

## PREMIÈRE PARTIE

---

# LES BASES CONSTITUTIONNELLES DU DROIT ADMINISTRATIF

1. Il est bien difficile de marquer la limite qui sépare le droit constitutionnel du droit administratif. La plupart des auteurs en font l'observation (1) et, notant que le droit constitutionnel est formé des « têtes de chapitre » des autres parties du droit public interne, certains n'accordent à la distinction qu'une valeur pédagogique (2). C'est une controverse dont on ne s'occupera pas ici, car elle concerne moins des relations entre des règles qu'entre des disciplines.

En revanche, tout le monde tombera d'accord que la Constitution est la base nécessaire des règles dont l'ensemble compose le droit administratif. Cette affirmation n'a pas besoin d'être démontrée; elle découle de la nature même de la Constitution, fondement de l'ordre juridique français et charte de l'organisation étatique.

Dans ce qui suit, l'on voudrait rechercher sur quelles bases constitutionnelles peut se construire le droit administratif. On partira d'une constatation de nature critique : la crise de la notion de service public, notion qui, au moins en apparence, était la pierre angulaire du droit administratif classique. On montrera que la cause la moins remarquée, mais la plus profonde de cette crise se trouve dans la solution de continuité que la théorie classique créait entre les principes constitutionnels et le droit administratif. Passant alors à la partie positive de ce travail, on essaiera d'établir que, pour demeurer fidèle aux prémisses constitutionnelles qui le fondent, notre droit administratif doit se construire sur les notions de pouvoir exécutif et de puissance publique.

### LA CRISE DE « L'ÉCOLE DU SERVICE PUBLIC » ET SES CAUSES

2. Le droit administratif classique — celui des années 1910-1930 — avait trouvé son fondement et son principe explicatif dans la notion du service public. Celle-ci définissait le domaine même du droit administratif puisque le critère du service public dessinait la frontière entre la compétence du juge

---

(1) Cf. J. LAFERRIÈRE, *Manuel de droit constitutionnel*, 2<sup>e</sup> éd., p. 1 et suiv.; M. PRÉLOT, *Précis de droit constitutionnel* 2<sup>e</sup> éd., n<sup>o</sup> 1 et suiv.; G. VEDEL, *Précis de Droit constitutionnel*, p. 1 et suiv.; P. BASTID, *Les institutions politiques de la monarchie parlementaire française*, p. 3 et suiv.

(2) G. JÈZE, *Principes généraux du droit administratif*, t. II, p. 213; G. VEDEL, *op. cit.*

administratif et la compétence des tribunaux judiciaires. C'étaient les nécessités et les particularités du service public qui justifiaient l'autonomie du droit administratif, notamment en matière de responsabilité, de domanialité et de fonction publique (1).

Majorant les données d'une jurisprudence beaucoup plus nuancée qu'on ne l'a souvent cru, la doctrine avait, dans sa quasi-unanimité, rallié cette théorie, comme en témoigne l'œuvre de DUGUIT, de JEZE, du Doyen BONNARD, de Louis ROLLAND. Seul à son époque, le Doyen HAURIUO avait résisté au courant et maintenu fortement l'idée de puissance publique (2); il avait été poussé à ce parti tant par sa conception générale du droit et de l'État que par son extrême attention à la réalité jurisprudentielle.

3. La théorie qui faisait du service public la notion fondamentale du droit administratif subit aujourd'hui une crise indéniable. La question a donné lieu à une quantité d'études qui dispensent de trop longs développements (3).

On voudrait ici noter seulement les raisons de cette crise. A les suivre, on sera conduit à celle d'entre elles dont on a sans doute le moins écrit, mais qui nous paraît les résumer toutes : l'absence de racines constitutionnelles des théories développées par l'«école du service public».

4. La première raison — et la plus visible — des difficultés rencontrées s'est trouvée dans l'imprécision de la notion de service public. Longtemps, la simplicité des modes de gestion des activités administratives a permis de se contenter d'une notion empirique. Dans cette acception, le service public se caractérisait à la fois par son *objet* — la satisfaction d'un besoin collectif d'intérêt public — et par son *organisation* — un certain agencement technique de moyens matériels et humains placé sous la direction des gouvernants.

Mais l'apparition de nouveaux modes de gestion des activités d'intérêt général, le caractère de plus en plus flou de la distinction entre les personnes publiques et les organismes privés amenèrent la jurisprudence à attacher une importance décisive à l'objet et un intérêt beaucoup moins grand à l'organisation, puisque celle-ci était susceptible de revêtir de multiples formes. La reconnaissance de services publics gérés par des organismes privés (4) en dehors de toute référence au procédé traditionnel de la concession constitua une étape décisive dans le sens de la définition du service public par son objet, c'est-à-dire, selon la terminologie juridique consacrée, à l'aide d'un critère *matériel*.

Mais tout cela n'alla pas sans contradictions. Il était impossible de définir le service public par son seul objet sous peine de voir un service public dans toute activité orientée vers la satisfaction d'un besoin

(1) On trouvera dans le *Traité de Droit administratif* de M. DE LAUBADÈRE (n° 49) un excellent résumé des thèses de l'«école du service public».

(2) Cf. notamment la préface à la 11<sup>e</sup> édition (1926) du *Traité de droit administratif*, préface intitulée : « La puissance publique et le service public ».

(3) Cf. G. MORANGE, *Le déclin de la notion de service public*, D. 1947, Chr. p. 45; M. WALINE, *Vicissitudes de la notion de service public*; *Rev. adm.*, 1948, n° 5, « Situation actuelle du droit administratif en France » (Préface au *Juris-Classeur de droit administratif*); B. CHENOT, « La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'État », *Études et Documents*, n° 4; AUBY, « Quelques difficultés du droit administratif français », *Annales de la Faculté de droit de Bordeaux*, 1951, nos 1 et 2; J. RIVERO, *Apologie pour les faiseurs de systèmes*, D. 1951, Chr. p. 99; « Existe-t-il un critère du droit administratif ? », *Rev. Dr. public.*, 1953, p. 279; A. DE LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, préface et n° 51 et suiv. Cf. également les cours de Doctorat (polycopiés) de M. EISENMANN à la Faculté de droit de Paris; sur l'ensemble de la question, cf. DE CORAIL, *La crise de la notion juridique de service public*, 1 vol., Libr. gén. de dr. et de jur. 1954 et la vigoureuse préface de M. Paul COUZINET à cet ouvrage.

(4) Cf. B. CHENOT, article précité (*Études et Documents du Conseil d'État*, n° 4) et *Organisation économique de l'État*, n° 75; R. DRAGO, *Les crises de la notion d'établissement public*. La jurisprudence sur cette question est nombreuse et bien connue : C. E. 20 décembre 1935, Sté des Établissements Vezia, *Rev. Dr. publ.*, 1936, concl. LATOURNERIE; 13 mai 1938, Caisse Primaire Aide et Protection, D. 1939.3.71, concl. LATOURNERIE; 31 juillet 1942, MONPEURT, J.C.P., 1942.II.2046, concl. SÉCALAT, note P. LAROQUE; D.C. 1943.J.138, concl. SÉCALAT, note CHATENET; 2 avril 1943, BOUGUEN, S. 1944.3.1, concl. LAGRANGE, note A. MESTRE, D.C. 1944.52, note J. DONNEDIEU DE VABRES; 5 mai 1944, C<sup>ie</sup> Maritime de l'Afrique Orientale, D. 1944, J. 164, concl. CHENOT; 6 février 1948, C<sup>ie</sup> Carcassonnaise des Transports en commun, *Rev. Dr. publ.*, 1948.252, concl. CHENOT; 6 février 1948, Sté Radio-Atlantique, *ibid.*, 1948.244, concl. CHENOT; T.C. 21 juillet 1949, HAUPTMANN, *Rec.*, p. 613.

collectif, fût-ce la fabrication du pain par les boulangers. D'autre part, on se refusait à voir dans le service public une activité réservée à la seule Administration. Bien des systèmes furent imaginés pour donner au service public l'extension la plus large, sans pourtant voir des services publics partout. Aucun n'était très satisfaisant : dire que le service public est caractérisé par un régime de droit public, c'est répondre à la question par la question, car on ne se demande généralement si une activité est un service public que pour savoir si elle est soumise à un régime de droit public. D'autre part le recours à l'« existentialisme juridique » (1), l'appel à une nouvelle logique négatrice des « essences » et attachée à l'« existence » revenaient en réalité à nier la possibilité de toute connaissance juridique (2) et posaient plus de problèmes qu'ils n'en résolvaient.

5. Mais ce premier ordre de difficultés n'était pas, à tout prendre, dirimant. Le droit n'est pas une mathématique et l'imperfection des définitions ne condamne pas sans appel les notions auxquelles il recourt. Des catégories comme celles de « juridiction », de « personne publique » ou de « faute personnelle », pour ne prendre que quelques exemples, peuvent souffrir quelque imprécision sans, pour cela, devenir inutilisables.

Bien plus grave était le fait que la notion de service public, au moins si l'on voulait en faire comme on l'a souvent répété, la « pierre angulaire » du droit administratif n'avait nullement au regard de la jurisprudence, c'est-à-dire du droit positif, la valeur d'explication synthétique que la doctrine lui avait prêtée.

Ce fait, pour être passé à peu près inaperçu, sinon, comme on l'a dit, d'HAURIU, n'était pas moins réel au moment même où la théorie du service public régnait en maîtresse incontestée.

6. Trente ans après sa rédaction, l'arrêt BLANCO avait reçu une interprétation rigide qui eût sans doute étonné ses auteurs (3). De même, les conclusions du Commissaire du Gouvernement ROMIEU dans l'affaire TERRIER (4) avaient été lues de façon incomplète par les commentateurs. On n'en avait retenu que ce qui avait trait au critère du service public et l'on avait oublié le passage, pourtant essentiel, où le futur Président de la Section du Contentieux réservait les hypothèses de la « gestion privée » et assignait ainsi au critère de compétence tiré du service public des limites que le prochain développement des services publics industriels et commerciaux devait encore accentuer.

Dans bien des domaines, il était évident que le Tribunal des Conflits et le Conseil d'État n'accordaient pas au critère du service public l'autorité exclusive et souveraine que la doctrine entendait, dans sa majorité, lui conférer.

C'est ainsi que la définition du contrat administratif s'opérait par référence non au but ou à l'objet de service public envisagé par les parties, mais à la présence de clauses exorbitantes du droit commun dans leurs stipulations (5).

De même, dans le règlement de frontières entre l'établissement public et l'établissement d'utilité publique, ce n'est pas l'objet ou le but de service public qui avait joué le rôle essentiel, mais le critère tiré de l'existence ou de l'inexistence de prérogatives de puissance publique. Les associations syndicales

(1) B. CHENOT, article précité dans *Études et Documents du Conseil d'État*, n° 4; « L'existentialisme et le droit », *Rev. fr. Sc. pol.*, 1953, p. 57 et suiv.

(2) Cf. Chronique précitée de J. RIVERO, D. 1951, Chr. p. 99.

(3) Cf. R. CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, Libr. gén. dr. et jur. 1954, p. 72 et suiv. L'auteur montre de façon saisissante que, jusqu'à ce que G. TESSIER, d'abord dans son étude sur la responsabilité de la puissance publique (*Répertoire Bequet*, 1906), puis dans ses conclusions relatives à l'affaire FEUTRY (T. C., 29 février 1908, S. 1908.III.97), mit en valeur l'emploi de la notion de service public dans l'arrêt BLANCO, les auteurs (E. LAFERRIÈRE et JÈZE lui-même) n'avaient retenu de cet arrêt que la condamnation de l'ancienne théorie relative à l'« État-débiteur ». L'arrêt BLANCO n'aurait donc pris l'importance et le sens qu'on lui attribue couramment qu'avec trente-trois ans de retard.

(4) C.E., 6 février 1903; S. 1903.III.25, concl. ROMIEU, note HAURIU.

(5) Les deux arrêts essentiels sur ce point sont : T.C., 4 juin 1910, C<sup>ie</sup> d'assurances Le Soleil, *Rev. dr. public*, 1910, conclusions FEUILLOLEY, note JEZE; C.E., 31 juillet 1912, Sté des granits porphyroïdes des Vosges, *Rec.*, p. 909, concl. L. BLUM, D. 1916.III.35. S. 1917.III.15. Sur l'ensemble de la question, l'étude la plus récente est celle de G. PEQUIGNOT, « Les contrats de l'Administration, les deux sortes de contrats et leur critère », *J. Cl. Dr. adm.*, fasc. 500.

autorisées s'étaient vu reconnaître la qualité d'établissements publics et donc de personnes administratives encore qu'elles n'eussent aucun objet de service public (1).

Le développement des services publics industriels et commerciaux après la deuxième guerre mondiale allait enfin rendre évidente l'idée que l'existence d'un service public ne suffit nullement à entraîner la compétence du juge administratif et l'application du droit administratif (2).

7. Ainsi, au cœur même de l'âge classique, le critère cher à l'« école du service public » recevait du droit positif de nombreux démentis.

On peut s'étonner que la doctrine n'ait pas été plus attentive à ces données du droit positif et n'y ait pas trouvé de sérieuses raisons de rectifier ou, tout au moins, de nuancer ses conclusions. Sans doute ne peut-on accuser d'ignorance les maîtres qui édifièrent la construction dont la fière allure force encore l'admiration; on trouverait dans leurs œuvres la preuve qu'ils connaissaient bien les éléments jurisprudentiels que l'on vient de rappeler. Il ne faut pas davantage parler d'une « conspiration du silence » (3) qui se serait nouée pour étouffer les arrêts démentant les thèses de l'« école du service public ».

La vérité est que, longtemps, les données jurisprudentielles qui contredisaient le caractère unique et fondamental du critère du service public furent expliquées comme des « exceptions ». Le refus presque instinctif de tenir compte de phénomènes regardés comme aberrants par rapport aux théories dominantes est un trait qui se rencontre dans toutes les disciplines scientifiques, même beaucoup plus rigoureuses que le droit. Mais il vient finalement un moment où, à force de se multiplier, les prétendues exceptions ne confirment plus la règle, mais la démentent (4).

8. L'évolution la plus récente du droit administratif devait encore accentuer le décalage entre la réalité du droit positif et la théorie du service public. Ne donnons que deux exemples de ce décalage.

La vague des nationalisations qui a suivi la Libération a remis en cause nombre de données anciennes. Dans quelle mesure les entreprises nationalisées gèrent-elles des services publics? Si, pour certaines d'entre elles, la réponse est assez facile, pour d'autres on ne sait que décider et cette hésitation met en lumière l'incertitude de la notion même de service public (5). Bien plus, les nationalisations ont montré de façon quasi-expérimentale la dissociation des notions de service public et de droit administratif. Il paraît certain, par exemple, que la loi du 8 avril 1946 a érigé en service public la production de l'énergie électrique. Or, par le même mouvement qui créait un nouveau service public d'une importance exceptionnelle, le législateur soustrayait, pour sa plus grande part, l'activité de ce service à l'empire du droit administratif (6).

L'autre exemple est emprunté à la matière complexe et mouvante des décisions contre lesquelles le recours pour excès de pouvoir est recevable. Se référant au critère du service public entendu dans un sens « matériel » l'arrêt MONPEURT (7) avait admis le recours pour excès de pouvoir contre les décisions d'organismes privés investis d'une mission de service public. Mais il devait être suivi d'une jurisprudence qui, sans le démentir à proprement parler, en limitait du moins la portée. L'arrêt Compagnie générale d'Importation (8) montrait que la mission de service public confiée à un organisme privé n'avait pas pour effet de soumettre au juge de l'excès de pouvoir toutes les décisions prises, au nom de cet organisme.

(1) T.C., 9 décembre 1899; Canal de Gignac, S. 1900.3.49, note HAURIUO; Cass. civ., 5 mars 1941, S. 1941.I.72; Cf. DRAGO, *op. cit.* et A. MESTRE, préface à l'ouvrage de M. LIET-VEAUX, « Les associations syndicales de propriétaires », Sirey, 1947.

(2) La matière est classique. Citons seulement les arrêts de base : T.C., 22 janvier 1921, 2 arrêts; Colonie de la Côte d'Ivoire (dits « du bac d'Eloka »), D. 1921.III.1, concl. MATTER; C.E., 29 janvier 1932, KUHN, S. 1932.3.97, note J. DELVOLVÉ; Cf. P. LAROQUE, « Les usagers des services publics industriels », *Th. Paris*, 1933; CHAVANON, « Essai sur la notion et le régime juridique du service public industriel ou commercial ».

(3) R. CHAPUS, *op. cit.*, n° 96.

(4) *Infra*, n° 28.

(5) M. WALINE, « Traité », 6<sup>e</sup> éd., p. 314 et suiv.; A. DE LAUBADÈRE, « Traité », n° 1053.

(6) Cf. G. VEDEL, « La technique des nationalisations », *Droit Social*, 1946, p. 96-98.

(7) Réf. *Supra*, p. 22, note 4.

(8) C.E., 25 juin 1948, C<sup>ie</sup> générale d'Importation, *Droit Social*, nov. 1948, note G.W.

Puis d'autres arrêts firent une place toujours croissante à l'idée selon laquelle le critère de la compétence du juge administratif et donc de l'application du droit administratif se trouve dans la nature des rapports mis en cause : rapports de *droit public* ou de *droit privé*. On en vint même à admettre que des actes accomplis par des autorités administratives en vue de ce que l'on aurait considéré, dans la perspective de l'arrêt MONPEURT, comme des fins de service public, échappent à la compétence du juge administratif, au motif qu'ils ont pour objet de régler des rapports de pur droit privé (1). Le nouveau critère, ainsi adopté, ne va pas d'ailleurs sans soulever objections et difficultés (2).

9. A ces raisons de la crise qui a frappé l'« école du service public » — imprécision de la notion et impossibilité de rendre compte du droit positif — s'en ajoute une troisième. Faire du service public la notion fondamentale du droit administratif, c'est oublier que le service public n'est qu'un des modes d'action de l'Administration.

C'est un point que M. WALINE a mis en lumière dès 1936 dans la première édition de son ouvrage de droit administratif qui, sur ce point comme sur bien d'autres, revenait à une conception du droit administratif plus réaliste et plus fidèle aux données jurisprudentielles (3). L'auteur observait que l'intervention administrative pouvait se réaliser par d'autres procédés que celui du service public et notamment par la réglementation de police (4).

Sans doute, les tenants de l'« école du service public » n'avaient-ils pas ignoré ce point, mais fidèles à leur inspiration ils n'avaient vu dans l'activité de police que la mise en œuvre d'un service public, du service public ayant pour objet le maintien de l'ordre. Ainsi, une fois de plus, tout se trouvait ramené au service public, *alpha* et *oméga* du droit administratif.

Le malheur est que cette identification reposait sur un jeu de mots. On peut bien — tant la notion de satisfaction des besoins collectifs est vague — parler d'un « service public de la réglementation ou du maintien de l'ordre » et créer ainsi une analogie verbale avec d'autres activités. Il n'en reste pas moins que, sur le terrain solide des faits, la réglementation de police n'est qu'un cadre dans lequel s'exercent des activités privées tendant à satisfaire les besoins des hommes tandis que le service public a pour objet de satisfaire directement ces besoins. La réglementation de police opère par voie de *prescriptions*; le service public opère par voie de *prestations*. Ceci suffit pour interdire de faire de la première une variété du second.

Le caractère secondaire assigné à l'activité de police par l'« école du service public » s'explique d'ailleurs par certains présupposés d'ordre philosophique ou sociologique. DUGUIT et ses disciples ont fait un grand effort pour exorciser la mystique sur laquelle s'était bâtie, dans le contexte monarchique ou dans celui de la souveraineté nationale, l'idée de l'État. Ils entendaient vider le droit public des idées de souveraineté, de puissance publique, de commandement et substituer à l'ancien État, assis sur l'*imperium*, un État moderne qui n'eût été qu'une organisation coopérative en vue de la satisfaction des besoins publics. De là la primauté systématiquement donnée à l'idée de service public par rapport à l'idée de police.

Certes, comme on le dira plus loin (5), de telles conceptions confirmaient d'incontestables vérités qui n'avaient que le tort d'être incomplètes. Insistant sur l'idée de *service* incluse dans tout *pouvoir*

(1) C.E., 14 juin 1946, Sté financière de l'Est, S. 1947.III.32, note P. H.; C.E., 25 janvier 1952, Fédération maritime du port de Bordeaux; 9 mai 1952, Chambre syndicale française des maîtres portefaix; 23 janvier 1953, ALAVOINE, S. 1953.3.90; 23 janvier 1953, AUDOUIN, J.C.P. 1954.II.7916, note G. VEDEL; 5 février 1954, EL HAMIDIA, J.C.P. 1954.II.8136, concl. MOSSET.

(2) Cf. concl. de M. MOSSET et note G. VEDEL citées dans la précédente note. Adde : note R. CHAPUS sous C.E. 19 février 1954, PALAPRAT, J.C.P. 1954.II.8205.

(3) A certains égards le livre de M. WALINE était révolutionnaire, notamment par la primauté donnée dans le plan à l'étude du contentieux.

(4) P. 1 et suiv.

(5) *Infra*, n° 29.

légitime, l'école de DUCUIT travaillait pour le progrès et la liberté. Mais la société politique et son appareil administratif ne peuvent se passer du commandement et de la puissance publique. Bien plus, commandement et puissance publique sont au service de la liberté puisqu'ils permettent d'organiser le jeu des activités privées sans pour autant les supprimer comme le ferait la création d'un service public. Ainsi, dans la vie administrative, l'usage de la réglementation de police non seulement révèle l'inévitable présence de la puissance publique, mais participe à l'organisation de la liberté.

10. Telles sont les raisons le plus souvent avancées pour expliquer la crise dans laquelle est entrée la théorie qui prétendait construire tout le droit administratif sur la notion de service public.

Au-delà de ces raisons pourtant, il en est une plus profonde, que nos derniers développements ont dû faire pressentir : la solution de continuité que l'« école du service public » avait plus ou moins inconsciemment créée entre les principes constitutionnels et le droit administratif ou, si l'on préfère, l'infidélité du droit administratif à ses indispensables bases constitutionnelles.

#### CONFRONTATION DE LA THÉORIE DU SERVICE PUBLIC ET DES PRINCIPES CONSTITUTIONNELS.

11. Comment passe-t-on des principes constitutionnels aux règles du droit administratif ? C'est ce que précisément les thèses de l'« école du service public » ne permettent pas de comprendre.

La notion même de service public n'est pas une notion constitutionnelle. Jusqu'au Préambule de la Constitution de 1946 aucun texte constitutionnel n'en faisait mention. Le Préambule n'utilise d'ailleurs le terme que de façon incidente pour définir le champ des nationalisations : « Tout bien, toute entreprise dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un *service public* national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité ». On a d'ailleurs souligné le caractère plus politique que juridique de la formule, car cette disposition qui constitue une directive pour le législateur abandonne à la seule appréciation de celui-ci le point de savoir ce qui caractérise « un service public national » (1).

Mise à part cette mention accidentelle du « service public », notre Constitution ne renferme pas d'autre disposition consacrant la notion. Il est en particulier remarquable, comme on le dira plus loin, que le constituant n'ait défini la tâche administrative que par la mission d'exécution des lois confiée au Président du Conseil (art. 47) et non par référence aux services publics.

Que la notion de service public soit étrangère au vocabulaire constitutionnel ne signifie évidemment pas qu'elle soit inexacte ou inconstitutionnelle. Mais c'est le signe qu'il manque un ou plusieurs maillons à la chaîne qui doit nécessairement relier les principes du droit administratif à ceux du droit constitutionnel. C'est le signe que la notion de « service public » n'a pas le caractère « premier » qu'on a voulu lui attribuer.

On verra plus loin (2) que les maillons qui manquent sont ceux du « pouvoir exécutif » et de la « puissance publique ».

12. Telle est la première constatation simple et quasi immédiate que l'on peut faire. La comparaison des données du droit constitutionnel et du système édifié en droit administratif par l'« école du service public » conduit à une autre conclusion, moins directe mais aussi certaine : il est impossible de construire le droit administratif sur une notion principalement *matérielle* alors que notre droit constitutionnel, fondement de l'ordre juridique et source des pouvoirs des gouvernants, recourt à peu près exclusivement à des notions et à des critères *formels* ou *organiques*.

Il est inutile d'exposer complètement, pensons-nous, la distinction entre le point de vue « maté-

(1) J. RIVERO et G. VEDEL, « Les principes économiques et sociaux et la Constitution, du 27 octobre 1946 », Collection *Droit Social*, cahier XXXI, p. 27, n° 34; R. PELLOUX, « Le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 », *Rev. Dr. publ.*, 1947, p. 380. M. CAPITANT avait proposé devant l'Assemblée constituante la rédaction suivante, qui ne fut pas retenue : « Toute entreprise bénéficiant d'un monopole de fait ou de droit doit être exploitée en service public ». Cette manière de s'exprimer était beaucoup plus logique.

(2) *infra*, n° 30 et suiv.

6059

riel » d'une part, et le point de vue « formel » ou « organique » d'autre part. Nous ne l'utiliserons que dans son sens le plus simple, sinon simplifié (1).

Rappelons seulement que toute définition d'une notion juridique peut se faire soit du point de vue *matériel*, soit du point de vue *formel*. Le point de vue *matériel* s'attache au *contenu* de l'activité, de l'acte ou de la situation qu'il s'agit de définir. Le point de vue *formel* s'attache aux *procédures* qu'utilise cette activité ou qui aboutissent à cet acte ou à cette situation. On pourrait distinguer un troisième point de vue, le point de vue organique, qui prendrait en considération la nature des organes en cause. Mais on peut considérer que ce point de vue n'est pas réellement autonome, car il est englobé dans le point de vue formel. En effet, si l'on utilise le point de vue formel, c'est-à-dire si l'on prend en considération les procédures, on est par là même obligé de faire place aux considérations tirées de la nature des organes intervenant dans ces procédures.

Même lorsqu'ils n'utilisent pas le vocabulaire théorique que l'on vient d'évoquer, la jurisprudence et les auteurs emploient nécessairement les techniques auxquelles ce vocabulaire correspond. Prenons un exemple simple : le problème de la classification des actes administratifs unilatéraux. On peut adopter pour cette classification un critère *matériel* : dans cette perspective, on adoptera comme principe de distinction ce qui caractérise les divers *contenus* (c'est-à-dire les divers *objets* possibles) des actes administratifs et l'on sera conduit à distinguer entre les actes réglementaires posant des règles générales et impersonnelles et les actes non réglementaires. Si l'on se place à un point de vue *formel*, au contraire, on classera les actes administratifs unilatéraux d'après les diverses *procédures* (et donc d'après les divers organes) qui leur donnent naissance et l'on sera amené à distinguer successivement : les décrets du Président de la République (avec un certain nombre de sous-distinctions formelles), les décrets du Président du Conseil (même remarque), les décisions des diverses autorités administratives. Il va de soi d'ailleurs que les deux points de vue peuvent se combiner et que, en certains cas, il est impossible de donner une définition sans utiliser cumulativement les deux points de vue ; ainsi le règlement d'administration publique ne peut se définir qu'en faisant appel à la fois au point de vue matériel (règlement en vue de l'application d'une loi) et au point de vue formel (invitation du législateur, intervention du Conseil d'État, édicition par le Président du Conseil).

Ainsi le point de vue « formel » et le point de vue « matériel » sont des catégories de la logique juridique que l'on utilise nécessairement, même si on ne les nomme pas expressément.

13. Les deux points de vue sont, sous l'angle de la logique, également nécessaires et il est souvent indispensable de les combiner pour arriver à des définitions complètes. Mais les effets attachés par le droit positif à l'un ou à l'autre peuvent être bien différents. Selon que le droit positif attache les effets les plus importants à l'un ou à l'autre point de vue, tire ses concepts essentiels de l'un ou de l'autre, on a affaire à des systèmes bien différents.

Or, notre droit constitutionnel et, par voie de conséquence, comme nous le montrerons, notre droit administratif positif donnent une incontestable prééminence au point de vue formel ; les critères et les notions de caractère matériel ne doivent pas être négligés, mais ont un caractère subsidiaire. C'est pourquoi la construction du droit administratif sur la base du service public, [notion] principalement matérielle, cadre mal avec notre droit positif.

14. Que le point de vue essentiel de notre droit constitutionnel soit le point de vue formel n'est plus à démontrer depuis CARRÉ DE MALBERG.

La notion-clé de notre droit public est sans aucun doute celle de *loi* (2). Elle constitue un excellent terrain d'expérience pour établir la prééminence des critères formels et le caractère subsidiaire des critères matériels.

(1) Comme exemples de l'emploi de ces notions, cf. R. BONNARD, *Précis de droit administratif*, 1935, p. 35 et suiv. ; A. DE LAUBADÈRE, « *Traité* », nos 16 et 17.

(2) Cf. R. MASPETIOL, « Le problème de la loi et ses développements récents dans le droit public français », *Études et Documents du Conseil d'État*, n° 3, p. 50 et suiv.

Est loi l'acte qui est élaboré selon la procédure législative et par les organes détenteurs du pouvoir législatif (1); il n'y a pas d'autre manière de définir la loi de façon exacte. Cette définition est purement formelle; il ne s'y mêle aucun élément matériel. Peu importe le contenu de la loi et notamment son caractère général et impersonnel ou particulier et individuel. La loi qui déclare que tel citoyen a bien mérité de la Patrie, que la veuve de tel serviteur du pays percevra une pension n'est ni plus ni moins une loi que la loi du 6 janvier 1950 relative aux pouvoirs publics. Quelles que soient les différences qui séparent les objets respectifs de ces textes entre eux, le régime juridique est tout uniment et sans distinction celui des actes législatifs.

C'est précisément contre cette identification prétendument illogique, que s'élève la théorie des « lois matérielles » si intimement liée aux thèses de l'« école du service public ». Mais l'échec ou plus exactement l'absence de portée de cette théorie permet de mesurer combien le point de vue formel l'emporte dans notre droit public sur le point de vue matériel.

15. On sait que, dans le sens qu'on vient d'évoquer, l'on appelle « lois matérielles » les actes juridiques édictant des règles générales et impersonnelles. Selon ce point de vue, on devrait donc ranger dans la même catégorie d'une part les lois proprement dites (sauf celles, très exceptionnelles, qui n'ont pas une portée générale) et les règlements administratifs, au moins en tant qu'ils sont édictés par l'autorité gouvernementale. Ainsi la *summa divisio* applicable aux actes juridiques unilatéraux ne serait pas la distinction entre les lois (au sens formel du mot) et les actes administratifs, mais entre les « lois matérielles » et les actes individuels.

Bien entendu, en tant que définition logique, il n'y a rien à objecter à cette vue. En vertu de l'imprescriptible liberté des définitions, l'on a le droit de proposer celle de la « loi matérielle ». Mais pour qu'elle soit reçue dans les disciplines juridiques, il lui faut plus que d'être logiquement cohérente. Il faut encore qu'elle réponde à la réalité. Or, pour vérifier cette correspondance, il faut se poser deux questions : l'assimilation opérée entre la loi et le règlement est-elle justifiée par l'analogie de régime juridique qui unirait loi et règlement? La distinction opérée entre l'acte administratif réglementaire et l'acte administratif individuel est-elle justifiée par des différences entre les régimes juridiques respectifs du règlement et de l'acte individuel?

16. Sur le premier point, la réponse n'est pas douteuse. Tous les rapprochements faits au nom de la logique juridique pure entre la loi et le règlement n'empêchent pas qu'il ne subsiste entre ces deux types d'actes juridiques un véritable abîme. La loi, expression de la volonté générale, est une manifestation de « puissance initiale » pour reprendre les formules de CARRÉ DE MALBERG; son domaine est par essence indéfini et quasi-infini et ne peut être borné que par le législateur lui-même (2), la Constitution n'ayant entendu interdire au législateur aucune matière sauf celles qu'elle règle elle-même. Le règlement au contraire procède d'une compétence secondaire et dérivée (3); son domaine se définit non seulement par les prescriptions constitutionnelles qui réservent certaines matières au législateur, mais encore par l'exercice que le législateur a entendu faire de la compétence indéfinie que l'on vient d'évoquer;

(1) Par conséquent, dans notre droit actuel, la loi se définit comme l'acte juridique répondant aux conditions de procédure prévues par les articles 20 et 36 de la Constitution. Mais chaque Constitution définit librement la procédure et l'organe législatifs qu'il entend instituer. Par suite, l'on doit reconnaître le caractère de lois à des actes édictés par le pouvoir législatif, quel qu'il soit, et alors même qu'il serait exercé par un organe autre que le Parlement, si telles étaient les règles posées par le statut constitutionnel en vigueur à l'époque considérée. Ainsi en a-t-il été jugé notamment pour les lois édictées par le Chef de l'État selon le régime de Vichy (C.E., 22 mars 1944, VINCENT, S. 1945. III. 53, concl. DETTON, note CHARLIER).

(2) Encore faut-il noter que le législateur ne peut pas reconnaître véritablement à titre définitif un domaine réglementaire « par nature ». Non seulement la loi du 17 août 1948 qui a constitué un effort en ce sens pourrait à tout moment être modifiée directement par une autre loi, mais on ne voit pas en quoi une loi qui, indirectement et sur un point particulier reprendrait au pouvoir réglementaire l'une des matières qui lui sont attribuées par la loi du 17 août 1948 serait juridiquement irrégulière.

(3) La compétence du pouvoir réglementaire est secondaire et dérivée. Mais elle ne procède pas moins de « pouvoirs propres » qui appartiennent à l'exécutif. Sur la conciliation de ces deux idées, cf. *infra*, n° 37.



en somme, la compétence réglementaire est, par rapport à la compétence législative, résiduelle (1).

De même, il n'existe, ni par voie d'action ni par voie d'exception, de recours tendant à faire reconnaître l'irrégularité de la loi (2), alors que le règlement peut être annulé par le juge de l'excès de pouvoir ou déclaré illégal par voie d'exception.

Enfin, bien qu'on ait parfois rapproché avec excès le régime de la responsabilité du fait des lois et celui de la responsabilité du fait des règlements, ces régimes sont profondément différents. En effet, par définition, la responsabilité du fait des lois ne peut jamais être engagée à raison de la faute ou de l'irrégularité que recèlerait un texte législatif alors que la faute ou l'irrégularité sont un chef de responsabilité essentiel du fait des règlements (3). De plus, que l'on fonde la responsabilité sur la faute ou sur le principe d'égalité devant les charges publiques, cette responsabilité ne peut jamais, dans le cas de la loi, être engagée contre la volonté explicite ou implicite de l'auteur de l'acte, qui s'impose au juge, alors que, dans le cas du règlement, la manifestation de volonté de l'auteur de l'acte dans le sens du rejet de la responsabilité ne lie évidemment pas le juge (4).

Il n'est donc pas exagéré de parler d'un abîme entre le régime juridique de la loi et celui du règlement, abîme que la notion de lois matérielles est impuissante à combler.

Sans doute, sur certains points, on peut noter un rapprochement de portée limitée entre la loi et le règlement. Le juge de l'ordre judiciaire est habilité à interpréter les règlements comme il interprète les lois (5). En outre — mais ceci est du fait plutôt que du droit — dans le cadre de la responsabilité fondée sur l'égalité répartition des charges publiques, le caractère général et impersonnel du règlement constitue la plupart du temps, tout comme en matière législative, un obstacle à l'existence d'un préjudice spécial qui est une des conditions de la responsabilité objective.

Résumons-nous : la loi et le règlement sont deux sortes d'actes juridiques profondément différents. Le rapprochement que l'on peut établir entre eux par l'appel à la notion de « lois matérielles » a infiniment moins d'importance que les différences qu'établit entre eux leur distinction formelle. Autrement dit, ce qui est principalement et presque exclusivement déterminant pour le régime juridique de la loi et du règlement, c'est le point de vue formel.

(1) Dans son avis du 6 février 1953 relatif à l'interprétation de l'article 13 de la Constitution (*Rev. Dr. publ.*, 1953, p. 170), le Conseil d'État a bien marqué que la détermination du domaine du pouvoir réglementaire dépendait de deux facteurs. Il est d'une part des matières réservées au pouvoir législatif par les dispositions de la Constitution ou par la tradition constitutionnelle républicaine. Il existe d'autre part des matières qui ne sont interdites au pouvoir réglementaire que parce que le législateur se les est appropriées et qui, par suite, peuvent être restituées au pouvoir réglementaire, appropriation et restitution relevant de la seule appréciation souveraine du législateur. C'est en ce sens que la compétence du pouvoir réglementaire est, comme on l'a dit au texte, « résiduelle ». Au commencement est la loi.

(2) La possibilité d'intervention du Comité constitutionnel découlant des articles 91 et 92 de la Constitution ne dément pas ce qui est dit dans notre texte. En effet, elle ne joue qu'à l'égard du texte non encore promulgué et ne peut donc aboutir à l'annulation ou à la mise en échec d'une loi existante. En outre, les conditions dans lesquelles le Comité constitutionnel peut être saisi font de la procédure instituée par l'article 92 moins un contrôle de constitutionnalité qu'un « mode de solution pacifique des conflits » qui peuvent s'élever entre les deux Chambres (Cf. G. VEDEL, *Droit constitutionnel*, 1<sup>re</sup> édit., p. 554).

(3) Cf. les exemples relativement nombreux empruntés à la jurisprudence et cités par KOVATLY, « La responsabilité de l'État du fait des règlements » (*Thèse Paris*, 1954, dactylographiée).

(4) Un bon exemple de l'irréalisme auquel peut conduire l'attachement au point de vue matériel est fourni par les développements que le regretté Doyen DUEZ consacre dans son ouvrage sur *La responsabilité de la puissance publique* (nouvelle édition 1938) à la responsabilité du fait des règlements. Préoccupé de faire prévaloir la complète analogie entre la loi et le règlement, considérés tous deux comme des lois matérielles, le Doyen DUEZ, pourtant excellent connaisseur du droit administratif, en vient à nier purement et simplement la possibilité de responsabilité de l'Administration en raison de l'illégalité des règlements (p. 52), puis, rectifiant partiellement sa pensée (p. 215), à assimiler le problème de la responsabilité du fait des règlements irréguliers à celui de la responsabilité du fait des règlements réguliers, alors que le fondement de la responsabilité est évidemment différent dans les deux cas et que, selon la thèse que l'auteur lui-même adopte (p. 63), le caractère spécial du préjudice ne conditionne l'existence de la responsabilité que dans le cas de responsabilité sans faute et ne devrait donc pas affecter la réparation des dommages subis du fait de règlements irréguliers. Rien ne mesure mieux le caractère irréal de la notion de « loi matérielle » que les contradictions auxquelles elle conduit un auteur dont la compétence scientifique est cependant indéniable.

T.C. ,16 juin 1923; SEPTFONDS, D 1924.3.41, concl. MATTER; S. 1923.3.49 ,note HAURIU

17. Venons-en maintenant au second développement annoncé plus haut; retournons le problème et demandons-nous si la différence qui, au point de vue matériel, existe entre le règlement et la décision administrative individuelle l'emporte sur le fait qu'ils constituent tous deux, du point de vue formel, des actes administratifs.

Certes, la distinction des actes réglementaires et des actes non réglementaires ne manque pas de portée : en principe les règlements ne confèrent pas de droits alors que les actes non réglementaires peuvent en conférer, ce qui est déterminant au point de vue de leur retrait ou de leur abrogation possibles; il existe une supériorité de principe des règlements sur les actes individuels en vertu de la règle *Tu patere legem...* Au point de vue contentieux, l'exception d'illégalité à l'encontre des règlements est perpétuelle; le juge de l'ordre judiciaire peut, comme on l'a dit plus haut, interpréter les règlements mais ne peut interpréter les actes non réglementaires (1).

Pourtant, ici, les ressemblances l'emportent sur les différences. Règlement et acte non réglementaire sont des actes administratifs. Ils sont soumis, à quelques nuances près, aux mêmes conditions de légalité et au même contrôle du juge de l'excès de pouvoir. Ils sont susceptibles l'un et l'autre d'engager la responsabilité de l'Administration, soit à raison d'une irrégularité fautive, soit à raison du risque ou du principe de l'égalité devant les charges publiques (2). Sur ce dernier point, tout au plus, peut-on relever que, en fait, la condition de spécialité du préjudice sera plus facilement réalisée dans le cas de l'acte individuel que dans celui de l'acte réglementaire.

Il est évident que, selon les principes méthodologiques les plus sûrs, on doit considérer qu'acte réglementaire et acte non réglementaire constituent deux espèces au sein du même genre, celui de l'acte administratif. Leur régime juridique est, pour l'essentiel, un et ceci manifeste la prédominance du point de vue formel. Le point de vue matériel n'introduit que des différences secondaires, car il est lui-même second.

18. Ainsi, malgré les efforts de nombreux auteurs, le principe fondamental de la classification des actes juridiques unilatéraux (3) est de nature formelle. Il y a d'un côté les lois et de l'autre les actes administratifs, séparés par une différence radicale de régime juridique, et cette distinction se fait uniquement en prenant en considération les procédures et les organes, c'est-à-dire d'un point de vue formel. Ce point acquis, il n'est pas sans intérêt de distinguer au sein de chaque catégorie les lois générales et les lois non générales, les actes administratifs réglementaires et les actes administratifs non réglementaires; mais c'est une sous-distinction qui a des conséquences limitées.

Disons pour faire image que quelqu'un qui n'aurait pas la notion de la distinction entre la loi et l'acte administratif au sens formel du mot ignorerait tout de notre droit constitutionnel et de notre droit administratif, tandis que quelqu'un qui ignorerait la distinction, de nature matérielle, entre les actes à portée générale et les actes à portée non générale, s'exposerait à des erreurs sans doute graves mais non à une totale incompréhension de notre droit.

C'est que les notions et les critères de notre droit public sont principalement formels; les notions et les critères matériels sont subsidiaires. Renverser cette hiérarchie amène à des constructions irréelles

(1) Il est inutile, pensons-nous, d'assortir de références l'énoncé de ces propositions classiques.

(2) Certains auteurs qui opposent radicalement la responsabilité du fait des actes individuels et la responsabilité du fait des prétendues lois matérielles oublient à cette occasion ce qu'ils savent pourtant bien : que la responsabilité pour risque ou à raison de l'égalité devant les charges publiques se rencontre aussi bien à l'occasion des dommages causés par des actes individuels qu'à l'occasion de dommages causés par les lois ou les règlements. Il suffit d'évoquer l'arrêt *COUITEAS* entre tant d'autres pour justifier cette assertion.

(3) On a laissé de côté la comparaison entre les actes juridictionnels et les actes législatifs ou administratifs, ceci afin de ne pas compliquer la discussion. On peut discuter longuement du point de savoir si le critère de l'acte juridictionnel est formel ou matériel (Cf. *LAMPUÉ*, « La notion d'acte juridictionnel », *Rev. Dr. pub.*, 1946, p. 5 et s.; *P. HÉBRAUD*, « L'acte juridictionnel et la classification des contentieux », *Rec. de l'Ac. de Législation de Toulouse*, 1949, p. 132 et suiv.; *C.E.*, 7 février 1947, *D'AILLIÈRES*, *Rev. Dr. publ.*, 1947, p. 60, concl. *ODENT*, note *WALINE*; 9 mai 1952, Houillères du Bassin de Lorraine, S. 1953.3.1, note *FONT-REAUXX*). Ce qui paraît pourtant certain, c'est que, très généralement, la question de savoir si un acte a le caractère juridictionnel ne se pose que si le caractère juridictionnel de l'organisme qui l'a rendu est douteux; ce qui revient à dire que le critère matériel n'est employé qu'à défaut du critère formel.

telles que celle que l'on vient d'évoquer et qui en vient à enfermer dans une catégorie juridique unique la loi et le règlement, cependant radicalement différents dans la réalité et à opposer fondamentalement le règlement à l'acte non réglementaire alors que leurs régimes juridiques respectifs ont entre eux plus de ressemblances que de différences.

19. Or, le service public est une notion essentiellement matérielle. L'évolution de l'idée de service public s'est faite dans le sens de la prédominance de l'objet dans la définition du service public; constitue un service public une activité destinée à satisfaire les besoins collectifs.

Ici encore, on est en présence d'une définition et, il faut le répéter, les définitions sont libres. Mais il faut aussi répéter qu'elles ne sont utilisables qu'à la condition de répondre à la réalité des faits.

Or, fidèle à l'inspiration que l'on vient d'évoquer, notre droit constitutionnel ne distingue pas entre les activités qui constitueraient des services publics et celles qui n'en constitueraient pas. Il distingue entre le Gouvernement, le Parlement et les organes judiciaires, ce qui est une distinction de nature organique, c'est-à-dire formelle et non matérielle. Il y a donc peu de chances que la notion d'administration, le critère de la compétence du juge administratif, le domaine du droit administratif puissent se définir par référence au service public, catégorie construite d'un point de vue matériel.

La séparation établie par les textes révolutionnaires entre les autorités législative, administrative et judiciaire (1) n'est pas davantage fondée sur l'idée de règles autonomes applicables aux services publics. Elle est construite historiquement sur l'idée de la séparation des pouvoirs, notion organique et formelle. Envisagée du point de vue de l'Administration, elle n'est pas une garantie donnée aux « gérants des services publics », mais aux « administrateurs », c'est-à-dire au *pouvoir exécutif* et à ses agents. Telle est notre tradition historique, toute roide et toute carrée.

20. Il faut ici conduire une vérification parallèle à celle dont, dans les développements précédents, la notion de « loi matérielle » fut l'occasion. On va démontrer que, si l'on donne à la notion de service public le caractère fondamental que la doctrine classique lui a attribué, on aboutit à des conséquences que la réalité juridique dément.

S'il y a un service public dans toute activité exercée au nom de l'État en vue de la satisfaction de besoins collectifs, on ne voit pas pourquoi le service public serait le monopole du pouvoir exécutif. Le législateur et le juge concourent à la satisfaction des besoins collectifs, et cette constatation faite d'un point de vue matériel devrait prévaloir sur la distinction purement formelle entre les organes à qui est confiée la satisfaction de tel ou tel besoin collectif.

Aussi bien, l'« école du service public » — à qui n'a pas certes manqué le courage de la logique — n'a pas omis de traiter comme des services publics la fonction juridictionnelle et la fonction législative. En certains domaines — droit de la responsabilité notamment — elle a même tenté de dégager un régime juridique unique applicable à tous les services publics, selon le sens le plus vaste de ce terme.

L'intérêt théorique de cette tentative n'est pas négligeable. Il n'en demeure pas moins que, de même que la notion de « loi matérielle » était impuissante à combler l'abîme qui sépare la loi du règlement, et à rendre compte, à titre principal, du droit positif, la notion matérielle du service public a été impuissante à fléchir le principe de séparation et à rendre compte du droit positif notamment en ce qui regarde la compétence du juge administratif et le champ d'application du droit administratif.

21. Ne revenons pas sur le fait que l'activité du législateur a un régime juridique totalement différent de celui qui s'applique à l'activité de l'Administration. Ce point nous paraît acquis et peut-être y a-t-on trop insisté dans les développements antérieurs. Admettons que le « service public de la législation » pose un problème particulier.

---

(1) Il ne faut pas oublier, en effet, que, comme le rappelait très exactement M. DELVOLVÉ (concl. dans C.E., 11 juin 1951, BAUD, S. 1952.3.13), le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, tel qu'on l'entend couramment, n'est qu'un des éléments de la construction révolutionnaire. Il n'a pas seulement pour objet de garantir l'indépendance des administrateurs au regard des tribunaux judiciaires, mais aussi celle des tribunaux judiciaires au regard des administrateurs, et d'empêcher l'immixtion des uns et des autres dans la fonction législative.

Mais, s'il y a quelque vérité dans l'idée selon laquelle le droit administratif est le droit des services publics et le juge administratif le juge des services publics, il faudrait restituer à l'un et à l'autre tout le domaine des actes et des opérations se rapportant à l'organisation et au fonctionnement des services administratifs inclus dans le sein des Assemblées parlementaires. Pourquoi les litiges relatifs aux intérêts de carrière des fonctionnaires des Assemblées ou à l'organisation de leur recrutement ne relèveraient-ils pas du juge administratif ? (1). Pourquoi le règlement de l'accident causé par la voiture d'une Assemblée échapperait-il à ce juge ? (2). C'est, répond-on, que ces litiges mettent en cause des actes n'émanant pas d'une autorité administrative. Mais, si le critère du service public avait la portée qu'on lui a prêtée, ne devrait-on pas considérer précisément que les autorités parlementaires lorsqu'elles agissent pour l'organisation ou le fonctionnement d'activités incontestablement semblables à des activités administratives prennent la qualité d'autorités administratives ? Dans la logique du point de vue matériel qui est celle de l'« école du service public », il n'y a pas de différence entre la nomination ou la liquidation de la pension d'un fonctionnaire d'une Assemblée parlementaire et la nomination ou la liquidation de la pension d'un autre agent public. La circulation d'une voiture de l'Assemblée ne constitue pas, du point de vue matériel, une activité différente de la circulation d'une voiture de l'Administration.

C'est donc bien que le critère premier et principal de la compétence du juge administratif est de nature formelle et non de nature matérielle. C'est donc que, comme on le disait plus haut, le principe de séparation doit s'entendre d'une séparation entre *organes* et non d'une distinction entre l'*objet* des activités. C'est donc que le critère du service public n'intervient que secondairement, après qu'on a fait jouer un autre critère, de nature formelle. Et ce critère formel, qui a priorité, c'est comme on l'a déjà dit et comme on le montrera à loisir, celui du pouvoir exécutif.

22. Tournons-nous maintenant vers le « pouvoir » ou « autorité » judiciaire. Ce pouvoir — ou cette autorité — remplit une mission de service public. Mais on sait que le juge administratif ne connaît que du contentieux des actes se rapportant à son *organisation* et non du contentieux se rapportant à son *fonctionnement* (3). Serait-ce qu'il est moins service public quand il fonctionne que quand il reçoit son organisation ? Évidemment non. Alors, d'où vient la distinction ?

La question peut sembler superfétatoire. En effet, il paraît évident que la distinction entre l'organisation et le fonctionnement du service public de la justice dérive en droite ligne de la séparation des autorités administrative et judiciaire.

La question paraîtra tout de même moins bizarre si l'on compare la jurisprudence en ce qui concerne d'une part la compétence du juge administratif au regard des actes des autorités parlementaires (4) dans la gestion de leurs services et la compétence du juge administratif au regard des actes intéressant le service de la justice civile et criminelle. Pour les premiers, la jurisprudence ne fait aucune distinction entre organisation et fonctionnement ; elle fait une telle distinction pour les seconds. Pourquoi cette différence ? On ne peut en donner qu'une raison : la gestion des services des Assemblées parlementaires échappe tout entière au contrôle du juge administratif parce que le Gouvernement n'y participe en aucune manière, pas plus en ce qui regarde l'organisation que le fonctionnement. Au contraire, le Gouvernement qui n'intervient pas dans le fonctionnement du service judiciaire intervient dans son organisation. C'est cette intervention de l'exécutif qui constitue le titre de compétence du juge administratif.

(1) Cf. p. ex. C.E., 6 juillet 1928, dame COURSAGET, *Rec.*, p. 866 ; 26 mai 1950, VOUTERS, D. 1952.J.216, concl. ACID, note QUERMONNE ; 17 novembre 1950, VUILLEMEY, *Rec.*, p. 560 ; 16 mai 1951, BASSET, *Rec.*, p. 650.

(2) C.E., 15 décembre 1952, C<sup>ie</sup> d'Assurances générales, D. 1953.J.718, note MORANCE.

(3) Ce point, bien connu en doctrine et en jurisprudence a été récemment remis en lumière et étudié à propos de l'arrêt du Conseil d'État du 17 avril 1953 — FALCO et VIDAILLAC — relatif aux élections au Conseil Supérieur de la Magistrature et sur lequel on reviendra plus loin. Cf. les conclusions de M. Jean DONNEDIEU DE VABRES, dans *Gaz. Pal.*, 1953.I.300 et les notes de M. WALINE, *Rev. Dr. publ.*, 1953.448 ; EISENMANN, D. 1953.J.683 ; MATHIOT, S. 1954.3.33 ; VEDEL, J.C.P. 1953.II.7598 ; Cf. également C.E. 26 juin 1953, DORLY, J.C.P. 1953.2.7810, note CARTOU ; G. VEDEL, « Le contrôle judiciaire des mesures disciplinaires frappant les magistrats du Parquet », *Pouvoir judiciaire*, octobre 1953.

(4) *Supra*, n° 21.

Qu'est-ce à dire ? Tout simplement que le critère qui détermine le champ de la compétence du juge administratif en ce qui concerne les litiges nés de la gestion du service de la justice est non le critère matériel tiré de l'existence d'un service public, mais le critère formel tiré de l'intervention du pouvoir exécutif. Ici encore, l'on vérifie la primauté de la notion de pouvoir exécutif.

23. A ce point de nos développements, on peut être tenté de penser que nous avons dépensé beaucoup de temps à démontrer des évidences. Nul n'a jamais pensé — et les tenants de l'« école du service public » pas plus que quiconque — que la qualification de « service public » donnée à la législation ou à la justice entraînaient inconditionnellement la compétence du juge administratif et l'application du droit administratif. Dès lors à quoi bon insister sur des points qui ne font pas difficulté ?

Mais le degré d'évidence d'une proposition n'a pas de rapport nécessaire avec l'influence qu'exerce cette proposition; bien au contraire, parfois certaines vérités à force d'être incontestées sortent du champ de l'attention et, dès lors, tout se passe comme si elles étaient oubliées. C'est ce qui s'est passé, nous semble-t-il, pour les propositions banales, mais incontestables sur lesquelles on vient d'insister.

On ne peut, sans s'insurger contre la réalité juridique, nier que le principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire ait un sens organique et formel, tout comme le principe de la séparation des pouvoirs qui est sa racine; on ne peut davantage ignorer que les actes et opérations des autorités parlementaires échappent complètement au droit administratif parce qu'ils ne relèvent en rien de l'exécutif; nul ne soutient que la gestion du service public de la justice relève du contentieux administratif dans une mesure autre que celle où l'exécutif y participe — mais l'« école du service public » tient en fait ces points pour négligeables quand elle fait du service public, notion matérielle, la base du droit administratif. Après avoir **accepté** toutes les propositions que l'on vient de rappeler, elle ne leur fait aucune place dans sa construction, leur déniait ainsi toute efficacité.

24. C'est pour cela qu'il n'est pas inutile de remettre les choses en ordre. Et l'ordre positif, celui qui découle à la fois des principes constitutionnels et du droit administratif, c'est qu'il n'y a ni compétence du juge administratif ni application du droit administratif là où il n'y a pas exercice du pouvoir exécutif. Que l'on ait cela présent à l'esprit; on pourra ensuite examiner le rôle et l'importance qu'il faut attribuer à la notion de service public; mais on est d'avance certain que ce ne peut pas être la notion fondamentale et suprême du droit administratif. Non seulement, on aura remis les choses en ordre, mais encore on aura établi une liaison entre les principes constitutionnels, dominés par le point de vue formel et les règles du droit administratif.

25. Ainsi, la ligne de partage entre ce qui est administration *stricto sensu* et ce qui ne l'est pas, entre ce qui relève du juge administratif et du droit administratif et ce qui n'en relève pas est tracée d'abord, selon un critère formel, par la distinction du pouvoir exécutif et des autres pouvoirs et non, d'un point de vue matériel, par le critère du service public.

Ce n'est pas là une affirmation gratuite, mais une constatation qu'impose le droit positif et notamment la jurisprudence, constatation tellement certaine qu'on peut être tenté de lui reprocher son évidence.

On ne serait pas complet si l'on ne notait que, cependant, dans une espèce, le Conseil d'État a paru se rallier à une conception « matérielle » des critères du droit administratif. En effet, dans le récent arrêt FALCO et VIDAILLAC (1), le Conseil d'État suivant les brillantes conclusions de son Commissaire du Gouvernement a admis qu'il était compétent pour statuer sur un recours dirigé contre les décisions du « bureau » chargé de proclamer les résultats des élections des représentants des magistrats au Conseil Supérieur de la Magistrature. Cet arrêt a provoqué, dans la doctrine (2), un étonnement unanime et l'un des motifs de cet étonnement a été que, pour reconnaître au bureau de vote la qualité d'« autorité administrative » soumise au contrôle du juge de l'excès de pouvoir, le Conseil d'État a paru se fonder sur un critère matériel de la notion d'« autorité administrative ».

(1) Cf. références, p. 32, note 3.

(2) Cf. notes WALINE, EISENMANN, MATHIOT, VEDEL, précitées.

Sans nier l'importance de cette décision, rendue en Assemblée plénière du Contentieux, on peut se demander si elle a la portée de principe que, non sans quelque alarme, les auteurs — toujours portés à généraliser — ont voulu lui prêter. Au fond, le Conseil d'État se trouvait en présence d'une jurisprudence traditionnelle soumettant à son contrôle les actes relatifs à l'organisation du service public de la justice. N'a-t-il pas voulu maintenir cette jurisprudence traditionnelle plutôt que se rallier à la théorie du service public et au critère matériel de compétence ? A la réflexion, c'est ce qu'on est porté à penser car les conséquences du ralliement au critère matériel seraient trop graves : elles conduiraient notamment à reconnaître la qualité d' « autorités administratives » aux autorités des Assemblées parlementaires toutes les fois qu'elles agissent pour l'organisation de leurs services.

Cette interprétation de l'arrêt FALCO et VIDAILLAC ne supprime pas d'ailleurs la totalité des objections que la doctrine a élevées à son encontre. Si, en effet, traditionnellement, l'organisation du service public de la justice relève du contentieux administratif, c'est, comme on l'a dit, parce que, sous les divers régimes qui se sont succédé jusqu'en 1939, et notamment sous la Troisième République, l'organisation du service de la justice était remise à l'exécutif. Or, toute la question est précisément de savoir si, par son titre IX, notre Constitution n'a pas entendu remettre au moins en partie l'organisation du service de la justice à un organe, le Conseil Supérieur de la Magistrature, étranger à l'exécutif et changer ainsi l'ancien état de choses.

Il n'en demeure pas moins que, dans l'interprétation que l'on vient d'esquisser, l'arrêt FALCO et VIDAILLAC marquerait une conception peut-être trop extensive du champ d'action du pouvoir exécutif, mais ne consacrerait pas l'abandon, même partiel et momentané, du point de vue formel et du critère emprunté à la notion de pouvoir exécutif.

26. Ainsi, selon nous, la raison profonde de la crise qui a frappé les thèses de l' « école du service public » tient à ce qu'elles sont en rupture avec les notions fondamentales et le climat même de notre droit constitutionnel. Ce qui est primordial dans nos principes constitutionnels, ce sont les notions organiques et formelles de pouvoir législatif, de pouvoir exécutif et de pouvoir judiciaire et non la notion matérielle de service public. Tel est bien le sens historique du principe de séparation des autorités administrative et judiciaire. Tel est bien le contenu de notre droit positif exprimé par la jurisprudence, qui ne reconnaît la compétence du juge administratif que là où l'intervention du pouvoir exécutif se laisse saisir et l'exclut là où la gestion du service public s'opère en dehors de toute activité du pouvoir exécutif.

Les autres raisons de la crise, celles que l'on énonçait au début de cette étude (1) dérivent de ce divorce profond entre les principes constitutionnels et la conception que l' « école du service public » se faisait du droit administratif (2). Il faut 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.

C'est à cette partie positive et constructrice de notre travail que, après cette longue étude critique, l'on arrive maintenant.

#### PORTÉE DES CRITIQUES ADRESSÉES AUX THÈSES DE L'« ÉCOLE DU SERVICE PUBLIC ».

27. Cependant, avant d'entreprendre la construction positive à laquelle on va s'efforcer, il faut bien préciser la portée des critiques que l'on vient d'adresser aux thèses de l' « école du service public ». Cette précision est indispensable tout à la fois pour rendre justice au système que l'on vient d'examiner

(1) *Supra*, nos 4 à 9.

(2) Cette liaison serait trop longue à montrer. N'en donnons qu'un exemple : dès l'instant que l'on identifie le droit administratif au droit des services publics, on est condamné à analyser l'exercice du pouvoir de police comme une activité de service public entre autres, malgré sa profonde originalité (*supra*, n° 9) et ceci sous peine de soustraire la police au juge administratif et au droit administratif. Au contraire, si l'on admet que la compétence du juge administratif et l'application du droit administratif s'attachent d'abord, et sous réserve des compléments qui seront apportés plus loin, à l'exercice du pouvoir exécutif, on peut faire à la police une place distincte, car elle est, à côté du service public et au même titre que celui-ci un des modes d'exercice du pouvoir exécutif (*infra*, n° 38).

et auquel sont attachés tant de grands noms du droit public français, pour indiquer en quel sens il est dépassé, et pour mesurer comment ses éléments peuvent encore être utilisés.

Les théories scientifiques connaissent deux sortes de morts. La première est la plus radicale : une théorie disparaît purement et simplement parce qu'elle était tout bonnement fautive, notamment en ce qu'elle s'appuyait sur des faits controuvés. D'elles il ne subsiste rien que le souvenir d'une erreur : ainsi la prétendue horreur de la nature pour le vide. Mais le plus souvent, une théorie scientifique connaît un autre type de mort ou plutôt de mutation féconde : elle laisse la place à une explication plus vaste et qui tient compte de faits nouvellement aperçus, mais qui ne la détruit pas et au contraire la pérennise en la rectifiant et en l'intégrant.

Lorsqu'un principe d'explication a été heureusement conçu et a été vérifié par un certain nombre d'expériences bien faites, il ne tombe jamais au rang d'une erreur, même lorsque le progrès amène à le corriger et à en limiter la portée. Il demeure valable aujourd'hui comme hier pour ramener à l'unité les faits à partir desquels il a été construit. Mais des faits nouveaux, qu'il avait ignorés ou méconnus, doivent entrer en compte; et c'est pourquoi une synthèse plus vaste, à laquelle l'ancien principe sera intégré, doit être édifiée. La physique de NEWTON, la chimie de LAVOISIER, l'optique de FRESNEL ne sont pas devenues fausses du jour au lendemain. La science moderne, obligée de tenir compte de faits précédemment inconnus ou mal interprétés, admet pourtant que ces théories gardent leur valeur dans un certain domaine et à une certaine échelle et qu'elles constituent des cas particuliers de systèmes scientifiques plus vastes. De même, la géométrie euclidienne garde toute sa valeur propre; ce que les mathématiques modernes lui dénie, c'est de fournir un système global de connaissance de l'espace, alors qu'elle constitue un cas particulier au sein d'une science plus compréhensive.

28. Il y a toujours quelque péril à comparer les sciences sociales et singulièrement le droit aux sciences de la nature ou aux mathématiques. La ressemblance existe pourtant sur le point qui nous intéresse, c'est-à-dire en ce qui regarde la nature et l'évolution des théories tendant à des explications synthétiques (1). Une théorie juridique qui triomphe à un moment donné ne peut devenir radicalement fautive par la suite, si du moins elle a eu quelque valeur. La crise qui l'atteint provient généralement de ce qu'elle ne peut rendre compte de données juridiques nouvelles ou sur lesquelles l'attention ne s'était pas portée; et cette crise se résoudra non par une négation pure et simple de la théorie ancienne, mais par sa rectification, sa remise en place et son intégration dans un système général qui tiendra compte à la fois des faits anciens et des faits nouveaux.

29. Il serait donc à la fois inexact, injuste et outrepassant de voir dans la crise qui atteint les thèses de l'« école du service public » la preuve que celle-ci fut une aberration dans l'histoire du droit administratif français.

La théorie du service public, lorsqu'elle se construisit, possédait une valeur explicative très supérieure à ses devancières (2) et elle a rendu compte de façon simple et cohérente d'une grande partie du droit positif de son époque.

Bien plus, elle a fait progresser les solutions du droit administratif, soit en fournissant au juge les moyens techniques d'élaboration nécessaires, soit en créant un état d'esprit qui a inspiré le législateur.

(1) Le bouleversement même de l'ordre politico-social qui conditionne les institutions juridiques n'a pas pour effet de rendre nécessairement caduques des institutions et des notions anciennes. En Union soviétique, c'est-à-dire dans le pays le plus éloigné de la tradition juridique du droit privé occidental, les notions de propriété individuelle et de contrat demeurent valables comme des cas particuliers au sein d'un système juridique nouveau qui les a limitées, mais les a aussi intégrées sans les détruire (cf. R. DAVID et J.-N. HAZARD, *Le Droit Soviétique*, 2 vol., Libr. gén. dr. et jur., 1954, tome II : « Le droit et l'évolution de la société en U.R.S.S. », par J.-N. HAZARD et notamment chapitres I, II et VIII).

(2) Il suffit de comparer entre eux deux ouvrages à peu près contemporains, mais attachés l'un au système ancien, l'autre à la théorie du service public (par exemple les dernières éditions du *Traité* de H. BERTHELEMY et les *Principes généraux du droit administratif* de JEZE) pour apprécier le caractère progressiste de l'« école du service public ». On n'aurait pas le même sentiment, il est vrai, si, dans l'un des termes de la comparaison on substituait HAURIU à BERTHELEMY. Mais c'est que, tout en défendant certaines thèses traditionnelles, HAURIU les rénovait et les dépassait dans une synthèse plus vaste. S'il combattait les thèses de l'« école du service public », c'était plus au nom de l'avenir qu'en celui du passé.

L'État n'a jamais été et ne sera peut-être jamais un simple faisceau de services publics (1); mais en le traitant comme tel, en concentrant l'attention sur cet aspect de sa nature, l'« école du service public » a efficacement combattu et dissipé les vieux fantômes de la souveraineté illimitée et de la transcendance absolue de la puissance publique. L'emploi de la notion de service public a mis au clair l'idée que l'administration est faite pour les administrés et non pour les gouvernants; rapportées au service public, les notions d'égalité des citoyens, de continuité de la vie administrative, de responsabilité de l'État ont reçu netteté et vigueur. Les erreurs mêmes furent parfois fécondes : ainsi l'analyse en termes de service public de l'activité réglementaire, voire de l'activité législative a sans doute facilité à la responsabilité de la puissance publique la conquête de nouveaux domaines.

Ces considérations donnent son véritable caractère à l'attitude d'une partie de la doctrine contemporaine au regard de l'« école du service public ». Il ne s'agit pas de se livrer à une critique étroite et incompréhensive, mais, avec le recul du temps et à la lumière du droit positif, de mesurer la signification d'une crise. Pour les raisons que l'on vient de dire, il est fort probable que la notion de service public doit conserver une place de premier plan dans la construction du droit administratif. Dans le système plus vaste d'explication que le droit positif appelle, les thèses de l'« école du service public », rectifiées et remises en ordre, doivent être recueillies et intégrées (2).

Il n'était pas inutile, croyons-nous, d'ouvrir cette sorte de parenthèse avant de définir, de façon positive, les bases constitutionnelles du droit administratif.

#### LA BASE CONSTITUTIONNELLE DU DROIT ADMINISTRATIF : LA NOTION DE POUVOIR EXÉCUTIF.

30. Ce n'est pas à des spéculations théoriques, mais à la jurisprudence que nous demanderons de nous indiquer la base constitutionnelle du droit administratif. En vertu de quel titre constitutionnel existe-t-il une administration? en vertu de quel titre constitutionnel les administrateurs exercent-ils leurs compétences? Ce sont les réponses de la jurisprudence à ces questions qui désignent la base constitutionnelle du droit administratif.

Mais de telles questions se sont rarement posées au juge et ceci pour une raison simple; c'est que, la plupart du temps, le législateur est intervenu pour attribuer aux divers gouvernants ou administrateurs des compétences précises et pour en fixer l'étendue. Dès lors, en vertu d'un principe évident d'économie des moyens, le juge n'a pas à remonter jusqu'aux sources constitutionnelles pour résoudre les problèmes qui lui sont posés.

Ce n'est que dans les cas, peu fréquents, où l'exercice d'une compétence administrative non définie par le législateur paraît nécessaire que le juge est amené à rechercher dans le droit constitutionnel les bases de l'action administrative.

31. Examinant l'arrêt HEYRIES du 28 juin 1918 (3), le Doyen HAURIUOU écrivait avec raison : « Cette décision est l'une des plus riches en substance politique et gouvernementale qui aient été rendues depuis longtemps ».

(1) Cf. *supra*, n° 9.

(2) Cette attitude de compréhension à l'égard de l'école du service public ne saurait, pourtant, croyons-nous aller jusqu'à en conserver l'essentiel au prix de certaines retouches, comme le voudrait M. DE LAUBADÈRE dans son remarquable *Traité de Droit administratif*. En effet, l'étendue des retouches à apporter est telle qu'elles mettent en cause les bases mêmes du système. Pour ne prendre qu'un exemple, emprunté à la matière des questions de compétence, il ne nous paraît pas légitime de retoucher les thèses classiques en disant simplement que, pour déterminer la compétence du juge administratif, l'existence d'un litige mettant en cause une activité de service public est une condition *nécessaire*, mais non une condition *suffisante* (DE LAUBADÈRE, *op. cit.*, p. 301 et suiv.). D'abord, il est des cas où la compétence du juge administratif n'a pas pour base l'existence d'une activité de service public : ainsi en matière de police (*supra*, n° 9) en matière de domaine public, d'établissements publics (ces deux dernières notions étant plus ou moins dissociables de la notion de service public). En outre, et surtout, sous la rubrique des conditions « supplémentaires » devant compléter la condition « nécessaire, mais non suffisante », on est amené en réalité à formuler des *exceptions* à cette première condition (contrats privés, services publics industriels et commerciaux, service de la justice, etc.) exceptions dont l'étendue est telle que, comme on l'a déjà dit, elles démentent la règle.

(3) C.E., 28 juin 1918, HEYRIES, S. 1922.III.49, note HAURIUOU.



On sait que, par cet arrêt, le Conseil d'État admettait que le Gouvernement avait pu suspendre par simple décret pour la durée des hostilités l'application de l'article 65 de la loi du 22 avril 1905 relatif à la communication de leur dossier aux agents publics tombant sous le coup d'une mesure disciplinaire.

Les raisons de fait qui justifiaient la mesure gouvernementale critiquée par le recours se comprennent aisément et sont indiquées dans l'arrêt : « ...la communication, prescrite par l'article 65 de la loi du 22 avril 1905, à tout fonctionnaire, de son dossier, préalablement à toute sanction disciplinaire, était, pendant la période des hostilités, de nature à empêcher, dans un grand nombre de cas, l'action disciplinaire de s'exercer et à entraver le fonctionnement des diverses administrations nécessaires à la vie nationale... »

Mais en droit, comment justifier qu'une simple mesure gouvernementale pût suspendre l'application d'une loi? Le principe de la continuité des services publics n'y suffisait pas car en lui-même ce principe n'implique pas que l'autorité administrative soit habilitée à se substituer au législateur pour suspendre des dispositions édictées par celui-ci et dont, par une appréciation souveraine, le législateur n'avait pas pensé qu'elles fussent de nature à nuire au bon fonctionnement des services publics. La théorie des « circonstances exceptionnelles » ou des « pouvoirs de crise » encore à sa naissance, ne pouvait, à moins qu'on ne l'étendît démesurément, justifier la solution du Conseil d'État. En effet, si elle permettait une extension des pouvoirs normaux de l'autorité administrative (1) on ne pouvait, sans en changer complètement le sens, s'en servir pour justifier un renversement de la hiérarchie des actes juridiques imposée par notre droit constitutionnel.

C'est au droit constitutionnel dès lors qu'il faut remonter, et c'est ce que fait le Conseil d'État : « ...par l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, le Président de la République est placé à la tête de l'administration française et chargé d'assurer l'exécution des lois...; il lui incombe dès lors de veiller à ce qu'à toute époque les services publics institués par les lois et règlements soient en état de fonctionner et à ce que les difficultés de la guerre n'en paralysent pas la marche... »

Sous une forme laconique cet arrêt énonce un certain nombre de constatations de première importance.

Tout d'abord, c'est en vertu de la mission d'exécution des lois que la Constitution lui confie (2) que le Président de la République était, sous le régime de 1875, le chef de l'Administration; administrer, c'est donc, dans un sens qu'on précisera plus loin (3) « exécuter les lois ».

Ensuite, le fonctionnement continu des services publics est l'une des formes de l'exécution des lois.

Enfin, il peut se faire que, dans des circonstances exceptionnelles, l'exécution des lois puisse justifier la suspension de l'application d'une loi, affirmation qui, à première vue, étonne, mais dont, comme on le dira plus loin, l'arrêt HEYRIES n'est pas le seul exemple.

32. Si l'arrêt HEYRIES est bien connu, en revanche, l'arrêt LABONNE (4) rendu à peu près à la même époque l'est moins, et lors de sa publication, il n'attira pas, à notre connaissance, l'attention des annotateurs.

A propos de la légalité d'un retrait de permis de conduire, le Conseil d'État était invité par le requérant à déclarer illégal le décret du 10 mars 1899 portant règlement relatif à la circulation des véhicules sur les voies publiques, ancêtre de notre Code de la Route. En effet, argumentait le sieur LABONNE, s'il existe des textes législatifs confiant à diverses autorités, notamment aux Préfets et aux Maires, la

(1) Cf. p. ex. C.E., 6 août 1915. DELMOTTE et SENMARTIN, S. 1916.III.9, concl. CORNILLE, note HAURIU; 28 février 1919, dames DOL et LAURENT, S. 1919.III.33, note HAURIU.

(2) L'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 disposait sur le point qui nous occupe : « ...il (le Président de la République) promulgue les lois lorsqu'elles ont été votées par les deux Chambres; il en surveille et en assure l'exécution... ».

(3) *Infra*, n° 38.

(4) C.E., 8 août 1919, LABONNE, *Rec.*, p. 737; D. 1921.III.23; S. 1924.III.46.

police de la circulation, aucune loi n'investit d'une telle mission de police une autorité gouvernementale (1). Ici encore, faute d'un texte législatif, c'est donc à la Constitution qu'il faut remonter pour trouver la source du pouvoir du Président de la République.

L'arrêt lui-même ne fait pas directement allusion à la Constitution. Son considérant essentiel est ainsi conçu :

« ... si les autorités départementales et communales sont chargées par les lois de veiller à la conservation des voies publiques et à la sécurité de la circulation, il appartient au Chef de l'État *en dehors de toute délégation législative et en vertu de ses pouvoirs propres* de déterminer celles des mesures de police qui doivent en tout état de cause s'appliquer sur l'ensemble du territoire... »

Il va de soi que le fondement de cette affirmation ne peut être que constitutionnel. D'où, en effet, le Chef de l'État tirerait-il des *pouvoirs propres, en dehors de toute délégation législative* sinon de la Constitution? Si d'ailleurs les textes constitutionnels ne sont pas mentionnés dans les motifs de l'arrêt, la loi constitutionnelle du 25 février 1875 l'est dans les visas, et il est bien certain que la seule disposition de cette loi qui ait rapport avec l'affaire est cet alinéa de l'article 3 qui confie au Chef de l'État la mission d'exécution des lois, et sur lequel le Conseil d'État s'était appuyé dans l'arrêt HEYRIES.

Ici encore, le laconisme des formules ne doit pas nous masquer la richesse de la décision.

Celle-ci signifie tout d'abord que la mission constitutionnelle d'exécution des lois comporte, outre la gestion continue des services publics, visée par l'arrêt HEYRIES, le maintien de l'ordre par l'usage des pouvoirs de police, notamment sous la forme réglementaire.

En outre, l'exécution des lois ne doit pas s'entendre de l'exécution servile, paragraphe par paragraphe de chaque texte, mais elle implique des *pouvoirs propres* et une compétence générale qui s'exerce en vertu de la Constitution et en dehors même de toute délégation législative.

33. Si, entre tous les arrêts du Conseil d'État, il fallait choisir ceux qui renferment le plus de substance et qui indiquent le mieux les fondements du droit administratif, c'est aux arrêts HEYRIES et LABONNE que l'on vient de citer qu'irait notre choix. Ce sont eux qui montrent comment le droit administratif s'enracine dans les principes constitutionnels; ce sont eux qui montrent comment la notion d'administration est liée à celle de pouvoir exécutif; ce sont eux qui désignent les deux principaux procédés par lesquels le pouvoir exécutif remplit sa mission d'administration : la police et le service public.

Arrêts isolés et comme tels sans portée? Certes non. Ainsi qu'on l'a dit plus haut, le Conseil d'État a eu bien peu d'occasions de dire, en dehors de toute référence à un texte législatif précis, ce qu'est la mission confiée aux gouvernants et aux administrateurs et quelles sont ses sources. C'est pour cela que, lorsque la question s'est posée et qu'il l'a résolue, on doit attacher la plus grande importance à sa solution.

34. Au surplus, les idées explicitement dévoilées par les arrêts HEYRIES et LABONNE sont nécessaires pour expliquer bien d'autres arrêts.

Soit par exemple la jurisprudence relative aux circonstances exceptionnelles (2) ou à l'urgence (3). On sait qu'elle revient à étendre les pouvoirs légaux de l'Administration en raison de la situation à laquelle elle doit faire face. Il est scabreux de l'expliquer par le simple état de nécessité, théorie empruntée au droit civil ou au droit pénal (4) et dont la transposition au droit public risque d'être imparfaite et d'ouvrir tout simplement la voie aux pires justifications de la raison d'État. En revanche, l'idée que le pouvoir

(1) Le Gouvernement avait d'ailleurs longtemps hésité à agir par voie de décret, en l'absence de toute attribution expresse de compétence en cette matière. Antérieurement au décret de 1899, il avait préféré prescrire aux Préfets, par voie de circulaire, de prendre, en vertu de leurs pouvoirs, des arrêtés uniformes, chacun pour son département.

(2) Cf. A. DE LAUBADÈRE, *Traité* n° 404 et suiv.

(3) C. GABOLDE, « Essai sur la notion d'urgence en droit administratif français », *Thèse Paris*, 1951 (dactylographié) : « L'exception d'urgence en droit administratif », D. 1952, Chr. p. 41.

(4) Cf. R. PALLARD, « L'exception de nécessité en droit civil », *Libr. gén. dr. et jur.*, 1949.

exécutif est investi d'une mission constitutionnelle impliquant le maintien de l'ordre et un minimum de fonctionnement des services publics est plus juste, moins vague et, partant, moins dangereuse. Elle implique le contrôle du juge puisqu'elle ne revient pas, comme la théorie de l'état de nécessité, à affirmer que, dans certaines circonstances, le droit perd son empire.

35. Il est caractéristique que, dans un autre domaine, celui de la grève des fonctionnaires, M. WALINE, commentant l'arrêt DEHAENE (1) ait retrouvé les idées que le Doyen HAURIUO avait exprimées à propos de l'arrêt HEYRIES et qui n'étaient que l'explicitation des formules du Conseil d'État.

Il appartient au Gouvernement, sous le contrôle du juge, de réglementer l'exercice du droit de grève par les fonctionnaires, encore que le Préambule de la Constitution ait, en principe, réservé cette compétence au législateur. Telle est la solution de l'arrêt DEHAENE. Dans des conclusions à la fois subtiles et vigoureuses M. GAZIER, Commissaire du Gouvernement, n'a pas caché combien il était délicat de justifier totalement cette solution sur le plan purement juridique et, dans une péroraison saisissante, a montré que les équivoques du constituant, les défaillances du législateur, les hésitations gouvernementales laissaient au juge une tâche qui n'est pas normalement la sienne. Et, de fait, les motifs de l'arrêt impliquent un certain nombre de présupposés. Dire, avec le Conseil d'État, que le droit de grève comme tout autre ne peut être exercé abusivement, c'est supposer qu'il existe une règle, écrite ou non écrite, qui permet de dire où commence l'abus. Dire que le Gouvernement responsable du bon fonctionnement des services publics et du maintien de l'ordre public, tient de cette responsabilité le pouvoir de réglementer, sous le contrôle du juge, la grève des fonctionnaires, c'est admettre, implicitement mais nécessairement, qu'il existe une règle de nature supérieure selon laquelle le Gouvernement doit assurer l'ordre public et faire fonctionner le minimum de services publics nécessaire à la continuité de la vie nationale.

Où, sinon dans le droit constitutionnel, trouver la source de telles règles? En investissant le Président de la République naguère, le Président du Conseil aujourd'hui (2) de la mission d'exécution des lois, la constitution leur confère un titre général de compétence pour tout ce qui est nécessaire aux conditions de continuité de la vie nationale, c'est-à-dire pour tout ce qu'exigent le maintien de l'ordre et la marche des services publics.

C'est que, en effet, l'exécution des lois ne consiste pas seulement dans l'exécution de *chaque* loi, mais dans le maintien de *l'ordre juridique tout entier* et de ce qui en est la condition nécessaire, c'est-à-dire la continuité de l'État et de la vie nationale. Comme le montre fort bien M. WALINE (3), retrouvant les idées d'HAURIUO, il peut se faire que, soit dans des circonstances exceptionnelles, soit en raison d'une lacune législative, la sauvegarde *des lois* c'est-à-dire de l'État et de l'ordre juridique exige le sacrifice *d'une loi*. En tenant compte de cette hiérarchie des règles, de la supériorité du tout sur la partie, le pouvoir exécutif ne sort pas du droit et demeure fidèle à sa mission; il est d'ailleurs sous le contrôle du juge.

36. Essayons maintenant de regrouper dans un ordre logique les divers éléments que nous a fournis la jurisprudence.

Un premier point paraît certain : sur la base des principes constitutionnels, confirmés par ce que l'on disait plus haut du sens de la règle de séparation des autorités administrative et judiciaire (4), l'administration se définit d'abord par référence *au pouvoir exécutif*. Il faut entendre ce terme dans le sens organique et formel qui est celui que lui donnent traditionnellement nos constitutions, notamment l'article 3 de la loi du 25 février 1875 et l'article 47 de la Constitution du 27 octobre 1946. Le pouvoir exécutif appartient au Président du Conseil et au Gouvernement (5), exceptionnellement au Président

(1) C. E., 7 juillet 1950, DEHAENE, *Rev. dr. publ.*, 1950, p. 691, concl. GAZIER, note WALINE.

(2) « Le Président du Conseil des Ministres assure l'exécution des lois » (art. 47 de la Constitution de 1946).

(3) Note précitée sous l'arrêt DEHAENE.

(4) *Supra*, n° 19.

(5) Le Gouvernement exerce le pouvoir exécutif, soit collégialement par le Conseil des Ministres, soit par l'action individuelle de chacun des ministres.

de la République (1). On doit y rattacher les services et organismes placés sous l'autorité ou sous la tutelle (2) du Gouvernement ou agissant pour son compte (3).

Par conséquent, on doit radicalement exclure de l'administration en droit public français toute activité qui ne se rattache pas formellement et organiquement à l'exécutif. Qualifiées ou non de services publics les activités du Parlement ou de l'autorité judiciaire n'ont rien à voir avec le droit administratif (4).

Au sein même des activités gouvernementales, toutes les activités du Gouvernement ou de ses agents n'ont pas le caractère administratif. On doit refuser ce caractère aux compétences que le Gouvernement exerce à un titre autre que celui que lui confère l'article 47 de la Constitution dans notre droit actuel. Il n'est pas question évidemment de ressusciter la distinction un moment esquissée entre l'action « gouvernementale » et l'action « administrative » (5). Mais l'on doit constater que n'ont pas le caractère administratif, faute de se rapporter à l'« exécution des lois » au sens de l'article 47, les actes par lesquels le Gouvernement conduit ses relations avec le Parlement ainsi que les actes concernant les rapports avec l'étranger. Autrement dit, l'Administration se rapporte au pouvoir exécutif, à tout le pouvoir exécutif, au seul pouvoir exécutif (6).

37. Notons un deuxième point : les compétences gouvernementales dans l'action administrative ont un caractère propre et autonome, et ceci pour deux raisons. La première est que la qualité de pouvoir exécutif est conférée directement par la Constitution elle-même et ne résulte pas de la somme des délégations consenties sur chaque point particulier par le législateur. La seconde est que, selon notre tradition constitutionnelle et selon la jurisprudence du Conseil d'État, la tâche d'exécution des lois a un double

(1) Le Président de la République a gardé une compétence exécutive exceptionnelle pour la nomination en Conseil des Ministres des hauts fonctionnaires visés par l'article 30 de la Constitution. En ce qui concerne la nomination des magistrats du siège sur présentation du Conseil supérieur de la Magistrature, l'on peut hésiter et se demander si le Président de la République agit comme autorité exécutive ou comme président du Conseil supérieur de la Magistrature. Mais la jurisprudence du Conseil d'État qui regarde comme émanant d'une autorité administrative les décisions du Conseil supérieur de la Magistrature (22 janvier 1954, RATZEL, S. 1954. III. 48) considère nécessairement comme autorité administrative le Président de la République lui-même dans l'hypothèse que nous envisageons. En effet, la compétence du Conseil d'État pour annuler les décisions du Conseil supérieur de la Magistrature ne se justifie que si on regarde ce Conseil comme participant à la fonction exécutive par l'assistance qu'il donne au Chef de l'État, lui-même considéré lorsqu'il agit pour l'organisation du service judiciaire comme autorité administrative. Enfin, on sait le délicat problème que posent dans les territoires d'outre-mer la concurrence entre le pouvoir général reconnu au Gouvernement par l'article 47 de la Constitution et le pouvoir reconnu au Président de la République par l'article 72 et la définition de la nature des pouvoirs du Président de la République (sur ces points que l'on ne peut aborder ici cf. A. DE LAUBADÈRE, *Traité*, n° 347 et suiv.; ROLLAND et LAMPUÉ, *Précis de Droit des pays d'outre-mer*, 2<sup>e</sup> éd., n° 177 et suiv.).

(2) Il est remarquable que les collectivités locales et les établissements publics aient un caractère purement administratif, sans aucune participation au pouvoir législatif encore que, d'un point de vue « matériel » on puisse voir des « lois » dans les décisions générales et impersonnelles que prennent leurs organes. Ceci tient à ce que ni le Constituant (art. 87) ni le législateur n'ont voulu aller au-delà de la reconnaissance d'un simple pouvoir d'auto-administration. La conséquence est que les collectivités locales et les établissements publics doivent être regardés non, comme on le dit quelquefois comme des « démembrements » de l'État, mais comme des « démembrements » du pouvoir exécutif. C'est la raison pour laquelle le contrôle administratif des personnes publiques décentralisées revient à l'exécutif et à ses agents et non, sauf des cas très exceptionnels, au Parlement.

(3) On verra plus loin (n° 52) comment le critère de la puissance publique, corollaire nécessaire de celui du pouvoir exécutif, permet de relier à la notion d'exécution des lois au sens de l'article 47 de la Constitution des tâches de service public confiées à certains organismes privés.

(4) On a dit plus haut (n° 22) que l'organisation du service public de la justice ne relevait de la compétence du juge administratif que parce que le Conseil d'État estime, même après l'intervention du Titre IX de la Constitution, qu'elle demeure confiée dans son ensemble au pouvoir exécutif.

(5) Certains auteurs ont prétendu distinguer l'activité gouvernementale et l'activité administrative. La première se rapporterait aux grandes options de politique générale; la seconde aux tâches quotidiennes. Politiquement, la distinction est justifiable. Juridiquement, comme beaucoup de distinctions faites d'un point de vue « matériel » (*supra*, n° 14-18), celle-ci n'a pas de sens. L'importance politique d'un décret ou d'un arrêté ne change rien à sa nature d'acte administratif (Cf. p. ex. à propos de la déclaration de l'état de siège C.E., 23 octobre 1953, HUCKEL). En revanche, le fait qu'un acte de l'exécutif s'insère dans une procédure intéressant les rapports de l'exécutif et du législatif ou les relations internationales le détache de l'article 47 de la Constitution et lui fait perdre sa nature d'acte administratif, et ceci indépendamment de son importance ou de sa signification politique.

(6) On montrera plus loin comment le critère de la puissance publique confirme cette définition et en précise l'application (*infra*, n° 39 et suiv.).

aspect. D'un point de vue *analytique* elle consiste à assurer l'application de *chaque* loi; d'un point de vue *synthétique*, elle consiste à assurer les conditions d'un ordre juridique légal, ce qui implique le maintien de la continuité de l'État et de la vie nationale par le respect de l'ordre et la marche des services publics. Exceptionnellement, comme on l'a montré (1), l'investiture constitutionnelle de l'exécutif pourra, sous le contrôle du juge, l'autoriser à combler les lacunes de la loi, voire à écarter temporairement l'application de telle disposition législative qui, eu égard aux circonstances, mettrait en péril certain et grave la mission générale de sauvegarde de l'ordre juridique tout entier confiée à l'exécutif (2).

C'est le moment d'indiquer comment le caractère « propre et autonome » des attributions de l'exécutif, que l'on vient de souligner peut se cumuler avec le caractère « secondaire et dérivé » qu'on lui reconnaissait plus haut (3). Les deux affirmations ne sont pas contradictoires. Le caractère propre et autonome des pouvoirs de l'exécutif, tel que le relevait à propos du pouvoir réglementaire l'arrêt LABONNE (4) vient, comme on l'a dit, de ce que le Gouvernement a reçu de la Constitution une investiture directe et générale. Le caractère secondaire et dérivé tient à la supériorité du pouvoir législatif qui fait que, dans la très grande généralité des cas et dans des circonstances normales, l'« exécution des lois » doit s'entendre dans le sens « analytique » c'est-à-dire, comme la mise en œuvre de dispositions législatives qui dirigent et limitent l'activité administrative.

38. La tâche d'administration, ainsi reliée à la notion de pouvoir exécutif, comporte deux sortes d'objectifs, et partant, deux sortes de moyens.

Le premier objectif est le maintien de l'*ordre public* qui permet aux activités privées de satisfaire un certain nombre de besoins en se déployant dans un milieu pacifique. Les moyens au service de ce but sont les divers procédés de *police* notamment sous la forme réglementaire.

Le second objectif est le fonctionnement des *services publics* destinés à satisfaire les besoins collectifs par des prestations; pour atteindre ce but, l'exécutif dispose de moyens variés : le pouvoir réglementaire appliqué à l'organisation des services, le pouvoir hiérarchique et disciplinaire, etc.

Ces deux objectifs et ces deux séries de moyens sont d'ailleurs interdépendants. Sans doute, comme on l'a dit (5), faut-il maintenir la distinction entre la réglementation des activités privées par les *prescriptions* de police et la satisfaction directe des besoins collectifs par les *prestations* des services publics. Mais il faut tenir compte de ce que, comme le Conseil d'État l'a relevé dans l'arrêt DEHAENE, le maintien de l'ordre et la bonne marche des services publics se prêtent un mutuel appui. En outre il faut relever avec M. WALINE (6) que certaines interventions de l'État cumulent la réglementation des activités privées avec l'aide à ces mêmes activités et sont à mi-chemin entre le procédé de la police et celui du service public.

Ainsi, le service public demeure une notion essentielle du droit administratif. Mais celle-ci doit être intégrée dans une construction plus vaste qui le fait apparaître comme un « cas particulier » de l'« exécution des lois » au sens constitutionnel du mot. En même temps on écarte du champ de l'administration et du droit administratif les services publics qui, organiquement et formellement, ne se rattachent pas au pouvoir exécutif.

#### X LE CRITÈRE DE LA PUISSANCE PUBLIQUE, COROLLAIRE DU CRITÈRE DU POUVOIR EXÉCUTIF.

39. Caractériser l'administration comme une activité du pouvoir exécutif serait insuffisant si l'on n'ajoutait que toute activité des organes participant au pouvoir exécutif doit, pour avoir le caractère administratif, pour relever du juge administratif et du droit administratif, s'exercer par des procédés de

(1) Cf. les développements antérieurs relatifs aux arrêts HEYRIES et DEHAENE (nos 31 et 35).

(2) Sur la différence de cette idée avec la théorie de l'état de nécessité, cf. *supra*, n° 34.

(3) *Supra*, n° 16.

(4) *Supra*, n° 32.

(5) *Supra*, n° 9.

(6) Cf. la référence n° 9 et *Traité*, 6<sup>e</sup> éd., p. 4 et suiv.

puissance publique. Il ne s'agit pas, comme on le montrera, de greffer sur le critère du pouvoir exécutif un autre critère ayant une nature différente qui se cumulerait artificiellement avec lui, mais de dégager simplement un corollaire des démonstrations précédentes. Mais avant d'en venir à ce corollaire, il faut préciser la notion de puissance publique.

40. Le mot et l'idée de puissance publique ont mauvaise réputation. Ils évoquent la période d'enfance du droit administratif français, la distinction si mal venue des actes d'autorité et des actes de gestion, la délimitation arbitraire et compliquée du contentieux administratif et du contentieux judiciaire que l'on pratiquait avant l'arrêt BLANCO. Ils évoquent aussi l'âge métaphysique du droit, où l'on semblait croire que l'État possède une volonté, par essence supérieure à celle des individus.

Cependant, on n'a pas réussi à évincer du droit administratif le terme de puissance publique. Laissons de côté les locutions (responsabilité de la puissance publique par exemple) où il n'a que la valeur d'une périphrase pour désigner l'administration ou l'ensemble des personnes publiques. Le sens est en revanche plus précis et chargé de signification lorsqu'il est question, à propos par exemple des établissements publics ou du contenu des contrats administratifs, de « prérogatives de puissance publique ». Et, de façon générale, il est à peu près impossible d'écrire du droit administratif sans rencontrer sur son chemin le terme et la notion (1).

Oubliant les abus et les confusions auxquelles la notion peut avoir donné lieu dans le passé — sauf à ne pas y retomber — demandons-nous donc ce que peut être la puissance publique.

41. Ici encore, c'est du droit constitutionnel qu'il faut partir. Les différents organes de l'État ne tiennent leur autorité que du souverain, c'est-à-dire de la Nation ou du peuple français (2). Mais ils lui empruntent l'un de ses attributs essentiels : le pouvoir de commander, c'est-à-dire de prendre des décisions qui s'imposent aux individus sans le consentement de ceux-ci et, en certains cas, de ramener ces décisions à exécution par la contrainte.

Il est vrai que les divers organes de l'État ne participent pas au même degré à l'exercice de la souveraineté. Il est d'abord une part de souveraineté que la nation — ou le peuple — a retenue pour lui-même en cas de modifications à la Constitution n'ayant pas obtenu au sein du Parlement une certaine proportion de suffrages (3). D'autre part, la qualité de représentants directs du souverain est réservée aux députés à l'Assemblée Nationale qui exercent l'essentiel du pouvoir législatif (4).

Pourtant, il ne faut pas perdre de vue que l'exercice de la souveraineté ne peut être concentré sans délégation ni partage aux mains de l'Assemblée nationale. Même dans un gouvernement conventionnel le pouvoir de commandement doit être subdélégué par l'Assemblée aux organes chargés de l'exécution des lois. Et, dans un régime qui, comme le nôtre, n'a pas renié complètement la séparation des pouvoirs, le Gouvernement détient, sous l'autorité du législateur et pour les objets de sa compétence, le pouvoir de prendre des décisions s'imposant aux individus; ce pouvoir vient de la Nation, par le relais des mécanismes parlementaires et de la suprématie de la loi.

42. La notion de puissance publique n'a donc rien de mystérieux. Elle ne manifeste pas une volonté métaphysiquement supérieure à celle des individus et qui appartiendrait aux gouvernants. Elle est tout simplement la conséquence d'une croyance sociale passée en force de règle juridique : ceux qui, directement ou indirectement, agissent au nom de la Nation ont des compétences que les simples particuliers ne détiennent pas. La puissance publique, ce n'est donc rien d'autre que la détention de compé-

(1) Cf. p. ex. R. ODENT, *Contentieux administratif* (Polycopie 1953-1954, fasc. I, p. 143).

(2) La formule de l'article 3 de la constitution : « La souveraineté nationale appartient au peuple français » est équivoque et ne permet pas de dire si les constituants se sont ralliés à la souveraineté nationale ou à la souveraineté populaire, choix qui n'est pas sans conséquences (cf. G. VEDEL, *Manuel de droit constitutionnel*, 1<sup>re</sup> éd., p. 131-132), mais dont le sens importe peu dans notre matière.

(3) Constitution, art. 3, al. 3 et art. 90.

(4) Constitution, art. 3, al. 4.

tences « exorbitantes du droit commun », le droit commun étant ici le droit privé. Le terme désigne donc un régime juridique spécial caractérisé comme on vient de le dire.

Les prérogatives de puissance publique ne sont d'ailleurs pas réservées à l'exécutif. Le législateur les possède de façon beaucoup plus étendue et à un degré supérieur. Le juge en tant qu'il a la possibilité d'émettre des décisions ayant force de vérité légale et susceptibles d'être exécutées par la contrainte bénéficie aussi du régime de la puissance publique. Mais c'est en tant qu'elle s'attache aux organes exécutifs que la puissance publique nous intéresse ici.

43. On croit avoir ainsi montré que l'idée de puissance publique n'a rien de mystique ni de métaphysique, si du moins on ne dépasse pas à son sujet ce que l'observation de la vie juridique permet d'affirmer.

Il faut, comme l'a montré récemment M. RIVERO (1) ajouter une seconde précision. En effet, on a toujours insisté traditionnellement sur ce que la puissance publique définit un régime juridique exorbitant du droit commun et accordant à ses bénéficiaires des compétences plus étendues que celles des simples particuliers. Mais on n'a pas assez remarqué — et c'est le mérite de M. RIVERO d'avoir souligné ce point — que le régime de puissance publique, s'il comporte par rapport au droit commun, des extensions de compétence, comporte aussi des restrictions de compétence. Le terme même de *compétence*, note M. RIVERO, évoque une action soumise à des sujétions qui ne s'imposent pas à la *capacité* des individus. Les particuliers choisissent librement les buts de leurs actes, sous réserve de ne pas poursuivre des fins illicites ou immorales; l'Administration ne doit agir qu'en vue de l'intérêt public. Outre ces principes généraux, les diverses institutions du droit administratif montrent à l'envie que le régime de puissance publique, s'il exalte le pouvoir de l'Administration sous un certain aspect, le limite sous un autre : obligation de recruter son personnel au concours par exemple; ou encore obligation de respecter l'affectation donnée aux biens du domaine public. « ... ces règles, écrit M. RIVERO, ne sont pas uniformément extensives du pouvoir de l'Administration par rapport à la volonté des particuliers; il arrive fréquemment qu'elles aboutissent à réduire ce pouvoir par rapport au droit privé. La « dérogation au droit commun » ne se fait pas à sens unique, mais dans les deux directions opposées, du plus et du moins » (2).

Ainsi la puissance publique, ce n'est pas seulement un faisceau de compétences plus étendues que les pouvoirs reconnus aux individus, c'est aussi un ensemble de compétences *conditionnées*.

44. Telle qu'on vient de la présenter, l'idée de puissance publique ne paraît plus mériter les reproches qu'on lui a souvent faits. On comprend son origine et sa nature; on ne commet plus l'erreur d'y voir tout uniment des prérogatives, alors que ces prérogatives s'accompagnent de sujétions. Prérogatives et sujétions sont d'ailleurs intimement liées car le propre d'un « État de droit » est qu'aucune autorité ne s'y exerce arbitrairement (3).

(1) J. RIVERO, « Existe-t-il un critère du droit administratif? », *Rev. Dr. publ.*, 1953, p. 279 et suiv. et particulièrement p. 287-289.

(2) On ne comprend pas pourquoi, au terme d'une analyse pénétrante et neuve, M. RIVERO écrit que la notion de puissance publique « ne saurait rendre compte de toutes les règles qui la composent ». Veut-il dire que le terme de puissance publique est mal choisi parce qu'il n'évoque par rapport au droit privé que les dérogations « en plus » et non les dérogations « en moins »? Mais alors ce ne serait qu'une simple question de vocabulaire qui pourrait être résolue, soit en adoptant un terme mieux choisi, soit, ce qui est plus simple et ce que l'on a essayé de faire au texte, en précisant le sens que l'on attache au mot employé.

(3) Cette liaison des prérogatives et des sujétions apparaît en pleine lumière dans la théorie de la voie de fait. Lorsque, soit par une décision « manifestement insusceptible de se rattacher à l'application d'un texte légal ou réglementaire », soit en recourant à une exécution forcée qui porte atteinte aux droits des individus, l'Administration rejette des sujétions essentielles pour ne retenir que des prérogatives, son action se « dénature », perd le caractère administratif. Dès lors les litiges qui en naissent tombent sous la compétence du juge judiciaire et sous l'empire des règles du droit privé. Le lien qui, en temps normal, relie l'action des administrateurs à l'exercice du pouvoir exécutif et lui garantit ainsi un régime juridique et un juge particulier est tranché. (Cf. G. VEDEL, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait », *J.C.P.* 1950. I. 851).

Ainsi, nous semble-t-il, la notion de puissance publique est à la fois justifiée et exactement définie. Il faut maintenant dire pourquoi elle est dans la construction du droit administratif le corollaire indispensable de la notion de pouvoir exécutif.

45. La mission constitutionnelle d'« exécution des lois » confiée au Gouvernement comporte l'emploi normal de la puissance publique. En tant qu'elle comporte des prérogatives, la puissance publique est conférée à l'exécutif du fait qu'il agit, comme on l'a montré, pour le compte de la collectivité souveraine. En tant qu'elle constitue un régime de compétences limitées et conditionnées, la puissance publique n'est pas moins une des marques de l'exécutif parce que celui-ci n'agit pas pour son propre compte.

Mais il est bien connu que l'Administration n'est pas toujours tenue d'user du régime de puissance publique qui est normalement le sien. Il existe en effet de nombreuses possibilités de dérogation à ce régime.

N'examinons que les trois principales.

46. La première concerne le domaine privé, soumis pour l'essentiel au régime juridique de la propriété privée et dont le contentieux échappe, sauf dérogation législative expresse (1) au juge administratif (2). L'explication souvent donnée de cette dérogation est que la gestion du domaine privé ne constitue pas un service public (3). Cette justification n'est guère convaincante car il est difficile de ne pas voir dans la gestion du domaine privé une activité tendant à la satisfaction de besoins collectifs. On objectera que cette gestion a un caractère purement patrimonial et ne satisfait les besoins collectifs que de façon indirecte par les avantages financiers qu'elle procure à l'Administration. Mais en va-t-il autrement de l'activité fiscale de l'État ? Du point de vue auquel se placent les tenants de cette explication, c'est-à-dire du point de vue de la satisfaction des besoins collectifs, en quoi l'argent qui provient des recettes fiscales sert-il plus directement à la satisfaction des besoins du public que celui qui provient des produits du domaine privé ? Or, nul depuis longtemps n'a songé à dénier aux activités fiscales de l'État le caractère d'activités de service public. Ceci ne veut évidemment pas dire qu'il n'y ait une différence de régime entre la gestion du domaine privé et l'activité fiscale. Mais le critère du service public est impuissant — une fois de plus — à l'expliquer. Au contraire, elle se résume parfaitement dans l'idée que la gestion du domaine privé ne comporte pas l'emploi de la puissance publique, alors que le contraire est vrai pour les activités fiscales.

Quant à la raison pour laquelle il en est ainsi, on ne peut guère invoquer que la volonté du législateur. A vrai dire, le terme est mal choisi, car la distinction du domaine public et du domaine privé est, dans notre droit, autant coutumière et jurisprudentielle que législative (4). Mais dès l'instant où l'on distingue le domaine public et le domaine privé — ce que la pure logique n'impose nullement (5) — il va de soi que le domaine privé est soumis aux règles du droit privé et que sa gestion ne comporte pas un régime de puissance publique.

47. La seconde hypothèse de « gestion privée » dont on voudrait dire un mot concerne les contrats de droit privé. Elle s'explique assez aisément. En soi, le contrat ne comporte pas l'emploi de la puissance publique. Cependant, soit parce que la loi le lui impose en certains cas, soit spontanément parce qu'elle le juge nécessaire à l'accomplissement de sa tâche, l'Administration a la possibilité de placer ses relations

(1) P. ex. l'article 4 de la loi du 28 Pluviôse an VIII qui attribue à la juridiction administrative « le contentieux des domaines nationaux ».

(2) Sur la portée exacte de ce principe, cf. R. ODENT, *op. cit.*, fasc. I, p. 148 et suiv. et les références.

(3) P. ex. R. ODENT, *loc. cit.*, p. 148.

(4) R. PELLOUX, *La notion de domanialité publique depuis la fin de l'ancien droit*, Th. Grenoble, 1932; L. JANSSE, *Les traits principaux du régime des biens du domaine public*, 1938, chapitre 1<sup>er</sup>.

(5) Sans doute est-il difficile d'imaginer que tous les biens de l'Administration puissent être soumis au régime de droit commun du droit civil. En revanche, on pourrait fort bien concevoir qu'ils fussent tous placés sous le régime de la domanialité publique.



contractuelles sous un régime de puissance publique, dont le choix se manifeste par la présence de clauses exorbitantes du droit commun. Mais lorsque l'Administration ne manifeste pas l'intention (partagée par son cocontractant) de recourir à un régime de droit public, ses contrats demeurent ce qu'est naturellement tout contrat : une convention qui fait la loi des parties (1).

48. La troisième hypothèse de « gestion privée » concerne les services publics industriels et commerciaux. Ici l'explication est mixte et combine les deux idées que l'on vient de rencontrer. Tantôt la gestion privée découle de la volonté du législateur et notamment de ce que la loi désigne expressément le service comme industriel et commercial (2). Tantôt, c'est de façon en quelque sorte spontanée que la collectivité publique considérée confère au service un caractère industriel et commercial. En ce dernier cas d'ailleurs, elle ne peut adopter ce type d'organisation qu'avec l'autorisation au moins tacite du législateur. Tout comme certains contrats doivent obligatoirement revêtir le caractère de contrats administratifs, de même certains services ne peuvent revêtir qu'un caractère administratif (3).

49. Peut-on dire que ces activités se rapportant à la « gestion privée » se rattachent à l'« Administration »? Si on donne à ce mot un sens très large, sans doute. Mais si on entend l'Administration comme l'« exécution des lois », dans le cadre de l'article 47 de la Constitution, c'est-à-dire dans un sens formel, la réponse est négative. En effet, comme on l'a montré, au sens constitutionnel, l'exécution des lois s'entend de la mise en œuvre de la puissance publique.

Dira-t-on par conséquent que, lorsqu'elle ne met pas en œuvre la puissance publique l'Administration cesse de procurer l'exécution des lois ? Littéralement, l'affirmation ne serait pas exacte, puisque c'est précisément, comme on l'a montré, en vertu de la volonté du législateur que nombre de services publics industriels et commerciaux fonctionnent. Mais il s'agit d'un type d'exécution des lois détaché de la notion de *pouvoir exécutif*. Au fond, les particuliers concourent aussi à l'exécution des lois (4); mais ils ne font pas œuvre administrative, faute de participer au pouvoir exécutif et à ses prérogatives. De même, les organes administratifs, lorsqu'ils recourent à la gestion privée, soit en vertu d'une obligation que leur impose le législateur, soit en vertu de la faculté qu'il leur laisse, cessent d'agir en tant que participant au *pouvoir exécutif*.

Telles sont les raisons pour lesquelles la notion de pouvoir exécutif doit être complétée, ou plus exactement, précisée par son corollaire, la notion de puissance publique.

#### L'ADMINISTRATION, EXERCICE DE LA PUISSANCE PUBLIQUE PAR LE POUVOIR EXÉCUTIF

50. Ainsi, sous le bénéfice des observations et avec les précisions qui précèdent, l'administration stricto sensu n'est autre chose que l'exercice de la puissance publique par le pouvoir exécutif. Le droit administratif est le corps de règles spéciales applicables à l'activité du pouvoir exécutif en tant qu'il

(1) On s'étonnera peut-être de ce que, contrairement à la présentation traditionnelle, nous considérons que le régime normal des contrats de l'Administration est celui du droit privé, le régime de droit public étant dérogatoire par rapport à la normale. C'est cependant logique, comme on l'a expliqué au texte. D'autre part, ceci correspond bien à la jurisprudence qui, dans toutes les hypothèses où le législateur n'a pas lui-même qualifié un contrat, le présume conclu sous l'empire du droit privé, sauf preuve contraire résultant de la présence de clauses exorbitantes du droit commun.

(2) Il est vrai que le législateur a parfois conféré la qualification de service industriel et commercial de façon inconsidérée. Aussi, pour restituer à la Cour des Comptes le contrôle sur des établissements auxquels une telle qualification avait été abusivement donnée, le décret du 19 mai 1951 a-t-il dû créer une nouvelle catégorie, à vrai dire curieuse, celle d'établissements qui, bien que désignés par le législateur comme industriels et commerciaux, « ont une activité principale assimilable à celle d'établissements publics de caractère administratif ».

(3) Il en est notamment ainsi des services qui, par nature, ne peuvent être abandonnés à une gestion commerciale ou qui sont nécessairement gratuits (Cf. M. WALINE, note sous Cass. Crim., 11 janvier 1951, *Rev. Dr. publ.*, 1951.497).

(4) Ainsi, celui qui déclare une naissance ou un décès à l'officier de l'état civil, celui qui déclare une maladie contagieuse, le chef d'entreprise qui organise les élections au Comité d'entreprise, etc.

use de la puissance publique (1). On donnerait une définition analogue de la compétence du juge administratif (2).

Ces propositions appellent trois remarques.

51. Tout d'abord, l'utilisation de l'idée de puissance publique cumulativement avec celle de l'idée de pouvoir exécutif ne fait pas appel à deux critères, mais à un seul. En effet, la notion de puissance publique ne s'ajoute pas à celle de pouvoir exécutif comme une condition supplémentaire; elle n'est que l'explicitation et le prolongement de l'idée de pouvoir exécutif (3). Il ne s'agit donc pas de définir l'administration et le droit administratif par la réunion de conditions « nécessaires » mais « non suffisantes », encore moins par un « principe » et « des exceptions », mais à l'aide d'une idée unique.

52. La deuxième remarque est la suivante : si la notion de pouvoir exécutif est, comme on l'a montré (4) une notion « formelle », la notion de puissance publique a un caractère « matériel ». C'est en effet le *contenu* des actes et des situations qui permet de dire si le pouvoir exécutif utilise ou non des procédés de puissance publique. Ainsi, par exemple, c'est le *contenu* d'un contrat qui permet d'y déceler, par la présence de clauses exorbitantes du droit commun, si l'administration a ou non réservé ses droits de puissance publique. De même, ce sont l'objet et les conditions concrètes de fonctionnement d'un service public qui permettent de lui attribuer le caractère industriel et commercial; le « contenu » du service est déterminant, ce qui introduit un point de vue matériel dans l'analyse.

Cette intervention d'un point de vue matériel n'a rien qui doive étonner. En effet, comme on l'a dit plus haut, si le point de vue formel est prééminent dans notre droit public, il peut être complété par un point de vue matériel. Ainsi la *summa divisio* des actes juridiques unilatéraux est-elle la distinction de la loi et des actes administratifs; mais dans la catégorie des actes administratifs on doit introduire une sous-distinction, de nature matérielle, celle-là, entre les actes réglementaires et les actes non réglementaires; cette sous-distinction est parfaitement légitime et valable pourvu qu'on lui conserve son caractère second (5). De même, il est normal que l'administration, le droit administratif et la compétence du juge administratif se définissent principalement d'un point de vue formel et, par une précision complémentaire, d'un point de vue matériel.

N'objectera-t-on pas qu'il est illogique, que, si comme nous l'avons soutenu (3), la notion de puissance publique n'est que le corollaire de la notion de pouvoir exécutif, elle puisse revêtir un aspect matériel alors que la notion de pouvoir exécutif a un caractère formel? La chose s'explique pourtant aisément : dès l'instant où, dans certains cas, les organes rattachés au pouvoir exécutif ont la possibilité d'agir comme le feraient de simples particuliers et sous l'empire du droit privé, le *contenu* de leur activité est le *signe* qui permet de reconnaître si, dans ce cas, leur qualité d'organe du pouvoir exécutif au sens de l'article 47 de la Constitution subsiste. Le point de vue matériel vient ici au secours du point de vue formel, à titre subsidiaire, comme un *moyen de reconnaissance*.

Inversement, la notion de puissance publique est le moyen de déterminer si, dans certains cas douteux, un organisme doit être rattaché au pouvoir exécutif. Si l'on constate que cet organisme dispose

---

■ (1) Bien entendu, toujours en vertu de la liberté des définitions, on peut définir l'administration autrement; on peut aussi comprendre le droit administratif comme l'ensemble des règles applicables à l'administration même lorsqu'elle agit sous l'empire du droit privé et donc y inclure les règles de droit civil ou de droit commercial applicables par exemple aux services publics industriels et commerciaux, aux contrats privés de l'Administration ou au domaine privé. Mais alors, on est obligé de distinguer au sein de l'administration et du droit administratif, ce que les mathématiciens appelleraient des « sous-ensembles » et de relever la spécificité de l'administration *stricto sensu* et du droit administratif *stricto sensu*, ce qui revient, au vocabulaire près, aux idées soutenues au texte.

(2) *Infra*, nos 57 et suiv.

(3) Cf. *supra*, n° 49.

(4) *Supra*, n° 26.

(5) Sur tous ces points, cf. *supra*, nos 14-18.

de prérogatives de puissance publique, il faut répondre affirmativement. En effet, puisque la puissance publique est un attribut des organes étatiques et que l'organisme en cause ne peut se rattacher ni au législatif ni au judiciaire, il faut y voir nécessairement un élément rattaché à l'exécutif. En fait, comme on l'a déjà dit, c'est la possession de prérogatives de puissance publique qui a valu aux associations syndicales de propriétaires la reconnaissance de la qualité d'établissements publics (1). De même, la possibilité de prendre des décisions unilatérales s'imposant aux individus, a été déterminante pour faire regarder certains organismes privés comme gérant des services publics (2).

53. La troisième remarque enfin, qui doit être faite touchant l'emploi de la notion de puissance publique, doit permettre d'éviter les erreurs commises jadis dans l'utilisation de cette notion et notamment le retour à la distinction des actes d'autorité et des actes de gestion.

Il faut adapter l'application du critère de la puissance publique à la matière examinée.

Ceci conduit tout d'abord à poser en principe que, dans leur activité de police, les autorités administratives utilisent par définition des procédés de puissance publique.

En ce qui concerne les activités de service public une double distinction doit être faite. Il faut d'abord distinguer entre les services publics administratifs où le régime de puissance publique se présume et les services publics industriels et commerciaux qui sont régis par une présomption inverse.

Il faut ensuite distinguer entre les contrats, actes dans lesquels l'Administration peut choisir le régime juridique sous lequel elle entend se placer et les actes ou faits non contractuels où cette possibilité de choix n'existe pas.

La combinaison de ces deux dernières distinctions aboutit aux règles suivantes :

En ce qui concerne les contrats, le point de savoir si l'administration agit sous un régime de puissance publique est uniquement déterminé — sous réserve du respect des stipulations légales — par le choix qu'elle a fait avec l'accord de son co-contractant, choix révélé par la présence ou l'absence de clauses exorbitantes.

En ce qui concerne les autres actes ou les faits matériels, l'Administration n'ayant pas la possibilité de choisir pour chacun d'eux entre un régime de puissance publique et un régime sans puissance publique, c'est la nature du service dans son ensemble qui sera déterminante. Ainsi la réparation des dommages causés par un service public administratif sera, sauf l'hypothèse de la voie de fait, soumise au juge administratif et au droit administratif, car le régime normal de ce service comporte l'emploi de la puissance publique. Au contraire, s'agissant d'un service public industriel ou commercial, la compétence judiciaire et l'application du droit privé s'ensuivront dans la même hypothèse.

---

(1) *Supra*, n° 6 et note 1, p. 24.

(2) Le fait que les Comités d'organisation (arrêt MONPEURT) ou les ordres professionnels (arrêt BOUCUEN) pourvissent à la satisfaction de besoins collectifs eût été insuffisant à justifier les solutions jurisprudentielles que l'on rappelait plus haut (n° 4 et 8, notes 4, p. 22 et note 7, p. 24). Comme on l'a dit au texte (n° 4) s'en tenir à cette constatation eût aussi bien conduit à voir des services publics dans la boulangerie ou l'industrie du vêtement. C'est parce que la détention de prérogatives de puissance publique ainsi que le contrôle de l'autorité supérieure manifestaient la liaison organique avec le pouvoir exécutif que les Comités d'organisation et les ordres professionnels se sont vu reconnaître la qualité d'organismes gérant des services publics. Autrement dit, comme le relevait M. CHENOT, le terme de service public sert à définir un régime plus qu'une activité (CHENOT, art. précité dans *Études et Documents du Conseil d'État*, n° 4, p. 81). Ceci ne signifie-t-il pas tout simplement que l'exercice de prérogatives de puissance publique par un organisme qui n'a ni le caractère législatif ni le caractère judiciaire relève de l'exécution des lois au sens de l'article 47 de la Constitution et donc du droit administratif ? L'opposition relevée entre l'arrêt MONPEURT et l'arrêt C<sup>ie</sup> générale d'Importations (référence *supra*, note 8, p. 24) semble d'ailleurs s'expliquer par le fait que l'espèce MONPEURT mettait en cause l'emploi de procédés de puissance publique, d'où la compétence du juge administratif, tandis que l'espèce C<sup>ie</sup> générale d'Importations ne comportait rien de tel, ce qui entraînait l'incompétence du juge administratif.

Enfin, il faut observer que, en certains cas, les divers aspects de l'activité d'un service peuvent être dissociés et impliquer les uns un régime de puissance publique, les autres un régime sans puissance publique. Ainsi en va-t-il des organismes privés gérant un service public (1).

#### VUE D'ENSEMBLE SUR LES IDÉES PROPOSÉES.

54. Dans ce qui précède, les nécessités de l'analyse ou de la démonstration ont entraîné à des développements qui, sans constituer — nous l'espérons du moins — des digressions, ont pu voiler les grandes lignes de la construction proposée. Ce sont ces grandes lignes que, avant de conclure, on voudrait mettre sous les yeux du lecteur.

La mission du pouvoir exécutif telle qu'elle est définie par l'article 47 de la Constitution consiste dans le maintien de l'ordre par l'activité de police, dans la satisfaction des besoins collectifs par l'activité de service public ou dans la combinaison de ces deux sortes de tâches et de ces deux ordres de moyens. Par conséquent, il n'y a administration au sens précis du mot, il n'y a empire du droit administratif et compétence du juge administratif qu'autant qu'on est en présence d'une activité se rattachant, organiquement et formellement, à l'exercice du pouvoir exécutif.

Le mode d'action naturel du pouvoir exécutif comporte l'emploi de la puissance publique, c'est-à-dire la détention de compétences caractérisées à la fois par leur caractère exorbitant et par leur caractère conditionné. Il s'ensuit qu'il n'y aura de rattachement au pouvoir exécutif qu'autant que l'activité considérée comportera l'emploi de la puissance publique, étant entendu qu'il en sera toujours ainsi pour les activités de police et qu'il n'en sera pas toujours ainsi pour les activités de service public, à raison des possibilités de gestion privée. Pour ces dernières, l'emploi de la puissance publique se déduira, soit du régime choisi par les parties s'il s'agit d'un contrat, soit de la nature de l'organisme en cause s'il s'agit d'un acte juridique non contractuel ou d'un fait matériel et, sous la réserve en ce dernier cas, du caractère mixte de certains organismes.

#### ESSAI DE VÉRIFICATION DES IDÉES PROPOSÉES.

55. Dans ce qui précède, on a entendu dégager, selon le titre même de cette étude, les bases constitutionnelles du droit administratif.

Mais on n'a pas entendu pour autant opposer un droit idéal au droit positif. L'on a voulu au contraire expliquer le droit positif d'une manière qui nous semble plus satisfaisante que les thèses de l'« école du service public ».

Dès lors, pour vérifier ou du moins pour expérimenter la valeur des idées proposées, il n'est qu'une méthode : rechercher si ces idées permettent une présentation *cohérente et fidèle* des données du droit positif, c'est-à-dire, pour l'essentiel, de la jurisprudence du Conseil d'État et du Tribunal des Conflits.

56. Il n'est pas question de se référer à l'ensemble du droit administratif pour opérer cette vérification. Ceci dépasserait le cadre d'un article, déjà trop long. Mais on prendra, comme terrain d'expé-

---

(1) Cf. note précédente *in fine* à propos des arrêts MONPEURT et C<sup>ie</sup> générale d'Importation. On notera de même que si le régime normal des services publics industriels et commerciaux est le droit privé, le régime de droit public est susceptible de s'appliquer à certains de leurs actes ou activités dans la mesure où la puissance publique apparaît : contrats comportant l'emploi de clauses exorbitantes, activités administratives cumulées avec les activités commerciales (T.C., 10 février 1949, GUIS, *Rec.*, p. 590), actes intéressant le statut ou la carrière du personnel de direction ou du personnel comptable (C.E., 26 janvier 1923, LAFREGEYRE, *Rev. Dr. publ.*, 1923, p. 237, concl. RIVET).

On a noté plus haut (n° 46) que, normalement la gestion du domaine privé ne comporte pas l'emploi de la puissance publique. Cependant, en certains cas, cette gestion peut donner lieu à des décisions unilatérales s'imposant aux tiers. Le droit administratif et la compétence du juge administratif recouvrent alors leur empire (Cf. C.E., 30 mai 1947, SUSSEL et BILLE, *Rec.*, p. 236 et les espèces citées par R. ODENT, *op. cit.*, fasc. 1, p. 150).

rience, l'une des matières les plus importantes pour notre propos : la répartition des compétences entre le juge administratif et l'autorité judiciaire. En effet, il existe une coïncidence, non absolue (1) mais très large entre la compétence du juge administratif et l'application du droit administratif.

57. On se propose de montrer que la notion de pouvoir exécutif et son corollaire, la notion de puissance publique, permettent d'expliquer — à une exception près — les solutions jurisprudentielles relatives au problème de répartition des compétences que l'on vient de poser.

La *cohérence* de l'explication — si celle-ci est exacte — tient à ce que, comme on l'a déjà dit (2) et comme on s'efforcera de le montrer en fait, elle ne consiste pas à énoncer un ou plusieurs principes assortis d'exceptions ou de réserves qui les démentent, mais à énoncer un principe assorti d'un corollaire et d'en tirer l'ensemble des règles de répartition des compétences.

Quant à la *fidélité* de l'explication, elle résultera, si elle est réelle, de ce qu'elle conduit à énoncer des solutions qui correspondent à celles de la jurisprudence.

58. Le premier aspect du critère proposé, c'est-à-dire l'idée selon laquelle l'administration est le fait du pouvoir exécutif, conduit sans difficulté à écarter du contentieux administratif les litiges nés de l'activité de simples particuliers (3), comme les litiges nés de l'activité de personnes publiques non françaises. On écarte de même du contentieux administratif l'activité des autorités parlementaires (4) et l'activité de l'autorité judiciaire, en notant que, à certains égards, l'organisation du service de la justice civile et criminelle relève du pouvoir exécutif (5) et à ce titre peut donner lieu à un contentieux administratif. Toutes ces règles découlent directement du critère du pouvoir exécutif et s'appliquent de façon simple, le critère étant entendu dans son sens formel. Il n'y a pas à se demander si certaines des activités exclues du contentieux administratif (par exemple, activités des autorités parlementaires ou de l'autorité judiciaire) constituent ou non des services publics. Leur exclusion du contentieux administratif se fait de façon directe et non par le jeu d'une prétendue exception.

On a dit plus haut que les activités du pouvoir exécutif concernant ses relations avec les puissances étrangères ou avec le pouvoir législatif n'entrent pas dans la notion d'exécution des lois au sens de l'article 47 de la Constitution. La plus grande partie de la théorie des actes de gouvernement se trouve ainsi rattachée de manière rationnelle au critère proposé (6).

59. Le second aspect du critère proposé, c'est-à-dire l'idée que le pouvoir exécutif agit normalement sous un régime de puissance publique, permet de dessiner de façon complète la limite du contentieux administratif.

Les précisions ainsi apportées sont au nombre de quatre :

En premier lieu, l'ensemble des activités de police ressortit à la compétence juridictionnelle du juge administratif, la police comportant par nature l'emploi de la puissance publique.

Les activités de service public ressortissent au contentieux administratif ou non, selon qu'elles comportent ou non l'emploi de la puissance publique, étant entendu, comme on l'a montré plus haut (7), que pour les contrats, c'est chacun d'entre eux qui doit être pris en considération, alors que, pour les

(1) Sur le fait que le domaine du droit administratif et le domaine de la compétence du juge administratif ne coïncident pas nécessairement, cf. note G. VEDEL sous Tr. civ. Seine, 5 décembre 1952; J.C.P., 1953. II. 7371.

(2) *Supra*, n° 51.

(3) On reviendra plus loin (n° 59) sur le cas des organismes privés « chargés d'une mission de service public ».

(4) On sait qu'il faut à cet égard assimiler l'Assemblée de l'Union française aux assemblées proprement parlementaires. Cf. les arrêts VOUTERS (référence note 1, p. 32) et C<sup>ie</sup> d'Assurances générales (référence note 2, p. 32).

(5) Cf. *supra* n° 25 et *infra* n° 61.

(6) La tendance doctrinale actuelle est de ne plus voir dans les « actes de gouvernement » des actes inexplicablement exclus du contentieux, mais d'expliquer cette exclusion de façon rationnelle par le jeu des règles normales. Cf. R. ODENT, *op. cit.*, fasc. 1, p. 117 et s.; VIRALLY, « L'introuvable acte de gouvernement », *Rev. Dr. publ.*, 1952, p. 317.

(7) *Supra*, n° 53.

actes non contractuels et les faits matériels, c'est la nature (administrative ou non administrative) du service qui leur imprime sa marque.

En troisième lieu, lorsqu'un organisme privé ou prétendu tel est investi de prérogatives de puissance publique, les litiges qui naissent de son activité et se rapportent à l'exercice de ces prérogatives ressortissent au juge administratif.

Enfin, le caractère « conditionné » de la puissance publique conduit à traiter comme des actes ou opérations détachables de l'exercice du pouvoir exécutif et soumis comme tels au juge de l'ordre judiciaire les voies de fait consistant soit en des décisions manifestement insusceptibles de se rattacher à l'application d'un texte légal ou réglementaire, soit en des atteintes portées par des exécutions forcées irrégulières aux droits des individus.

60. Il semble, que dans ses grandes lignes, que l'on a seules retracées ici, l'application du critère proposé coïncide avec le droit positif, ce qui satisfait à la condition de fidélité, énoncée plus haut. La condition de cohérence paraît également remplie, du fait que le détail des diverses règles de compétence se formule de façon simple en explicitant seulement les conséquences de l'idée que l'administration *stricto sensu* consiste dans l'exercice du pouvoir exécutif par des procédés de puissance publique.

Il ne nous paraît pas que le fait d'avoir laissé en dehors de cette rapide revue la théorie des « matières réservées à l'autorité judiciaire » (état et capacité des personnes, propriété immobilière, impôts indirects) [1] constitue une lacune. L'on est en effet, sur ces divers points, en présence d'attributions de compétence spéciales découlant directement ou indirectement de la volonté du législateur. *A fortiori*, ne peut-on rendre compte de façon synthétique des dispositions législatives particulières imposant la compétence judiciaire dans toute une série d'hypothèses : par exemple responsabilité des communes et de l'État pour les dommages causés par les attroupements; responsabilité des accidents causés aux élèves ou par les élèves des écoles publiques du fait du défaut de surveillance du maître.

En sens inverse d'ailleurs, aucune théorie synthétique ne peut rendre compte de l'attribution de compétence faite aux tribunaux administratifs en matière de ventes domaniales intéressant l'État. De même, la perturbation que le régime de compétence régnant en matière de travaux publics peut apporter au jeu des règles de droit commun doit être expliquée par les textes spéciaux de la matière et par l'histoire de leur interprétation.

61. Sur deux points cependant, les idées proposées sont ou paraissent être en contradiction avec le droit positif jurisprudentiel.

En décidant que les décisions du Conseil supérieur de la Magistrature relatives à l'avancement des magistrats (2), ainsi que les décisions du bureau de vote compétent en matière d'élection des représentants des magistrats au Conseil supérieur relèvent de son contrôle (3), le Conseil d'État paraît contredire le critère proposé, puisque, organiquement et formellement, le Conseil supérieur de la Magistrature ne saurait se rattacher au pouvoir exécutif.

Mais, comme on l'a relevé plus haut (4), il se peut que le Conseil d'État et la doctrine qui, sur ce point, s'oppose à lui, divergent moins sur le critère applicable que sur ses conditions concrètes d'application. Il semble bien que les solutions adoptées par le juge administratif viennent de ce qu'il minimise — à l'excès selon nous — l'innovation réalisée par le Titre IX de la Constitution. Tout se passe comme si la Haute Assemblée considérait que l'exécutif conserve, après comme avant la Constitution de 1946, la haute main sur l'organisation du service judiciaire. Le rôle conservé par le Président de la République en cette matière, celui du Garde des Sceaux, la composition non purement professionnelle du Conseil supérieur de la Magistrature justifieraient aux yeux du Conseil d'État le maintien de la règle traditionnelle selon laquelle l'organisation du service judiciaire est affaire de l'exécutif. Ainsi, tout en attribuant

(1) Cf. R. ODENT, *op. cit.*, fasc. I, p. 151 et suiv.

(2) C.E., 22 janvier 1954, RATZEL S., 1954.III.8.

(3) Cf. *supra*, note 3, p. 32 les références de l'arrêt FALCO et VIDAILLAC.

(4) *Supra*, n° 25.

au Conseil supérieur une nature que la doctrine conteste, le Conseil d'État ne contredirait point, par la jurisprudence que l'on vient d'évoquer, le critère du pouvoir exécutif.

62. Sur un second point en revanche, il faut avouer sans détour, que le critère du pouvoir exécutif est contredit par la jurisprudence du Conseil d'État. Il s'agit d'une matière à laquelle on a déjà fait allusion (1) : la compétence juridictionnelle à l'égard de décisions par lesquelles des autorités administratives statuent sur des « rapports de droit privé ».

On sait que le Conseil d'État s'est déclaré incompétent à l'égard de recours dirigés contre des décisions assujettissant des particuliers aux cotisations des allocations familiales agricoles (2), contre des décisions, même émanées du ministre, relatives au bénéfice du statut des dockers (3), contre les décisions relatives au reclassement du personnel des anciens organismes des assurances sociales (4), contre un arrêté par lequel un Préfet prononce d'office l'affiliation d'une société à une Caisse de Compensation des allocations familiales (5). Le motif de tous ces arrêts est que les décisions en question, bien que prises par des autorités administratives et, ajouterons-nous, comportant l'emploi de la puissance publique, ont pour objet de régler des rapports de droit privé, et, par suite, ressortissent à la compétence des seuls tribunaux judiciaires.

63. Malgré une intéressante tentative faite récemment par un auteur (6) il ne nous paraît pas que cette jurisprudence s'explique par le critère du service public, même retouché. On ne peut davantage la rattacher au critère du pouvoir exécutif agissant par des procédés de puissance publique. Ce critère aurait au contraire conduit à soumettre au contrôle du juge administratif les décisions évoquées plus haut qui offrent le double caractère d'émaner d'autorités administratives et d'imposer unilatéralement des obligations à des particuliers. Dans l'une de ces espèces, le Commissaire du Gouvernement a d'ailleurs marqué nettement qu'il rejetait le critère de la puissance publique (7).

Notons bien qu'il ne s'agit pas d'une simple question de vocabulaire. On a quelquefois employé comme synonymes les termes « régime de droit public » et « régime de puissance publique » (8). Et il ne serait évidemment pas contraire aux idées proposées que le Conseil d'État écartât de sa barre des litiges se rapportant à des actes « de droit privé » faits par l'Administration, tels que ceux qui seraient faits pour la gestion du domaine privé. En ce cas, en effet, ce que le critère du « droit public » signifierait, c'est que l'acte lui-même n'est pas soumis à un régime de droit public, faute de comporter l'usage de prérogatives de puissance publique. Une telle formule confirmerait notre point de vue (9).

(1) *Supra*, n° 8, *in fine*.

(2) C.E., 27 juillet 1951, Caisse Mutuelle d'Allocations familiales agricoles de la Loire-Inférieure, J.C.P. 1951.II.7211, note RIVERO.

(3) C.E., 25 janvier 1952, Fédération maritime du port de Bordeaux; 9 mai 1952, Chambre syndicale française des Maîtres portefaix; 23 janvier 1953, ALAVOINE, S. 1953.III.90; cf. P. LAROQUE, « Contentieux social et juridiction sociale », *Études et Documents*, n° 7, p. 28-30.

(4) C.E., 23 janvier 1953, AUDOUIN, J.C.P. 1954.II.7916, note G. VEDEL.

(5) C.E., 5 février 1954, EL HAMIDIA, J.C.P. 1954.II.8136, concl. MOSSET.

(6) Note R. CHAPUS sous C.E., 19 février 1954, PALAPRAT, J.C.P. 1954.II.8205.

(7) Conclusions de M. MOSSET dans l'espèce EL HAMIDIA (références *supra*, note 5). M. MOSSET a soutenu qu'il était déjà acquis depuis longtemps dans la jurisprudence du Conseil d'État que l'existence d'une prérogative de puissance publique ne suffisait pas toujours à entraîner la compétence du juge administratif. En fait, les arrêts qu'il cite se rapportent tous au même point : le fait qu'une créance soit susceptible d'être recouvrée comme en matière de contributions directes ne change pas sa nature et ne transfère pas au juge administratif le contentieux de cette créance. Si le Conseil d'État s'en était tenu à cette jurisprudence en effet traditionnelle, il ne se poserait qu'un problème mineur qui pourrait être résolu en notant que le mode de recouvrement d'une créance constitue un élément extérieur à celle-ci et, comme tel, insusceptible d'en modifier la nature. Le vrai problème par rapport à la question traitée au texte est posé par les arrêts récents évoqués plus haut (notes 3, 4 et 5).

(8) P. ex. B. CHENOT, article précité dans *Études et Documents du Conseil d'État*, n° 4; R. ODENT, *op. cit.*, fasc. I, p. 143.

(9) Surtout si l'on rapprochait cette jurisprudence de celle qui admet la compétence du juge administratif pour les actes de gestion du domaine privé comportant exceptionnellement l'emploi de procédés de puissance publique. C.E., 13 mai 1938, ass. amicale des locataires de l'Office public des H.B.M. de Constantine, *Rec.*, p. 419; 30 mai 1947, SUSSEL et BILLE, *Rec.*, p. 236.

La jurisprudence qui vient d'être rappelée l'infirmes au contraire. En effet, elle ne se fonde pas sur ce que, intrinsèquement, *les décisions* dont le Conseil d'État refuse le contrôle ne seraient pas marquées du sceau de la puissance publique, mais sur ce que les *rappports* qu'elles ont pour *objet* de régler sont des rapports de droit privé. Peu importe dès lors pour la Haute Assemblée que l'acte qui règle ces rapports soit un acte émanant d'une autorité administrative et comportant l'emploi de la puissance publique : son *objet* l'emporte sur sa *nature*, et il ne ressortit pas au droit administratif.

64. On a dit que l'on entendait demeurer fidèle au droit positif et, par suite, on n'émettra pas la prétention de tenir pour négligeable, sous prétexte qu'on n'est pas d'accord avec elle, une jurisprudence qui s'impose comme un fait.

Il est seulement permis de dire que cette jurisprudence ne nous paraît pas parvenue à son terme (1) et que, par suite, l'on doit attendre ses développements avant d'en tirer des conclusions définitives.

Or, ces développements sont encore incertains.

La distinction du « droit public » et du « droit privé » lorsqu'on essaie de la faire sur une autre base que celle de la présence ou de l'absence de prérogatives et de sujétions de puissance publique est jusqu'ici tellement peu consistante (2) qu'il faudra attendre encore avant de mesurer la portée exacte de la jurisprudence en cours d'évolution.

D'autre part, cette jurisprudence réserve au juge administratif la connaissance des recours dirigés contre les règlements pris dans ces mêmes matières que le Conseil d'État considère comme « de pur droit privé ». Or, le fait que l'autorité administrative procède par voie réglementaire ne change absolument rien à la nature des rapports sur lesquels elle statue. C'est donc que le critère de compétence tiré de la nature des rapports en jeu n'est ni pleinement déterminant ni complètement élaboré.

Enfin et surtout, pour que la nouvelle jurisprudence pût être regardée comme complètement acquise, il faudrait que le Conseil d'État renoncât à des solutions actuellement certaines et dont l'abandon paraît pratiquement difficile. Il faudrait qu'il décidât que l'autorité judiciaire est seule compétente pour statuer sur les décisions administratives portant refus ou autorisation d'embauchage ou de licenciement dans les entreprises privées (3), sur celles relatives à l'organisation des élections des membres des Comités d'entreprise et des délégués du personnel (4), sur les décisions individuelles assignant un certain classement à des salariés (5). Dans toutes ces hypothèses il s'agit de décisions administratives individuelles qui ont pour objet de régler des rapports de droit privé (6) et sur lesquelles le Conseil d'État, en accord avec les tribunaux judiciaires et le Tribunal des Conflits (7), s'est jusqu'ici reconnu

(1) Il ressort des conclusions de M. MOSSET dans l'espèce EL HAMIDIA (références page précédente, note 5) que la jurisprudence nouvelle a essentiellement pour objet de désencombrer la barre du juge administratif. D'autre part, l'éminent Commissaire du Gouvernement souligne que l'évolution de la matière est à parfaire.

(2) Cf. Ch. EISENMANN, « Droit public, droit privé », *Rev. Dr. publ.*, 1952, p. 903 et suiv. et les références.

(3) Jurisprudence constante dont le Recueil LEBON au mot *Travail* fournit presque chaque année de nombreux exemples, soit en ce qui concerne l'application de l'ordonnance du 24 mai 1945, soit en ce qui concerne la protection des représentants du personnel.

(4) Jurisprudence également constante. Cf. p. ex. C.E., 24 mai 1950, Syndicat autonome de Salindres, *Rec.*, p. 310; 19 mars 1952, C<sup>ie</sup> Bordelaise de Produits chimiques, *Rec.*, p. 171; 20 mai 1952, Sté des Établissements LANG, p. 270; 19 décembre 1952, Sté des Mines de Bitume, *Rec.*, p. 598.

(5) T.C., 25 mai 1950, FINIDORI et autres, *Rec.*, p. 663.

(6) Il ne servirait à rien d'objecter à notre raisonnement que l'intervention de l'Administration dans la formation ou la résiliation des contrats de travail, dans l'organisation des « élections sociales », dans le classement professionnel ne concerne pas des rapports de droit privé au motif qu'elle aurait lieu en vue de sauvegarder l'intérêt général. En effet, le propre de la jurisprudence ALAVOINE, AUDOUIN, EL HAMIDIA, etc., est que, précisément, elle ne s'attache pas au *but* poursuivi par l'Administration mais à la *nature des rapports* que ses décisions ont pour objet de régler. Or, des rapports nés d'un contrat de travail sont des rapports de droit privé. Il est d'ailleurs évident que l'Administration poursuit également un but d'intérêt général quand elle intervient pour statuer sur l'attribution de la carte de docker, sur le reclassement du personnel des anciens organismes d'assurances sociales ou sur l'affiliation au régime des allocations familiales et qu'il n'y a pas de raison d'adopter dans ces matières une compétence juridictionnelle différente de celle qui est admise pour le contrôle des décisions intéressant l'embauchage ou le licenciement, l'organisation des élections sociales ou le classement professionnel des travailleurs.

(7) Cf. arrêt du T.C. FINIDORI précité (note 5) et R. BEAUPIED, thèse Paris 1951 (dact.).



compétent pour statuer. Tant que ces solutions n'auront pas changé il sera difficile de considérer autrement que comme des arrêts d'espèce ou tout au moins comme des arrêts essentiellement inspirés par l'encombrement du rôle administratif, les arrêts ALA VOINE, AUDOUIN, EL HAMIDIA précités (1).

65. Il est d'ailleurs chimérique d'espérer une parfaite concordance entre une construction doctrinale et la jurisprudence prise dans sa totalité. Le juge doit résoudre au jour le jour les litiges portés à sa barre. Il dit le droit, mais il tient compte de contingences pratiques essentielles; il tient compte aussi de l'aspect particulier de chaque dossier. La vie lui pose des questions qu'aucune théorie ne permettrait de prévoir et qui débordent par conséquent les cadres des constructions doctrinales. Dans l'élaboration du droit il a nécessairement le dernier mot puisque dire le droit c'est, pour le juge administratif surtout, en grande partie le créer. A l'inverse, la doctrine s'intéresse moins aux espèces qu'aux règles que leur solution permet de dégager. Entre les solutions jurisprudentielles, elle veut découvrir des liaisons aussi serrées que possible et recherche le principe d'explication le plus ample et le plus simple.

Entre ces deux démarches intellectuelles que leurs objets respectifs rendent nécessairement différentes, il serait naïf d'attendre que, à tout moment, s'établisse un parfait unisson. Si l'on veut recourir à une image musicale, que l'on songe plutôt au contrepoint.

Pourtant, en fin de compte, une doctrine qui se construirait sans souci de fidélité au droit positif jurisprudentiel perdrait toute réalité; de même, une jurisprudence rebelle à un minimum de systématisation doctrinale perdrait toute intelligibilité.

Le dialogue de la jurisprudence et de la doctrine est naturel et bienfaisant. L'objet de la présente étude était de proposer l'un des thèmes qui peuvent nourrir ce dialogue.

Georges VEDEL,

*Professeur à la Faculté de Droit de Paris.*

---

(1) Si l'on admet que le contrôle de la légalité des décisions de l'Administration concernant des rapports de droit privé appartient aux tribunaux judiciaires, il paraît difficile de refuser à ces mêmes tribunaux la compétence en ce qui concerne la réparation du préjudice causé en cette matière par les décisions illégales de l'Administration. Or, cette solution rencontrerait probablement de vives résistances.