme psychologique de l'acte, ce qui apparaît clairement dans les « motifs » des décisions de justice, provoquées par les requêtes qui en sont les motifs au sens habituel. Il en est de même pour le but, qui ne comprend pas seulement (cf. EISENMANN, p. 176) la situation de fait que l'auteur de l'acte se propose d'atteindre, mais aussi cette intention même.

l'intérêt général — axiome inscrit en lettres d'or au frontispice de notre droit — il suit de là qu'il n'est pas d'initiative ou d'abstention de l'activité publique qui ne doive se proposer un tel but (1).

§ 2. *De la prépondérance de la considération de l'objet et du but sur les autres aspects de l'activité administrative*

I

On notera d'ailleurs, à ce propos, qu'une abondante discussion s'est ouverte (2) sur celui des aspects ou des éléments de l'activité administrative qui est muni de la primauté. Cette discussion, en général, ne se recommande pas par sa clarté. Et la confusion qui y règne trop souvent n'a pas la moindre de ses sources dans l'emploi d'une terminologie plus remarquable par sa fantaisie que par sa précision toute relative. L'« organique », le « formel », le « matériel », l'« objectif », et le « subjectif » — et ces termes n'épuisent pas le lexique de ce débat — y interviennent avec des sens dont la concordance n'est que très rarement garantie. Il n'est guère d'espoir de sortir de l'équivoque tant que la bataille se perpétuera dans cette demi-obscurité. Celle-ci, au moins pour l'essentiel, paraît d'ailleurs céder à la lumière lorsque l'analyse de l'acte apporte sa vertu de clarté. Celle-ci ne va pas jusqu'à faire disparaître la diversité des opinions, les tenants de la puissance publique ayant naturellement pour tendance de faire prévaloir la qualité de l'auteur de l'acte (3) ou les formes dont il a été fait usage (4), les autres l'un des éléments internes de l'acte, c'est-à-dire, suivant les cas, soit son objet (5), soit son but (6). Mais du moins les données du problème échappent alors à toute équivoque.

Il semble bien d'ailleurs qu'en réalité, la considération qui, au moins dans le secteur envisagé, doit être retenue porte à la fois sur l'objet et le but, qui, ainsi qu'il sera démontré, ne peuvent être dissociés que par une analyse suivie d'une synthèse, où ils retrouvent leur unité. C'est leur couple, outre les motifs, le cas échéant, qui fait saillir à la fois le particularisme de l'activité administrative et les raisons de ses particularités. Ce n'est pas que les autres considérations puissent être tenues pour indifférentes. L'une des caractéristiques de la notion de service public est en effet (7), ainsi qu'il sera montré — il y a du reste été déjà fait allusion (8) — de faire dans ses constructions une place à ces divers éléments. Mais, au moins en l'état de notre droit, cette place n'est plus que de second rang et les considérations en question n'y ont plus qu'un rôle subsidiaire ou de complément. Et sans doute certains auteurs, qui ne sont pas parmi les moindres, s'élèvent (9) avec une extrême vigueur contre de telles solutions, qu'ils estiment attentatoires à l'esprit de nos institutions constitutionnelles. Mais ces critiques n'ont pas, jusqu'à présent, détourné vers ce que ces auteurs considèrent comme le droit chemin le cours de la jurisprudence.

(1) La notion d'activité administrative est ainsi totalement incompatible avec la « gratuité » de l'action et, à plus forte raison, avec sa déviation. Ce principe tend à prendre d'ailleurs une valeur générale, sinon universelle, comme en témoignent les conclusions précitées de l'avocat général LAGRANGE près la Cour de justice de la Communauté, où « le principe de finalité » est présenté (*R.D.P.*, 1955, p. 585), avec son corollaire : « la notion de spécialité », comme « la règle qui domine tout le droit administratif » des États associés dans cette communauté. Les finalités en question sont, dans les mêmes conclusions, définies, comme « l'intérêt général, ce qu'on appelle « le bien du service », pour lequel l'Administration est faite ».

(2) Voir notamment VEDEL, *E.D.C.E.*, 1954, p. 24.

(3) Point de vue généralement et convenablement qualifié d'« organique ».

(4) Point de vue non moins correctement désigné comme « formel ».

(5) A cet égard, l'emploi du terme « objectif » paraît nettement contre-indiqué, malgré sa ressemblance avec le terme « objet ». Car cet adjectif est revêtu en droit, comme d'ailleurs en philosophie, de sens si multiples et si différents qu'il ne peut que nuire au débat. Le terme « matériel », également employé en ce sens, ne paraît pas avoir des titres meilleurs. Il paraît préférable, en pareil cas, de parler du point de vue « du contenu de l'acte ».

(6) En ce cas, l'expression : point de vue « finaliste » paraît pouvoir être admise sans inconvénient.

(7) Cf. CHARLIER (*E.D.C.E.*, 1951, p. 60).

(8) Voir *supra*, p. 84, 88 et 92.

(9) Cf. *supra*, p. 77.

Il faut évidemment voir là une nette manifestation de la tendance très nette de notre droit administratif moderne à imprégner de plus en plus largement et de plus en plus profondément l'ensemble des activités sociales. Cette tendance a en effet pour conséquence naturelle d'annexer à ses activités propres un nombre de plus en plus étendu de participants, revêtus seulement en partie du caractère administratif. En un tel état juridique, la considération de l'objet et du but de l'activité passe d'elle-même au premier rang, sans que les considérations traditionnelles soient pourtant, le plus souvent, perdues de vue.

II

Ainsi que, de divers côtés, la remarque en a été souvent faite (1), les périodes d'euphorie à la fois doctrinale et jurisprudentielle sont celles où ces divers points de vue ont une tendance à coïncider, imprimant à l'acte une unité tout particulièrement significative (2). La dissociation des points de vue, quelque nécessaire, en certains cas, qu'elle puisse être ne peut donc manquer de causer chez les juristes un sentiment naturel de malaise. Cette réaction psychologique de tous points normale n'a pas peu contribué à celui qui se manifeste actuellement dans notre droit administratif. Car, en pareil cas, il doit être procédé, non sans difficulté, à la fois par le juge et par la doctrine, à une synthèse qui s'offre à eux, antérieurement, à l'état en quelque sorte naturel (3). Ce n'est pas le moindre des intérêts, ni d'ailleurs des difficultés extrêmes de la présente étude que de tenter de démontrer que les moyens de cette synthèse sont déjà entre les mains des juristes et que c'est précisément la notion de service public qui les leur fournit.

III

La fécondité remarquable de la notion du but (4), sur lequel se règle l'objet, se communique en partie à des notions parentes, telles que celle d'affectation, qui, comme nous aurons bientôt l'occasion de le rappeler, lui emprunte son importance. Cette fécondité apparaît à plein, aux lisières du droit public et du droit privé, dans les institutions du type des fondations (5). Le propre de ces institutions est en effet, comme on sait, de s'organiser tout entières autour d'un but qui les modèle et qui les sculpte. Il en est de même, dans le domaine proprement administratif, pour l'affectation d'un immeuble à usage de cimetière. Car, bien que les cimetières soient compris dans les biens du domaine public, les occupations de terrain à ces fins tiennent de cette affectation même une stabilité toute particulière. La jurisprudence (6) en vertu de laquelle les concessions funéraires n'ont pas « le caractère précaire et révocable qui s'attache, en général, aux occupations du domaine public » fournit ainsi de la puissance plastique du but, quant au régime de droit applicable, une démonstration éclatante.

Un tel principe est à ce point inscrit dans la nature même des choses qu'il est, de lui-même, en vigueur dans les pays les moins enclins à céder exagérément aux tentations de la logique pure. C'est

(1) Cf. *supra*, p. 74.

(2) Il est toutefois exceptionnel (cf. de LAUBADÈRE, *D. A.*, p. 152) que cette coïncidence soit absolue.

(3) Tout l'ouvrage de M. de CORAIL se ramène à l'historique d'un tel processus de dissociation et à l'exposé des réactions qu'il suscite. On n'assiste pas au démembrement d'institutions fortement unitaires et qui tenaient de leur unité même une véritable majesté et, en tout cas, une solidité, en même temps qu'une simplicité difficilement discutables sans ressentir une déception qui va parfois jusqu'à un sentiment de déchéance. Mais il n'est pas donné à tout le monde de vivre à une époque d'unité. Aussi bien n'est-il pas sans quelque grandeur et, de toutes façons, sans quelque mérite, de surmonter ce sentiment, qui pourrait conduire à s'en tenir à des critiques stériles, pour entreprendre, sur d'autres bases, une synthèse satisfaisante, qui ne paraît nullement au-dessus des forces du juriste et à qui sa difficulté même ajoute du prix.

(4) Voir, sur ce point, LATOURNERIE, *in* : *Livre jubilaire*, p. 246.

(5) Sur ces institutions, voir notamment SAUVEL, *R.D.P.*, 1954, p. 325.

(6) C. E., 21 oct. 1955, *Leb.* 491.

ainsi qu'il est appliqué (1) dans le droit constitutionnel américain, sous le nom de principe de la « proportionnalité des moyens aux buts poursuivis ». On le trouve expressément formulé dans un arrêt (2), où l'on lit que les réglementations doivent être raisonnablement appropriées et calculées de manière à atteindre le but prescrit.

§ 3. *De la combinaison de l'élément but avec les autres éléments de l'acte à l'intérieur de la notion et de l'équilibre interne de celle-ci*

I

Si les nécessités d'une analyse sans laquelle, en ce domaine comme en beaucoup d'autres, aucun progrès appréciable n'eût été possible amènent, pour des raisons techniques, à dissocier l'unité vivante de l'acte, de même que, pour construire la notion même de l'acte, elle doit pratiquer dans le flux incessant de la vie psychologique une coupure plus ou moins arbitraire, cette opération ne se justifie d'ailleurs que si, par ce balancement, par cette oscillation rythmique qui constitue, ici comme ailleurs, la démarche même de la science, elle est immédiatement suivie d'une opération complémentaire de synthèse, qui restitue à l'acte son unité, en même temps qu'elle fait apparaître sa fécondité juridique. C'est dans cette opération de synthèse qu'apparaissent en effet dans tout leur jour la corrélation entre les divers éléments de l'acte et les conséquences de droit qui y sont attachées. Sans elle, il eût été à craindre que l'intérêt juridique de l'acte se concentrât uniquement sur son centre même, et, en quelque sorte, sur son cœur, c'est-à-dire sur cet objet qui, vu de l'extérieur, pourrait, par sa richesse juridique, paraître se suffire à lui-même (3). Ce n'est pas le moindre des mérites de la théorie de l'acte juridique d'avoir mis en évidence le fait capital qu'il en va, en réalité, tout autrement, parce que le contenu même de l'acte ne peut être sainement apprécié que dans les rapports de l'objet de l'acte avec ses origines et son inspiration. La synthèse présente en effet l'acte comme le produit d'un équilibre interne, d'une conjonction de forces, où l'altération d'un élément quelconque retentit inévitablement sur la vitalité de l'ensemble. Si, ainsi qu'il a été dit, l'essentiel de la substance de l'acte réside incontestablement dans son objet, les relations de celui-ci avec ses motifs comme avec son but (4) l'affectent donc directement, jusqu'à lui donner sa véritable nature.

II

Ainsi se vérifie l'opinion d'Hauriou qui, avec cette admirable lucidité dont il a donné maintes preuves, signalait (5) l'importance décisive de l'équilibre interne des notions (6). On ne peut que rappeler, à cette occasion, que le vice essentiel de tous les critères proposés en remplacement de celui-ci a sa source

(1) Voir *R.D.P.*, 1956, p. 293.

(5) *Wallace*, voir FECHAN, 206 Ind. 522 (1934).

(3) C'est précisément dans une erreur de ce genre que tombent les juristes, cependant experts, qui prétendent trouver dans l'examen des diverses situations juridiques, c'est-à-dire, le plus souvent, dans l'objet de l'acte le secret de sa nature et de sa portée. En isolant, à cet égard, l'objet de l'acte à la fois de l'occasion qui lui a donné naissance, du cadre dans lequel il a surgi et du but qu'il s'est proposé, ils s'interdisent de prendre de cet objet même une vue véritablement exacte. C'est avant tout dans le but visé que se trouve, au moins dans notre droit administratif, le point précis de perspective d'où le contenu authentique de l'acte apparaîtra, non pas seulement dans son extérieur, mais dans son intime vérité. Comment, dans nombre de cas, prendre convenablement parti sur la validité de l'acte quant à son objet par la seule considération de celui-ci, dans l'hypothèse très fréquente où cette validité dépend de la relation de l'objet et du but ou des rapports de l'objet et des motifs?

(4) Pour la corrélation du motif et du but, voir notamment R. VIDAL, *R.D.P.*, 1952, p. 290 et 301. M. VENEZIA, de son côté, dans une étude sur « le pouvoir discrétionnaire », « l'analyse en une libre adéquation de l'objet de l'acte à ses motifs ».

(5) Voir *infra* p. 104.

(6) Notre droit administratif est familier avec la notion d'équilibre, sous diverses formes. Nous n'en donnerons pour exemple que les règles bien connues concernant l'équilibre financier des concessions. M. VEDEL écrit, à ce propos (*D.A.*, II, p. 579), très expressivement que « l'idée » de cet équilibre relie les deux pôles du contrat de concession : c'est elle qui assure la synthèse « entre le caractère privé de l'entreprise et le fait qu'elle constitue un service public ».

précisément dans une méconnaissance totale de cette vérité fondamentale et, si, à notre avis du moins, cette « chance de vie » que les statisticiens mesurent à la naissance des individus et dans le cours de leur existence paraît — nous le déclarons dès à présent, quitte à justifier ultérieurement cette affirmation — incomparablement plus favorable à la notion de service public, c'est qu'ainsi qu'on va tenter de le démontrer, elle repose sur un tel équilibre, qui, comme tous les équilibres vivants, lui assure la garantie vitale d'une auto-régulation permanente, qu'il s'agisse de son équilibre interne ou de ses rapports avec l'extérieur. Bien des erreurs eussent été épargnées, bien des tâtonnements aussi si cette constatation décisive n'eût pas échappé à des attentions cependant vigilantes. Fille de la notion d'activité, qui insère la vie juridique dans le cours quotidien de la vie commune, la notion de service public a ainsi trouvé dans son héritage, c'est-à-dire dans le legs de la théorie de l'acte juridique, à la fois un irremplaçable instrument d'action et l'indication de ce qu'elle doit être pour répondre à ce qu'on attend d'elle.

Si la vie répudie tout ce qui s'écarte d'elle, il n'est pas, dès à présent, aventuré de dire qu'un tel risque est exclu pour la notion de service public, parce que c'est précisément de la vie même qu'elle tient la loi de sa structure comme de son fonctionnement, au même titre que la théorie de l'acte, dont, en un sens, elle tient son origine, comme elle en reçoit l'un de ses principaux moyens « opérationnels ».

§ 4. *Des autres éléments qui constituent l'équilibre de la notion tant en elle-même que dans ses rapports avec l'extérieur*

Si la pondération convenable entre les divers éléments de l'acte suffit, dans la plupart des cas, à lui procurer l'équilibre indispensable, il ne saurait en être de même en ce qui concerne la notion de service public. Si important que soit le rôle joué, dans l'élaboration de cette notion, par la théorie de l'acte juridique, celle-ci doit y être combinée avec d'autres considérations, dont la nature doit être précisée. Si la notion de service public est, en un sens, par rapport à la notion d'activité, dans un rapport de filiation, il est en effet dans la vocation spéciale de la première de ces notions de ne pouvoir remplir sa mission qu'en faisant entrer dans sa structure comme dans son fonctionnement d'autres éléments non moins importants, qu'il importe d'ailleurs de concilier avec les éléments de l'acte. Sans doute la notion en question a-t-elle, dans notre droit administratif, une autonomie relative, qui lui garantit un champ d'action particulier. Mais elle rencontre, dans ce champ d'action, d'autres notions, parfois concurrentes, dans d'autres cas complémentaires, qui, sur le caractère de cette notion, exercent une influence non négligeable. Il suffira de prendre comme exemple les droits publics ou individuels que l'autorité qui manie la notion de service public rencontre, à chaque pas, devant elle, et qui, dans bien des cas, peuvent lui barrer la route ou du moins entraver sa démarche ou lui imposer d'autres voies. Cet équilibre dont la notion a reçu, par hérédité, le privilège de la théorie de l'acte juridique ne constitue, de ce fait, que l'un des aspects d'un équilibre plus complexe, qui requiert, sous diverses formes, des opérations de pondération. La notion d'intérêt public, centre de gravité de la notion, en même temps que pôle de son action, ne suffit donc pas à garantir, par une sorte de tropisme, la qualité de toutes les actions engagées au nom de cette notion. Il y faut en outre, sous une autre forme, cette composition même de forces qui s'opérait déjà naturellement au sein de la notion même de l'acte. Ce serait commettre d'ailleurs une erreur capitale que de voir dans cette nécessité une cause de perturbation. La vérité est que la notion y trouve moins une difficulté qu'une assurance de succès et de durée. Car c'est cette composition, dont le principe est inclus dans sa nature, qui lui fournit, en toute circonstance, le moyen des adaptations nécessaires. Comme tous les organismes vivants, la notion porte ainsi en elle-même ce principe d'ajustement sans lequel aucun d'eux ne résiste aux brusques changements de climat. Dès à présent, ce n'est donc pas, semble-t-il, encourir un risque d'imprudence que d'avancer, ici encore, que la notion en question se trouve dotée, de ce fait, d'un mécanisme d'auto-régulation et, sous réserve d'en fournir une preuve qui, dans la suite de cette étude, va être tentée, qu'elle jouit ainsi d'un privilège qu'aucun autre critère ne peut lui disputer.

Il apparaît ainsi clairement que l'ensemble de notre droit administratif, y compris l'appareil des services, est polarisé par l'intérêt public, qu'il est tout entier commandé par lui ou, suivant le langage

de certains philosophes, ordonné à lui. Mais il suit également de là que, si indispensable que soit cette notion de l'intérêt général pour la construction de notre droit public, elle ne peut y jouer un rôle bien-faisant qu'à la condition de trouver, à l'intérieur d'une notion adéquate, et par sa mise en balance avec les diverses considérations qui voisinent en elle, l'équilibre en dehors duquel nul progrès juridique ne peut se concevoir (1). Les problèmes posés par cet équilibre se présentent alors sous la forme d'une équation, que le juge a le devoir de résoudre. Les capacités de la notion lui en fournissent le moyen. Muni de ce puissant instrument d'action, il ne sera pas arrêté par les difficultés, pourtant parfois sérieuses, qu'il rencontre dans cette tâche, non plus que par celles dont l'avait saisi le problème de l'« équation financière », dans le contrat de concession.

(1) Il va de soi que le fonctionnement même du plus humble des services publics comporte normalement l'accomplissement d'un nombre considérable d'actes. Il n'en est pas moins vrai que, dans ses grandes lignes, la théorie de l'acte juridique s'applique aux services publics par transposition. Il n'est donc nullement illégitime de parler du but d'un service public, comme de son objet et des motifs de son activité. On peut donc, non moins légitimement — et telle est même la méthode normale — caractériser chaque service public à la fois par son objet et par son but.

TITRE II

DE LA DÉFINITION ET DU RÉGIME
DU SERVICE PUBLIC
DE LA PORTÉE DE CETTE NOTION

SECTION I

DES FORMES NOUVELLES DE L'INTÉRÊT PUBLIC
ET DES CONSÉQUENCES QU'ELLES ONT ENTRAÎNÉES

§ 1. *Conséquences juridiques entraînées par les formes nouvelles prises par l'intérêt public*

I

Suffit-il des constats qui viennent d'être faits pour que la théorie du service public puisse être tenue pour totalement élaborée? Il ne saurait être question de le prétendre. Telle qu'elle se présente dans les faits, c'est-à-dire dans la jurisprudence et dans l'ensemble des règles de droit dont celle-ci assure l'interprétation, cette théorie se caractérise, en effet, par un régime particulier, dont le propre est actuellement que le droit public y voisine avec le droit privé, dans les proportions les plus variables et dans des conditions telles qu'elles réclament l'édification des notions nouvelles réclamées par des transformations encore récentes, en même temps que l'explication et la justification de celles-ci.

Cette explication et cette justification sont du reste, l'une et l'autre, fournies par ce même intérêt public qui à la notion de service public comme à l'ensemble de notre droit administratif, dont elle constitue l'un des éléments, donne, en cours d'existence, son statut comme il lui a procuré son origine.

C'est en effet une constatation échappant à toute controverse que, dans les conceptions modernes, si l'intérêt public n'a pas d'exigences moindres qu'à aucune époque, s'il a même, à beaucoup d'égards, des exigences bien plus impérieuses, celles-ci se manifestent, dans nombre de cas, sous une forme sensiblement différente de celle que notre droit classique avait seule connue. Ce droit, comme le dieu jaloux des Écritures, s'enfermait strictement dans sa propre puissance, en ce sens qu'il n'en déléguait l'exercice qu'à ses représentants accrédités, c'est-à-dire à ses émanations. Celles-ci recevaient, à cet effet, une investiture si apparente et si générale que leur caractère de délégués ou d'agents de la puissance publique ne pouvait guère échapper aux regards. Les temps nouveaux s'accommodent mieux de collaborations privées, que les temps classiques n'acceptaient qu'avec une prudence et dans des limites qui en rendaient l'intérêt assez limité. Dans ces transformations maintes fois décrites faut-il voir une altération désastreuse de la conception du service public, telle qu'elle s'est ajustée à ces aspirations des temps nouveaux? Ce point devra être envisagé quand seront examinés les griefs articulés contre cette notion. Il suffit,

pour l'instant, de constater que, si le courant de notre époque portait invinciblement le droit vers un changement de ses méthodes, les responsables de ce droit, à savoir, en l'occurrence, les juges, n'avaient guère d'autre ressource qu'une option entre une inflexion donnée à la notion traditionnelle et l'élaboration d'une notion nouvelle, dont nul juriste n'est parvenu encore à tracer le moindre linéament.

II

Nul n'ignore le choix qu'ils ont fait et dont nous aurons à apprécier le mérite. Il a entraîné, dans nombre de secteurs, un ébranlement très sensible. Mais de cet ébranlement où faut-il voir la cause véritable et profonde? Est-ce dans des innovations jurisprudentielles dont nul ne méconnaît la gravité ou dans l'ensemble des circonstances qui ont déterminé ces innovations mêmes? Quand, dans l'ensemble des circonstances sociales qui constituent l'une des données de tels problèmes et souvent même la principale donnée, le juge constate de tels changements que l'appareil instrumental dont il est muni risque d'en être désaccordé, quelle doit être son attitude (1)? Doit-il se raidir dans une attitude de résistance qui, en ce sens, n'aurait pas la dignité dont ce terme, un instant, a été revêtu? Ou ne doit-il pas plutôt aviser aux ajustements indispensables? Or qui nierait que, lorsque la jurisprudence s'est décidée à cette attitude — on ne saurait dire : résignée, bien qu'elle ne l'ait pas prise sans réflexion — on approchait du point critique indiqué par des signaux d'alarme? Ce serait être atteint, en de tels cas, d'une surdité désastreuse que de ne pas y prêter l'oreille. Le juge administratif n'a pas commis cette erreur. Il eût été impardonnable de la faire devant l'envahissement des sources du droit par des affluents perturbateurs venus de tous les points de l'horizon. Et cependant dans quelle perplexité et devant quelles difficultés le plaçait le prodigieux bouillonnement du droit : lois et règlements surabondants, envahissement de la vie juridique par des nouveaux venus plus ou moins inadaptés à celle-ci sous ses formes jusqu'alors connues, pratiques non moins éloignées des vieilles habitudes administratives, diversité presque infinie de modernismes juridiques dont d'ailleurs, même dans les officines officielles, le caractère plus ou moins inédit n'était, le plus souvent, même pas aperçu. Où trouver le moyen de dominer par la règle, dans sa dignité traditionnelle, ce monde multiforme et chaotique, qui cherchait obscurément sa voie sans parvenir à la trouver? Quelle perspicacité fût parvenue à y discerner fût-ce la simple amorce d'une volonté délibérée, ou même à déchiffrer dans les vœux informulés une orientation quelque peu précise? Dans ces carrefours dépourvus de toute signalisation, dans quelle direction chercher la solution? Dans une intervention de l'autorité législative ou réglementaire? Mais est-ce l'office de celle-ci, dans un tel problème de technique juridique? Dans l'adoption d'un nouveau critère, dont le mérite absolu ou même relatif demeurerait plus qu'hypothétique? Pourquoi ne pas demander cette solution à la révision de la notion que l'ancienneté même de ces services désignait au juge *a priori* comme la plus apte, sinon la seule apte à fournir, moyennant des amodiations, les efforts devenus indispensables? Ainsi, en quelques changements qui ne furent qu'en apparence des mutations brusques, la notion de service public fut pourvue de sa forme actuelle.

III

Si explicables que soient ces changements, ils doivent d'ailleurs se justifier. Et nul, fût-ce parmi les auteurs mêmes de la réforme, ne peut éluder une question qui, avec le recul de quelques décades, se présente naturellement à l'esprit : la notion litigieuse n'a-t-elle pas trouvé dans ces transformations moins un élixir de jeunesse qu'une cause supplémentaire de décrépitude? L'orientation récente de la jurisprudence paraît éviter, à cet égard, toute attitude trop pessimiste. En tout cas, si la mission du juge, en pareil cas, a quelque lointaine ressemblance avec celle d'un général de l'Empire qui affronta, avec les siens, certains riques pour permettre à une armée de passer d'une rive à l'autre d'un fleuve dangereux,

(1) Cf. *supra*, p. 74.

cette édification d'un pont de bateaux, à l'heure de l'urgence du passage — et les événements, par les bouleversements qu'ils ont entraînés dans l'économie, ne devaient pas tarder à prouver qu'il n'était que temps — revêt sans doute un caractère très notablement différent de celui qui lui est communément attribué. Reprocher au juriste, dans certains cas, l'image qu'il propose de son siècle, sous prétexte qu'elle ne ressemble plus ou ne ressemble plus que partiellement à l'image traditionnelle que l'on s'en faisait revient à lui imputer les changements qu'il a subis dans l'intervalle. C'est oublier que le juriste n'en est pas maître et qu'il a (1) pour premier devoir de viser à la ressemblance non par des portraits quotidiens, mais par une image assez stable pour établir l'identité du modèle, mais aussi assez mobile pour suivre, en cas de besoin, l'évolution de ses traits. L'expérience prouve d'ailleurs que les hommes mêmes qui ont été les plus vifs dans la critique de certaines décisions de justice — et l'on pourrait citer, à cet égard telle décision concernant, pour la fonction publique, l'exercice d'une prérogative jugée longtemps incompatible avec celle-ci — sont les premiers quelquefois, quelques années après, à reconnaître que le juge, en ce cas, n'a pas devancé les événements et les a encore moins violentés, mais les a seulement soumis à une règle, inspirée d'ailleurs de la tradition. Peut-être n'en sera-t-il pas autrement pour la notion de service public, si elle survit à ces vicissitudes. Tout porte à le croire d'ailleurs. Car il est bien rare qu'une notion juridique, quand elle est entachée d'une malfaçon grossière, résiste à la critique plus ou moins rude que les faits de chaque jour viennent lui infliger. Mais aussi il n'est pas moins rare qu'une telle notion succombe aux critiques théoriques, quand, plongeant profondément ses racines dans la nature même des choses, elle tient d'elle une solidité qui ne la dispense d'ailleurs pas, qui lui fait au contraire une loi de s'amender, en cas de besoin, dans toute la mesure convenable.

§ 2. Nécessité de l'élaboration de notions nouvelles créée par ces transformations

I

Il n'en est pas moins incontestable que l'ampleur de ces innovations jurisprudentielles, reflet de l'ampleur des changements survenus dans la structure sociale, pose un grand nombre de problèmes, eux-mêmes en partie inédits et tels que, tant qu'ils n'auront pas reçu leur solution, la doctrine résultant de ces innovations ne pourra être tenue pour complètement élaborée. Il serait infiniment regrettable — et les tâtonnements dont témoignent les incertitudes des auteurs n'en fournissent qu'un trop évident témoignage — que les bases de cette élaboration ne soient pas posées par l'autorité compétente avec une clarté et une précision propres à garantir la réussite des efforts qui se trouvent ainsi demandés à la doctrine, non moins qu'à la jurisprudence elle-même.

Avant d'apprécier les mérites — ou les démérites — de la notion de service public, il importe donc essentiellement de ne pas tomber dans le travers auquel nombre de juristes n'ont pas échappé et qui consiste à commettre sur sa vraie nature des erreurs plus ou moins impardonnables. On constate en effet qu'en raison de l'obscurité parfois opaque qui régnait récemment encore sur les véritables traits de cette notion, bien des critiques dirigées contre elle le sont en réalité, contre des fantômes, qui n'existent que dans l'imagination de leurs auteurs. Si l'on veut efficacement entamer la lutte contre cette notion, il faut vraiment la prendre à bras le corps. Nous tenterons donc d'offrir aux coups de la critique la véritable cible à atteindre. C'est seulement ainsi que leur vraie portée a quelque chance d'apparaître.

Parmi les divers griefs qui sont faits, de toutes parts, à la notion envisagée, il serait donc non moins vain que dangereux de ne pas reconnaître que celui d'entre eux qui lui impute d'avoir, d'une manière suspecte, dissimulé son identité, ou du moins d'avoir laissé peser sur elle, par une absence de définition, une incertitude fâcheuse n'est pas absolument dépourvu de fondement.

II

A vrai dire, c'est d'ailleurs plutôt dans l'abondance et la discordance des définitions qui en ont

(1) Cf. *supra*, p. 98.

été données par des personnes plus ou moins qualifiées qu'il faut voir avant tout l'origine de cette incertitude indéniable. La tentative a parfois été faite de dresser la liste de ces prétentions plus ou moins heureuses à l'identification de la notion. Le rapprochement des définitions ainsi rassemblées (1) fait apparaître entre elles de telles différences que de tels efforts ont eu jusqu'à présent plus d'inconvénients que d'avantages. Et l'opinion juridique est en droit de s'émouvoir que, jusqu'à une époque encore toute récente, aucune indication vraiment nette et vraiment stable ne lui eût été donnée en haut lieu, c'est-à-dire à la hauteur de la juridiction administrative suprême, sur la notion qui lui était pourtant présentée comme la clef de toute cette branche du droit. Une telle situation pouvait indiscutablement être tenue pour d'autant plus regrettable qu'au mutisme quasi total des arrêts il ne pouvait être que très incomplètement suppléé par les conclusions des Commissaires du Gouvernement. Il n'est que trop vrai en effet que ces magistrats, cependant préposés par leurs fonctions à dire publiquement le droit — ou ce qu'ils estiment tel — et où chacun devait dès lors voir les officiers d'état civil commis à l'exécution de cette tâche capitale d'identification de la notion, ou bien ont gardé le plus souvent, sur ce point, une réserve sybilline, ou bien ne sont jamais parvenus entre eux à l'accord cependant indispensable.

Nul juriste tant soit peu averti n'ignore d'ailleurs qu'il n'est pas dans les habitudes du Conseil d'État de dogmatiser, sous quelque forme que ce soit. Mais ce n'est nullement dogmatiser que de présenter sous son vrai jour à tous les regards la notion que la jurisprudence elle-même signale comme fondamentale et le premier devoir du juge, en pareil cas, est de ne pas se dérober à une obligation dont la méconnaissance de sa part pourrait être, sans injustice, taxée — comme elle l'a été d'ailleurs — d'arrière-pensées plus ou moins troubles ou du moins d'une impuissance à donner à sa pensée une forme véritablement consistante. Quelque gravité qu'ait pu avoir, jusqu'à ces derniers temps, le grief ainsi présenté par les adversaires de la notion, l'état présent de la jurisprudence lui retire du reste tout fondement. Des principales définitions jusqu'ici proposées nous ferons donc un bref examen critique, qui sera suivi de l'énoncé de la définition inscrite dans les derniers arrêts.

SECTION II

DE LA DÉFINITION DU SERVICE PUBLIC

§ 1^{er}. *Examen critique des définitions jusqu'ici données de la notion*

I

Il existe une telle quantité et une telle variété de ces définitions que ce serait une entreprise quasi impossible ou du moins vaine que d'essayer de les dénombrer. Plus fructueuse paraît devoir être la méthode qui consiste à inventorier les divers éléments qui figurent dans ces définitions et à tenter de dégager la loi qui préside à leur combinaison. On relève ainsi au moins huit éléments, se référant respectivement à la considération de l'intention de l'autorité qui a créé le service, du but de l'activité envisagée (2), de la notion de puissance publique (3), de la gestion par une collectivité publique, du caractère de dépendance où se trouve le service par rapport à une telle autorité, de la nature « d'entreprise » assignée à l'activité, des conditions d'organisation et de fonctionnement, de la fourniture de prestations et du régime exceptionnel auquel le service se trouve soumis. Il n'est pas sans exemple que la définition ne comprenne que l'un de ces éléments. C'est alors généralement le but. Mais il a été aussi soutenu avec éclat (4) que le service public ne se présente plus que comme « un régime ». Le plus souvent,

(1) M.R. CONNOIS (*La notion d'établissement public en droit administratif français*) en a groupé un certain nombre.

(2) Cet élément se confond pratiquement avec l'intérêt général.

(3) Cet élément est, le plus souvent, présenté sous son aspect dit « organique ».

(4) Telle est la thèse bien connue de M. CHENOT, dans ce qui paraît être le dernier état de sa pensée.

elle groupe deux éléments, où, dans la majorité des cas (1), l'élément but s'associe soit au caractère exceptionnel du régime (2), soit (3) à l'élément relatif à la dépendance du service. Le nombre des éléments retenus s'élève parfois jusqu'à trois. Il s'agit alors, en général, de l'alliage : but, caractère exceptionnel du régime et dépendance du service (4), ou but, intention des créateurs du service et caractère spécial de son régime. C'est sur cette dernière définition que M. Jèze avait, comme on sait (5), édifié sa forte doctrine, qui, même de nos jours, jouit encore (6), sur ce point, d'un sérieux crédit (7).

Inopinément unis, puis dissociés, puis réunis à d'autres partenaires, les divers éléments de la définition forment ainsi une sorte de corps de ballet juridique, dont les figures chorégraphiques, dépourvues de tout lien et de toute règle, n'offrent aux yeux des observateurs désabusés que les images incohérentes de la plus désolante fantaisie.

II

Faut-il choisir entre des définitions qui, à peu près toutes, sont à ce point démunies d'attrait? Et quel mérite leur reconnaître, fût-ce au prix d'un effort de bienveillance? Un point est nettement hors de conteste : l'intérêt public doit être au premier rang des composantes de la notion (8). Mais ce serait perdre son temps que de démontrer que cet élément, si important qu'il soit, n'en épuise pas le contenu. On peut tenir pour non moins certain qu'il ne peut y avoir service public que lorsque l'activité considérée se trouve, d'une manière appropriée, dans la dépendance des autorités publiques (9). Il est indispensable, d'ailleurs, pour qu'il y ait service public, que cette dépendance s'exprime par des liens suffisamment étroits pour se distinguer de ceux qui se constatent dans d'autres cas étrangers à la notion examinée. Depuis qu'a été dégagée la notion d'activité privée d'intérêt général, il est flagrant en effet que la jouissance de prérogatives de puissance publique ne suffit pas à ranger ceux qui les détiennent parmi les gérants d'un service public. Or l'existence même de telles prérogatives a, fréquemment du moins, pour conséquence directe et pour contrepartie de laisser aux autorités publiques, sur ces activités,

(1) Quant aux autres cas, voir notamment la combinaison du caractère exceptionnel du régime avec l'idée de prestations, solution qui paraît (cf. DE CORAIL, p. 13) avoir eu (*D.A.*, 4^e édit., p. 53) les préférences de BONNARD.

(2) Telle est la définition donnée par le Commissaire du Gouvernement LAGRANGE (*R.D.P.*, 1944, p. 367) dans ses conclusions sur l'affaire BOUGUEN : « Pour qu'une organisation — un service — ait le caractère d'un service public, il faut : 1^o qu'il ait en vue la gestion d'intérêts généraux; 2^o que cette gestion soit effectuée au moyen de procédés exorbitants du droit commun, de procédés de puissance publique ».

(3) Dans ses conclusions sur l'affaire *Grimouard*, le Commissaire du Gouvernement LONG a (*R.D.P.*, 1956, p. 1072) retenu cette définition (« Activité d'intérêt général assurée par une collectivité publique »).

(4) Dans ses conclusions sur l'affaire *société Radio-Atlantique*, jugée le 6 février 1948, le Commissaire du Gouvernement CHENOT s'était (*R.D.P.*, 1948, p. 247) arrêté à cette solution. Il analysait alors la notion en « une mission d'intérêt général exercée dans des conditions exorbitantes du droit commun, sous l'activité ou sous le contrôle d'une collectivité publique ». M. CHENOT estimait, à cette époque, que la jurisprudence avait, dès ce moment, « dégagé de toute ambiguïté la notion de service public ». Plus récemment, MM. LONG, WEIL et BRAIBANT ont paru admettre (*Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, p. 437) une solution semblable.

(5) *Les principes généraux du droit administratif*, 3^e éd., II, p. I et s.

(6) Voir notamment DELION, *L'État et les entreprises publiques*, p. 23.

(7) M. DE LAUDADÈRE, qui paraît se ranger à la formule d'un alliage tri-parti, le conçoit autrement. Il associe (*D.A.*, p. 38, 537 et 540) l'idée de « toute activité d'une collectivité publique visant à satisfaire un besoin qui paraît d'intérêt général avec « l'intention des gouvernants ».

(8) Il est de coutume d'ailleurs, chez la plupart des juristes, de raisonner comme si la durée était de l'essence du service public. Une telle opinion est cependant entachée d'une erreur manifeste. Car, sur ce point comme sur les autres, la situation du service est en rapport direct avec l'intérêt public qui la commande. Si cet intérêt n'est que de passage, il en sera donc de même du service public. Aussi bien la jurisprudence fournit-elle de nombreux exemples de tels services enfermés dans un plus ou moins bref espace de temps (voir notamment nos 1913, 17 juil. 1950; 58.025, 19 déc. 1957; 33.673 et 33.674, 12 avril 1957; 37.170, 21 fév. 1958 et 97.466, 6 mai 1957).

(9) A cet élément, M. RIVERO, en une formule très heureuse, applique (*D.A.*, p. 104) l'idée de « prise en charge de l'activité par l'administration ». Cette prise en charge n'implique d'ailleurs pas que les autorités publiques assument la gestion personnellement.

un certain droit de regard, qui normalement ne va pas aussi loin que celui qui existe dans le cas de service public.

D'autre part, c'est défigurer la notion de service public que de ne pas faire place dans sa définition — c'est la troisième de ses ingrédients — à la spécialité de son régime (1). Encore ne suffit-il pas que celui-ci soit, à certains égards, spécial pour qu'il y ait service public. Car il existe, dans notre droit administratif, deux catégories juridiques (elles peuvent être qualifiées l'une d'activités publiques d'intérêt général, l'autre d'activités publiques simplement réglementées) dont le propre est de comporter aussi, dans leur régime, certaines particularités. A la vérité, ces deux notions n'ont pas encore été dégagées par la doctrine, non plus que par la jurisprudence. Il ne faut pas voir là la moindre des raisons de la confusion actuelle de notre droit public. Mais la démonstration sera faite que, dans l'état présent des données qui s'imposent à lui, celui-ci ne peut prétendre à quelque dignité que par la mise en œuvre de ces catégories. L'usage de la notion de service public n'étant pas ainsi le seul moyen dont dispose la puissance publique pour atteindre les buts qui lui sont assignés, même dans le cadre de ses activités propres, il importe, en chaque cas, de discerner de quel procédé juridique elle a entendu faire usage. Une telle appréciation implique (2) la recherche de l'intention des autorités qui ont institué l'activité à caractériser. Il faut donc voir dans cette intention un quatrième élément de la définition, ou, tout au moins un élément complémentaire du troisième.

III

Sur ce point, se présente d'ailleurs une difficulté qui n'a pas peu contribué à obscurcir regrettablement la matière. L'opinion en effet a été émise par des voix tout spécialement autorisées qu'une telle manifestation d'intention n'est, au moins dans certains cas, nullement nécessaire, au moins dans les formes ordinairement requises pour la création des services publics. Dans ces hypothèses, on se trouverait en présence d'activités qui tiennent directement de leur nature sinon la qualité de service public, du moins l'aptitude à recevoir cette qualité de procédures inhabituelles. Celle-ci s'y trouverait, en quelque sorte, latente, jusqu'au moment où certaines circonstances favorables viendraient mettre au jour leurs potentialités. Il serait vain de nier que cette opinion a exercé, à une certaine époque, un certain attrait sur la jurisprudence du Conseil d'État. Elle ne pourrait cependant y être admise sans inconvénient; car elle présente une indéniable affinité ou du moins une analogie assez étroite avec la notion de service public par nature, qui ne trouve plus aujourd'hui (3) de défenseur. Du reste les arrêts où l'on pourrait être tenté de voir un reflet de ces idées peuvent recevoir une explication par une version plus conforme à l'orientation actuelle de la jurisprudence (4). Il n'y a donc pas lieu de s'étonner qu'à supposer même que la notion de service public virtuel ait quelque chance de survivre, son avenir soit très étroitement circonscrit. Car le propre du service public est de confronter et de mettre en balance des intérêts publics assez forts pour justifier la création de celui-ci et les divers intérêts privés que cette création peut atteindre. La jouissance des prérogatives qui sont, comme il a été dit, l'un des privilèges et l'une des caractéristiques essentielles du service public n'est donc pleinement légitime que si la création de celui-ci ne s'opère — solution qui, en aucun temps n'a soulevé de contestation — que dans les conditions les plus propres à prévenir, sur ce point, tout abus. La vigueur de la pensée de Jèze avait, dès les débuts de la notion, mis cette considération en évidence (5). Et sur ce point, sa démonstration n'a rien perdu de son mérite, comme le prouve l'avis des maîtres actuels de notre droit public (6).

(1) Il va de soi que ce régime n'est pas nécessairement spécial jusque dans ses derniers détails, ni même qu'il ne puisse se borner à l'être dans une proportion relativement réduite.

(2) Cf. DE SOTO, *Rec. Penant*, 1946, I, 1954.

(3) Cf. DE LAUBADÈRE (*D. A.*, p. 538).

(4) Le moins qu'on puisse dire est que l'opinion en question n'a pas reçu de la doctrine un accueil spécialement favorable (voir notamment MESTRE, *S.* 1935, III, 33; DE LAUBADÈRE, *D. A.*, p. 539 et RIVERO, *D. A.*, p. 404).

(5) *Op. cit.*, p. 20.

(6) Voir notamment DE LAUBADÈRE, *D. A.*, p. 541 et RIVERO, *D. A.*, p. 406.

IV

Faut-il aller au-delà des quatre éléments qui viennent d'être précisés? Il ne paraît guère discutable que l'un au moins des éléments supplémentaires qui ont été quelquefois envisagés, à savoir la fourniture de prestations, doit, à moins de retirer à la notion la généralité indispensable, rester en dehors de sa définition. Il existe, en effet (1), plusieurs activités dont la qualité de service public ne prête pas à contestation sans qu'il entre dans leur mission — il suffira de citer à cet égard, l'Ordre des médecins et aussi l'armée ou la justice — de faire, au moins quant à l'essentiel de leur mission, de telles fournitures. Sans doute est-il, par définition même, dans la nature des services publics de donner satisfaction à l'intérêt général, dans le secteur spécial qui leur est confié. Mais, sous peine de verser dans des confusions qui n'ont été, jusqu'à présent, que trop fréquentes, une telle satisfaction n'est pas, dans un grand nombre de cas, assez particularisée et individualisée pour qu'il soit légitime de parler à ce propos de prestations. D'autre part, il ne serait pas seulement superflu, il serait inexact d'incorporer à la notion un élément dit « organique ». Dès l'instant qu'il est constant que le service a été pris en charge par la puissance publique dans les conditions ci-dessus précisées, les relations de celle-ci avec le service sont suffisamment définies, quitte à présenter, dans chaque cas, sur le contenu de cette notion de prise en charge, les précisions nécessaires. Dès lors que, dans la conception moderne du service public, les relations dont il est question n'impliquent pas nécessairement — ce point vient d'être rappelé — que les autorités qualifiées assument personnellement la gestion du service, toutes les solutions sont, sur ce point, possibles, pourvu que ces autorités soient à portée de veiller, en toutes circonstances, par les procédures appropriées à chaque cas, à ce que l'intérêt public confié au gérant du service ne risque pas d'être mis en péril. Le rôle de l'élément puissance publique dans la définition est donc épuisé, d'une part par la notion de prise en charge du service, d'autre part par les pouvoirs dont l'autorité se trouve investie en vertu du régime spécial auquel celui-ci se trouve soumis, dans des conditions qui doivent être précisées.

Parmi les autres éléments, la notion d'entreprise, assez souvent retenue, n'aurait-elle pas des titres plus sérieux? La réponse paraît devoir être négative (2). Si l'« entreprise », est, en effet, entendue comme synonyme d'activité, l'entrée en compte de cette notion constituerait un double emploi. Si elle a un sens particulier — ce qui peut se produire en certains cas (3) — il ne saurait s'agir que d'une espèce dans le genre service public.

Il ne peut donc y avoir quelque doute (4) que pour le dernier des éléments, à savoir les conditions d'organisation et de fonctionnement du service. Ce serait d'ailleurs commettre une grave erreur sur cette considération que de la regarder comme négligeable. L'appréciation de ces conditions présente, en effet, dans nombre de cas, un intérêt juridique qui ne doit pas être mésestimé. Mais l'intérêt indéniable qu'elle présente ne peut suffire à lui conférer le caractère d'un élément de définition. Car, si elle intervient parfois dans le raisonnement juridique, ce n'est pas au niveau supérieur de l'élaboration de la notion, mais dans certains cas particuliers, toutes les fois qu'il s'agit de déterminer s'il a bien été dans les intentions de l'autorité compétente de conférer à telle ou telle activité le caractère d'un service public. Il est en effet assez rare qu'en pareil cas, cette autorité ait manifesté sa volonté d'une manière directe et explicite. Il faut l'inférer le plus souvent d'un ensemble de circonstances diverses. Au premier rang de celles-ci, figurent précisément les conditions en question. Or — plusieurs des arrêts de justice récents en fournissent des exemples caractéristiques — l'exégète et le juge, dans de telles situations, ont non seulement le droit, mais le devoir, dans l'exploration méthodique des divers indices qui peuvent sur ce point, parfois obscur, apporter quelque lumière, d'attacher l'importance appropriée tant à la structure même du service qu'aux règles de son fonctionnement (6).

(1) Cf. L'HUILLIER, *loc. cit.*, p. 120, note 9.

(2) Cf. DE LAUBADÈRE, *R.D.P.*, 1952, p. 1115.

(3) Cf. CONCLUSIONS LAURENT sous C. E. 16 nov. 1956 (D. 1956, VII, 1959).

(4) Cf. DE CORAIL, p. 58.

(5) Sur l'application de cette idée, voir notamment la décision *Effimieff*, du Tribunal des conflits, dont il sera question ci-dessous.

V

Entrent donc seuls dans le cadre de la définition, à titre d'éléments nécessaires mais suffisants, les quatre premiers éléments ci-dessus étudiés, à savoir : la notion d'activité exercée en vue d'un intérêt public, la prise en charge par une autorité, l'existence d'un régime spécial et la volonté du créateur du service que ce régime soit celui du service public. Le contenu de ce régime devra d'ailleurs être nettement précisé. Mais la démonstration doit être faite au préalable que c'est bien dans une telle définition que, dans des occasions retentissantes, la jurisprudence la plus récente a cherché et — on peut l'affirmer — trouvé les assises solides de notre droit moderne.

§ 2. Définition à retenir

I

Dans ses conclusions sur une affaire qui, après plus de vingt ans, n'a pas encore épuisé ses conséquences (1), le Commissaire du Gouvernement avait déjà donné du service public une définition qui, malgré sa relative ancienneté, ne paraît pas avoir subi l'atteinte de l'âge. « Le service public, déclarait-il (2), c'est celui dont l'exécution régulière est réputée par le législateur présenter, pour l'utilité publique, un intérêt assez important pour être assurée par l'ensemble des procédures du droit public, du moins par l'ensemble de celles que demande le but assigné à ce service, réserve qui explique que, par exemple, les services industriels ne soient pas munis de la totalité de ces prérogatives. » Peut-être les innombrables juristes qui se sont mis en quête d'une définition du service public et déplorent de n'avoir, de leur propre aveu, guère rencontré que le vide, eussent-ils pu trouver dans ces indications les quelques éléments indispensables. Car, dès cette époque, était ainsi tracée la configuration de la notion, sous une forme qui la rendait apte à toutes les adaptations nécessaires.

Ainsi que la démonstration vient d'en être faite, aucun des éléments ainsi dégagés ne peut en effet être tenu pour indifférent. Et l'on ne voit pas qu'il convienne d'en ajouter nul autre. Toutefois, dans les composantes d'une définition, il est assez rare que toutes soient dotées de la même importance. Et il n'en est manifestement pas ainsi dans le cas présent, où l'un des éléments se signale entre tous par son intérêt tout particulier, sinon prédominant. Sans doute la règle de l'intervention de l'autorité compétente pour décider de la création du service public présente-t-elle une utilité majeure, en écartant l'objection, maintes fois faite à tort à la notion, d'être exagérément extensive, en tant que, si cette réserve n'était pas faite, il n'est pas d'intérêt public qui ne justifiait l'existence d'un service public. Mais, ainsi que l'a parfaitement discerné l'un des maîtres les plus écoutés de notre droit (3), il ne suffit pas, pour que la notion soit placée dans son véritable cadre, que l'autorité dont s'agit ait soumis l'activité en question à un régime de droit public; il faut encore — et c'est ce dernier point qui, comme souvent le premier, est resté trop fréquemment inaperçu — qu'ait été posée fermement la règle, vraiment décisive, que ce régime n'est alors applicable (4) que dans la mesure nécessaire pour atteindre le but assigné

(1) *Ets Vezia* (R.D.P., 1936, p. 134).

(2) Conclusions LATOURNERIE. Il va de soi qu'il s'agissait là du service public au sens « fonctionnel ». Dans une étude publiée par la *Revue de droit public* de janvier-mars 1945 (LATOURNERIE, De la faute et du risque à propos des dommages causés par les travaux publics), était proposée une définition analogue, assortie de quelques précisions complémentaires, de la notion du service public, dans le même sens. Il s'y ajoutait une définition du service public, dans le sens institutionnel.

(3) M. WALINE, après avoir (préf. au J. C., p. 10) rappelé cette définition, signale notamment comme présentant « une importance capitale » la dernière partie de celle-ci, celle même qui est plus spécialement commentée ci-dessus.

(4) Voir en ce sens (D. 1939, III, 65) les conclusions du même Commissaire du Gouvernement dans une autre affaire (*Caisse primaire Aide et Protection*). Dans chaque service public, « le régime de droit public ne cède, y est-il dit, à celui du droit privé que dans la mesure où celui-ci n'est pas contraire à l'objet même du service ou est même en rapport avec celui-ci ».

au service (1). Cette idée de la corrélation entre l'étendue des exigences de ce but et l'importance de la dose de droit public incluse dans le régime du service rend pleinement raison non seulement des décisions concernant les services industriels et commerciaux, auxquels ces conclusions mêmes font allusion, mais aussi des arrêts qui sont depuis intervenus à propos de services de types nouveaux. Cet élément de définition offre ainsi à la jurisprudence une base solide pour donner, dans chaque cas ou ensemble de cas, par catégories de services, la formule de cet alliage de droit public et de droit privé qui caractérise le droit moderne.

II

Il résulte de ce qui vient d'être dit que, si l'objet de l'activité administrative fournit les plus précieuses indications sur le caractère de cette activité, il n'est légitime, en chaque cas ou ensemble de cas, d'en déduire sa nature qu'en incorporant cet objet dans la conjoncture de fait et dans le contexte psychologique où il prend son véritable sens. Qu'il s'agisse de son aspect fonctionnel ou de son aspect institutionnel — car, de ce point de vue comme de beaucoup d'autres, ces deux aspects sont indissociables — le service ne se présentera donc pas comme un agrégat de situations plus ou moins étroitement liées par des rapports plus ou moins occasionnels, mais comme un ensemble cohérent et logiquement articulé, forgé pour les besoins qu'il doit satisfaire et même, à certains égards, par ces besoins. Ce sont ceux-ci en effet qui, dans le cadre et sur le fondement des textes relatifs à la matière, groupent, pour leur satisfaction, l'ensemble des moyens strictement nécessaires et prescrivent les règles et les bornes de leur mise en œuvre. On est loin, dans cette perspective, de cet amalgame, sinon de ce chaos, ou tout au moins, de cette limaille de situations où se réduirait notre droit si on l'abandonnait à certain critère ou de ce simple enregistrement d'une série de *sic jubeo*, ne pouvant trouver leur justification que dans un crédit illimité et à peu près aveugle accordé à la puissance publique, où se confinerait le même droit s'il subissait la loi de celle-ci sans un contrôle automatique et suffisant.

§ 3. Portée d'une telle définition

I

Il n'existe d'ailleurs nulle part, dans le domaine du droit — et en un tel secteur moins que dans tout autre — sauf de peu nombreuses exceptions, qui tendent de plus en plus à se raréfier, de moyen providentiel ou miraculeux d'enfermer dans une définition la clef de toutes les difficultés et de retirer par là pratiquement toute raison d'être à la mission du juge. Une définition a rempli son office quand elle trace nettement la voie où celui-ci, en cas de litige, sera sûr de trouver la solution. En une matière telle que celle dont il est traité et dont la difficulté tient moins d'ailleurs à la méthode employée qu'à la nature même des choses, ce serait donc, pour une notion, et même la plus adéquate, faire preuve d'une présomption injustifiée que d'avoir la prétention de fournir, dans les hypothèses les plus variées, une réponse immédiate et irréfutable à toutes les questions en rapport avec la formule qui la caractérise. Il suffit à la justification de la notion que, par cette formule même, elle soit apte — et elle est la seule à le faire — à fournir une base solide aux décisions jurisprudentielles qui, par la double démarche du raisonnement, auront à fixer, dans chaque espèce ou groupe d'espèces, la proportion des deux éléments et le mode de

(1) L'originalité et l'intérêt majeurs de cet élément de définition résident — est-il besoin de le souligner? — dans le fait qu'il opère de lui-même, sans aucune intervention de l'autorité législative ou réglementaire. La décision de celle-ci — qu'elle soit expresse ou implicite — n'est en effet strictement requise que pour la création du service public, c'est-à-dire pour l'appréciation que l'intérêt public à satisfaire réclame l'institution d'un tel service. Une fois cette décision prise, elle déroule d'elle-même ses conséquences, même dans le silence des textes, par une déduction qui a sa base dans le rapport du but et de l'objet.

leur combinaison, ainsi que, plus généralement les règles applicables. Les réserves qui viennent d'être faites ne retirent donc rien à la notion envisagée de son mérite, qui — on peut l'avancer dès à présent, sauf à en achever la démonstration — la rendent, à tous égards, irremplaçable.

Nos plus hautes juridictions ne s'y sont du reste pas trompées, quand, par une série d'arrêts de principe, elles se sont décidées à lever toutes les incertitudes sur les motifs qui, en ce domaine, dictent leurs décisions. Nul doute en effet que ces arrêts, qui ont donné à notre notion, demeurée jusque-là quelque peu amorphe, cette précision dans les traits dont elle avait le plus urgent besoin, ne s'inscrivent pleinement et expressément — la démonstration en sera bientôt faite — dans le cadre de cette définition. Il est, dans ces conditions, quelque peu paradoxal que ces arrêts, dont l'importance cependant n'a échappé qu'à peu de juristes et par lesquels ces juridictions se sont délibérément décidées, pour répondre aux vœux de la doctrine, à entrer dans une voie dotée d'un peu plus de lumière que ses cheminements antérieurs, aient, dans un grand nombre de cas, reçu une interprétation qui laissait dans l'ombre l'essentiel de leur inspiration. Il y a pourtant les plus sérieuses raisons de penser qu'à travers les événements, quelquefois tragiques, qui, sans interrompre le cours de la justice, ont accéléré son évolution, la jurisprudence, dans ces occasions, n'a rien fait d'autre que de mettre en acte, en en tirant les conséquences nécessaires, le schéma qui avait été tracé dès les premiers signes précurseurs de ces événements.

II

La voie où ces hautes juridictions se sont ainsi nettement engagées les conduit-elles à une impasse, comme d'aucuns l'ont prétendu ? Rien n'autorise, semble-t-il, à le prétendre. La succincte mais nette définition donnée par les plus importants de ces arrêts s'est accompagnée en effet sinon d'innovations, du moins de précisions jurisprudentielles qui montrent que cette définition n'a pas la vanité de la théorie pure, mais combinée avec d'autres idées en corrélation avec elle, développe pleinement des conséquences qui ne semblent pas impropres à atténuer, sinon à supprimer les ombres plus ou moins épaisses qui enveloppaient, récemment encore, certains secteurs capitaux de notre droit. Il ne sera donc pas hors de propos de marquer, à cette occasion, la place que la notion litigieuse occupe dans notre droit public. La détermination de cette place aidera à celle de son rang et, par là même, de sa valeur. Mais, au préalable, des précisions doivent encore être apportées, d'une part, sur l'appui décisif que ces arrêts ont donné à la définition envisagée (aussi bien ces mêmes arrêts n'apportent-ils pas moins de lumière sur les zones où la notion de service public remplit une fonction où aucune autre ne peut la suppléer); d'autre part, sur la notion même de ce régime de service public qui constitue l'un des éléments, et non le moindre, de la définition de la notion.

§ 4. Sanction donnée par la jurisprudence récente à la définition proposée

Il était ordinaire, depuis longtemps, de rencontrer dans les arrêts, sur le sujet ici traité, la référence parfois fort nette à certains des éléments de définition qui viennent d'être dégagés. Il en est ainsi, en particulier, depuis le vénérable arrêt Thérond, à propos de la notion de but d'intérêt public (1), que maintes décisions spécifiaient, plus ou moins succinctement (2), quant à la nature des besoins à satisfaire.

L'apparition de plus en plus fréquente dans les décisions des termes de « mission » (3) ou de « mission de service public » (4), qui tendent à devenir habituels, n'ont pas seulement, à cet égard, un

(1) Voir en particulier, sur ce point, T. C., 1697, 23 nov. 1959, et C. E. MOLLET, 17 fév. 1942; SIMÉON, 17 fév. 1956; 21.881, 4 oct. 1957.

(2) Parmi les décisions les plus expressément motivées, nous citerons notamment : LEONI, 21 nov. 1944 et 39.532 et 39.793, 23 janv. 1959.

(3) Voir notamment 14 à 17, 4 oct. 1955; 1913, 17 juil. 1950; 31.903 et 31.904, 8 oct. 1958; 33.673 et 33.674, 12 avril 1957.

(4) Voir notamment 23.754, 12 avr. 1957; 1.519, 4 déc. 1959; 94.333 et 94.334, 2 janv. 1959.

intérêt purement terminologique (1). Mais nul, en tout cas, ne peut maintenant méconnaître l'importance nettement exceptionnelle de la décision *Effimieff*, rendue, le 28 mars 1955, par le Tribunal des conflits (2), qui a ouvert la voie à une jurisprudence du Conseil d'État, non moins capitale, sur laquelle nous aurons à revenir. Cette importance tient à ce que, pour la première fois, sont indiqués dans un arrêt, avec une extrême précision, l'ensemble des éléments caractéristiques auxquels se reconnaît le service public : intention du législateur, inférée de diverses circonstances, de confier aux organismes en cause « une mission de service public » nettement spécifiée, référence à des fins d'intérêt national non moins clairement indiquées, applicabilité d'un régime spécial, portant, « qu'il s'agisse des prérogatives de puissance publique » dérivant de cette mission ou « des sujétions qu'elle entraîne », sur « l'ensemble des règles de droit correspondant à cette mission », on retrouve là, traits pour traits, l'identité même de la notion dont le signalement exact a été tout à l'heure donné. Toute erreur sur cette identité devient maintenant inexcusable, au moins pour ceux qui font profession de tenir de telles décisions, manifestement élaborées comme décisions de principe, pour l'une des sources principales de notre droit.

SECTION III

DU RÉGIME JURIDIQUE DU SERVICE PUBLIC

§ 1^{er}. *Imperfection des conceptions actuelles de ce régime*

I

Les imperfections ou même les tares rencontrées jusqu'à présent dans les définitions proposées du service public devaient inéluctablement avoir de regrettables conséquences sur la plupart des exposés présentés sur le régime juridique de ce service. On ne sera donc pas surpris de trouver dans la plupart d'entre eux, même les meilleurs, des lacunes, sinon des erreurs, qui, dans la situation actuelle, n'eussent d'ailleurs pu qu'être difficilement évitées. Hormis quelques rares exceptions, les auteurs se bornent, sur ce point (3), à se référer à certains principes, qu'ils présentent, pour la plupart, comme spéciaux aux services publics et dont les plus souvent cités sont, outre le principe de légalité, qui gouverne tout notre droit public, le principe de la continuité et celui de la mutabilité. Il n'est pas sans exemple qu'on y ajoute en vrac toute une série de principes, plus ou moins arbitrairement rassemblés (4). Il est, dans ce dernier cas, suppléé par la masse à la qualité de la doctrine. On retrouve donc, à cet étage, la confusion ou l'obscurité qui ne régnaient que trop dans la définition. Aussi bien y étaient-elles impliquées.

(1) Elle fait apparaître, en effet, l'intention de nos plus hautes juridictions de souligner l'importance capitale du but dans l'élaboration de la notion, non moins que dans sa mise en œuvre. A cet égard, l'arrêt *Naliato*, rendu par le Tribunal des conflits le 22 janv. 1955 (*Lebon*, 614) n'est pas moins significatif, par la formule qu'il emploie : « Le but d'intérêt social que visent l'État et les collectivités publiques en organisant des colonies de vacances imprime, y est-il dit, à cette organisation le caractère de service public ». Le silence gardé par l'arrêt sur les autres éléments de décision et d'où le Tribunal des conflits devait sortir quelques semaines plus tard ne saurait être interprété comme impliquant l'absence d'intérêt des autres éléments.

Signalons incidemment que, par métonymie, le terme de « mission », ainsi d'ailleurs que celui de « service », s'applique au sens institutionnel de la notion, non moins qu'à son sens fonctionnel. Cette identité de termes met en évidence la parenté étroite des deux sens.

(2) Voir *Rec.*, p. 617.

(3) Dans son *Précis*, cependant si dense et riche de substance, M. RIVERO enseigne (p. 410) qu'« au total, la seule formule générale touchant ce régime » est la suivante : dire qu'on est en présence d'un service public, c'est admettre que le régime de l'activité considérée relève, au moins pour partie, du droit public. Mais, sur l'importance des règles de droit public, dans l'ensemble du régime, la qualification de service public n'offre aucune précision. Le procédé du service public ne définit donc pas aujourd'hui un régime juridique précis ». Sans verser dans un tel pessimisme, M. DE LAUBADÈRE lui-même ne trouve pas dans la définition du service public retenue par lui toutes les ressources nécessaires pour donner du régime en question une idée complètement adéquate.

(4) Principes — ou prétendus principes — de détention de prérogatives de puissance publique, de contrôle administratif, de « désintéressement », de spécialité, « de répartition des compétences », de finalité, de subordination, de « sauvegarde des libertés ». Et cette liste n'est sans doute pas exhaustive.

II

Ces erreurs disparaissent et ces vides se combleront dès que l'on se place au point exact de perspective d'où le sujet est tout entier dominé, c'est-à-dire en cet observatoire qu'offre aux juristes la définition consacrée par les arrêts. De ce point de vue, on aperçoit nettement que la quasi totalité des principes que l'on présente comme propres à cette matière ont, en réalité, un champ d'application beaucoup plus large, et, d'autre part, qu'on dote ceux qui concernent plus spécialement la matière d'un absolutisme qui, en réalité, n'est pas dans leur nature. Cette affirmation se passe de démonstration pour des principes tels que celui de l'égalité, ainsi que ceux de la spécialité et de la finalité, dont la parenté a déjà été signalée. Mais il en va aussi de même pour des principes à qui, à première vue, on serait tenté de reconnaître un caractère spécifique, tels que ceux de la mutabilité ou de la continuité. Il entre en effet indéniablement à la fois dans les pouvoirs et les devoirs de l'autorité publique, même agissant en dehors du domaine de l'ensemble des services publics, d'assurer le maintien des conditions de la vie nationale, en apportant, le cas échéant, à toutes les institutions, quelles qu'elles soient, les transformations nécessaires et, par là même, ainsi qu'en cas de besoin, par toute autre mesure, de garantir la permanence de ces conditions. La doctrine jusqu'à présent régnante attribue donc à ces principes, sinon quant à leur application à notre domaine, du moins quant à leur spécification, un caractère dont ils sont dépourvus. Et, en sens inverse, reste dans l'ombre le seul principe qui puisse donner à l'ensemble de ce secteur de notre droit sa véritable physionomie, à savoir le principe, ci-dessus dégagé, de l'adéquation, de la proportionnalité des moyens aux fins (1). A la vérité, ce principe lui-même a une extension qui, en un sens, peut être réputée déborder le secteur des services publics. Mais il s'y manifeste si intensément et avec une telle fréquence, il constitue à un tel point l'armature même et l'essence de ces services que l'on peut légitimement le regarder comme se trouvant là dans son domaine d'élection. Or le propre de ce principe fondamental est que tous les autres, plus ou moins, s'y rattachent et s'y concentrent ou, quand ils entrent en rapport et quelquefois en conflit avec lui, trouvent en lui une composante qui leur imprime un caractère tout particulier. On aperçoit alors, pour ne citer que cet exemple, qu'attribuer, en un tel domaine, au principe de continuité une universalité absolue et une totale rigueur d'application, c'est lui prêter gratuitement un caractère qu'il ne peut avoir ici. N'existe-t-il pas, en effet, des services par nature discontinus et quelquefois simplement occasionnels ? Et l'évolution des mœurs et des idées ne conduit-elle pas parfois, comme une jurisprudence célèbre en fournit la preuve, à tolérer ou même à admettre des interruptions dont la seule éventualité, quelques décades ou même quelques années seulement auparavant, faisait figure de scandale (2) ? Nul ne sera donc en droit de s'étonner et *a fortiori* de tirer parti contre la théorie du service

(1) L'importance visiblement insigne de ce principe le range indéniablement parmi les principes généraux de notre droit, à côté notamment de celui de la primauté de l'intérêt public, auquel il apporte, dans nombre de cas, les tempéraments indispensables. Les solutions sont ainsi fournies, dans le domaine dont il est traité, par une composition de principes, où chacun joue le rôle approprié à sa nature et doté de l'importance qui y correspond. La notion de service public, bâtie sur la combinaison de tels principes, n'a donc pas seulement une valeur technique; elle rassemble dans son cadre d'essentielles règles de droit. Si le propre des principes généraux est, comme l'estime à bon droit M. JEANNEAU (p. 252), de répondre à des exigences fondamentales, il n'en est aucun d'ailleurs qui aient de meilleurs titres à cette qualité que cette notion, sur les deux plans, ici indissociables, de la technique et du fond du droit.

(2) Ce n'est donc pas fournir un argument sérieux contre la théorie du service public que de tirer argument contre elle — comme on ne le fait pourtant que trop souvent — précisément de telles interruptions. Cet argument part en effet d'une fausse conception du principe de la continuité. M. JEANNEAU (*op. cit.*, p. 187) est bien plus près de la vérité quand il cherche et d'ailleurs trouve l'origine de la jurisprudence *Dehaene* et l'explication de cet inflexionnement du principe de continuité dans le changement des circonstances et la nécessité, pour la jurisprudence, d'exercer, avec la prudence requise, une « incessante adaptation des principes aux mouvements du réel ». C'est par de tels ajustements, à la fois mûris et mesurés, que les « continuités » nécessaires ont quelque chance d'être garanties. « Que subsiste-t-il aujourd'hui, se demande M. RIVERO (*in : La distinction...*, p. 155), avec une anxiété bien compréhensible, du principe de continuité, même dans son champ traditionnel ? » Il en reste sa forme vivante, ajustée aux données de notre temps.

Traitant, dans son ouvrage, dès à présent classique, sur les contrats administratifs, des pouvoirs de modification reconnus en ce domaine, à l'Administration et en cherchant la justification, M. DE LAUBADÈRE (II, p. 335; cf. III, p. 157), au terme d'une analyse irréfutable, parvient, à cet égard, à cette conclusion, à laquelle on ne peut que souscrire, que cette justification ne se trouve que dans « les exigences des services publics et les changements survenus dans ces exigences, dans les besoins du service

public (1) du fait que tel ou tel principe ne peut recevoir, dans tel ou tel service public, qu'une application incomplète ou même est exclu de son régime. L'applicabilité de chaque principe à chaque service dépend en effet du but assigné à celui-ci et de l'objet de son activité. Si relativiste qu'elle soit, dans le sens acceptable de ce terme et sans doute dans son meilleur sens, cette théorie ne pourrait être d'ailleurs sans injustice, en tout cas sans inexactitude, présentée comme un danger ni pour la sécurité juridique, ni pour la certitude des notions de droit. Car elle a précisément pour effet de donner, dans chaque cas, aux règles juridiques le contenu précis de ce que demande l'intérêt public, concilié avec les autres intérêts avec lesquels la situation le confronte. Il est dans la nature des principes (2) de suivre, dans la mesure et avec les précautions requises, l'évolution même du milieu qu'ils régissent. Et l'extension progressive qui a été, par exemple, donnée, par de telles méthodes, à la règle de l'égalité en fournit un exemple typique. Il est de même de leur essence, dans un cas tel que celui du service public, de se modeler sur les exigences du service particulier qu'il va régir (3). Or il n'est pas de méthode plus légitime d'élaborer un principe général (4) que de le tirer précisément « de l'essence de l'institution » envisagée, pour ne pas dire de la nature des choses.

§ 2. Contenu effectif du régime de la notion de service public

Ce serait dépasser démesurément, dans ces conditions, le cadre de la présente étude que de prétendre envisager, même d'une manière sommaire, fût-ce les plus importantes des conséquences de telles constatations. L'essentiel est dit quand on a posé l'ensemble de ce corps de règles où se condense, par l'opération indiquée, le contenu de ce régime, à savoir : que le couple pouvoir-devoir caractérise l'activité administrative; qu'elle est gouvernée, dans chaque cas, par le but à atteindre; que chaque activité particulière caractérisée par le terme de service public et, le plus souvent ou du moins très fréquemment, dotée de l'institution correspondante se réduit à l'attribution et à l'exercice des pouvoirs et des devoirs correspondant au but assigné à cette activité par l'autorité compétente; qu'en l'absence de prescription donnant la mesure de ces pouvoirs et de ces devoirs, ceux-ci se règlent exactement sur ceux qui sont indispensables pour atteindre les fins visées; que les pouvoirs ainsi attribués aux autorités compétentes doivent d'ailleurs, en chaque cas, se concilier avec les droits qu'elles rencontrent dans leur champ d'action, ainsi qu'avec l'ensemble des autres principes qui reçoivent concurremment application. La démonstration va d'ailleurs être faite que cet ensemble de règles n'a nullement le caractère d'une construction purement théorique, mais est bien la seule qui rende raison de l'ensemble des solutions de

(Suite de la note 2 de la page précédente).

ou les besoins du public lui-même ». Un tel pouvoir dès lors « n'apparaît pas comme une simple manifestation des prérogatives de droit public dont l'Administration dispose en général, comme une pure apparition de la puissance publique dans ce contrat, mais comme une illustration du rôle que joue la notion de service public dans les contrats administratifs et de l'originalité que cette notion imprime à la théorie de ces contrats ». M. DE LAUBADÈRE en tire d'ailleurs (II, p. 336) cette conséquence capitale qu'un tel pouvoir « ne doit pas avoir la même portée d'application dans tous les types de contrats administratifs, parce que tous les types de contrats administratifs n'impliquent pas le même degré de participation du cocontractant au service public ». De telles constatations projettent une pleine lumière sur l'importance décisive de la corrélation entre les pouvoirs et devoirs de l'autorité et l'objet de ses actes, en corrélation avec leurs motifs et le but du service public.

(1) Voir, toutefois, DE CORAIL, p. 226.

(2) Voir notamment, sur ce point, JEANNEAU, *op. cit.*, p. 16 et s.

(3) Une telle relativité peut seule donner satisfaction à des nécessités du type de celles que signale M. DELION (*op. cit.*, p. 37), à propos de l'application aux entreprises publiques du principe de spécialité. Il fait, en effet, remarquer que la spécialité, conçue comme elle l'est dans les services administratifs, « est inapplicable à l'entreprise publique. Celle qu'elle doit respecter est originale, intermédiaire entre la spécialisation économique des entreprises privées et la spécialité juridique des établissements publics administratifs ». Et il préconise l'expression de « spécialité économique », qui « symbolise, dit-il, la notion même d'entreprise publique, dans son double caractère de patrimoine public et d'organisme économique ». Cet auteur rejoint ainsi M. DE LAUBADÈRE, qui, dans son cours de 1956-1957, est arrivé (p. 235) à des constatations analogues.

(4) Voir sur ce point, M. JEANNEAU, *op. cit.*

notre droit administratif. Qu'il s'agisse de l'organisation ou du fonctionnement des services publics, il n'est pas en effet une seule des particularités de sa structure ou de sa gestion, depuis l'abondante jurisprudence (1) qui interdit d'exclure les femmes d'aucune fonction publique, hormis le cas où cette solution est exigée par une nécessité de service, et non pas de quelque service que ce soit, mais du service dont il est question, envisagé dans son caractère propre et dans ses sujétions particulières, jusqu'à l'appréciation, non moins particulière, faite par le juge, en matière de responsabilité, suivant des règles ajustées, ici encore, dans chaque cas, à la nature plus ou moins spéciale du service. A quels points de vue en effet le juge se place-t-il pour apprécier la responsabilité d'un service ? Il envisage d'abord sa mission ; puis il la confronte, d'une part, avec les nécessités ou les utilités auxquelles le service est tenu de pourvoir, d'autre part, avec les moyens de tous genres dont il dispose. Il dégage de cette confrontation la notion de fonctionnement normal et recherche alors, dans le cas litigieux, si le service ne s'est pas écarté des règles d'un tel fonctionnement. Les difficultés que, pour des raisons diverses, certains services ou certaines des opérations de tel ou tel service rencontrent dans l'accomplissement de leur mission sont prises, comme on sait, en considération, sous la forme d'une graduation de l'importance de la faute. Aux yeux de tout juriste — et c'est heureusement le cas général — qui a « l'irréalisme » en aversion, existe-t-il une notion qui puisse, sans régression de notre droit, suppléer, en une telle fonction, comme en n'importe quelle autre, la notion de service public (2) ? Si l'on s'écarte de ces controverses trop souvent vaines, parce que théoriques, entre le but et les moyens qui rappellent fâcheusement, à certains égards, les antiques débats scolastiques entre des entités érigées en faits (3), on ne peut que s'incliner devant cette évidence que le but d'intérêt public, sous les formes particulières qu'il revêt dans chaque type d'activité, ne constitue pas seulement le pôle qui aimante l'action du service public correspondant, mais qu'il donne aussi à ce service sa structure même et la loi de son fonctionnement. Qu'on le veuille

(1) Voir notamment l'arrêt *Ville de Strasbourg*, du 11 mars 1960, qui déclare illégal un règlement subordonnant l'accès des femmes à certains emplois publics à une « condition étrangère aux nécessités particulières pouvant résulter de la nature » de ces fonctions ou « des conditions de leur exercice ».

Cf. la décision *Chambre syndicale des médecins de la Seine*, du 19 fév. 1960 (*R.D.P.*, 1960, p. 861), qui, après avoir rappelé « que les médecins attachés aux établissements publics hospitaliers ne peuvent, en principe, sans détourner de son objet l'activité du service public, réclamer directement des honoraires aux malades usagers de ce service », admet « qu'il peut toutefois être exceptionnellement dérogé à cette règle dans l'intérêt du service public, en vue de répondre aux exigences de son bon fonctionnement et de son développement normal » ; et l'arrêt 20.684 du 28 janv. 1955, qui, après avoir posé le principe que, « dans les établissements hospitaliers, les autorités préposées à la gestion de ces établissements sont tenues de prendre les mesures indispensables pour permettre aux pensionnaires de ceux-ci de vaquer, dans l'enceinte même de ces établissements, aux pratiques de leur culte, lorsqu'en raison de leur état de santé ou des prescriptions des règlements en vigueur, ils sont hors d'état de sortir, spécifie « que cette obligation doit se concilier tant avec les exigences du service hospitalier qu'avec les possibilités dont celui-ci dispose ».

Voir aussi (C. H. VIGNES, *R.D.P.*, 1960, p. 784) la jurisprudence qui règle l'étendue des pouvoirs de substitution sur la nature de l'intérêt public auquel ils doivent pourvoir.

(2) Parmi les arrêts qui mettent en relief, avec une éclatante évidence, cette capitale fonction de la notion examinée, nous citerons encore, outre (voir *supra*, p. 109) la jurisprudence concernant les cimetières, l'arrêt *Société Le Béton*, qui se fonde notamment sur le fait « qu'il est dans la nature même » du service qui a donné lieu à cette affaire de n'atteindre son but que par des actes de jouissance privative sur le domaine public.

L'opinion a été exprimée (EISENMANN, *op. cit.*, p. 68) que la théorie du service public exprime une tendance à porter à ses limites extrêmes le domaine du régime spécial au droit public. Rien de tel, dans la jurisprudence, ne paraît cependant autoriser cette affirmation. Celle-ci, est, au contraire, soucieuse de ne faire intervenir la prérogative que dans les cas où, ainsi qu'il va être indiqué, elle ne pourrait être écartée sans danger pour le service public.

(3) Dans une note dont le ton et déjà le titre même (« Une jurisprudence *ad hoc* sur la notion de travail public et du rôle des mythes en droit administratif ») s'écartent singulièrement de la sérénité heureusement habituelle des débats purement scientifiques (LIET-VEAUX, *Rev. Adm.*, 1955, p. 285), l'auteur a cru pouvoir, à propos d'une décision déjà célèbre rendue par le Tribunal des conflits (il s'agit de l'affaire *Effmieff*), discerner dans la jurisprudence de notre plus haute juridiction l'inquiétante apparition d'au moins un « mythe », à savoir celui que « l'intérêt public se mesure à la dose d'intervention de la puissance publique ». Il est difficile de se méprendre plus complètement sur la portée véritable d'un arrêt. Si l'auteur se fût fait la moindre idée de la doctrine du juge des conflits, il eût aisément aperçu que le principe en vigueur se trouve exactement aux antipodes. On croit d'ailleurs pouvoir le rassurer, dans sa peur excessive des fantômes. Peut-être leur arrive-t-il de hanter certaines revues de jurisprudence. Mais, autant que l'on puisse en juger par certaines expériences personnelles, ils n'ont pas coutume de fréquenter celui au moins des Palais nationaux où siège cette juridiction.

ou non, il existe dans le but, sous les formes et dans les limites ci-dessus précisées, une vertu plastique et édicatrice, en même temps que régulatrice et tutélaire, qui lui assigne une fonction éminente, où il est indéniablement irremplaçable, non moins que la notion de service public, tout entière marquée de son empreinte.

Nos juristes ont coutume de dire — et rien n'est plus exact — que notre droit administratif est un droit de prérogatives et un droit d'inégalité. Mais une telle affirmation n'échappe de tous points à l'équivoque et même, à certains égards, à la critique que lorsqu'elle se complète du constat, non moins important, qu'il n'est revêtu de ce caractère que parce qu'il est en même temps, ou plutôt d'abord un droit d'utilité publique et même, fréquemment, un droit de nécessité. Et il importe essentiellement que ce dernier constat ne demeure pas sans effets, mais introduise, par la voie indiquée — la seule qui soit praticable — l'ensemble de ses conséquences dans ce même droit. Sur ce point, les idées de Duguit, pourvu qu'on les dépouille, à due concurrence, sinon de leur rigueur, du moins de leur raideur, mériteraient de conserver quelque audience. Par analogie avec la formule dont a fait usage l'arrêt *Le Béton*, il ne serait donc pas exagéré de dire qu'en vertu de sa définition, il est, au moins pour une large part, « dans la nature même » de la notion du service public de s'ordonner lui-même, par une sorte de logique et de nécessité internes, autour de ou plutôt en direction de l'objectif qui lui est assigné (1).

Parmi cette galerie des illustres et des notables qu'a ouverte, pour l'élite des arrêts de la jurisprudence administrative, l'ouvrage de MM. Long, Weil et Braibant, ceux-ci ont mis à juste titre à la cime, dans la meilleure place, une décision (2) où cet enchaînement d'idées qui forme le contenu véritable du régime de service public se traduit avec une netteté et une vigueur de traits rarement atteinte à un tel degré. Cet arrêt a trouvé un interprète de sa qualité, en la personne d'un commentateur qui en a lumineusement signalé la très vaste portée. Assorti d'une telle exégèse, il suffirait, à lui seul, à fournir la doctrine qui vient d'être esquissée. Définition par le législateur de la « mission » confiée à l'Ordre; idée qu'il a « entendu attribuer aux autorités de celui-ci l'ensemble des pouvoirs nécessaires à l'accomplissement de cette mission », « limite » qu'ils « trouvent dans les libertés individuelles qui appartiennent aux membres de l'Ordre comme à la généralité des citoyens », règle « que dès lors les sujétions imposées par lui à ses membres ne peuvent être tenues pour légales que dans le cas et dans la mesure où les restrictions qu'elles assignent à ces libertés dérivent nécessairement des obligations qui incombent à l'Ordre et des mesures qu'impliquent ces obligations », corollaire « que les règles impératives tracées à ses membres par le code des devoirs professionnels n'ont une base légale que lorsque les restrictions auxquelles elles soumettent les libertés individuelles des membres de l'Ordre ont un rapport direct avec les fins assignées à son activité et répondent, d'autre part, aux besoins de son fonctionnement normal », il n'est plus possible, après un tel arrêt, de commettre la moindre méprise sur ce que, désormais, au moins pour l'essentiel, il faut entendre par contenu du régime de service public. L'arrêt n'est pas moins explicite — ce point n'a pas échappé davantage à la perspicacité de son analyste — en ce qui concerne le rôle joué par le juge administratif dans l'élaboration de ce régime. En l'occurrence, celui-ci ne trouvait d'appui que dans des textes elliptiques qui ne pouvaient trouver leur vraie substance que dans des principes complémentaires issus tout entiers de l'œuvre jurisprudentielle. C'est en eux que le juge trouve le meilleur de son argumentation. Sans eux, c'est-à-dire sans le juge, une plaie béante ou du moins une lacune infiniment regrettable s'ouvrirait, sur un point actuellement sensible de notre droit administratif. Une telle circonstance devrait suffire à ouvrir les yeux des juristes, heureusement rares, qui croient, par instants, pouvoir discerner dans cet art discret de tirer d'un vide apparent une construction juridique harmonieuse une menace d'arbitraire, à la vérité plus ou moins tempérée, — même les plus timorés ne sont pas les derniers à le reconnaître — par l'esprit bien connu qui inspire de telles opérations. En réalité, dans de telles situations — et elles sont nombreuses, elles sont fréquemment les plus graves — une option s'ouvre pour le juge entre une réserve, sinon une abstention qui le conduirait à laisser dans

(1) Cf. à propos du domaine public, DE LAUBADÈRE, *R.D.P.*, 1950, p. 6.

(2) Il s'agit de l'arrêt *Compagnie de défense des libertés professionnelles des experts-comptables* du 29 juil. 1950 *L.W.B.*, p. 330; *Dr. soc.*, 1950, p. 391, note RIVERO. Cet arrêt est à rapprocher de l'arrêt *Bouguen* du 2 avril 1943, qui, à certains égards au moins, avait ouvert la voie en ce domaine.

les limbes des règles cependant indispensables, en attendant une intervention plus qu'hypothétique de la loi et du règlement, ou l'exercice serein par lui de la mission difficile de dire le droit informulé, sans autre ambition que de le servir (1). Quel appui trouverait-il, même dans sa conscience et dans son expérience, s'il était privé de la notion qui, sans lui dicter la solution, lui en balise au moins le chemin ?

§ 3. Part à faire dans le régime juridique de la notion à d'autres considérations

Quelque influence qu'ait la notion de but sur le contenu de ce régime, elle n'est pas seule d'ailleurs à le définir. Deux autres considérations doivent, entre autres, intervenir, à savoir celle de la nature de l'acte ou de la situation à envisager et celle de la qualité de la personne gérante du service. Nous n'avons pas le loisir d'entrer dans des détails à ce sujet. Il importe toutefois de signaler — les graves erreurs qui ont été commises, en cette occasion, par certains défenseurs d'un autre critère montrent la nécessité de cette précision — que la première de ces considérations ne peut, en aucun cas, prévaloir contre la volonté, expresse ou tacite, du créateur du service. Il est de règle en effet que celui-ci doit être organisé et fonctionner dans les conditions et dans l'esprit mêmes où l'autorité compétente l'a prévu. Ainsi s'explique l'anomalie apparente consistant dans le fait, maintes fois signalé, que des institutions telles que les hôpitaux ont le caractère de service public, bien qu'à beaucoup d'égards leur activité présente des analogies certaines avec les activités privées correspondantes. Sous cette réserve, il n'est pas douteux qu'il n'est pas interdit, le cas échéant, et qu'il est même souvent indispensable, pour se prononcer sur un point litigieux, d'envisager la nature intrinsèque de l'acte ou de la situation à caractériser, à la condition toutefois de ne jamais perdre de vue le cadre dans lequel ils s'insèrent et que pose précisément la notion de service public. Les auteurs qui, dans les nombreux arrêts qui ont fait état de la nature d'un acte ou d'une situation, ont cru pouvoir discerner la preuve d'un abandon inavoué de la notion de service public commettent donc une grave méprise sur sa véritable portée.

Quant à la considération de la qualité de la personne gérante, elle est rendue parfois indispensable par le fait, de notoriété publique, que la coïncidence à peu près complète ou du moins très ample qui s'est, quelque temps, maintenue entre cette qualité et la nature des questions à résoudre a été, depuis longtemps, rompue, dans les circonstances et pour les motifs qui ont été sommairement rappelés. Il en résulte que, dans certains cas, une personne privée est mise aux lieu et place d'une personne publique, tandis qu'en sens inverse, une telle personne se trouve, dans d'autres cas, pour des raisons que chacun connaît, dans une situation sensiblement équivalente à celle d'une personne privée. Il y a là indéniablement l'une des raisons qui rendent tout spécialement malaisé, au moins parfois, le tracé de la ligne de démarcation entre la juridiction administrative et l'autorité judiciaire. Nous ne disposons pas ici de l'espace nécessaire pour entrer dans l'examen de ces questions. Indiquons seulement qu'à deux au moins — les plus difficiles — de celles que posent les problèmes de compétence : existence et nature du service public, caractère de la situation litigieuse et qualité de la personne gérante, la notion examinée donne

(1) « On a beaucoup parlé, et non sans raison, écrit excellentement, à ce propos, M. RIVERO, de l'empirisme du juge administratif; a-t-on assez mis en relief le fait que cet empirisme est au service d'une doctrine? »... « Longtemps implicite, celle-ci, ajoute-t-il, tend aujourd'hui à se formuler. » La seule ambition de la présente étude serait pleinement satisfaite si, contrairement aux propos qui sévissent, depuis quelques années, dans la littérature juridique, la démonstration y était faite que, pour être discrètement présentée — et il faut bien reconnaître que, sur ce point, le juge a quelque peu péché par un excès de discrétion — sa manière de voir et d'agir, dans le domaine capital dont il est traité, mérite, à tous égards et pleinement, d'être qualifiée de doctrine. Et sans doute « la fonction capitale du juge administratif », telle qu'à la lumière de cet arrêt, elle apparaît à l'auteur de la note et où il croit pouvoir discerner, à côté de la tâche de « serviteur de la règle écrite », la mission, plus haute encore, d'« unificateur de toute la vie publique » autour de quelques grandes idées où celle-ci puisse trouver la cohésion, pourrait-elle alarmer, par son ampleur, notre juridiction administrative. Mais il lui suffit, en l'occurrence, sur le plan proprement technique, mais essentiel où elle opère, d'avoir consciencieusement forgé et non pas seulement à son usage un instrument apte à toutes les tâches, des plus humbles aux plus élevées.

à elle seule la réponse et que les autres ne peuvent être résolues que dans son cadre même, c'est-à-dire avec son concours (1).

§ 4. *De la double portée de la règle de la proportionnalité des moyens aux fins*

Ainsi c'est l'une des originalités des plus notables de cette règle de proportionnalité des moyens aux fins qui constitue l'essence même du but, élément de définition de la notion de service public et c'est aussi l'un de ses plus précieux attributs que de joindre à la vertu constructive qui se manifeste dans la définition même du service public une extrême efficacité dans la détermination du statut de ce service, lorsqu'il a été défini. Cette règle intervient donc en deux temps : en un premier, pour contribuer à la définition du service, en un second, pour achever l'élaboration de son statut, sur tous les points où il n'a pas sa source dans des dispositions législatives ou réglementaires. Il est d'ailleurs dans la nature même d'une telle règle, ainsi qu'il a été indiqué, de s'adapter quasi d'elle-même à l'infinie variété des cas. Il suffit que l'équation juridique à laquelle il a été fait allusion soit posée par le but assigné au service par son créateur pour qu'au vu des diverses circonstances et, au premier rang d'entre elles, de celles qui concernent les droits que le service trouve sur son chemin, celui-ci soit doté d'un régime qui est précisément constitué par la résolution de cette équation. Il en est ainsi tant pour le dosage des éléments de droit privé que comportera le service que pour toutes les autres pièces de son statut. Les exigences du but sont très loin en effet d'entraîner dans tous les cas la mise en œuvre des méthodes de droit public. Il est au contraire de notoriété publique — nous avons eu déjà l'occasion de le rappeler — que, dans des cas de plus en plus nombreux, les mêmes exigences conduisent à la réduction du secteur public à l'intérieur même du service. Et, d'autre part, en ce qui concerne non plus la proportion du droit privé que celui-ci va comporter, mais les problèmes posés par l'étendue des pouvoirs dont il sera muni, la règle de proportionnalité fournira encore le moyen universel de les résoudre.

Un exemple particulièrement net de ce second type d'action est fourni par la matière de la police, où cette règle de proportionnalité reçoit une application quasi quotidienne. En général d'ailleurs, la Faculté dénie (2) à la police le caractère de service public. Aucun des arguments présentés à l'appui de cette affirmation ne paraît cependant résister à l'examen. Il est (3) avancé que cette distinction tient au fait que la police « donne à l'activité privée son cadre et ses limites », tandis que, par le service public, « c'est la puissance publique qui se charge de procurer aux particuliers ce que l'activité privée est hors d'état de leur fournir », ce qui entraînerait cette conséquence que, « dans le premier cas, elle s'exerce principalement par voie de prescriptions générales ou individuelles », alors que, « dans le second », « elle prend la forme d'une gestion ». Mais il s'en faut que le domaine de la police soit le seul où l'activité publique opère par voie d'injonctions (4) ou de réglementations. Et, d'autre part, il n'est pas moins inexact (5) — ce point a déjà fait l'objet d'une remarque — que tous les services publics soient fournisseurs de prestations. En sens inverse, on notera qu'il est relativement fréquent que l'exercice de la police, au sens le plus habituel de ce terme, ne se limite pas à des injonctions, mais s'exprime par des mesures positives, des types les plus divers. Invoquera-t-on alors l'originalité du but, qui, de notoriété publique, consiste ici dans le maintien de l'ordre public, lequel se présente, dans l'opinion commune, sous ses trois espèces bien connues ? Notons, à ce propos, que, de l'aveu même de ces auteurs (6), le concept

(1) Il n'est pas douteux que l'introduction, du reste inévitable, de cette dernière considération dans le régime juridique de la notion n'est pas sans produire quelque altération dans la simplicité des solutions qui découlent de la logique interne de la règle de proportionnalité. Toutefois, l'élément de complexité qui a pénétré ainsi dans le régime ne dépasse guère, dans la plupart des cas, celui qui s'est constaté, dès longtemps, dans divers secteurs, tels que celui de la concession, où il n'a nullement mis obstacle à l'élaboration de solutions qui ont, le plus souvent, donné satisfaction à la théorie comme à la pratique.

(2) Voir notamment WALINE (*D. A.*, 7^e éd., p. 565 et s.); VEDEL (*D. A.*, I, p. 12 et s., et 141, II, p. 546; *E.D.C.E.*, 1954, p. 25, 38, 41 et 48); RIVERO (*D. A.*, p. 387) et DE LAUBADÈRE (*D. A.*, p. 519).

(3) Voir RIVERO, *loc. cit.*; cf. VEDEL, I, p. 15, cf. II, p. 546, et *E.D.C.E.*, 1954, p. 25.

(4) Il suffira de citer, à ce propos, l'un des modes fréquents d'intervention de l'autorité de tutelle.

(5) Nous citerons ici encore les opérations de tutelle, qui ont cependant indéniablement le caractère d'un service public.

(6) Voir VEDEL, II, p. 546; cf. RIVERO, p. 393 et s., et DE LAUBADÈRE, p. 522; *Adde* : SIORAT, *R.D.P.*, 1960, p. 470 et s., et spécialement p. 489 et s.

traditionnel de l'ordre public a quelque tendance à s'élargir, au moins dans les polices dites spéciales et qu'il a annexé déjà des considérations étrangères à sa nature originelle, notamment des considérations d'esthétique. Mais surtout, si l'ordre public se manifeste ici sous ses formes les plus fréquentes et quelquefois les plus urgentes, est-ce le seul secteur où il soit présent ? Pour ne prendre, ici encore, qu'un seul exemple, le service public de la défense nationale n'a-t-il pas précisément pour fonction (1) de garantir la sécurité publique à son degré le plus éminent ? Et, d'une manière plus générale, l'organisation adéquate et le bon fonctionnement des services publics n'apportent-ils pas au maintien de l'ordre public, ainsi que la jurisprudence a eu maintes occasions de le rappeler, une contribution décisive (2) ? Cherchera-t-on du côté de l'idée de prévention une justification meilleure ? Mais cette idée est-elle étrangère à nombre d'autres services publics, notamment, sans qu'il soit besoin de rappeler, ici encore, le cas type : celui de la défense nationale, dans le service des Ponts et Chaussées, dont tout le système de signalisation n'a pas d'autre objet ? Pas davantage la distinction n'a de chance de trouver un appui dans la gravité des atteintes portées par le fonctionnement de ce service aux libertés individuelles ou dans certaines particularités de son statut. Car, sur tous ces points, il ne peut s'agir, par comparaison avec les autres services publics, que d'une différence de degré et non d'une différence de nature. Et, par exemple, si l'on était tenté de faire état de la règle institutionnelle qui, sur certains points, apporte, pour les agents de ce service, à l'exercice de leurs libertés individuelles des limitations parfois étroites, ce serait oublier que des raisons analogues conduisent pour l'armée et, à certains égards, pour des services tels que la magistrature à des situations plus ou moins semblables. Il en est de même pour certaines règles de procédure, relatives en particulier à l'absence de préavis quand il s'agit de mesures de cette nature. Aussi bien le mot même de police, dans son acception primitive, c'est-à-dire dans son acception étymologique, met-il en évidence cette idée (3) que la police, quoiqu'elle soit, parmi les services publics, l'un de ceux dont l'originalité, du reste toute relative, est le plus aisément discernable, ne présente avec les autres, quels qu'ils soient, aucune différence essentielle. Ajoutons qu'il est reconnu par les tenants mêmes de la distinction que celle-ci, dans nombre de cas, pose des problèmes fort difficiles et qu'il est même (4) certaines hypothèses où les interventions de l'État « sont à mi-chemin entre le procédé de la police et celui du service public ». Si la notion de service public est apte à porter sans fléchir le poids de la construction de la police, comme elle sert d'assise déjà à nombre de services non moins importants, pourquoi ajouter ici dès lors à la complexité déjà trop grande, de notre droit ? La thèse de la distinction, qui n'est pas admise par certains auteurs (5), est du reste condamnée par la jurisprudence. Ce n'est pas d'hier, comme en témoigne la décision *Tomaso Greco* (6), à peu près contemporaine de la naissance de la notion. Et les arrêts récents ne sont pas moins nets (7). On peut donc affirmer que l'opinion examinée n'est pas conforme au droit positif (8). Et il n'y a pas de raison valable d'estimer que cet équilibre que la jurisp-

(1) Cf. Siorat, *loc. cit.*

(2) M. VEDEL (*D. A.*, II, p. 547 et *E.D.C.E.*, 1954, p. 25) le reconnaît d'ailleurs. L'on peut même dire, déclare-t-il, « que la police est le service public qui tend à satisfaire le besoin d'ordre ». « Mais alors, estime-t-il, c'est jouer sur les mots. » Car, pour la raison sus-indiquée — qui ne nous paraît pas valable — un tel service ne correspondrait pas à la nature véritable du service public. M. Vedel ne conteste du reste pas (voir *E.D.C.E.*, 1954, p. 41) qu'entre les deux notions dont il entend maintenir la distinction existe une « interdépendance » et qu'elles « se prêtent un mutuel appui ». En réalité, cette « interdépendance » a le caractère d'une identité, du point de vue au moins de la théorie générale du service public.

(3) Cf. WALINE, p. 565.

(4) Voir VEDEL (*E.D.C.E.*, 1954, p. 41).

(5) Voir notamment EISENMANN, *R.D.P.*, 1957, p. 973 et L'HUILLIER, *D.*, 1955, chr. XXII, p. 120, note 9.

(6) Voir LONG, WEIL et BRAIBANT, p. 55.

(7) Voir notamment 11 oct. 1957, conclusions KAHN, *R.D.P.*, 58.298 et s. et 31.976 et 37.078 du 23 mai 1958. L'arrêt *Mimouni*, du 12 avril 1957, est particulièrement explicite. On y lit « qu'une commune remplit une mission de service public lorsque, afin d'assurer la sécurité publique, elle exécute d'office, dans un immeuble menaçant ruine, des travaux ordonnés ».

(8) A certains des auteurs qui se sont prononcés en faveur de cette opinion (voir, en tout cas, M. VEDEL, *E.D.C.E.*, 1954, p. 25) celle-ci semble bien avoir été, pour partie au moins, inspirée par la prévention créée chez eux par les prétentions excessives prêtées, gratuitement d'ailleurs, à la notion de service public par certains des plus ardents de ses laudateurs. D'autre part, « le caractère secondaire assigné à l'activité de police par l'École du service public s'expliquerait par certains présupposés d'ordre philosophique ou sociologique ». Il va de soi que de telles considérations doivent être écartées du débat.

dence établit, en matière de police, entre les exigences de l'intérêt public, sous la forme particulière qu'il revêt en ce domaine, et les droits que ces exigences atteignent (1) ne doit pas se rechercher et s'établir, sinon dans les mêmes conjonctures, du moins suivant les mêmes méthodes que dans les autres secteurs de notre droit administratif.

§ 5. *Des rapports de la notion de service public, quant à son régime, avec celle de l'ordre public*

Une remarque importante est d'ailleurs à faire en ce qui concerne la première des deux hypothèses où la règle actuellement examinée trouve son application, c'est-à-dire en ce qui concerne l'usage éventuel des méthodes de droit privé. Parmi les données du problème à résoudre, figure, en ces cas, en effet une règle fondamentale, qui peut se ranger sous la rubrique des règles d'ordre public. Le propre de ces dernières règles, qu'elles soient ou non écrites, est qu'en raison de leur nature, certaines matières sont soustraites à la liberté d'appréciation ou de décision des personnes qu'elles concernent; et ce même dans le cas où celles-ci sont, d'une manière générale, investies de pouvoirs plus ou moins vastes (2). Ce principe a toujours reçu, en droit administratif comme en droit privé, les applications les plus diverses, notamment en ce qui concerne la compétence, matière où traditionnellement, en droit public, les autorités sont totalement dépourvues de la faculté de modifier en plus ou en moins, sous quelque forme que ce soit, les pouvoirs qui leur sont attribués. Cette règle vient d'être étendue, par une jurisprudence récente, à un domaine qui, jusqu'ici, lui était resté à peu près fermé. Il s'agit là de celle qui s'est ouverte par l'arrêt *Bertin*, qui est d'ailleurs, à cet égard, en relation directe avec la doctrine de la décision *Effimieff* et des divers arrêts du Conseil d'État qui ont entériné cette doctrine, ainsi qu'avec la jurisprudence concernant la définition du domaine public. Nul n'ignore qu'il résulte de ces décisions que, si, normalement, la personne publique dispose d'une assez grande latitude dans le choix de ses moyens d'action et a notamment, dans de nombreux cas, l'option entre les procédures de droit public et les procédures ordinaires, cette faculté lui est retirée dans les cas où son exercice pourrait créer une menace pour le service public intéressé. Les motifs de cette jurisprudence se laissent aisément deviner. Si l'intérêt public, en beaucoup de points, a cessé de se manifester sous les espèces et avec les attributs de la puissance publique, s'il se montre, dans un nombre de cas de plus en plus grand, dans l'attitude même des personnes privées, il renoncerait en effet à lui-même en abandonnant les positions-clefs, d'où, dans les circonstances vraiment majeures, et même en toutes circonstances, il est en état de dominer complètement la situation (3). Son ubiquité, l'extension sans cesse croissante de son champ d'action peuvent bien, sur nombre de points, souffrir ou même parfois exiger qu'il abdique, à l'occasion, au moins en apparence, dans une très large proportion, son originalité pourtant irréductible, en pratiquant une sorte de

(1) Notamment par la suppression du droit de grève dans les cadres de ce service et par l'interdiction faite aux autorités de confier son exécution à des personnes privées.

(2) Les termes d'ordre public ont, comme nul ne l'ignore (cf. *supra*, p. 129 et s.) une seconde acception. Ils désignent alors cet ensemble, plus ou moins spontané, de rapports de fait et de droit composant un certain équilibre dont l'altération, au delà d'un certain degré, constituerait, pour la paix sociale ou même pour la vie nationale, une menace trop grave pour être tolérée. En ce sens, la notion de l'ordre public se réfère à la nécessité du maintien des conditions fondamentales de la vie sociale.

Les deux sens se rejoignent et se confondent dans l'idée d'impératifs suprêmes s'imposant tant aux particuliers qu'à l'autorité publique elle-même, au nom des exigences supérieures de la vie en société, telles qu'elles sont conçues en un temps et en un lieu donnés, et créant, suivant les cas, aux particuliers ou à l'autorité une obligation absolue soit d'agir, soit de s'abstenir. C'est dans le second sens que la jurisprudence a eu (cf. *supra*, p. 130) maintes occasions de faire état de ce qu'à partir d'un certain niveau de gravité, les troubles dans le fonctionnement des services publics constituent une menace intolérable pour l'ordre public. Mais l'inobservation des règles relatives à l'ordre public, dans le premier sens de ce terme, peut elle-même, par les inconvénients de divers ordres qu'elle suscite, être de nature à causer, quoique sous une forme différente, un danger parfois sérieux pour la vie sociale. Dans les deux sens, la notion de l'ordre public se présente comme une limite à l'autonomie de la volonté administrative.

(3) Par une formule très heureuse, M. CHARLIER (*J.C.P.*, 1955, I, 1220, n° 2) a précisément, à ce propos, parlé des « hauteurs dominantes » que le droit proprement administratif, en certains secteurs, ne doit, en aucun cas, abandonner.

mimétisme à l'égard des activités privées correspondantes. Mais ce mimétisme doit avoir ses limites. Ce que l'on appelait jadis la raison d'État lui retire cette faculté de conformisme là où, pour une raison quelconque, elle risquerait de se retourner contre lui (1). En ces points cruciaux, en ces nœuds vitaux, en ces réduits inaccessibles à tout ce qui n'est pas lui-même, le régime de droit public impose sa loi à chacun, fût-ce à la puissance publique elle-même (2).

L'intérêt pratique de cette jurisprudence a été mis, à propos spécialement des travaux publics, dans un relief véritablement « stéréoscopique » par un haut magistrat qui associe la connaissance concrète et approfondie de ce sujet à d'éminentes capacités juridiques (3). Mais, quelque importance qu'ait cette matière, elle est loin d'être la seule qui soit affectée par la nouvelle jurisprudence. Toute la matière des contrats, y compris les contrats de fonction publique, en a subi le contre-coup direct. Il y a là, pour reprendre l'énergique expression du maître juriste précité, un « coup d'arrêt » à l'affaiblissement des défenses de l'intérêt public, qui doit être, le cas échéant, et en tous domaines, protégé de son intérieur même et, s'il le faut, contre les défaillances mêmes des institutions préposées à sa sauvegarde. Ce coup d'arrêt d'ailleurs n'atteint pas seulement certaines pratiques de facilité que cette jurisprudence condamne, mais aussi les thèses extrêmes qui à la notion de service public déniaient tout intérêt, pratique autant que théorique. Car c'est — chacun le sait — dans l'idée d'exécution même du service, c'est-à-dire dans la notion de service public que cette jurisprudence a dressé les barrières indispensables, c'est du service public lui-même qu'elle entend assurer la protection. Nous retrouverons ce corps d'arrêts — car il s'agit là d'un ensemble (4) — et d'un ensemble profondément cohérent, quand nous examinerons la place qu'occupe la notion de service public dans notre droit administratif. Il n'est fait état, pour l'instant, de la jurisprudence en question que pour mettre dans une plus claire évidence l'originalité irréductible du régime du service public.

Cette originalité cependant a été fréquemment mise en doute, en considération de l'extension croissante du régime de droit privé à l'intérieur de certains services publics. D'aucuns se demandent en effet si cette extension n'est pas telle qu'elle retire à peu près tout intérêt pratique à la notion de service public. Et ils sont d'autant plus enclins à la négative qu'examinant, les unes après les autres, les règles où traditionnellement on voyait une originalité des services, notamment celle de la continuité, ils sont amenés à conclure que cette originalité, si même elle existe, est considérablement moindre qu'on ne l'a longtemps prétendu. Il est de fait que la plupart de ces règles, sinon toutes, et en particulier la règle de l'égalité ont, comme il a été indiqué, un champ d'application qui déborde celui des services publics. Mais l'originalité en question, à beaucoup d'égards regrettablement méconnue, ne se trouve pas — nous le rappelons — en réalité, pour l'essentiel, dans les règles généralement invoquées, bien qu'elles ne soient pas sans intérêt, mais dans l'originalité même des services, telle qu'elle résulte de leur objet,

(1) Dans ses conclusions sur l'affaire *Robert Lafrégeyre*, le Commissaire du Gouvernement RIVET signalait déjà la nécessité « de réserver à la juridiction administrative toutes les contestations susceptibles d'avoir sur l'intérêt général une réelle répercussion ». Concluant dans l'affaire *Bertin*, M. LONG a, lui aussi, fermement (*R.D.P.*, 1956, p. 874) posé le principe « que l'exécution de certaines missions de service public est incompatible, par sa nature même, avec la conception du contrat de droit privé, quelles que puissent être les clauses du contrat ». Il ne faut voir là d'ailleurs qu'un cas d'application du principe général ci-dessus exposé (cf. sur la matière des travaux publics, DEBEYRE, *D. A.*, n° 691; et, sur ce qui concerne la gestion des services de police par des agents non placés sous l'autorité directe de l'Administration : C. E., 17 juin 1932, *Ville de Castelnau-dary*, conclusions JOSSE, *D.*, 1932, III, 26 et DE LAUBADÈRE, *D. A.*, p. 127). La règle actuellement examinée peut se formuler comme celle de l'incompatibilité du régime de droit privé avec certaines activités publiques, distinguées par leur nature, en relation avec le but qui leur est assigné.

(2) En empruntant, par analogie, le langage social de notre temps, on pourrait dire que les prérogatives de puissance publique et les sujétions corrélatives ne doivent jamais, dans certains cas, descendre au-dessous d'une sorte de « minimum vital ».

(3) Président JOSSE (« Coup d'arrêt à la dégradation continue de la notion de marché de travaux publics », *E.D.C.E.*, 1956, p. 34 et s.; et *Traité de travaux publics*, p. 24 et s.).

(4) Cet ensemble concerne celui des moyens par lesquels le service accomplit sa mission, qu'il s'agisse des contrats administratifs (jurisprudence *Bertin*), y compris les contrats de fonction publique (jurisprudence *Affortit et Vingtain*), des travaux publics (jurisprudence *Effmieff* et *Grimouard*) ou du domaine public (jurisprudence *Société Le Béton*). Ces diverses jurisprudences ont ceci en effet de commun qu'elles interdisent d'exclure du régime de droit public tout élément présentant un intérêt majeur pour le fonctionnement du service.

en corrélation avec leur but et parfois aussi avec les motifs de leur activité. Ainsi s'explique, par exemple, qu'un sort à beaucoup d'égards particulier soit fait aux services institutionnels de police. Ce n'est pas, encore une fois, que ces particularités retirent aux activités en question leur caractère de service public; c'est la mission même de ces services qui crée pour eux ces sujétions. S'il n'est pas contestable que, dans certains services, le régime est tel qu'au droit public il ne fait qu'une place assez réduite, il serait inexact de dire qu'à la limite il peut être totalement éliminé. Il ne serait pas moins inexact de faire à la notion de service public un grief de cette situation. En un temps où certaines catégories juridiques, ainsi d'ailleurs qu'en certains cas, certaines catégories sociales, sans perdre si peu que ce soit de leur raison d'être, ont, par le jeu même des lois de leur structure interne, pour effet de produire des types incomparablement moins différenciés que dans d'autres époques, conclure de ces résultats à l'inanité de ces catégories, ce serait, — d'ailleurs vainement — s'insurger contre les faits mêmes d'où ces catégories sont nées.

§ 6. *De l'influence du régime juridique de chaque service public sur son classement et des conséquences diverses à tirer de celui-ci*

Il est loisible, tant que l'on n'a en vue que des fins didactiques (1), de se placer, pour classer les services publics, à des points de vue extrêmement variés. Mais, lorsqu'il s'agit d'un classement destiné à produire des conséquences juridiques, il n'est légitime de ne chercher les bases d'un tel classement que dans le régime juridique de chaque service (2). Ici encore, le cadre de cette étude nous interdit tout développement. Aussi bien même les juristes débutants n'ignorent-ils pas l'existence de catégories aussi importantes que celles des services dits industriels ou commerciaux et des services professionnels ou sociaux. Ce qui doit être seulement indiqué ici, de la façon d'ailleurs la plus sommaire, c'est que, là comme ailleurs, les efforts conjugués de la doctrine et de la jurisprudence doivent, à cet égard, se proposer un double but : d'une part, ne pas multiplier par l'analyse, au-delà du strict nécessaire, le nombre des catégories (3); d'autre part, tendre, autant que possible, à pourvoir chacune d'elles des instruments techniques propres à traduire ou à déceler, aussi simplement que possible, les conséquences juridiques correspondant au régime de ces catégories. Un des moyens les mieux appropriés à cette tâche, fort importante sur le plan pratique, non moins que sur le plan de la théorie, se trouve dans le jeu de présomptions, portant sur le caractère à reconnaître aux actes ou aux situations que comporte le fonctionnement

(1) Voir notamment RIVERO, *D. A.*, p. 412 et s.

(2) Cette nature doit être d'ailleurs examinée, à cet égard, sous tous ses aspects, et quelquefois même sous un aspect qui, à première vue, pourrait paraître ne présenter qu'un intérêt purement sociologique. Celui-ci se double en effet parfois, du point de vue où nous nous plaçons, d'un intérêt juridique incontestable. Il en est ainsi notamment dans des cas tels que ceux des organismes professionnels et, spécialement, des ordres. Le caractère spécifique des liens de confraternité qui donnent à ces ordres leur cohésion n'est pas sans produire effectivement des conséquences juridiques importantes, comme en témoigne l'arrêt précité relatif aux experts comptables.

(3) « Un souci d'exactitude, écrit en ce sens M. MAROGER (*in : L'affectation à l'usage public des biens des patrimoines administratifs*; cf. DE LAUBADÈRE, *R.D.P.*, 1950, p. 15) ne doit pas faire méconnaître le prix de la simplicité. Les fonctionnaires, les praticiens et les juges, comme les simples particuliers, ont besoin de classifications, peut-être sommaires, mais au moins simples et faciles à connaître et à discerner, qui viennent fixer les incertitudes, orienter les discussions et guider les solutions ». C'est pourquoi la notion d'entreprise, qui pourra, sans doute, dans certains secteurs, révéler son utilité, ne doit être, d'une manière générale, maniée qu'avec une certaine circonspection. Il y aurait, au contraire, le plus grand intérêt à constater l'originalité relative de certaines interventions de la puissance publique soit dans d'autres activités publiques, soit dans des activités purement privées. Qu'il s'agisse, dans le premier cas, d'actes dits de tutelle, ou, dans le second, de mesures telles que celles que l'on constate de plus en plus souvent dans le droit social, dans des cas tels que ceux de certains licenciements, on éviterait nombre d'erreurs, trop souvent commises, notamment dans ce dernier cas, sur le caractère de ces interventions.

des services de chaque catégorie, suivant la nature de ces services (1). Nul doute que de telles présomptions, convenablement élaborées, ne soient, pour une large part, propres à faciliter, en ce domaine parfois difficile, à la fois la tâche du justiciable et celle du juge, non moins que celle de la doctrine. Celle-ci paraît heureusement s'orienter nettement dans cette voie (2). Il est à souhaiter qu'il en soit de même pour les juridictions. La mise en œuvre de telles présomptions ne peut d'ailleurs suffire à procurer, dans tous les cas, aux problèmes de compétence et de fond, parfois redoutables, qui se posent en ce domaine, des solutions aussi rapides et aussi simples qu'il serait désirable. Mais elle doit contribuer heureusement pour les cas ordinaires, à guider heureusement justiciable et juge dans le dédale où, dans l'état présent du droit, ils n'ont que trop d'occasions de s'égarer. Il est en effet dans la nature de telles présomptions, si elles sont convenablement ajustées et maniées, d'introduire dans les matières qui les comportent, autant d'unité relative qu'il est possible et, par là même, de clarté.

L'élaboration d'un tel appareil, qui, dans l'ordre d'urgence et d'importance, doit être, pour le juge comme pour la doctrine, au premier rang des tâches de demain, ne pourra en effet être tenue, dans ses résultats, pour pleinement satisfaisante que si, quelque complexité qu'en certains secteurs, présente, à certains égards, la matière, celle-ci se trouve partout encadrée et, par là même, dominée par les agencements techniques requis. Une nécessité de plus en plus pressante impose qu'il en soit ainsi à la fois pour les problèmes de fond et pour les problèmes de compétence, qui, quoi qu'en aient dit certains auteurs, présentent, le plus souvent, entre eux les rapports les plus étroits et les plus naturels.

SECTION IV

DE LA PORTÉE DE LA NOTION

§ 1^{er}. De l'inanité des griefs qui lui sont faits

I

S'il est vrai — et le fait ne paraît pas contestable — qu'il n'est pas une seule notion, de quelque ancienneté et de quelque crédit qu'elle puisse se prévaloir, qui ne soit tenue, pour justifier de sa qualité, de présenter ses titres à toute réquisition, il est indiscutable que le rôle majeur joué longtemps dans notre droit par la notion incriminée ne pouvait lui assurer l'immunité contre de telles investigations et, le cas échéant, contre les critiques. Si elle présente encore les éminentes vertus qui l'ont si longtemps désignée à l'attention des juristes, elle doit même se féliciter d'être soumise à ces épreuves, dont, pourvu qu'elles soient impartiales, elle n'a rien à appréhender. Encore est-il normal que la réciprocité — cette forme de l'égalité — puisse jouer en sa faveur et que — le XVII^e siècle déjà ne s'en privait pas — elle puisse faire, à son tour, la critique des critiques mêmes. Et il est non moins normal que cette critique s'exerce avec la même rigueur dont la critique critiquée avait légitimement usé. Les divers constats recueillis chemin faisant, le long des étapes de cette étude, facilitent singulièrement d'ailleurs la tâche du critique des critiques. Car à chaque voile enlevé, à chaque équivoque dissipée sur l'identité véritable de la notion, celle-ci quittait, peu à peu et sans nul effort de sa part, l'attitude de l'accusée pour reprendre sa figure véritable, celle d'un des protagonistes, sinon du principal des protagonistes de notre droit administratif. Que reste-t-il finalement de ce foisonnement de griefs qui, dans le dépit des déceptions connues par ce droit, avait pris la notion pour centre de convergence?

(1) M. CHARLIER, qui est pour beaucoup dans le succès croissant de ces idées, ne se borne pas (*J.C.P.*, 1955, I, 1210, n° 18) à préconiser l'utilisation des présomptions une fois le classement du service opéré d'après sa nature; il suggère également d'en faire usage pour ce classement même. Cette suggestion nécessite un examen attentif.

(2) Voir notamment M. DE LAUBADÈRE, *Contrats adm.*, I, p. 62, note 7 et *Cours de droit des services publics*, 1956-1957, p. 152; RIVERO, *D. A.*, p. 140; VEDEL, *E.D.C.E.*, 1954, p. 47 et s.; CHAPUS, p. 141 et s.

II

Inconstitutionnalité? Peut-il être question maintenant de traduire la notion ou ses parrains devant l'on ne sait quelle Cour de justice, fût-ce pour s'être seulement écartée de l'esprit qui anime nos institutions? Et au surplus, ce grief massif ne se présentait-il pas comme une sorte de procès de tendance, plutôt que comme un véritable chef d'inculpation? Faut-il y voir le reproche fait à notre droit administratif d'avoir vécu en quelque sorte en concubinage avec la notion de service public, après avoir répudié, contre toutes les règles et aussi contre son intérêt, la notion de puissance publique, sa seule épouse légitime? Mais n'a-t-il pas été démontré que cette union primitive a été dissoute par un divorce inévitable, prononcé, dans les formes, d'un commun accord, sinon aux torts de la puissance publique, et que l'union légale qui lui a succédé peut donner une saine postérité?

Illogisme, alors que les rapports des éléments de la notion et les conséquences de sa structure obéissent manifestement aux lois d'ordre et de cohésion qui en font un ensemble indissociable?

Entend-on, sous cette rubrique, reprocher à la notion examinée d'être tirillée, sinon écartelée entre la considération du but du service et celle de la qualité de la personne gérante? Mais cette dernière considération n'est-elle pas, en l'occurrence, manifestement vassale de la première, qui, sur tous les points où cette solution se révèle indispensable, investit la personne en question, quel que soit, pour le surplus, son statut, des attributs de la puissance publique? Et notre droit administratif n'offre-t-il pas nombre d'exemples de cas où deux éléments juridiques nettement différents et quelquefois presque opposés trouvent dans le cadre d'une notion celui de rapports originaux, qui cessent là d'être des rapports d'antagonisme? (1).

Imprécision? Elle était peut-être dans les définitions jusqu'ici proposées. Mais, si celle qu'on croit pouvoir inférer de la jurisprudence est bien, comme il semble, son reflet, est-il une définition qui soit un meilleur guide pour la judicature comme pour la Faculté? Les exigeants de précision, qui sont les premiers à réclamer eux-mêmes, pour leurs instruments favoris, l'indulgence des usagers ou l'appel à des secours extérieurs, verraient-ils, par une grave illusion née de l'image de la balance, l'œuvre de la justice et plus généralement celle du droit comme une opération de type rigoureusement mathématique où, comme dans les bas-reliefs des tympans qui dominent les portails de nos cathédrales, un simple coup d'œil à la balance suffit à déterminer le sort des élus et des réprouvés? (2)

Complication? Dans les faits peut-être et, en ce cas, c'est le destin lui-même qu'il faudrait traduire en justice (3). Mais ces faits, la notion ne les embrasse-t-elle pas d'une prise assez vigoureuse pour leur

(1) Voir notamment, à cet égard, (DE LAUBADÈRE *R.D.P.*, 1950, p. 16), dans la théorie du domaine public, la conciliation de l'idée d'affectation avec celle de propriété.

(2) Rien de plus légitime, en un temps où les disciplines scientifiques ont des rigueurs de plus en plus grandes, que d'en réclamer de fort strictes pour les définitions capitales de notre droit. Mais il n'en est ainsi qu'à la condition de ne pas méconnaître sa nature spécifique, qui interdit de lui refuser un *minimum de plasticité*. On ne saurait oublier que, dans des secteurs cependant d'une extrême importance, la vie française s'est, pendant des siècles, accommodée de solutions juridiques qui n'avaient d'autre support qu'une coutume aux contours adaptés au réel (voir notamment pour les fondations, SAUVEL, *R.D.P.*, 1954, p. 337).

(3) « La matière administrative est régie par une foule de lois monstrueuses..., indigestes, confusément entassées dans le réceptacle du bulletin. Les unes sont noyées dans des détails fastidieux et perdent de vue le principe général. Les autres sont trop brèves et d'une disposition tellement générale qu'on ne peut y puiser aucune interprétation pour les cas particuliers. » Qui nous met ainsi sous les yeux ce cliché cruellement ressemblant de nos bibliothèques juridiques? CORMENIN (*in* : *Du Conseil d'État*), qui écrivait, il y a un siècle et demi, en un temps où l'activité annuelle des législateurs se mesurait par quelques unités.

On peut rapprocher de ce tableau celui qu'une récente étude (A. HOLLEAUX, « La décentralisation administrative en Allemagne », *R.D.P.*, 1956, p. 5 et s.) nous trace, à cet égard, d'un pays qui cependant n'est pas dépourvu de juristes. L'auteur nous décrit la « bigarrure de services publics et d'intérêt public » qui se constate dans cet État. Il note « l'incertitude de leur classement et de leur condition » et remarque que la « prolifération luxuriante » de ces « organismes divers, à statut particulier et à objets multiples, fait éclater les cadres classiques du droit et exige un effort doctrinal, que le rythme de l'évolution rend encore malaisé ». Nous n'avons donc pas le monopole des difficultés de ce genre. Et il faut être atteint de cécité sur les contingences de notre époque pour ne pas en prendre la mesure et en rejeter la responsabilité sur des responsables présumés, qu'il s'agisse de corps ou de notions. Pour un pays tel que le nôtre, qui a la légitime prétention de ne pas laisser ses disciplines succomber à l'occasionnel, ces difficultés donnent d'ailleurs la dimension exacte de l'effort à entreprendre ou à achever. La consécration générale et la mise en œuvre de la notion litigieuse en fournissent un des moyens principaux, sinon le seul.

imprimer profondément sa marque et les soumettre à sa règle, où tient l'essentiel de cette branche du droit? Reprochera-t-on alors à la notion de donner une telle ampleur à cette emprise que cette règle s'amenuise au risque de s'éteindre? Mais l'histoire naturelle ne connaît-elle pas les espèces à l'intérieur des genres? Et pourquoi la faune juridique obéirait-elle, sur ce point, à d'autres lois que la faune tout court? Oublierait-on qu'il en est de notre notion comme de tous les principes essentiels (1), pour lesquels la prudence prescrit de toujours prévoir, comme le font les ingénieurs pour les rails de chemin de fer, un certain coefficient de dilatation? Incriminera-t-on le métissage qui, en accouplant dans la notion le droit public et le droit privé, fait d'elle un sang mêlé, un hybride? Au nom de quel « racisme » juridique une telle accusation serait-elle formulée?

Arbitraire larvé du juge? Mais existerait-il un droit public, sur ce point comme sur les autres, si celui-ci, pour dire le droit, avait attendu non seulement des dispositions particulières — qui ne sait que c'est leur avalanche qui noie trop souvent les chemins difficilement ouverts par les arrêts ou qui du moins les rend, pour un temps, difficilement praticables? — mais aussi l'apparition de principes que la magistrature administrative a dû forger à ses risques et périls?

Tirera-t-on argument contre la notion de ce rôle de ferment — ou même d'acide — que l'idée de but joue à l'intérieur des situations ou des institutions juridiques, par exemple dans les cadres de droit privé issus des nationalisations? Qualifiera-t-on de méfaits les remaniements profonds qu'y exerce sa seule action, jusqu'à n'en laisser subsister parfois que de vaines formes extérieures? Mais ce phénomène naturel, qui, après une période de trouble, doit entraîner, sur nombre de points, une rénovation de notre droit n'est-il pas, au contraire, pour la notion, une preuve supplémentaire de son mérite?

La taxera-t-on d'inconstance, d'infidélité à sa lignée? Sans doute son aïeul vénérable aurait-il quelque peine, au moins à première vue, à reconnaître en elle sa descendance. Mais, si l'essentiel de la notion a toujours été, comme il semble, de nouer un lien que rien ne peut briser entre les impératifs de l'intérêt public, c'est-à-dire les exigences sociales, et la mise en œuvre de la puissance publique, garante de cet intérêt, mais elle-même liée par lui, en quoi la notion étudiée s'est-elle écartée de cette voie? (2).

III

Devant la vanité totale de l'ensemble des griefs articulés, la loi de réciprocité qui était rappelée tout à l'heure donnerait au critique des critiques le latitude de retourner contre leurs auteurs l'allégation d'inanité verbale, — pour user de termes plus modérés que ceux dont la doctrine n'a que trop fait usage. Il paraît, à tous égards, plus convenable et d'ailleurs tout à fait suffisant de rappeler à d'aucuns et, plus particulièrement, aux assoiffés de solutions « exterminatrices » la maxime delphique qui fait de la mesure une vertu majeure et la traduction libre qu'en a donnée jadis un grand diplomate universellement connu, à savoir que ce qui est exagéré ne compte pas. Si son règne est reconnu, comme il est souhaitable, la notion de service public n'aura donc pas de peine à oublier les offenses qui lui ont été faites dans la période prédynastique ou du moins dans celle où ses titres étaient passionnément mis en discussion. La seule vengeance qu'elle tirera de ceux qui prescrivaient aux leurs pour premier devoir de ne pas avoir une pensée pour elle — devoir à la vérité fort difficile et même que nul ne peut remplir — sera d'être

(1) Cf. JEANNEAU, *op. cit.*, p. 183.

(2) M. RIVERO se demande (*R.D.P.*, 1950, p. 471) si « le juriste a le droit de faire varier les dispositions par lesquelles il individualise chacune de ses catégories et de conclure ensuite à la persistance de celles-ci ». « N'est-ce pas, dit-il, la définition qui fait la catégorie, et non pas les institutions que seule cette définition a permis de rapprocher? » Et certes, il n'est pas de juriste vraiment sérieux qui ne se soit trouvé, comme lui, « en présence de ce grave problème de méthode ». Mais le propre d'une définition véritablement digne de ce nom n'est-il pas (cf. *supra*, p. 98) de concilier une suffisante rigueur avec une certaine marge de souplesse où se meut un pouvoir d'appréciation qui, en aucun cas toutefois, ne doit altérer son essence? Et la pratique administrative concernant l'évolution des fondations ne fournit-elle pas à cet égard, par analogie, de précieuses indications? (Sur ce point, nous renverrons encore à l'étude de M. SAUVEL, *R.D.P.*, 1954, p. 345. L'auteur y compare nos méthodes au « système plein de souplesse et d'originalité que les tribunaux anglais connaissent » et qu'ils paraissent avoir hérité de l'ancien droit français.)

présente à tous les yeux, à tous les carrefours importants de la vie juridique et dans tous les axes de la vie française, quelle qu'en soit la direction. Ainsi sera donné un démenti permanent et d'ailleurs éminemment paisible à tous ceux qui, par un étrange aveuglement, méconnaissaient en elle le signe, pourtant bien aisément identifiable, des êtres élus pour les grandes destinées.

Il y a mieux à faire du reste que de persister dans ce vain débat ou du moins que de le maintenir dans l'atmosphère irrespirable et, par instants même, empoisonnée où une grave série de malentendus l'a jusqu'ici enfermé. Nul doute en effet que son âpreté, en même temps que sa confusion n'aient leur source dans des illusions d'optique, dans de véritables mirages, causés, chez certains des auteurs, par de fausses orientations, elles-mêmes dues à des erreurs d'identité(1). Quant à la responsabilité de ces dernières erreurs, il y aurait, semble-t-il, quelque injustice — nous avons eu déjà (2) l'occasion de le signaler — à en exonérer complètement la juridiction administrative. Sans doute il est des cas où le secret, au moins relatif, a ses vertus; mais il en est de lui comme de la prudence, qui cesse de mériter son nom quand une réserve timorée et plus ou moins suspecte prend sournoisement la place de l'esprit de mesure et de prévoyance qui caractérise cette dernière vertu. Or peut-on nier que, jusqu'à ces dernières années, les arrêts des plus hautes juridictions administratives n'aient que trop fréquemment gardé, sur le caractère de la notion, sur sa véritable identité, une concision si oraculaire que, quelque ingéniosité qu'aient nos exégètes, leurs pires méprises ont une excuse ou du moins une explication. Elle ne les exempte d'ailleurs que partiellement du grief de n'avoir pas toujours eux-mêmes, en un secteur si capital, assumé assez nettement et assez utilement leur propre responsabilité, en prenant les initiatives nécessaires pour jalonner, fût-ce en éclaireurs, la voie à suivre (3). Telle est leur mission traditionnelle. Et il n'appartient qu'à eux de juger si, à cet égard, leurs efforts ont eu la même ampleur que ceux de certains de leurs doyens, aujourd'hui disparus. Ce double regret se conjugue, sinon se compense. Il y a d'autant plus de raison de l'exprimer sans appréhension, que, tant par la qualité de récents arrêts que par celle de travaux vraiment majeurs d'une notable partie de la doctrine, la preuve a été irréfutablement et quasi quotidiennement faite de l'éminente qualité de la doctrine et de la jurisprudence actuelles, ainsi que des heureux effets de la coopération qui tend de plus en plus à s'instituer entre elles.

IV

Félicitons-nous donc qu'un débat qui n'a que trop occupé les juristes paraisse incliner vers sa fin, comme en témoignent les appréciations des plus qualifiés d'entre eux sur les récents arrêts des hautes juridictions, qui ont vraiment dit le droit en la matière (4). Survenant inopinément au moment

(1) Sans doute trouverait-on aussi à l'origine de ces erreurs le penchant de l'esprit à se laisser séduire par l'attrait de la nouveauté, qu'elle se présente avec l'aspect de formules complètement inédites ou sous l'apparence d'anciennes formules radoubées. Ainsi se vérifie la remarque de M. le Conseiller MASPÉTIOL (*E.D.C.E.*, 1954, p. 52) que « les principes nouveaux portent en eux une force vive et conquérante à laquelle l'esprit logique se laisse volontiers soumettre ». L'essentiel est qu'il se ressaisisse avant que l'irréparable ne soit consommé.

(2) Cf. *supra*, p. 116.

(3) Avec une extrême discrétion, voisine de la circonspection, un auteur (ROSSILION, *Act. jur.*, 1956, I, 41) se demande si la trop célèbre « crise » du service public « n'a pas été surtout doctrinale ». Il semble bien qu'à certains égards, cette affirmation tempérée ne soit pas éloignée de la vérité. Mais celle-ci paraît plutôt, comme M. DRAGO l'a fait observer (p. 257; cf. DELION, *op. cit.*) à propos des établissements publics, que la « crise » de ces notions parentes correspond à une crise générale de l'État et du droit. Au terme de son intéressant ouvrage sur les entreprises publiques, M. DELION (p. 192) aboutit à des conclusions voisines : « La naissance des entreprises publiques, écrit-il, et l'élaboration de leurs rapports avec l'État ne posent pas seulement le problème de l'État moderne, elles préparent et préfigurent le sens de son évolution. » Même dans ce secteur, qui tend vers une autonomie relative, la notion de service public n'est d'ailleurs pas dépourvue de tout intérêt.

(4) Commentant globalement ces arrêts, M. WALINE (préf. au *J. C.*, p. 14; cf. VEDEL, *D. A.*, I, 59) voit « avec joie » « se dissiper le halo qui entourait les notions de domaine public, d'établissement public, de fonctionnaire public, d'agent public et apparaît avec plus de précision la définition de ces notions ». Il émet, à d'autres égards, des appréciations laudatives sur cette jurisprudence. Il exprime, à la vérité, le regret que les contours de la notion maîtresse, celle de service public restent encore dans un certain « flou ». Mais il semble qu'ils soient eux-mêmes en voie d'émerger en pleine lumière. Et le mot de crise ne subsiste plus dans ces propos que sous forme de « crise de croissance ». La conclusion, précieuse sous une telle plume et à laquelle tout juriste s'associera, est que cette crise « n'empêchera pas le droit administratif français de demeurer digne de sa réputation internationale ».

où la malheureuse notion paraissait (1) enfouie au plus creux de la vague, ces décisions, qui l'ont rétablie sinon dans son prestige primitif, du moins dans une position qui fait d'elle un personnage avec qui il faut compter, ne pouvaient pas ne pas susciter certaines réactions plus ou moins vives. Certaines sont allées jusqu'à l'accès de fièvre. Mais il n'est pas de fièvre qui ne cède à un traitement approprié et le meilleur, en l'occurrence, est la cure de vérité. Or cette vérité, qui désormais s'impose, est, que les dissidents le veuillent ou non, que la notion n'a jamais cessé d'être et est maintenant plus que jamais un des plus hauts personnages de notre droit. Il sera aisé de le montrer.

§ 2. *Des fonctions diverses de la notion dans notre droit administratif*
Son rôle comme notion de synthèse

I

Si — et il n'y a pas de doute qu'il en est bien ainsi — en droit comme dans toute discipline scientifique, l'importance d'une notion se mesure à l'ampleur des solutions qu'elle justifie et notamment au nombre des règles qu'elle coordonne, quelle autre, dans notre droit administratif, peut-elle être, même de loin, comparée à notre notion? Lorsque l'on dresse la table des matières de ce droit, envisagé dans l'essentiel de sa structure, on la voit à peu près partout apparaître, sous des formes et dans des proportions variables et non pas seulement pour des raisons didactiques — ce qui constituerait pourtant d'ailleurs un indice de son intérêt — mais par l'influence majeure qu'elle exerce sur les diverses branches de ce droit. Qu'il s'agisse des personnes morales de droit public (2), ou des moyens d'action de l'Administration, ou des opérations administratives (3), son rôle, qui n'est jamais négligeable, est fréquemment de premier plan. Et, là même où l'Administration, dans ses étages supérieurs, se présente avec des caractères spécifiques, dans des positions dominantes par rapport à notre notion, notamment en ce qui concerne l'élaboration même de la règle de droit, sous la forme du règlement ou des principes généraux, elle n'est pas étrangère à cette activité, non pas seulement comme sujette à la règle de droit ainsi édictée ou comme lui donnant occasion, mais même, pour partie, dans sa création. Il est singulier que ce fait, cependant éclatant, ait pu être si gravement et aussi regrettablement méconnu — et même nié — en ces derniers temps, par la quasi totalité des auteurs et qu'il n'ait fallu rien de moins que la netteté vraiment catégorique des arrêts récents pour ouvrir les yeux à cette évidence.

Déjà pourtant, à la fin de la dernière guerre, la connexité de certaines des notions majeures de notre droit administratif et les liens étroitement noués entre elles par notre notion avaient été nettement signalés (4), en des termes qui préfiguraient la doctrine jurisprudentielle. A la vérité, jusqu'à ces derniers temps, les arrêts ne fournissaient sur ce point que d'assez rares et d'assez partielles indications, où seuls de rares initiés pouvaient lire l'amorce ou l'essence des solutions maintenant en vigueur. Mais, si celles-ci s'inscrivent, comme il est certain, dans la logique même de notre droit, si elles ne font qu'épouser sa structure même et faire apparaître au grand jour quelques-unes des pièces maîtresses de son armature, n'eût-ce pas été l'office de la doctrine, dans sa mission de frayer et de jalonner les routes, que de ne pas attendre, pour s'y engager, que le juge lui-même les eût ouvertes à la circulation?

Quoi qu'il en soit, ce serait ajouter à une surprenante imprévoyance une erreur qui serait, celle-là, difficilement excusable, que de voir dans ces voies l'on ne sait quels chemins de traverse ou quels itinéraires occasionnels, alors que, manifestement, par ces décisions, la jurisprudence a repris, si tant est qu'elle s'en soit jamais écartée, le chemin de ses meilleures traditions. Ce n'est pas que les notions ainsi reliées aient perdu, de ce fait, leur autonomie. Elles se sont seulement raccordées au grand réseau où la vie circule, par la vertu précisément de notre notion. C'est par elle, par le flux bénéfique qui, par

(1) Cf. LONG, WEIL, BRAIBANT, p. 90.

(2) Notamment en ce qui concerne la théorie des établissements publics.

(3) Notamment pour les théories de l'expropriation, du travail public, du domaine public et des contrats administratifs de tous types, ainsi que de la responsabilité.

(4) LATOURNERIE, *R.D.P.*, 1945, p. 14 et s.

son entremise, les a jointes, qu'a notamment pénétré en elles le concept de ces exigences de l'ordre public que l'un des objets de la présente étude a été — comme on l'a vu — d'identifier, sous la forme spéciale qu'il revêt ici. Qu'elle affecte le domaine du travail public (1), ou celui du domaine public (2), ou celui des divers types de contrats (3), cette conception nouvelle de l'ordre public interdit de passer outre à ses impératifs, dont le premier est que dans certains secteurs, il est des cantons où l'intérêt public ne peut trouver de protection suffisante que dans la mise en œuvre des règles et procédures de tout genre qui sont faites précisément pour le garantir (4). Un tel apport au droit suffirait à donner à cette nouvelle doctrine jurisprudentielle une importance de premier rang. Encore ne fait-il que s'ajouter au bienfait, non moins incontestable, du supplément de cohésion que reçoivent de cette doctrine des domaines demeurés jusqu'ici dans un excessif isolement (5).

La notion n'a pas d'ailleurs l'ambition de supprimer entre eux toute frontière. Il lui suffit de n'en laisser subsister que cette part d'originalité vraiment spécifique qui demeure encore aux provinces, fût-ce dans le pays le plus uni. Ce serait donc commettre une méprise qui s'ajouterait à beaucoup d'autres que de faire, à ce propos, à la notion le grief — non moins injustifié que les autres — de n'être pas allée jusqu'au bout de son effort et d'avoir laissé, dans la mesure indispensable, à chacun des secteurs intéressés les particularités qui lui confèrent une autonomie relative; ce serait pécher, ici encore, contre la mesure dont la jurisprudence administrative a toujours fait l'une des règles de son action. Que, dans le domaine du travail public, la notion de service public ne fasse que concourir à la définition de ce travail, aux côtés de l'utilité publique, dont il n'est d'ailleurs que l'une des expressions, que, de même, en ce qui concerne le domaine public, celui-ci puisse se caractériser, le cas échéant, par une autre notion : celle de l'affectation à l'usage public, ces faits incontestables ne retirent donc rien à l'intérêt majeur de la nouvelle jurisprudence, non plus qu'à celle de la notion même dont celle-ci a puissamment contribué à éclairer la véritable portée. Il n'en va pas autrement en ce qui concerne les contrats administratifs de types divers, y compris les contrats de fonction publique. Là encore, bien qu'ici notre notion suffise généralement, maintenant, à donner la définition de ces contrats, il est bien vrai que quelques arrêts, à

(1) La doctrine formulée sur ce point par le Tribunal des conflits, dans la décision *Effimieff*, du 28 mars 1955, a été entérinée, le 20 avril 1956, par le Conseil d'État, dans la décision *Grimouard* (voir aussi *Mimouni*, 12 avril 1957; et 39.532 et 39.793 du 23 janv. 1959). Et le moins qu'on puisse dire est que les commentaires les plus autorisés de ces arrêts, tels que celui qu'en a donné le président Josse, sous un titre significatif (voir *supra*, p. 132, note 2), ne conduisent pas à prévoir un changement de jurisprudence.

(2) Inaugurée par l'arrêt *Société Le Béton*, du 19 oct. 1951 (L.W.B., p. 448), cette jurisprudence n'a pas dévié depuis (voir notamment 35.168, du 21 déc. 1956; 21.305, 9 oct. 1957; 27.350, 20 janv. 1958; 39.090, 1^{er} oct. 1958; 9.229, 11 mai 1959; 42.934, 27 janv. 1960 et 830, 22 avril 1960).

(3) Ici encore, la jurisprudence, qui a débuté (voir toutefois notamment T. C., 20 janv. 1945, *du Verne*, et 10 fév. 1949, *Chaballier*) par l'arrêt *Bertin*, du 20 avril 1956, et l'arrêt *Gondrand*, du 11 mai 1956, outre l'arrêt *Grimouard*, a été confirmée par une série de décisions (voir notamment : 9 janv. 1957; 32.818, 27 mai 1957; 39.474, 14 nov. 1958 et 23 janv. 1959). Le Tribunal des conflits se prononce dans le même sens (voir 13 janv. 1958, *R.D.P.*, 1958, 579; et 19 mai 1958, *Leb.* 793). Les deux hautes juridictions appliquent des règles analogues aux contrats de fonction publique (voir, pour le Tribunal des conflits: 1641, 13 janv. 1958 et 1700, 23 nov. 1959 et, pour le C. E., parmi les arrêts les plus récents, 42.742, 20 mars 1959 et 29 mai 1959, *R.D.P.*, 1959, p. 1020).

(4) Nul n'ignore que la caractéristique de la nouvelle jurisprudence est en effet de poser une règle qui affecte au même degré, quoique sous une forme en partie différente, les trois domaines dont il est ici question. Cette règle est que, lorsque l'acte, l'opération ou l'institution envisagé présente pour le service public un intérêt tout particulier, celui-ci exige, inéluctablement, suivant les cas, soit la procédure adaptée à la sauvegarde de cet intérêt, à savoir la procédure même du travail public ou du contrat administratif, soit l'application des normes idoines, à savoir celles dont l'ensemble constitue la notion de domaine public. La notion de service public joue donc ici un double rôle, ainsi d'ailleurs que dans nombre d'autres cas. Elle ne se borne pas à donner la définition des notions intéressées ou tout au moins à y contribuer; elle trace, en outre, certaines des règles qui vont s'insérer dans le régime même de ces notions.

(5) Il n'est pas niable, en effet, que c'est un résultat pleinement satisfaisant, pour l'esprit comme pour la pratique, qu'à des cloisonnements plus ou moins arbitraires se soit ainsi substituée, sur nombre de points, une construction clairement distribuée et convenablement dotée de « circulations » intérieures. Tous ceux de nos juristes — et ils sont légion — qui déploraient d'avoir vu notre droit s'éloigner de la forte unité de ses conceptions originelles ne peuvent donc, même si, par quelque méprise sur l'identité véritable de la notion, ils s'étaient, quelque peu hâtivement, rangés parmi ses adversaires, que se réjouir aujourd'hui, dans le secret de leur cœur, de la contribution majeure qu'elle apporte ainsi à notre droit.

la vérité assez rares, prévoient une exception à cette règle (1). Mais cette exception ne fait que montrer que la règle de l'ordre public, dans le sens spécial où il est ici parlé de ce terme, ne pousse pas toujours si loin ses exigences qu'elle ne puisse, jusqu'à un certain point, s'accommoder d'une dérogation, d'ailleurs limitée.

Quant aux secteurs où, depuis un demi-siècle, la fonction primordiale de la notion s'est constamment manifestée et, plus spécialement, quant à la notion capitale de la responsabilité de la puissance publique, nous n'avons pas à revenir sur le bref rappel que nous avons fait de cet aspect de son rôle (2).

S'agit-il non plus de la notion dans son sens « fonctionnel », mais de son acception « institutionnelle » ? On ne peut compter les arrêts qui la font intervenir, sous les formes les plus variées. A ces arrêts d'ailleurs elle ne confère pas seulement une valeur purement descriptive : elle les nourrit aussi d'une substance qui leur donne, sur un plan différent, un contenu non moins riche que dans le premier cas. Quelle que soit l'attitude où la notion apparaît alors — nous avons eu déjà (3) l'occasion de l'indiquer — toujours elle est en effet dominée et commandée par celle des « besoins » ou des « nécessités » du service (4). La notion de ces besoins ou de ces nécessités qui sont à l'origine même de la notion dans son sens fonctionnel s'y trouve ainsi non moins présente dans son sens institutionnel : elle y opère, en quelque sorte, au second degré.

Car le premier effet de ces besoins et de ces nécessités est précisément de se constituer un appareil, un instrument d'action. Forgé pour les besoins de cette notion, celui-ci ne devra, en aucune circonstance, oublier la loi même à laquelle il doit la vie et qui, dans tout le cours de son existence, ne cessera jamais de le régir. Toute l'abondante jurisprudence à laquelle, entendu en ce sens, le service donne matière trouve là son explication. Et sans doute, dans cette seconde acception comme dans la première, la notion de besoin ou de nécessité publique, quelque impérieuse qu'elle puisse être, devra composer avec d'autres notions; les règles et principes qu'elle rappelle devront se combiner avec d'autres, par exemple avec des principes tels que les droits de la défense en matière disciplinaire, ou les libertés individuelles des agents publics. Mais il est dans la nature même de la notion, sous quelque forme qu'elle se présente, de prévoir et de régler de telles divergences ou de telles oppositions, au nom de cette idée d'équilibre qui, là comme ailleurs, inspire toute la jurisprudence.

(1) Ce caractère d'exception éclaire la véritable portée de l'arrêt *Dame de Fresquet*, du 23 déc. 1955, en vertu duquel la règle posée par la jurisprudence ci-dessus rappelée peut être écartée lorsque les fonctions de l'intéressé ne s'opposent pas, par leur nature, à ce que leur titulaire soit lié à l'Administration par un contrat de travail n'ayant aucun caractère administratif : comme il est de principe en pareil cas, cette portée est enfermée dans d'assez étroites limites (pour un cas d'application de cette jurisprudence, voir 42.875, 25 fév. 1959).

(2) Cf., sur ce point, les réserves faites par M. WALINE (préf. à l'ouvrage de M. Chapus, p. 11) sur l'analyse faite par cet auteur des idées généralement acceptées sur l'originalité relative des règles de la responsabilité administrative. Voir aussi, en ce qui concerne la responsabilité de la puissance publique à l'égard des usagers des véhicules administratifs, la distinction faite par le Commissaire du Gouvernement BRAIBANT, dans l'affaire *Dame Polin* (D., 1958, J. P. 587), entre le cas où « le passager est monté dans le véhicule pour son propre intérêt », celui où il est monté « pour l'intérêt du service » et celui où « le transport a constitué l'exécution même du service public ». On rejoint ici la notion centrale qui relie les arrêts précités relatifs au travail public, au domaine public et au contrat administratif.

(3) Voir notamment *supra*, p. 125.

(4) La force de cette notion des besoins et des nécessités du service qui ont créé celui-ci, au sens fonctionnel, et qui lui tracent sa voie, dans l'autre acception, est telle qu'elle aboutit à des conséquences qui ne peuvent trouver qu'en elle leur explication. Il en est ainsi notamment tant pour la théorie des fonctionnaires de fait et pour celle des collaborateurs bénévoles que pour celle des fautes personnelles de l'agent, c'est-à-dire des fautes en réalité étrangères à l'exécution du service. Toutes ces théories se rejoignent en effet dans cette idée centrale que, si le droit de la fonction publique repose sur une investiture de ceux qui l'exercent, celle-ci ne leur est donnée précisément qu'au nom et en vue de ces besoins. C'est eux qui, en réalité, par l'organe des autorités, attribuent la qualité d'agents publics et, le cas échéant, la retirent. C'est encore la même idée qui explique le caractère administratif de certaines des décisions prises par les personnes privées préposées à la gestion d'un service public. Il y a, dans la fonction publique, des « chargés de mission » : pourquoi des personnes privées ne seraient-elles pas, elles-mêmes, chargées de missions plus ou moins importantes, pouvant aller jusqu'à la gestion totale du service public ? La théorie des fonctionnaires de fait n'admet-elle pas, dans les cas extrêmes, que des personnes privées, *proprio motu*, s'attribuent un « ministère de service public » ? On s'étonne que ces vérités, qui relient et, en même temps, justifient l'ensemble des situations de notre droit, aient échappé à la perspicacité de juristes cependant qualifiés.

La notion de service public au sens fonctionnel et celle de service public dans l'acception institutionnelle sont ainsi (1) manifestement et fort étroitement parentes. Elles ne se présentent d'ailleurs pas sous l'apparence de deux sœurs siamoises à qui une opération chirurgicale pourrait donner une existence indépendante, mais comme une réalité unique, tantôt en action, tantôt envisagée dans sa structure et toujours également orientée vers la fin qui, après l'avoir créée sous sa double forme, la maintient et, le cas échéant, l'ajuste et la met en mouvement dans une direction définie.

Du point de vue où se place la notion, le seul qui soit conforme à l'esprit de notre droit administratif actuel, celui-ci ainsi n'apparaît pas comme un simple procès-verbal de bornage, apparenté aux procès de mitoyenneté, ni même comme un règlement de préséances, mais bien comme un ordre de marche, comme une orientation et une règle d'action. Il s'inscrit ainsi non pas dans les canons de telle ou telle école philosophique, mais dans l'axe même de la vie moderne, à qui il emprunte autant qu'il lui rend.

II

Les auteurs mêmes qui sont le moins enclins à un excès de bienveillance à l'égard de la notion sont réduits d'ailleurs à reconnaître qu'elle n'est pas dépourvue de tout mérite (2). En un temps où ses yeux, pourtant si clairvoyants, ne s'étaient pas encore complètement ouverts à l'attrait de la notion de puissance publique, Hauriou lui-même n'écrivait-il pas (3) [comment la résonance de ce langage ne nous parviendrait-elle pas encore?] : « Quand donc comprendra-t-on que la notion de service public est dominante en droit administratif? » Serait-on tenté (4) de donner, à cet égard, la préférence à l'Hauriou des dernières années, à celui qui, contre les défenseurs de l'idée de but, fulminait de véritables anathèmes, qu'on trouverait dans les mêmes pages célèbres où il les condamne l'explication et la justification la plus évidente de la valeur majeure de la notion discutée. « Toutes les coordinations d'idées, y écrit-il (5), avec une vigueur de pensée qui force encore l'admiration, sont des équilibres, où compte doit être tenu de chacune, de celle qui est en sous-ordre, aussi bien que de celle qui est dominante. » Ce maître du droit rejoint ici, sur le plan spécifiquement administratif — le seul que nous envisageons ici — cette idée d'un autre maître ès-lois : que les diverses activités étatiques doivent (6) se faire contrepoids, pour qu'elles « se combinent, se règlent, se tempèrent », pour que jouent la balance et l'harmonieux équilibre des pouvoirs. Mais, pour atteindre cette fin, ajoute le citeur de Montesquieu, « il faut que, par leur nature et leur objet, les fonctions des organes se prêtent au jeu, c'est-à-dire qu'il faut leur trouver un terrain de rencontre, où puisse se déployer leur subtil ballet ». Or le mérite capital de la notion de service public est précisément de fournir, dans la plupart des cas où l'intérêt public le requiert, à des considérations opposées ou du moins plus ou moins divergentes, un terrain de ce genre, où elles puissent, le cas échéant, se confronter ou s'affronter, s'ajuster, fût-ce au prix de tensions surmontées, pour que de cette composition de leurs forces se dégage un régime juridique doté de ces vertus d'équilibre qu'Hauriou

(1) Cf. *supra*, p. 106 et s.

(2) C'est ainsi que M. VEDEL (*E.D.C.E.*, 1954, p. 25) ne disconvient pas que « l'idée de service public est incluse dans tout pouvoir légitime ». Il va jusqu'à admettre (p. 36) qu'« il est fort probable que la notion de service public doit conserver une place de premier plan dans la construction du droit administratif ». Mais cette place, selon cet auteur, ne serait qu'une place posthume. Il existerait, en effet (p. 35), pour les notions juridiques comme pour les théories scientifiques, « deux sortes de morts », l'une ignominieuse, par fausseté, l'autre honorable, par absorption dans une vérité plus haute. M. VEDEL veut bien épargner à la notion la première forme du trépas. Mais, lui proposant généreusement les bienfaits de l'euthanasie, il la convie au sort du phénix : elle ne disparaîtrait que pour renaître dans une doctrine plus ample, où elle se survivrait en se dépassant. Laquelle? Nous nous sommes mis vainement en quête d'un critère de remplacement. Et l'expérience paraît bien, en l'occurrence, démentir le lieu commun suspect que nul n'est jamais irremplaçable. On ne voit donc pas l'ombre d'une raison pour la notion litigieuse, devant qui l'horizon est largement ouvert, de se laisser convaincre, fût-ce par la voix la plus éloquente, des charmes du suicide par persuasion.

(3) S., 1904, III, 97.

(4) Comme c'est le cas notamment pour M. RIVERO (*in* : *L'évolution du droit public*, p. 471).

(5) *Précis*, 11^e éd., VII.

(6) On a reconnu l'auteur de *L'Esprit des lois*, auquel se réfère (*R.D.P.*, 1945, p. 206) M. BURDEAU.

mettait si heureusement en relief. Et quel autre terrain de ce genre ces conditions pourraient-elles trouver, que le cadre du service public? N'est-il pas le seul à fournir à cette indispensable opération le moyen de s'accomplir en accord avec toutes les exigences du droit?

III

Ce n'est pas en effet la moindre des erreurs commises par les adversaires de la notion, ou, si l'on préfère, la cause la moins vraisemblable de leur méconnaissance de ses mérites, que de n'avoir pas discerné que celle-ci n'est pas une fiction, comme l'est, à certains égards, la notion de personnalité morale, à laquelle on ne dispute plus guère pourtant les droits à l'existence juridique. Ce n'est même pas une création plus ou moins arbitraire. C'est un fait sociologique et juridique ou, si l'on veut, un ensemble de faits groupés en une unité juridique (1). A la vérité, à l'origine de ce fait ou de cet ensemble de faits se trouve une décision administrative qui, elle, ne s'imposait pas toujours avec évidence, qui, dans bien des cas, aurait pu être autre. Et cette même décision ou des décisions complémentaires peuvent également, assez fréquemment, être plus ou moins taxées d'arbitraire, en tant qu'elles déterminent pour partie les règles d'organisation et de fonctionnement du service. Mais, quelles que soient la mission qui lui est assignée et les formes dont il est revêtu, celui-ci, dès qu'il aura vu le jour, va développer une vie propre, correspondant à sa logique interne, à la loi profonde de sa structure. Les autorités placées à sa tête disposeront, pour le faire fonctionner, d'un certain pouvoir réglementaire. Ses agents se trouveront soumis à une déontologie qui, loin d'être uniforme, se pliera, dans chaque service, à la nature de leurs fonctions, déterminées elles-mêmes par le but du service. L'ensemble du régime de ces agents et celui des rapports du service avec les usagers ou les tiers suivra ainsi les contours mêmes de l'utilité ou de la nécessité qui est à son origine. Le but marquera de son empreinte et de ses caractéristiques les hommes, les règles juridiques et même assez souvent les biens qui le servent. Et le képi de l'ancien « facteur », l'uniforme du douanier, la veste ou le bourgeron du cheminot, pour ne prendre que les plus flagrants exemples, ne sont que le signe extérieur de cette originalité profonde, sur laquelle le public même, dans bien des cas au moins, ne se méprend pas. Et sans doute les conditions de la vie moderne conduisent, à cet égard comme à beaucoup d'autres, à un certain nivellement. Mais celui-ci a toujours des limites dans des particularités irréductibles, qui constituent précisément les variantes des divers services publics.

C'est parce qu'elle s'appuie sur ces bases solides, sur la nature même des choses, encore plus que sur l'arbitraire — d'ailleurs légitime — des certaines appréciations administratives que la notion litigieuse peut sans inquiétude affronter les critiques qui lui sont faites. C'est parce qu'elle est elle-même vivante qu'elle est apte à régir la vie. Et c'est parce qu'il est de son essence de porter en elle-même à

(1) Il est singulier, ici encore, que la doctrine n'ait pas aperçu, sauf d'assez rares exceptions (parmi ces heureuses exceptions, voir L'HUILLIER, D., 1949, chr. XXXI, p. 131), que la liste des unités juridiques intéressant notre droit administratif est bien loin d'être épuisée par l'énumération des catégories traditionnelles relevant de la notion de personne morale, y compris les établissements publics. Cette insuffisance d'analyse, qui a eu, comme il vient d'être montré, des conséquences parfois désastreuses, tient vraisemblablement à ce que la question n'est, le plus souvent, examinée que du point de vue de la capacité ou de la compétence, entendues dans leur sens habituel. Mais l'unité de certaines institutions peut ne pas relever de telles catégories tout en ne laissant pas de présenter pour notre droit — ce qui est précisément le cas pour la notion de service public — un intérêt parfois considérable, pour la pratique comme pour la théorie. C'est ainsi, pour s'en tenir à un exemple, que le problème de la responsabilité de la puissance publique se dédouble le plus souvent en deux problèmes distincts, à savoir : d'une part, y a-t-il eu faute du service intéressé? D'autre part, dans le cas de l'affirmative, quelle doit être la personne morale qui supportera la charge de la condamnation? Il est fréquent en effet que le service en question ne soit pas le seul à être géré par la personne en cause. L'unité juridique cause du dommage c'est-à-dire le service public se distingue donc en partie, à cet égard, de la personne publique responsable.

À l'intérieur même des grandes unités que forment les services publics, la jurisprudence permet d'ailleurs de discerner des unités « subdivisionnaires », qui se présentent sous les formes et les dénominations les plus variées. Parmi cette foule d'unités qui ne constituent pas des personnes morales et qui, souvent même, ne sont que l'un des éléments d'un service non personnalisé, nous citerons : les « établissements » (voir notamment, 15.949 à 15.955, 29 avril 1957; 26.910, 3 janv. 1958; 41.841 et 41.980, 4 juil. 1958), les « missions » (C.E., 15 juil. 1955; et T.C. 1655, 3 nov. 1958; 1704, 23 nov. 1959), les « instituts » (36.365, 14 mars 1958; 44.130, 8 janv. 1960), les « centres » (38.230, 7 mars 1958) et les « économats » (21.660, 26.553, 13 déc. 1957).

la fois les germes, les directions et les formes de son développement qu'elle trouve dans ses propres ressources le moyen de s'ajuster sans effort à l'infinie variété des situations, et, dans le cas de changement des circonstances, aux nouvelles conjonctures nées de ce changement. C'est enfin parce que ces ressources sont « polyvalentes » que la notion, sans être universelle dans son application — on a déjà pu s'en convaincre ; mais les limites de la notion vont encore être incessamment précisées — se trouve présente en la plupart des points où apparaît la puissance publique, c'est-à-dire de ceux, de beaucoup les plus nombreux, où l'activité de celle-ci ne s'exerce, fût-ce pour partie, que par le régime spécial inhérent à cette notion même, sous sa forme la plus générale.

Sous quelque angle qu'on la considère, la notion n'apparaît donc pas seulement comme un être dit « de raison » — d'ailleurs trop souvent par antiphrase (1) — confiné, sauf par une violence imposée aux faits, dans l'esprit qui lui a donné naissance ; elle est aussi, elle est, avant tout, une réalité, qui tient de la vie même sa structure et son ordre intime, et où la raison n'intervient guère que pour prendre acte de cet ordre et en déduire, le cas échéant, les conséquences nécessaires, par les méthodes particulières où le droit trouve son originalité (2).

Si, depuis les formes les plus élémentaires de la vie, où déjà se discernent les tropismes, jusqu'à ses aspects les plus hauts, où l'intelligence ordonnatrice se meut avec une admirable souplesse et une prodigieuse efficacité vers les buts qui lui sont proposés, des finalités toutes puissantes gouvernent chaque activité, il n'en va pas autrement de la notion sous son double aspect. Si aussi la continuité, l'adaptation aux circonstances et, le cas échéant, la défense contre les agressions internes ou externes sont à la fois les impératifs auxquels est subordonnée la vie et ses merveilleux attributs, on constate sur ce point encore, combien elle circule dans la notion. Si enfin, envisagée sous un autre aspect, la vie, qui n'est jamais statique, se présente sous l'apparence d'un miraculeux agencement, d'une extraordinaire composition de forces, de l'organisme même et du milieu, ce troisième trait se retrouve encore dans la notion. A supposer même dès lors que les tentatives « exterminatrices » qui ont été vainement faites contre elle puissent être qualifiées d'attentats contre une grande réalité vivante, ceux-ci ne méritent d'autre peine que l'impuissance même de tels efforts. La critique juridique la plus pénétrante et même la plus virulente, avec quelque talent qu'elle s'exerce, ne peut rien en effet que contre les malfaçons de créations purement conceptuelles, plus ou moins dépourvues de tout contact avec le réel. Quand, pour leur fidélité à l'égard de celui-ci, le droit a accordé sa sanction à l'une de ses institutions ou à l'un de ses instruments, il ne dépend que de la vie même de leur retirer l'existence qu'elle leur a donnée, ce qui n'est pas ici le cas.

IV

Qu'il s'agisse de l'ordre qu'elle établit en son intérieur même, dans les rapports entre les divers éléments de l'activité administrative, ou de ceux qu'elle crée dans les rapports entre ces divers éléments et les considérations qui, tout en étant extérieures à cette activité, ne peuvent lui rester étrangères, la notion apparaît ainsi, du point de vue strict de la technique juridique, comme une éclatante démonstration des bienfaits d'une synthèse digne de ce nom. Les mérites mêmes de celle-ci mettent d'ailleurs

(1) Avec son énergie coutumière, IHERING parle, à ce sujet, « des produits malsains des juristes de cabinet ».

(2) A ce propos, l'admirable remarque de Bossuet (Conn. I, 8) se présente naturellement à l'esprit et, tout spécialement à celui du juriste : « Le rapport de la raison et de l'ordre est extrême ; l'ordre ne peut être remis dans les choses que par la raison, ni être entendu que par elle : il est ami de la raison et son propre objet. » Et encore (*id.* : *Élev. sur myst.*, XII, 10) : « l'ordre est une espèce de vie de l'univers ».

Ce serait d'ailleurs se faire une fausse idée des rapports du droit et de la vie que de l'absorber dans celle-ci. Suivant la magnifique formule d'IHERING, « le droit, arrivé à la conscience de lui-même, s'est dépouillé de sa robe d'innocence ; ... il était un avec la vie ; ... il s'en est séparé » et, comme on l'a écrit à ce propos (voir P. COULOMBEL, *Rev. trim. de dr. civ.*, 1957, p. 630), « le droit n'est pas la vie et il se perdrait à vouloir l'être ». Mais — cette affirmation n'est exacte qu'à la condition d'être assortie de cette réserve — si le droit doit, en un sens, se distinguer de la vie, c'est parce qu'il est à son service et c'est pour pouvoir remplir cette mission qu'il doit s'éloigner quelque peu d'elle, sans jamais toutefois rompre les liens qui les unissent indissolublement.

en évidence les exagérations de ce monisme juridique qui condamne, trop fréquemment, sans nuances, l'alliance, dans un même régime, d'éléments de droit public et d'ingrédients de droit privé. Ni les considérations de logique, qui, en l'occurrence, se réfèrent à l'importance du but et justifient tout aménagement du régime conforme aux nécessités de celui-ci, ni les raisons de pratique, qui ne conduisent pas moins, dans nombre de cas, à des solutions plus ou moins hybrides, ne légitiment en effet une telle prise de position. Ce sont des méprises de ce genre qui ont retiré à la pensée, sur ce point trop rigide de Duguit, une part du crédit incontestable que lui avaient valu l'ampleur et la ferme armature de ses théories. Ce sont elles qui avaient contraint la jurisprudence à s'écarter d'elles, en partie, malgré leur attrait. Les doctrines qui, de notre temps, critiquent l'hybridation de notre droit oublient regrettablement que lorsque la synthèse s'opère — comme c'est ici le cas — sur des bases saines, sa vertu d'unification au moins relative met à l'abri de toute critique l'amalgame, dans un même régime, d'éléments de nature juridique diverse. Si leur hétérogénéité, au moins pour partie, survit en effet à la synthèse, celle-ci l'admet comme composante, dans toute la mesure où l'exige le but visé, sous réserve de ce qui a trait aux considérations, ci-dessus indiquées, relatives à l'ordre public. On ne peut donc, ici encore, que donner son approbation à l'opinion de M. Charlier, quand il estime (1) que « les solutions à adopter » doivent, chaque fois qu'il est possible, « tendre à dépasser le simple choix entre le droit public et le droit privé considérés comme deux ordres incommunicablement opposés, et procéder à la synthèse de ces deux systèmes de règles, dans le sentiment de l'unité complète du droit ». C'est donc (2) se faire une idée radicalement fautive de l'autonomie, d'ailleurs relative, de notre droit administratif que de voir dans un tel amalgame une négation de cette autonomie ou même une menace pour elle.

Il est remarquable que ces vérités, qui ont été, dans ces derniers temps, si regrettablement méconnues, aient été nettement aperçues, il y a plus d'un siècle, en un temps où la juridiction administrative commençait à peine sa carrière, par un juriste qui, sur ce point, a vraiment manifesté un sens prophétique. Il n'est pas inopportun, semble-t-il, de livrer aux méditations des juristes que l'exagération et parfois la déviation du sens critique ont conduit, en certains cas, aux pires aveuglements ces lignes écrites par Loqué dès 1807 (3) : « Là où la raison d'État et l'autorité du droit civil se rencontrent, il devient indispensable de les combiner ensemble et de les tempérer l'une par l'autre... Il est donc devenu nécessaire d'instituer une justice administrative, qui... puisse tout balancer, former un droit mixte des règles du droit public et de celles du droit privé, et faire prévaloir, au besoin, l'équité et l'intérêt de l'État, qui est l'intérêt de tous, sur des dispositions inflexibles et plus étroites de la législation positive. » Il est infiniment déplorable que, du fond des âges, ce voyant, vraiment ici génial, soit réduit à sortir des ombres où il est rarement visité pour rappeler à l'ordre les juristes qui, dans leur zèle iconoclaste, ont oublié cette grande mission.

Et sans doute toutes les synthèses n'ont-elles pas la même qualité. Il en est même (4) qui usurpent ce nom, alors qu'elles n'ont, en réalité que le caractère d'un éclectisme plus ou moins heureux, où le voisinage de divers éléments, avec quelque ingéniosité qu'ils soient agencés, n'obéit pas naturellement à une nécessité interne de cohésion (5). C'est seulement quand cette cohésion est le fruit spontané de cet équilibre où Hauriou, en définitive, voyait à la fois l'un des meilleurs agents du droit et l'une des plus

(1) *J.C.P.*, 1955, I, 1210, n° 12 bis, D.

(2) Cf. DE LAUBADÈRE, *D.A.*, p. 30 et s.

(3) Voir KOEHLIN, *Compétence administrative et judiciaire de 1800 à 1830*, p. 292.

(4) Si l'on en croit M. RIVERO (*D.*, 1948, chr. XLIII), dont l'affirmation ne paraît guère, sur ce point, sujette à réserve, tel serait le cas notamment pour les entreprises nationalisées, dont la notion ne reposerait que sur un « chaos d'idées confuses » ou, plus précisément, serait née de l'accouplement fâcheux de « plusieurs idées vagues avec une idée fautive » et « n'a été amendée jusqu'ici que d'après une idée inadéquate ». M. RIVERO ne croit pouvoir espérer d'amélioration en ce domaine « qu'au prix d'un effort de pensée qui se dégagera des idéologies et des mots pour s'attacher aux exigences du réel et aux données humaines et techniques, que nul législateur ne peut méconnaître, parce qu'elles sont liées à la nature des choses ». Un tel tableau généalogique et clinique, assorti d'un tel diagnostic, ne peut que faire ressortir par contraste le mérite de la notion examinée, qui satisfait, au contraire, pleinement aux conditions de validité ainsi utilement rappelées.

(5) Sur le pis-aller des éclectismes et des syncrétismes, voir (*R.D.P.*, 1953, p. 292) la profonde remarque de M. RIVERO.

accomplies de ses réussites qu'il peut être légitimement parlé de synthèse, au sens le plus plein de ce terme (1). Or qui niera qu'ici la notion puisse sans présomption revendiquer ce titre (2)?

Objectera-t-on, à son détriment, que, du fait même de cette synthèse, elle risque de connaître des avatars où l'on aurait quelque peine à la reconnaître? Ce serait oublier que, s'il est dans la vocation des principes généraux d'avoir (3) une fonction stabilisatrice, ils conjuguent cette fonction (4) avec un rôle d'adaptation, pour lequel ils doivent être façonnés. Car, à défaut d'une aptitude à cette dernière mission, ils ne pourraient convenablement remplir la première. Il est vrai que leur souplesse ne doit pas aller jusqu'à leur dénaturation. Mais n'est-il pas dans la nature même de la substance vitale de se renouveler périodiquement, avec plus ou moins de rapidité, suivant les circonstances? Et ne rejoint-on pas, ici encore, les lois générales de la vie? Il suffit de rappeler la jurisprudence qui s'institua jadis, dans le régime des concessions, à propos de la substitution de l'électricité au gaz, pour montrer comment la notion, convenablement maniée par le juge, peut fournir précisément le moyen de cette indispensable conciliation entre la stabilité des situations et les exigences des faits nouveaux (5).

§ 3. Des limites de l'efficacité de la notion

Est-ce à dire que, si efficace, si irremplaçable qu'elle puisse être, si large que soit sa zone d'action, la notion offre à elle seule, à notre droit administratif, des assises assez étendues pour porter toutes ses constructions? Il n'y aurait pas moins d'erreur à le prétendre qu'à dénier à la notion une efficacité quelconque ou même à lui mesurer trop étroitement l'utilité qu'on lui reconnaît.

Déjà, dans les secteurs où elle intervient, il arrive assez fréquemment que son action se conjugue avec celle d'autres notions. Il en est ainsi notamment — nous avons eu l'occasion de le rappeler — en ce qui concerne la définition du travail public et du domaine public, où elle n'entre que comme l'une des composantes, à vrai dire fort importante. Mais il est aussi nombre de domaines dont elle est complètement absente ou du moins qu'elle ne gouverne pas. Nous n'avons pas d'ailleurs ici le loisir de traiter le problème de ce qui reste de notre droit administratif après défalcation de la matière des services publics. Ce qui ne paraît guère discutable, c'est que, précisément, ce serait poser inexactement le problème que de ne donner au reste de ce droit qu'un contenu résiduel. Il faut y voir, au contraire, l'élément premier, puisque

(1) Sur une telle synthèse, voir LATOURNERIE (*R.D.P.*, 1945, p. 25 et 33), à propos de la jurisprudence relative aux dommages causés par les travaux publics; cf., sur les conflits de principes et leur règlement, JEANNEAU, p. 161.

M. CHARLIER a montré (*E.D.C.E.*, 1951, p. 61 et s.) avec beaucoup de force les bienfaits d'une véritable synthèse. « L'esprit de synthèse, écrit-il en termes pleinement convaincants, doit habiter tous les... juristes et les ramener inlassablement au sens de l'unité supérieure, à la fidélité aux buts, à l'adaptation aux circonstances de fait ». Il qualifie très expressivement cet esprit d'« esprit de synthèse fonctionnelle » et l'objet qu'il se propose de « cohésion fonctionnelle du droit ». « Il est d'une mauvaise méthode, écrit non moins excellemment M. L'HUILLIER (*D.*, 1957, chr. XCI, p. 94) de prétendre isoler », dans la notion examinée, « l'un de ses éléments, qui, dans les faits, sont indissolublement liés... », et, plus encore, de chercher à opposer les uns aux autres ces divers aspects d'une même entité ». De telles remarques font apparaître les inconvénients et la vanité de nombre de controverses, qui n'ont d'autre origine que de telles dissections arbitraires et des oppositions artificiellement créées entre des éléments ici unis inséparablement.

(2) Comme l'indique fortement M. G. SCELLE (*R.D.P.*, 1949, p. 203 et s.), si le droit administratif tout entier est gouverné par ses finalités, ses instruments techniques ont les leurs, qui sont au service de celles-ci. Ainsi les termes mêmes de service public ne caractérisent pas moins la mission propre de la notion examinée que celle des services auxquels elle s'applique.

M. CHARLIER fait non moins utilement remarquer (*R.D.P.*, 1947, p. 128) qu'« une technique n'a de sens qu'en fonction des buts qu'elle sert à atteindre : les moyens doivent être adaptés aux fins ». Lequel d'entre eux pourrait-il dès lors se targuer d'être mieux adapté à ces fins de service que celui-là même qui en porte la marque dans sa structure même et jusque dans son nom?

(3) Cf., sur ce point, *supra*, p. 98, et JEANNEAU, p. 184.

(4) Voir à cet égard, *supra*, *cod. loc.*, et JEANNEAU, p. 187.

(5) Il est, en Extrême-Orient, au moins un pays où, de notoriété publique, chaque secousse sismique ravageait même ses constructions les plus légères et où une immunité relative est assurée depuis aux édifices, même importants, par un système d'armatures métalliques, dotées à la fois de solidité et d'une flexibilité adéquate. L'analogie de cette méthode nouvelle avec celle qui a présidé à l'élaboration de la notion se présente naturellement à l'esprit, dans de tels cas, comme dans beaucoup d'autres.

ce que l'on trouve dans ce reste ce sont les pouvoirs fondamentaux, dont le type même est le pouvoir de réglementation. Lyautey avait, dit-on, coutume de revendiquer, pour le chef suprême, la technique de l'agencement des techniques mêmes. Comment ne pas placer effectivement au niveau le plus élevé l'autorité qui a le pouvoir même de créer ou d'organiser le service ou de déterminer les conditions de son fonctionnement? N'existerait-il, dans les hauteurs de notre droit administratif, qu'un pouvoir tel que celui-là que la notion de service public ne pourrait se flatter de l'hégémonie. Du reste, elle ne s'en flatte pas (1). Il est non moins indiscutable que l'indispensable instrument d'action que la notion de service public met entre les mains de la puissance publique n'est pas le seul dont elle dispose pour pourvoir à l'intérêt public. Elle peut utiliser encore à cette fin les procédés les plus divers, et les nécessités de ces dernières années accroissent tous les jours le nombre et les types de ces procédés. La plupart se ramènent à recourir à la collaboration d'activités privées à des tâches d'utilité publique. Et c'est la nécessité de donner à certains de ces procédés une forme technique appropriée qui, dès avant la dernière guerre, a conduit la jurisprudence à dégager utilement la notion d'activité privée d'intérêt public, qui devait avoir les vastes conséquences que chacun connaît. Dès cette époque, une catégorie intermédiaire s'est ainsi intercalée, dans notre droit, entre les activités purement privées et les activités publiques, qu'elles soient ou non d'un type mixte. Ce droit s'est dès lors présenté sous la forme de cette gradation, de cette échelle qu'un commissaire du gouvernement signalait alors, dans une affaire célèbre, comme un trait spécifique du droit de notre temps. L'expérience montre aujourd'hui — il est temps de le proclamer — que l'évolution des circonstances conduit à ajouter encore à cette échelle un échelon non moins indispensable. Il s'agit (2) de la catégorie qui pourrait être qualifiée d'activité publique d'intérêt général.

§ 4. De la nécessité de dégager la notion nouvelle des activités publiques d'intérêt général

I

Il est d'ailleurs singulier que cette notion ait échappé, jusqu'à présent, à peu près complètement (3), à la vigilance des juristes. Et l'on est réduit, à cet égard, à constater un vice dans le fonctionnement de leurs propres services d'identification. Il ne s'agit nullement, d'ailleurs, en un temps qui ne connaît que trop la prolifération des valeurs fiduciaires, dont la multiplication même n'a pas pour effet d'accroître le crédit, d'accorder inconsidérément à un nouvel être de fiction des lettres d'introduction dans le domaine du droit, déjà quelque peu encombré. Celui-ci aurait plutôt besoin d'une opération d'élagage et, dans le sens technique, d'épuration. Mais autant le droit peut souffrir, dans la simplicité et dans la clarté qui doivent être son apanage, d'une inflation incohérente qui ajoute en lui à des notions ayant directement chez lui droit de cité des superfluités sans titre valable ou même des intrus connus pour tels, autant la confusion risque d'être augmentée par la fausse qualification donnée à des situations juridiques qui, admises, faute d'examen d'entrée, dans des catégories non faites pour elles, n'y apportent que perturbation. Or il n'est pas douteux (4) que tel est bien le cas pour bon nombre d'activités, dont la présence irrégulière dans la catégorie des services publics n'a fait qu'y amener avec elle un supplément de confusion. Il faut vraisemblablement d'ailleurs attribuer cette situation fâcheuse à l'absence, jusqu'à une époque récente, de critères suffisamment précis permettant de définir la notion et, par là, même, de dresser la liste de ses ressortissants. Et ce n'est pas le moindre des méfaits de cette insuffisance de définition que d'avoir ainsi aggravé le mal déjà né de cette incertitude même. Il n'est donc que temps, maintenant que la définition est sûre, de refouler hors de la notion celles des activités, fussent-elles publiques, qui n'ont

(1) La jurisprudence admet d'ailleurs qu'il est une fraction du pouvoir réglementaire qui s'incorpore au service public, comme étant interne à celui-ci, et ce pouvoir réglementaire inhérent à la notion de service s'étend sensiblement, dans certains cas, en dehors de son enceinte même et intéresse ses rapports avec les tiers. Il en est tout spécialement ainsi en ce qui concerne la police, si toutefois, comme l'admet la jurisprudence, celle-ci constitue bien un service public.

(2) Cf. *supra*, p. 117.

(3) Voir toutefois RIVERO, *D.A.*, p. 388 et 449.

(4) Cf. RIVERO, *D.A.*, p. 451.

pas leur place dans son enceinte. Le cadre de cette étude nous interdit d'ailleurs de donner à ce sujet toute son extension. Mais nous devons citer au moins quelques exemples des inconvénients indéniables de la situation actuelle. L'un des plus flagrants concerne l'exécution des travaux faits dans les églises par les collectivités publiques; un autre, la Régie Renault, que les juristes, par intuition, hésitent légitimement, à peu près tous, à ranger dans la catégorie des services publics. Où, dans l'état présent de notre droit, ranger de telles activités? L'embarras que l'on discerne, à ce propos, dans l'esprit de la plupart des juristes ne peut manquer d'y naître, du fait que la seule solution qui leur est offerte consiste actuellement dans une option entre la catégorie du service public, où manifestement de telles activités ne peuvent être qu'abusivement admises, et la notion de gestion du domaine privé, qui ne paraît pas davantage adéquate. Le choix conduit donc le classificateur à une impasse inévitable ou, qui pis est, à une fausse direction (1). Et il en sera nécessairement ainsi tant qu'il n'aura pas été reconnu que c'est se faire de nos institutions une idée trop schématique et même, en partie, fautive que de rechercher, en de tels cas, la solution dans une telle alternative. Il est donc indispensable que les yeux s'ouvrent sur la nécessité de faire aux situations de ce genre, dans notre appareil juridique, une place à part. Il est d'ailleurs non moins nécessaire que celle-ci soit bien délimitée et que ne pèse pas sur la naissance de cette nouvelle notion l'équivoque qui a si fâcheusement troublé l'existence de la notion étudiée. Le premier don à déposer dans le berceau de cette catégorie est donc celui d'une définition, qui lui donne, avec toutes garanties, un passeport pour l'avenir.

II

Cette définition, sur quelles bases l'asseoir? La réponse paraît facile. Car un argument d'analogie qui se présente naturellement à l'esprit en fournit tous les éléments. On se souvient que, selon la définition qui a été donnée (2) de la notion d'activité privée d'intérêt général lors de son élaboration, le propre de ces services d'intérêt public est que, « tout en restant privés, ils présentent pour l'utilité publique un intérêt assez notable pour être dotés par l'autorité compétente de quelques-unes — et, dans chaque cas, la nature de cette attribution varie — des procédures de droit public ». Cette définition n'est pas moins valable pour la catégorie analogue, et l'on peut même dire : sœur, des activités publiques d'intérêt général. Comme les services privés d'intérêt général, ces activités se distinguent des services publics en ce que, tandis que ceux-ci sont, du seul fait de leur création, directement dotés de l'ensemble des prérogatives et soumis à la totalité des sujétions inhérentes à la mission qui leur est confiée, les activités publiques d'intérêt général ne se trouvent, en plus ou en moins, dans une situation exceptionnelle, par rapport aux activités privées correspondantes, que dans la mesure où il en est ainsi en vertu des dispositions législatives ou réglementaires qui ont fixé le statut de ces activités. Le régime de droit public, dans la mesure, ci-dessus indiquée, où il correspond à l'objet et au but du service, est donc, par définition même, la règle pour toutes les activités auxquelles les autorités compétentes ont conféré le caractère d'un service public. La situation est inverse pour les activités publiques d'intérêt général. Il doit être précisé toutefois que les particularités de droit public qui se trouvent, en quelque sorte nommément, incluses dans le statut de cette nouvelle catégorie par les dispositions législatives ou réglementaires qui,

(1) C'est ainsi qu'au terme d'une remarquable étude consacrée, dans cette revue même (1958, p. 35 et s.), au statut du domaine privé, M. AUBY, ayant relevé dans ce statut bon nombre de particularités étrangères au droit privé, se croit (voir p. 42; cf. p. 39), de ce seul fait, tenu d'attribuer à la gestion de ce domaine le caractère de service public, ce qui n'est manifestement pas le cas. Il ne nous paraît d'ailleurs pas que cette gestion constitue une activité publique d'intérêt général, au sens technique de ces termes. Car, de même qu'il existe, en droit privé, outre les activités d'intérêt général, des activités simplement réglementées, on trouve en droit public — et il y a là encore, un point, pourtant capital, qui n'a pas été mis en évidence, ni même entraperçu — des activités de ce dernier genre. Le propre de ces activités est d'être, en vertu de textes législatifs ou réglementaires, sujettes à certaines mesures, de nature diverse, qui leur confèrent, par rapport aux activités non spécialement réglementées, une certaine originalité. C'est à cette catégorie, jusqu'à présent inédite, que semble, au moins en partie, ressortir une telle gestion.

(2) Conclusions LATOURNERIE, dans l'affaire *Société des Établissements Vézia* (R.D.P. 1936, p. 133).

dans chaque cas, la concernant ne sont pas les seules à y figurer. On y trouve encore toutes celles qui s'attachent inséparablement à la qualité publique de la personne qui exerce ces activités (1) et aussi toutes celles qui sont inhérentes à la mise en œuvre de certaines facultés administratives, telles que celles auxquelles correspondent la notion de travaux publics et celle de contrats administratifs. Il est en effet, comme on sait, dans la nature de ces notions de déborder, par leur champ d'application, le cadre des services publics. Elles peuvent donc, le cas échéant, du seul fait de leur intervention, faire apparaître, dans le statut des activités qui viennent d'être caractérisées, les éléments de droit public particuliers à ces notions (2). Il est à remarquer d'ailleurs qu'en ce qui concerne précisément la notion de travail public et celle de contrat administratif, la règle d'ordre public résultant de la jurisprudence *Effimieff* et *Bertin* ne saurait recevoir ici, au moins dans le silence des textes, son application. Cette règle est en effet, nous l'avons indiqué, instituée pour la défense du service public, qui, par définition même, ne se rencontre pas en l'espèce. Notons, d'autre part, que le principe de l'adéquation des moyens au but qui constitue le fondement même de la notion de service public ne joue pas un rôle aussi capital dans les activités envisagées. Sans doute n'en est-il pas complètement exclu, dans la mesure où il prescrit de scruter les intentions de l'autorité créatrice pour mesurer l'ampleur de l'attribution de puissance publique qu'elle a entendu faire à l'activité considérée. Mais ici cette recherche sera fort limitée, puisqu'à la différence du cas où il s'agit d'un service public, il ne peut s'agir que d'une attribution partielle et nettement délimitée. Une question non dénuée d'importance se pose toutefois à ce propos. Les principes généraux qui figurent dans le statut des services publics se trouvent-ils aussi dans celui des activités examinées? La réponse est assez voisine de celle qui, au sujet de ces mêmes principes, a été faite à une question concernant les services publics. En tant que généraux, ces principes trouveront, ici encore, leur application, mais dans la mesure seulement qui correspond tant à la qualité de la personne gérante qu'à la nature même des activités considérées (3).

III

Si brèves qu'elles soient, ces quelques indications permettent de se faire une idée générale de l'importance de la lacune créée dans notre droit public par la non-identification de cette nouvelle notion. Celle-ci, surtout si on lui associe la notion, non moins nécessaire, d'activité publique réglementée, paraît seule en effet capable de donner correctement asile à tous les heimatslos de notre droit administratif et de libérer la catégorie des services publics des envahisseurs de tous genres qui, à la faveur de la confusion générale, ont réussi à y usurper une place. Dira-t-on, pour refuser à la notion ainsi identifiée ses lettres de créance et d'introduction dans notre droit, qu'il n'est pas une seule activité administrative qui, d'une façon plus ou moins directe, ne se réfère à l'intérêt public? Nul doute que cette dernière affirmation n'échappe à toute controverse; mais une telle remarque peut-elle mettre obstacle à la reconnaissance de l'utilité de cette notion? La réponse paraît bien devoir être négative. Car il est des degrés dans l'intérêt public, des différences plus ou moins considérables dans l'urgence ou dans l'importance des besoins ou des nécessités à satisfaire. Et sans doute ne saurait-il être question, comme Dugué était tenté de le faire, de multiplier à l'infini les catégories, pour suivre jusque dans ses nuances les plus fines la gradation de cet intérêt. Mais, ici encore, la loi de mesure dicte une solution médiane. Il n'y a pas moins d'inconvénient à maintenir, en ce domaine, un schématisme que repousse la réalité qu'il n'y en aurait, pour le droit, à se calquer sur elle, dans ses moindres méandres, jusqu'à perdre la forte structure sans laquelle

(1) Tel est le cas notamment pour la règle de l'insaisissabilité des biens publics.

(2) Le régime des contrats administratifs n'est du reste pas si rigide qu'il ne comporte, sur certains points, des degrés, tenant au fait que la nature et l'importance des intérêts publics justifiant l'usage de ces contrats varient, considérablement parfois, suivant les cas où ils interviennent (voir, à cet égard, DE LAUBADÈRE, *Contrats administratifs*).

(3) Il serait superflu de souligner l'extrême variété des activités privées d'intérêt général, qui vont de l'activité simplement subventionnée à des entreprises considérables, munies de prérogatives quelquefois importantes et sujettes corrélativement à des sujétions qui, dans certains cas, peuvent être lourdes. Une variété non moins grande peut se constater, parallèlement, dans les activités publiques d'intérêt général.

il meurt. La notion d'activité d'intérêt général et celle d'activité réglementée suffisent à combler le vide juridique qui existe actuellement entre deux catégories dont les limites ne coïncident pas. Mais, sans elles il est vain d'espérer que les troubles consécutifs à leur identification aient une chance sérieuse de prendre fin (1). Il n'est pas niable en effet que les cas tendent à se multiplier de plus en plus où l'intérêt général, sans justifier le régime de droit public, demande, pour être atteint, une réglementation et d'autres où ses exigences plus fortes prescrivent d'aller au delà, jusqu'au classement de l'activité intéressée dans la catégorie des activités d'intérêt général, sans aller jusqu'à la création d'un service public (2).

Notre droit administratif, dans cette perspective, se présente sous une forme étagée, où, à la hauteur de chaque niveau : activités réglementées, activités d'intérêt général et services publics, les activités correspondantes sont confiées soit à des personnes publiques, soit à des personnes privées. La qualité de la personne gérante interfère donc, dans chaque cas, avec la nature de ces activités pour déterminer leur statut. Mais, sous cette seule réserve, ce droit, qui se situe entre les deux pôles du régime purement public et du régime purement privé, s'oriente de plus en plus, de degré en degré, vers le premier de ces deux pôles. A ce droit, ainsi composite, il est donc, par définition même, interdit, sauf d'assez rares cas, de prétendre, dans la présente conjoncture, à cette homogénéité dont, lors de l'heureuse naissance de la notion de service public, des fées tout spécialement bienveillantes lui avaient fait l'incalculable don. D'autre part, les maîtres d'œuvres contemporains de nos édifices juridiques ont à chercher péniblement leurs assises dans un sol précaire et tourmenté, qui n'offre que de médiocres garanties. Il semble toutefois qu'en l'état de sujétions aussi sévères, la construction qui vient d'être esquissée n'est pas sans présenter un peu de cette harmonie sans laquelle notre droit risque de voir s'altérer encore le large crédit dont il jouissait ou de ne pas retrouver le prestige dont le début du siècle l'avait favorisé.

Si notre droit administratif, qui vient de connaître de rudes épreuves, dont il n'est pas entièrement sorti encore, veut s'en libérer à son honneur, il n'est d'autre procédé pour lui que de dominer intellectuellement l'effervescence de l'époque présente, notamment dans le domaine foisonnant des activités de type économique, professionnel ou social, où règnent encore, dans nombre de secteurs, des ombres plus ou moins opaques. Or cette domination intellectuelle, qui est pour lui une obligation de service, n'aura de chance de s'établir qu'avec le concours d'appareils d'action assez nombreux et assez précis pour le seconder dans sa lourde tâche. Le couple service public - service privé d'intérêt général ne saurait

(1) Des textes dont l'élaboration a occupé le premier plan de l'actualité : ceux qui ont prévu l'aide de l'État aux établissements d'enseignement privé ont mis récemment en évidence l'impossibilité pour notre droit de satisfaire aux exigences de notre époque sans le concours de notions telles que celle d'activité d'intérêt général.

Parmi les situations prévues par ces textes, à savoir par la loi du 31 décembre 1959 et par les décrets pris pour son application, il en est une en effet, à savoir le contrat dit « simple », dont traite l'article 5 de la loi, qui, sans le recours à cette notion, n'arrive pas à trouver sa place dans les catégories de notre droit. Si les établissements qui, en vertu de l'article 3, demandent « à être intégrés dans l'enseignement public » participent indiscutablement au caractère de service public que revêt éminemment celui-ci, si, d'autre part, il semble devoir en être de même pour les établissements du deuxième type : ceux qui, d'après l'article 4, sont admis à passer avec l'État un contrat d'association à l'enseignement public, « après qu'il a été reconnu qu'ils répondent à un besoin scolaire reconnu », il paraît difficile d'adopter la même solution pour les établissements régis par les contrats du troisième type. Sans doute, par définition même, ne sont-ils pas étrangers à cet intérêt public, sans lequel l'octroi d'une aide en leur faveur n'aurait pas de justification. Mais leurs liens avec le service public ne sont pas assez directs et assez étroits pour qu'il semble possible de les ranger dans la même catégorie, et leur place paraît plutôt marquée dans celles des activités d'intérêt général. A la vérité il ne s'agit là que d'une activité privée de ce type; mais, comme nous l'avons indiqué, les activités de ce genre ne constituent, en réalité, que l'un des deux aspects d'une unique catégorie. Signalons, à ce propos, qu'il est dans la nature des activités privées d'intérêt général d'être soumises à un certain contrôle de l'autorité publique. Moins étroit (cf. *supra*, p. 117) que pour les activités privées collaborant directement au service public, sous une forme ou sous une autre, il apparaît là comme la contrepartie de la situation exceptionnelle faite par la puissance publique à de telles activités. Les textes qui viennent d'être rappelés permettent de vérifier cette règle.

(2) Dans ses conclusions précitées, le Commissaire du Gouvernement signalait déjà, en 1935, qu'un service d'intérêt général « peut être assuré par une personne publique, non moins que par une personne privée ». Et il en donnait précisément pour exemple le cas des travaux dans les églises.

suffire à cet effet. Il y faut encore la *notion* qui vient d'être dégagée (1) et la *notion non moins indispensable* des activités publiques réglementées.

IV

Parmi les possibilités fort amples qu'offrira aux juristes, en tous domaines, la notion d'activité d'intérêt général, il en est une d'ailleurs qui se signale par son importance exceptionnelle; c'est celle qui concerne le nouveau statut que pourrait recevoir, par son entremise, la notion d'établissement public. Nul n'ignore en effet que l'usage excessif et parfois abusif qui en a été fait dans ces dernières années n'a pas peu ajouté à la confusion, vraiment lamentable, qui règne, actuellement encore, sur un trop grand nombre de points, dans le domaine du service public et des notions périphériques ou adjacentes. Dans l'établissement public, la doctrine et la jurisprudence voient généralement le procédé par lequel un service public acquiert la personnalité. Les autorités législatives et réglementaires, qui ont cependant maints autres moyens d'accorder celle-ci aux institutions auxquelles elle paraît utile, quitte à se désintéresser de la catégorie juridique, plus ou moins hypothétique ou même inexistante, dans laquelle elles sont censées venir ainsi se ranger, ont contracté la fâcheuse habitude de ne pas être très circonspectes sur l'identité véritable des institutions qu'elles veulent ainsi doter de la capacité. On retrouve de la sorte à l'intérieur de la catégorie des établissements publics cette invraisemblable cohue et ce déplorable chaos qui ne règnent que trop dans d'autres secteurs. Les effets désastreux de cette absence de contrôle à l'entrée ont vite fait de se manifester. Dans les occasions difficiles qui se présentent à ce propos, le mécanisme logique que constitue le raisonnement juridique, avec l'implacable rigueur et presque l'automatisme qui le caractérisent trop souvent, ne peut se mettre en mouvement qu'à partir de la notion de service public, dont il déduit toutes les conséquences. Et les occupants sans titre de la catégorie se trouvent ainsi affublés d'un statut qui n'est pas à leur taille. Seule, la catégorie nouvelle peut apporter quelque remède à cette regrettable situation. Elle offre d'ailleurs au juge deux solutions. A la définition que lui-même a donnée des établissements publics, il peut tout d'abord substituer une autre, dont la caractéristique serait d'attribuer la personnalité juridique non plus seulement aux services publics, mais aussi aux activités publiques d'intérêt général. Il a encore la faculté de maintenir la définition actuelle, mais en prévoyant, à côté des établissements publics traditionnels, des établissements publics de type nouveau, qui encadreraient les activités publiques d'intérêt général. La première solution aurait pour avantage de permettre de ranger sous le régime de ces dernières activités des services où il est difficile de reconnaître d'authentiques services publics, bien que l'autorité législative ou réglementaire les ait gratifiés de cette qualité. Mais elle aurait, en contrepartie, pour inconvénient de grouper dans la même catégorie des services à régime différent. La seconde solution a le mérite d'échapper à cet inconvénient. Il est vrai qu'elle demanderait au juge l'effort de donner des textes intéressés une version ne corres-

(1) Cette nouvelle notion permet notamment de résoudre des difficultés telles que celles qu'ont fait naître les cas où un régime à beaucoup d'égards voisin de celui du service public a été, notamment à l'occasion de concessions sur le domaine public, appliqué à des activités qui cependant ne présentent pas vraiment ce caractère. Le Conseil d'État s'est trouvé tenté de chercher à ces difficultés une solution dans la théorie des services virtuels, à qui cependant, à peu près unanimement — à juste titre, selon nous (voir *supra*, p. 118) — la doctrine refuse son approbation. Or cette solution peut plus aisément être trouvée dans la notion de service d'intérêt général. La différence entre les deux théories est du reste considérable. Car, dans le cas de service d'intérêt général, si le régime du service peut se rapprocher de celui du service d'intérêt public, jusqu'à presque, le cas échéant, s'identifier avec lui, encore celui-ci ne s'applique-t-il que dans le cas et dans la mesure où l'autorité qualifiée en a décidé ainsi. La circonstance que les pouvoirs de celle-ci s'exercent parfois dans un domaine où ils sont des plus larges, comme c'est le cas pour de telles concessions, n'est du reste pas indifférente. Car elle influe sur le contenu du régime applicable alors au service intéressé. Il n'en demeure pas moins vrai que le gérant de ce service n'est doté que des seules prérogatives et soumis qu'aux seules sujétions expressément prévues dans l'acte qui l'a investi.

Nous ne pouvons ici que faire une allusion à la nécessité parallèle de réaménager la matière des biens publics, en intercalant entre le domaine public et les biens purement domaniaux une catégorie intermédiaire, comprenant notamment les biens simplement affectés à un service public. Ici encore, le rigide schématisme de notre droit actuel est impuissant à le doter de la clarté et de l'harmonie indispensables.

pendant pas, de tous points, à leur lettre même. Mais cet effort n'excède pas les pouvoirs d'interprétation dont dispose le juge dans un cas tel que celui-là, où l'autorité législative et réglementaire est toujours exposée à des erreurs techniques; elles seraient ici d'autant plus excusables que lorsque ces autorités se sont prononcées, la notion des activités publiques d'intérêt général n'avait pas encore été identifiée (1).

V

Les constatations qui viennent d'être faites montrent que les vrais défenseurs de la notion de service public ne se trouvent pas dans les rangs de ses laudateurs immodérés, à supposer qu'il s'en trouve encore et que les visées impérialistes conçues pour elle par Duguit ne soient pas, sur ce point, tombées en déshérence. A la notion examinée ce serait rendre en effet le plus mauvais service que de la présenter en prétendant à une hégémonie pour laquelle elle n'est pas faite. Encore convient-il, en sens inverse, de repousser toute tentative de la faire descendre du rang fort honorable qu'elle occupe en vertu de ses titres. Or, émettant sur sa vitalité un avis manifestement trop pessimiste, d'aucuns l'ont estimée inapte, pour faiblesse de constitution, à jouer un rôle vraiment actif et ne consentent à l'enrôler que dans le service auxiliaire (2). C'est faire trop bon marché de ses capacités. Et la notion est parfaitement apte — la démonstration vient d'en être faite — à servir dans l'activité, au besoin dans le service armé, fût-ce pour sa propre défense. Sans doute est-il des cas — nous l'avons indiqué — où elle doit, pour atteindre ses fins, contracter certaines alliances (3). Mais il n'y a rien là que de normal, dans les activités multiples qui sont les siennes (4). Et partout ailleurs, elle se suffit et bénéficie de l'autonomie, dans toute la mesure que comporte la décision qui a présidé à sa naissance.

§ 5. Existe-t-il un critère valable pour l'ensemble de notre droit administratif?

I

Existe-t-il une notion vraiment maîtresse et souveraine qui exerce un empire incontestable sur l'ensemble de notre droit administratif? Après ce qui vient d'être dit, il pourrait paraître superflu de s'associer à cette interrogation, que la difficulté de leur tâche et les échecs qu'ils ont essuyés ont fait naître dans l'esprit de certains de nos juristes parmi les meilleurs. De la réponse à cette question dépend néanmoins, pour une part, la place de la notion dans notre droit. Rappelons donc que, dans une étude vraiment capitale (5), l'un des maîtres les plus désignés pour affronter victorieusement un sujet d'une

(1) M. RIVERO fait observer de même (*R.D.P.*, 1950, p. 471), avec M. R. DRAGO, que la notion de service public, qui a servi à la définition de l'établissement public, n'a vu le jour ou du moins ne s'est accréditée que bien après la naissance de cette dernière catégorie.

(2) Telle est, notamment, nous l'avons vu (voir *supra*, p. 89), l'opinion de M. CHAPUS.

(3) Elle n'est pas seule à se trouver dans une telle situation. Les notions même les plus vigoureuses et les plus accréditées la connaissent, sans en être atteintes dans leur vitalité, ni dans leur mérite. Nous citerons notamment en ce sens le voisinage, dans la théorie des dommages causés par les travaux publics, de la théorie de la faute et de celle du risque (voir, sur ce point, LATOURNERIE, *R.D.P.*, 1945, p. 5 et s.; cf. BERLIA, *R.D.P.*, 1951, p. 687 et s.).

(4) M. DE LAUBADÈRE, un des rares juristes (voir aussi, à cet égard, L'HUILLIER, D., 1955, chr. XXII, p. 119 et s.) qui ne se soient pas départis, envers la notion examinée, d'une attitude de compréhension, également éloignée des espoirs et des éloges immodérés et des excès d'une critique à prétention subversive, n'hésite pas (*D.A.*, p. 48) à reconnaître la nécessité pour la notion de s'adjoindre « un critère complémentaire ou correcteur », qu'il voit dans le critère du « caractère exorbitant des situations ». Le terme « correcteur » ne paraît pas convenir à la nature de la considération dont la notion peut avoir besoin dans certaines circonstances. Pour le surplus, l'opinion de cet auteur paraît appeler tout au plus cette réserve, qu'il paraît quelque peu exagéré de parler, au moins dans les cas visés par lui, de « critère complémentaire », alors qu'il suffit, dans ces cas, de constater que les exigences de la mission assignée au service public, telle que l'autorité compétente en a envisagé l'accomplissement, n'exigent pas, sur tel ou tel point, la mise en œuvre de procédures de droit public ou même réclament d'autres méthodes.

(5) Voir RIVERO, *Existe-t-il un critère en droit administratif?* (*R.D.P.*, 1953, p. 279 et s.); cf. EISENMANN, *op. cit.*, p. 46 et 55.

telle ampleur et d'une telle difficulté, en a fait un examen approfondi. Il s'est mis en quête de la notion qui aurait la double vertu de « délimiter » et d'« expliquer » notre droit administratif, de fournir à la fois « la mesure de son champ d'application » et « la raison d'être de ses particularités ». Il n'a trouvé trace, nulle part, d'une telle notion « omniprésente ». Il n'y a pas davantage trouvé de « raison » logique de poser *a priori* que le droit administratif s'organise autour d'un « seul principe ». Pourquoi, se demande-t-il d'ailleurs, serait-il doté de ce privilège, « alors que les autres branches du droit ignorent cette systématisme unifiante »? « Pourquoi, parmi tant de cathédrales portées par des piliers nombreux s'érigerait cette unique pyramide assise sur sa base monolithique »? Aussi bien l'auteur constate-t-il qu'aucune autre branche du droit n'a d'ambitions si démesurées (1).

II

Devant de telles conclusions — et quel qu'en soit d'ailleurs le mérite — comment ne pas marquer quelque étonnement qu'elles n'aient pas suffi à mettre d'aucuns en garde contre la tentation de prononcer contre la notion examinée, non plus d'ailleurs que contre aucune autre, la condamnation capitale, pour le seul grief de n'être pas dotée d'une portée absolument générale? Sans doute l'intérêt scientifique et, par là, le mérite d'un critère se jugent-ils notamment à l'abondance des règles qu'il trace et des explications qu'il fournit. Mais, s'il est dans la nature des choses que fût-ce la notion la plus douée doive partager cette fonction avec d'autres, que le droit administratif ne comporte qu'un *condominium* de telles notions, l'aspiration à l'unité que les meilleurs de nos juristes tiennent de leur zèle scientifique sera réduite à se satisfaire de telles compositions de forces, qui peuvent ne pas laisser de procurer à l'esprit comme à la pratique des satisfactions non négligeables.

Même ceux qui souscrivent à des réserves aussi fortement motivées ne peuvent toutefois se relâcher dans leur exploration des voies qui, à travers la forêt des espèces et des règles de toutes sortes, conduisent aux grandes vues d'ensemble, dominant utilement les plus vastes horizons. Même s'il n'y a pas d'espoir en effet de voir enfin une notion soumettre victorieusement à son empire l'ensemble de notre droit administratif, il ne peut être sans profit de vérifier la limite des exigences auxquelles on peut soumettre avec succès les forces de celle d'entre elles que sa capacité désigne pour le premier rang. A défaut d'être comblé par l'unité, le vœu de simplicité qui anime la théorie comme la pratique fait donc à la doctrine comme au juge un devoir absolu de fixer l'emplacement et de dresser la carte des centres d'ordre et de cohésion (2).

III

Si fortement motivée qu'elle soit, la réponse négative à la question posée peut être du reste, semble-t-il, taxée de quelque pessimisme. Est-il bien exact qu'il soit vain de tenter d'aller plus loin que la découverte et le rapprochement « de vérités partielles et complémentaires »? Et faut-il se tenir ainsi pour satisfait, uniquement d'ailleurs par sagesse, peut-être aussi par résignation, de l'image qu'un tel

(1) Devant ces ambitions, d'ailleurs, il ne conçoit pas d'étonnement. Car, comme nombre de juristes, il voit dans l'origine même de notre droit administratif et dans la nécessité pratique de dresser, en toute occasion, le procès-verbal de bornage réclamé pour la saisine du juge, l'explication d'une telle quête, qui jusqu'ici n'a pas eu de fin.

Sans se prononcer aussi nettement que M. RIVERO pour la négative à une question posée, M. WALINE (*R.D.P.*, 1959, p. 1288) incline manifestement en ce sens.

(2) Nous avons eu d'ailleurs l'occasion d'indiquer qu'il s'en faut que toutes les notions dont le concours est requis pour l'édification du droit soient dotées de la même importance. Il existe au contraire entre nombre d'entre elles des rapports hiérarchiques, sinon de subordination. Telle notion, qui n'a pas, à elle seule, la force de satisfaire aux tâches imposées peut en rendre possible l'exécution en s'adjoignant à une autre, qui, elle-même, quoique plus robuste, ne peut se passer d'une aide plus ou moins ample. Certaines des notions évincées comme critères fondamentaux peuvent donc trouver leur emploi comme critères auxiliaires, comme notions de complément. Inaptes à briguer les grands premiers rôles, elles peuvent (cf. CHAPUS, p. 142) jouer les utilités. On ne saurait donc s'étonner de retrouver certaines d'entre elles aux côtés de la notion examinée, dans le secteur considérable où la prépondérance lui est assurée.

rapprochement propose de notre droit administratif, de ce point de vue, « non point unifié, mais pourtant harmonieux »? Peut-être n'est-il pas impossible d'aller quelque peu au-delà de ces conclusions indiscutablement prudentes, mais exagérément limitées. Il est en effet un principe majeur qui domine tout notre droit administratif; c'est celui qui pourrait être qualifié de principe de l'autorité fonctionnelle et en vertu duquel il existe un rapport entre l'étendue des pouvoirs et le but que vise leur exercice, ainsi que les circonstances qui ont donné à l'autorité compétente l'occasion d'agir ou qui lui en ont fait un devoir. La notion de service public n'est, en un sens, qu'une application de ce principe fondamental. Mais son champ d'extension la déborde et ne laisse en dehors de lui aucune activité administrative, notamment celles qui portent sur la création, l'organisation ou le fonctionnement des services qui ne sont que d'intérêt général ou même des services publics. Il s'en faut d'ailleurs que ce principe soit dépourvu d'utilité pratique. Il faut reconnaître toutefois que son rendement, si l'on peut dire, soit aussi ample et aussi fourni que celui de la notion de service public (1). Rien, au niveau où celle-ci opère, ou aux étages inférieurs, ni même aux altitudes plus hautes, ne vient donc la découronner de l'influence considérable qu'elle exerce dans la vie de notre droit.

(1) Si le principe suprême ci-dessus indiqué n'ajoute peut-être pas beaucoup — encore ce point n'est-il pas évident — à l'efficacité pratique du droit, il ne paraît d'ailleurs pas douteux qu'il ajoute à son harmonie et, en tout cas, à sa cohésion.

CONCLUSION

§ 1. *Des remèdes au malaise actuel de notre droit administratif*

La présente étude s'est ouverte par le constat du malaise actuel de notre droit administratif. Il est naturel qu'elle se termine par l'examen des remèdes propres à y mettre fin. Le mal a atteint un tel degré et a exercé de tels ravages que l'existence ou l'efficacité de ressources curatives idoines rencontre nombre de sceptiques ou, tout au moins, d'anxieux et de perplexes (1). Il en est même qui, gagnés par la contagion d'une certaine philosophie contemporaine, dont les vertus toniques restent à démontrer, ont une tendance à verser dans un désenchantement propice aux solutions de désespoir. Comme toujours en pareil cas, d'aucuns prônent les remèdes « héroïques » : les uns (2), rien de moins que la suppression de notre juridiction administrative, les autres (3), le recours à la loi. Mais l'expérience prouve, au moins en droit, que les solutions de table rase ne conviennent guère à un pays et à une discipline qui ne se sont bâtis que par une persévérance obstinée et par l'effort continu des générations (4). Faut-il s'abaisser alors jusqu'à l'emploi des remèdes dits de bonne femme et, si la Faculté elle-même déclare le malade incurable, faut-il aller chez le rebouteux? Peu de juristes et, sans doute, même les plus pessimistes des membres de cette même Faculté ne se rebelleraient pas contre l'idée même d'une pareille abdication. Y a-t-il d'ailleurs, pour ceux qui gardent leur sang-froid dans une confusion qui tournerait vite à la débâcle, l'ombre d'une raison de rompre, du jour au lendemain, avec des méthodes éprouvées?

Constatons d'abord que notre droit administratif n'a pas (5) le monopole de telles difficultés. Constatons pourtant que, si une « dépression » quasi-générale sévit chez les hommes de droit public, les civilistes se signalent par une alacrité active, qui ne peut manquer d'avoir d'heureux effets sur leurs collègues de l'autre bord (6). Entre tous, l'ultime message que nous fait parvenir, quasi d'outre-tombe une exhortation d'une admirable noblesse (7) signerait, s'il n'était pas entendu, la démission de notre

(1) Cf. DE CORAIL, p. 332. « Si l'idée de puissance publique n'est pas plus indiquée que celle de service public pour expliquer les solutions jurisprudentielles, à quel saint, se demande M. WALINE (*R.D.P.*, 1959, p. 1287), doivent se vouer les malheureux professeurs s'efforçant, pour des raisons pédagogiques évidentes, de présenter l'ensemble de la jurisprudence... comme une œuvre logique? »

(2) Ceux qui se posent cette question (voir notamment CHARLIER, *E.D.C.E.*, 1951, p. 47) la déclarent eux-mêmes « sacrilège ».

(3) Voir, ici encore, CHARLIER (*ibid.*, p. 48 et 51); adde : CADART, p. 108; cf. p. 111 et s.

(4) « Le droit, écrit à ce sujet (*in* : *La distinction...*, p. 152) M. RIVERO, qui donne ainsi de la tâche du juriste la plus exacte et la plus traditionnelle des définitions, s'il se veut discipline scientifique, ne peut pas se borner à colliger les énoncés de la volonté législative; il lui faut organiser la matière première, qu'ils lui offrent, découvrir les parentés qui unissent règles et institutions, bref, transformer en un tout intelligible l'apparent chaos avec lequel il est aux prises. »

(5) Cf. EISENMANN, *op. cit.*, p. 69 et s.

(6) Voir notamment (D., 1946, chr., p. 25) le constat lucidement courageux de M. SAVATIER : « Le caractère à la fois passionnant et décevant de la tâche des juristes vient de ce que le droit est sans cesse à reconstruire. Traduisant la vie, il en suit les transformations. Aussi les compartiments qu'il établit ne sont jamais étanches, ni définitifs. » S'il en est déjà ainsi en droit civil, que dire du droit public actuel?

(7) M. DURAND, *loc. cit.* Que notre droit administratif se trouve actuellement, à certains égards, dans un état voisin de celui où il était « avant que l'œuvre de Laferrière, d'Hauriou, de Duguit et de Jèze ne lui eût apporté une pensée doctrinale et les solutions de la jurisprudence », qui en disconvient, sous certaines réserves, au moins dans certains des secteurs nouveaux de notre droit? Mais la beauté de cette tâche n'est-elle pas à la mesure même de sa difficulté? « Peu de perspectives, écrivait ce maître, qui avait répondu présent à l'appel de son époque, peuvent être aussi exaltantes pour les juristes de ce temps. Alors qu'ils pouvaient craindre de venir trop tard, dans une science au passé déjà long, voici que l'évolution sociale les conduit à éclairer d'une lumière nouvelle les institutions traditionnelles, à prendre conscience des traits originaux de la société contemporaine, à conquérir des terres encore à peu près inconnues ». En entendant de telles paroles, quel homme de droit public ne regretterait qu'elles n'émanent pas de ce secteur du droit?

droit administratif. Aussi bien les déclarations de ceux d'entre les juristes de cette branche du droit qui portent en eux le meilleur de ses espoirs et de ses quasi certitudes témoignent qu'ils n'avaient nul besoin de rappels à l'ordre, ni d'aucuns conseils, même les plus autorisés, pour œuvrer, sans plus attendre, dans un chantier qu'ils ne qualifiaient de démolition (1) que pour les besoins d'une grande architecture. Que, transportés dans un secteur nouveau, la plupart des concepts traditionnels s'y soient révélés inadéquats, qu'ils aient subi, de ce fait, une altération allant jusqu'à leur dénaturation, que l'inévitable fermentation à laquelle ils ont été soumis ait atteint parfois la désagrégation (2), y a-t-il là une raison suffisante de ne pas les soumettre à révision, là où une telle opération peut les rendre à une vie vraiment active, ou, dans les cas d'absolue nécessité — mais ils ne sauraient être qu'exceptionnels — de forger de toutes pièces des instruments inédits, dotés de l'efficacité requise? Parmi les désenchantés du droit, il semble bien qu'il en est de nombreux à être victimes d'une illusion d'optique. La plupart d'entre eux, en inaugurant leur activité, ont trouvé parfaitement en état et, comme on dit maintenant, « rodés » les mécanismes juridiques dont ils font un usage quotidien. Ils trouvent naturel d'avoir entre les mains un outillage juridique tel que celui du contrat administratif, notamment du contrat de concession, qui leur donne satisfaction à peu près plénière. Mais mesurent-ils la peine et aussi le temps qu'a coûté leur élaboration? Si leur attention, sur ce point, ne connaissait quelque distraction, les moins jeunes d'entre eux garderaient le souvenir d'amendements qui ont été apportés, il n'y a pas si longtemps, à cet outillage, sur des points souvent capitaux. Il n'est malheureusement que trop vrai que plusieurs de ces désabusés n'ont du goût de l'action efficace qui marque si fortement notre temps que celui de ses aspects qui n'est sans doute pas le meilleur : à savoir l'impatience hâtive des résultats immédiats. Notre époque est celle des « drogues-miracles ». Et les praticiens de la médecine sont unanimes à constater chez leurs patients l'exigence que la victoire sur la maladie se double d'un triomphe sur le chronomètre. Certains des thérapeutes du droit paraissent n'être pas éloignés de cette attitude, à base d'économie de temps, mais aussi quelquefois d'effort. Les passionnés de la vitesse doivent cependant se résigner à cette évidence : il n'existe pas, en droit, de pierre philosophale; il n'y a pas davantage de formule cabalistique, pas de « sésame ouvre-toi » auquel toutes les portes obéissent. Il faut s'accommoder d'un trousseau de clefs, qu'il n'est déjà pas si facile d'ajuster à toutes les serrures. A défaut d'un « passe-partout », il est déjà fort satisfaisant — or c'est le cas précisément pour la notion examinée — qu'une seule clef opère pour plusieurs étages.

Certains juristes excellents n'hésitent d'ailleurs pas, en notre domaine, à ouvrir aux recherches un si vaste champ que son ampleur même pourrait séduire quelques courageux. On les convie (3) à « repenser l'État ». Nul ne méconnaîtra la grandeur et la qualité de telles ambitions. Mais ne passent-elles pas de beaucoup les moyens de tous ordres dont dispose le juriste, y compris les plus hauts magistrats? Aussi bien certains des plus ardents et des plus utiles des critiques de la situation actuelle (4) mettent-ils eux-mêmes ces auteurs en garde contre la vanité et parfois aussi contre les dangers des tentatives démesurées, ainsi que contre ceux d'une méconnaissance du mérite d'un nombre appréciable de solutions déjà obtenues. Ce qu'ils préconisent à bon droit, c'est une œuvre d'initiative et d'imagination créatrice, mais aussi de prudence et de modestie; c'est aussi une œuvre de patience, de cette patience où le poème valérien voit la plus belle « chance d'un fruit mûr ». A la vérité, la juridiction administrative ne doit se faire aucune illusion : elle a largement entamé, sinon épuisé le crédit de patience que ses justiciables lui avaient si longtemps largement ouvert. Et notre époque ne s'accommode plus d'attentes dont la durée indéfinie n'est plus, le plus souvent, réputée compensée par la qualité des décisions. Mais les temps

(1) L'expression est de M. RIVERO (*eod. loc.*, p. 160). Cette image est immédiatement suivie (p. 163) de la ferme déclaration que « le droit ne peut prendre son parti du chaos » et que, « dans l'ordre juridique, les chantiers de démolition sont aussi, nécessairement, chantiers de reconstruction ».

(2) Le même auteur en a fourni l'indiscutable démonstration, dans des études d'une grande portée. C'est à lui encore qu'appartient (*loc. cit.*, p. 171) l'expression « ferment de désagrégation », mais aussi « de renouvellement ».

(3) En ce sens, MORANGE (*D.*, 1947, chr. XII, p. 48). Ce serait là « le seul moyen d'empêcher le droit administratif de sombrer dans une anarchie grandissante ».

(4) Voir notamment CHAPUS (*J.C.P.*, 1954, II, 8205 et surtout *D.*, 1958, J. 428).

sont aussi précisément venus où, sans rien perdre de leur valeur intrinsèque, elles se rendent, en général, dans un délai qui ne peut plus guère être taxé d'abusif. Si légitime que soit son désir — devenu nettement impératif — d'obtenir exacte mais prompte justice, le justiciable d'ailleurs, au moins dans bien des cas, aurait plus à perdre qu'à gagner à des excès de hâte qui ne conviennent pas à la sérénité de la judicature et qui, ne fût-ce que pour des raisons légitimes de procédure, ne sont d'ailleurs pas dans ses moyens. La virtuosité des improvisations, même les plus brillantes, ne pourrait faire illusion, en un tel domaine, sur les menaces qui en résulteraient très vite quant à l'avenir de notre droit. Sans doute tout doit être fait — et nul doute que nos magistrats ne soient de ce devoir pleinement conscients — pour que le juge, même le plus haut, surtout peut-être le plus haut, ne soit pas suspect d'oublier pour les satisfactions d'une casuistique intellectuelle riche en nuances et en distinctions l'urgence des réparations que réclame le droit offensé. Mais le malade n'hésite pas, en cas de besoin, pour avoir l'accès aux grands spécialistes, à entreprendre des déplacements et parfois à subir l'attente. Désencombrons donc ce que le langage noble du début du XIX^e siècle appelait archaïquement le prétoire. Suivant une parole célèbre, mettons notre horloge administrative à l'heure que sonne notre temps. Mais laissons au juge le loisir d'agencer les pièces de son mécanisme pour qu'elle ne soit pas exposée à se dérégler, si peu que ce soit. Aussi bien la doctrine, qui ne connaît pas des sujétions si contraignantes, a-t-elle toute latitude, sans sortir de son rôle traditionnel, en l'assumant au contraire pleinement, d'apporter au juge un appui qui deviendrait encore plus précieux si elle se décidait enfin à sortir du champ des négations pour entreprendre une œuvre vraiment constructive. Surtout que pratique et théorie ne se fassent pas mutuellement le grief de ne pas avoir pris les devants. Une saine division du travail — celle même qui fut pratiquée aux grandes époques — prouve qu'il n'y a là qu'un faux problème et que l'œuvre peut se faire de front, fût-ce sans stratégie concertée. Le jour, que l'on doit souhaiter proche et qui sans doute est imminent, où architectes et ingénieurs auront noué de tels liens entre eux, l'amas qui encombre le chantier aura vite fait de faire place aux constructions qui, étage par étage, abriteront dignement le monde d'aujourd'hui. Un lointain précurseur, il y a bien plus d'un siècle, avait (1) inséré dans un arrêt remarquable, mais totalement inconnu le germe bien reconnaissable de la théorie du service public. Il a fallu près de deux demi-siècles pour qu'il vienne à maturité. Et quel laps de temps s'est-il écoulé avant que des notions telles que celle de l'établissement public soient sorties des limbes où elles stagnaient? Notre époque d'accélération a des exigences plus rapides. Elle a aussi de plus grands moyens. Il suffira assurément de quelques années pour que l'ordre se rétablisse là où l'irruption de nouveau-venus l'avait profondément troublé. Aussi bien des esprits rebelles à l'illusion voient-ils déjà se profiler à l'horizon l'amorce des constructions prochaines (2).

Le moment paraît dès lors venu de sortir enfin des débats où le « matériel » et le « formel », l'« objectif » et le « subjectif » et d'autres entités non moins sonores et quelquefois non moins barbares, engagées dans des combats sans merci, le plus souvent en forme de duels, échangent des coups et parfois des invectives également inanes. Ce n'est pas que des dialogues tels que ceux dont un fleuve de notre Sud-Ouest a enregistré jadis les éclatants échos, redoublés quelquefois par ceux de la Seine, n'aient été, pour la science, d'un éminent profit. Mais, bien qu'il ne soit pas dans la nature du droit que les controverses y puissent jamais prendre totalement fin, il est, en un temps tel que le nôtre, éminemment souhaitable, quel que puisse être le zèle des épigones des protagonistes, que de tels échanges de vues ne prennent pas la figure des querelles du type de celles que connut le moyen âge, à l'époque des « universaux ».

Aussi bien, si l'on écarte, comme il se doit, les phantasmes, les entités plus ou moins imaginaires avec lesquels on a trop souvent identifié la véritable notion du service public, on constate, sans surprise d'ailleurs, que les pensées diversement quoique non moins intensément puissantes de Duguit et d'Hauriou

(1) Voir KOEHLIN, *op. cit.*, p. 94.

(2) M. AUBY, notamment, croit pouvoir discerner, à travers les actuelles dissonances, le « prélude aux futures synthèses ». Et on lit sous la plume d'un haut magistrat, qui n'est plus membre du Conseil d'État, mais qui y a laissé un vivant souvenir (R. LÉONARD, préf. à l'ouvrage de M. DELION) que, « sous l'effort conjugué de la doctrine et de la jurisprudence, peu à peu les incertitudes s'estompent et les situations se précisent ».

s'y rejoignent jusqu'à s'épouser. Le premier y retrouve intégralement cette notion d'activité dont il a eu l'immense mérite de mettre l'importance en évidence, tandis que le second y voit en œuvre la notion, non moins capitale, de ces équilibres dont son attention passionnée pour tous les aspects de la vie sociale lui avait révélé le prix. Chacune de ces notions d'ailleurs a sa source même dans la vie, dans ces grandes constantes humaines et sociales en dehors desquelles le droit ne peut avoir que des assises plus ou moins chancelantes. Instrument et garantie de toutes les synthèses sans lesquelles il ne connaîtrait que des cantons particularistes voués à de médiocres destins, la notion de service public exerce donc, ici encore, sa fonction bénéfique, en faisant céder des oppositions à première vue irrémédiables à une vérité supérieure qui conduit des doctrines longtemps adverses dans les voies d'une coexistence allant jusqu'à la plus intime des associations.

Les adversaires de la notion de service public doivent d'ailleurs en prendre leur parti; même si, d'après des idées préconçues, elle était condamnée à la mort subite, ou à la consommation par cachexie, en réalité elle vit. Or, ici comme ailleurs, sauf lorsqu'il s'agit d'un monstre — et il ne vient, semble-t-il, à l'esprit de personne de prétendre que tel soit ici le cas — il y a plus de satisfaction à dresser un acte de vie qu'à rédiger un acte de décès.

§ 2. De l'avenir de la notion examinée et de notre droit administratif

I

La démonstration vient ainsi d'être faite que l'on ne se trouve pas ici devant une notion cacochyme, ni même valétudinaire, mais devant un être vivace, dans la pleine possession de tous ses moyens. Après cette rapide identification de la notion de service public, après ce portrait — imparfait sans doute et, en tout cas, insuffisant — que l'on a tenté de faire d'elle, après sa mensuration et sa pesée, après cette épreuve de ses forces, qui pourra nier en effet que cette notion présente de notre droit administratif une image qui n'est pas sans quelque dignité et même sans noblesse et sans grandeur? Respectueuse de la puissance publique, dans sa fonction traditionnelle de sauvegarde, d'harmonisation et de progrès de la vie française, elle ne la démunirait d'aucune des prérogatives, ni d'ailleurs ne la libère d'aucune des sujétions également indispensables pour qu'elle puisse s'exercer avec l'efficacité requise. Mais, transportant dans le domaine du droit cette règle supérieure et universelle de l'économie des moyens que nous avons déjà signalée comme la transcription la plus dense de la loi même de l'univers, elle convie cette puissance — au besoin jusqu'à le lui enjoindre — à ne se manifester sous ses formes spéciales et, encore plus, sous ses formes extrêmes que là où une nécessité plus ou moins impérieuse interdit toute autre solution. Elle ouvre aux autorités publiques le crédit juridique que réclament l'ampleur et les difficultés de leur tâche. Mais elle leur demande, en chaque cas, compte de ce qu'elles ont fait de ce crédit. Exempte de toute suspicion ou de toute arrière-pensée de tenir dans son allégeance un pouvoir dont la nature même ne saurait rien tolérer de tel, elle trace avec précision le cadre de la discipline à laquelle sa dignité même lui fait un devoir de se plier spontanément. Non moins respectueuse des bases, plus ou moins cohérentes, posées çà et là par la loi et le règlement, elle les rejoint et les coordonne en des constructions où chaque intérêt peut trouver la place proportionnée à son importance et à son rang. Fidèle à ces grandes constantes sans lesquelles l'unité nationale risquerait de subir de graves chocs, elle porte en elle toutefois une plasticité suffisante pour s'ajuster, en tant que de besoin, aux évolutions des temps nouveaux. Riche d'une substance inépuisable et de virtualités illimitées, elle ne se flatte pas de donner à toutes les interrogations juridiques une réponse immédiate et telle qu'elle dispense le juge et l'auteur de tout effort; mais elle leur indique sans ambages la voie où ils ont l'assurance de la trouver. Assise sur des réalités humaines et sociales qui lui permettent d'affronter le présent sans appréhender l'avenir, et pourvue d'une armature logique sans laquelle elle risquerait de fléchir, parfois sous des pressions brutales, plus souvent par la désagrégation interne issue de circonstances sournoisement délétères, elle est apte à rendre à la vie, sous une forme devenue assimilable et élaborée, la substance qu'elle lui a empruntée. Fille et reflet fidèle de l'intérêt public, instrument juridique des besoins et des nécessités de notre temps, gardienne et âme

inspiratrice, mais aussi conscience exigeante et vigilante des organisations de tout genre vouées tout entières à leur satisfaction, elle leur rappelle, à chaque instant, qu'elles ne trouvent qu'en eux leur justification, comme elles leur doivent l'existence, et leur prescrit de les suivre dans leurs mouvements, au rythme même des circonstances. Sœur, sur le plan du droit, des techniques modernes, elle préside, de ce point de vue, à l'agencement interne de ces organisations et, le cas échéant, à leur transformation. Arbitre des difficultés de tous genres qui naissent de leur fonctionnement comme de leur organisation, elle balance équitablement, pour leur règlement, les multiples intérêts en présence. Conviant, par définition même, tout agent public à une mission qui définit ses pouvoirs en même temps que ses tâches, elle donne elle-même l'exemple, en faisant, à chaque instant, la preuve de la qualité et de l'efficacité de la conception qu'elle se fait de la sienne. Pour reprendre une expression adéquate à sa modestie apparente et à l'ampleur effective de son rôle, elle est, dans le ministère du droit, l'un des grands commis, le plus grand commis du département administratif (1).

II

Il est paradoxal d'ailleurs que, par un complet renversement des rôles, la besogne qu'a accomplie la notion examinée et qu'elle fait encore quotidiennement s'apparente, par certains côtés, bien plus à la haute mission qu'assignait au législateur l'un des patriarches de notre droit civil qu'à la tâche, plutôt secondaire, sinon subalterne, qu'on aurait pu, à première vue, être tenté d'assigner à cette notion. « Les besoins de la société sont si variés, écrivait Portalis, il y a quelque trois demi-siècles, la communication des hommes est si active et leurs rapports si étendus qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tout... D'ailleurs comment enchaîner l'action du temps? Comment s'opposer au cours des événements ou à la pente insensible des mœurs? Comment connaître et orienter d'avance ce que l'expérience seule peut nous révéler? La prévoyance peut-elle jamais s'étendre à des objets que la pensée ne peut atteindre? » Dédaignant ainsi, pour le souverain juridique : la loi, les dispositions autres que les majeures, celles où il s'abaisserait quelque peu ou compromettrait son caractère propre en « descendant dans le détail des questions », il lui assignait magistralement un « office », celui-là digne de lui : celui « de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit, d'établir des principes généraux féconds en conséquences ». Est-ce se méprendre que de constater, à la lumière des expériences récentes, que le législateur, au contraire, ne juge pas au-dessous de sa dignité de descendre parfois dans le dernier détail, alors que le juge administratif, sans jamais s'aventurer dans l'éther, a peu à peu dégagé de la cohue, et dégage encore quotidiennement un lot de règles si consistantes et si « fécondes en conséquences » que, sous la rubrique des « principes généraux », elles finissent par constituer l'essentiel de notre droit public? Il ne nous appartient pas de porter un jugement sur le mérite de ces deux attitudes et encore moins d'en rechercher les causes. Constatons seulement, pour nous en tenir aux besoins de la présente étude, qu'il n'est pas de principe plus riche de substance que la notion de service public et que ce n'est pas, pour le juge, un mérite négligeable que de l'avoir pleinement élaborée, au milieu des pires obstacles, non plus d'ailleurs que pour ceux des auteurs — ce ne sont du reste pas, du moins le plus souvent, des juristes contemporains qui y ont puissamment contribué.

Constatons aussi que les grands juristes, du type de Portalis et de Locré, se reconnaissent à la fois à la hauteur et à l'ampleur de leurs vues; qu'à maints égards, de ce point de vue, notre temps, qui, au moins sur le plan des techniques, est pourtant un temps de progrès, n'en a guère, dans notre droit public, marqué d'appréciables ou du moins de la qualité requise; que la chronologie juridique a même, dans

(1) Dans la phrase ultime de sa puissante pensée, HAURIU, revenu de son enthousiasme pour la notion de service public, et cédant aux entraînements d'une polémique d'ailleurs féconde, n'y voyait plus (*Précis*, 11^e éd., p. 13) qu'« une sorte de sous-produit » du pouvoir politique. L'exagération est ici si flagrante qu'avec quelque recul dans le temps, nul doute que ce grand maître, que ce grand architecte de notre droit administratif n'eût pris de la notion une mesure plus exacte. « Sous-produit », presque scorie du pouvoir? Il faut y voir plutôt ce métal résistant où se forgent, pour celui-ci, quelques-unes des meilleures de ses armes, mais des armes qui ne sont faites que pour la défense de l'intérêt public, au besoin contre le pouvoir lui-même.

ce secteur, compté nombre d'années plutôt creuses; et que, si l'on entend, comme il est nécessaire, enregistrer dans ce domaine, des résultats plus substantiels, c'est seulement dans la large voie ouverte par les protagonistes de notre droit administratif et tout récemment retrouvée par la juridiction administrative — si tant est qu'elle l'eût jamais perdue — que se trouve la seule chance vraiment sérieuse de les obtenir. Dans les temps et dans la mesure où, précisément par le moyen de la notion examinée ou par des notions établies par rapport à elle, notre juridiction administrative, en ses jours plus spécialement inspirés, a tracé, pour notre droit public, les vastes perspectives où il s'ordonne, elle n'a fait que donner corps aux vœux de Portalis et de Loaré. Et chacun connaît les noms honorés des grands architectes juridiques dont, depuis quelque demi-siècle, elle a, à cet égard, exécuté les plans. Formulons le souhait qu'il s'en trouve encore pour dresser ceux que demandent aujourd'hui des nécessités qui, pour être inédites, ne réclament pas — on croit l'avoir montré — le bouleversement des plans antérieurs. Exprimons également le vœu — qui a toutes les chances d'être entendu — que, dans ce grand œuvre, le juge rencontre l'appui de la doctrine et qu'à une attitude, dans ces derniers temps, trop souvent négative et stérile, celle-ci se décide à substituer une autre conception de sa mission.

III

Dans une étude récente consacrée (1) à l'une des plus importantes de ces nouveautés juridiques, qui ont menacé de déplacer le centre de gravité de notre droit, il est fait grief à la technique de négliger « la construction des vaisseaux de l'avenir », pour « se réduire au colmatage des esquifs du passé ». Une telle remarque n'a rien de surprenant, en un temps où les flottes se déclassent vite. Mais l'exemple d'une certaine capitale, de ses armes et de sa devise montre qu'il est certaines nefes qui savent traverser les orages, quand elles portent dans leur armature de fortes garanties de solidité et dans leur poste de vigie des hommes capables de les piloter. Or il en est ainsi de notre droit et plus spécialement de la notion à qui est dédiée cette étude. Elle n'a pas le crédit « multiséculaire » (2) des notions moins exposées aux orages. Mais elle paraît apte à affronter toutes les tâches de l'avenir. Pour le reste, aux zéloteurs des solutions hâtives et des tables de la loi gravées dans le bronze sur quelque Sinaï juridique, laissons l'un de nos plus grands codificateurs — celui qui a été déjà cité — répondre sereinement, ici encore, comme la voix même de la sagesse, nuancée peut-être d'une ironie sans amertume, comme sans illusion et, en tout cas, sans nulle emphase : « Les codes des peuples se font avec le temps; mais, à proprement parler, on ne les fait pas ».

Roger LATOURNERIE
(Août-septembre 1960).

(1) Voir DELION, *op. cit.*

(2) L'expression, comme tant d'autres spécialement heureuses, porte la signature de M. RIVERO.