

### Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif :

#### Le rôle du juge \*

Depuis près de deux siècles, la stabilité de notre Administration a compensé l'instabilité de nos régimes politiques et de nos Constitutions. La remarque n'est pas neuve et notre intention n'est certes pas de la paraphraser.

Nous voudrions seulement réfléchir à un phénomène parallèle : la stabilité du droit administratif en face de l'instabilité du droit constitutionnel ou, plus exactement, la très large indifférence du premier aux variations du second. Nous voudrions aussi mesurer la part — selon nous essentielle — qui revient à l'action du juge administratif et du juge des conflits dans l'explication de ce phénomène, que l'on pourrait qualifier de paradoxal si l'on pense aux enchaînements normatifs qui relient le droit administratif au droit constitutionnel (1).

\*\*

En guise d'introduction, il faut préciser et donc limiter notre propos.

En premier lieu, aux *origines* de notre droit administratif se trouvent des données sinon constitutionnelles, du moins liées de très près à des Constitutions.

Il en est évidemment ainsi du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, politiquement inspiré de la volonté d'empêcher une renaissance de l'impérialisme des Parlements, juridiquement conçu comme un corollaire du principe de la séparation des pouvoirs cher aux Constituants. Ce n'est pas sans raison, en dépit de la stricte logique, que, dans un Code administratif, l'on trouve la loi des 16-24 août 1790 au mot « Constitution ».

De même, l'institution du Conseil d'Etat s'est réalisée par la Constitution de l'an VIII et est, historiquement, indétachable du système politico-administratif napoléonien brassant les acquis révolutionnaires et les legs de l'Etat monarchique.

\* Mélanges offerts à Marcel Waline, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1974, p. 777-793, Paris.

(1) Sur l'ensemble de la question, cf. : F. Batailler, *Le Conseil d'Etat juge constitutionnel*, Paris 1966 ; D. Loschak, *Le rôle politique du juge administratif français*, Paris 1972 ; Y. Gaudemet, *Les méthodes du juge administratif*, Paris 1972.

On ne peut pas davantage détacher du contexte institutionnel la reconnaissance de la justice déléguée. Par la loi du 24 mai 1872, la Troisième République fait durablement revivre l'éphémère conquête de la Deuxième République.

Il faudrait aller plus loin d'ailleurs : la nature du régime politique pratiqué, le climat de l'époque ne peuvent évidemment pas être indifférents aux institutions administratives et au juge administratif. Le développement sous la Troisième République des libertés publiques et de la décentralisation administrative, la proclamation par la Quatrième des « droits nouveaux particulièrement nécessaires à notre temps », la nouvelle définition des rapports de la loi et du règlement réalisée par la Constitution de 1958 ont non seulement produits des effets directs sur les matières dans lesquelles le pouvoir constituant ou le législateur intervenaient, mais aussi des effets « induits » car une modification de l'environnement juridique général retentit nécessairement sur l'ensemble du paysage.

En second lieu, il faut bien préciser les caractères du contraste que l'on voudrait mettre en lumière. Le droit administratif ne s'oppose pas au droit constitutionnel comme un droit immuable à un droit changeant. L'antithèse est plutôt entre un droit se développant de façon continue sans coupures brutales et un droit opérant par mutations brusques et spectaculaires (même si, parfois, les effets profonds sont moins radicaux qu'on ne pourrait le croire). Opposition entre un droit jurisprudentiel et donc, par nature évolutif, et un droit écrit ? L'explication n'est que très partiellement satisfaisante, car même le droit administratif d'origine législative ne pratique guère le style révolutionnaire : l'évolution du régime des collectivités locales, la régionalisation, l'insertion du Plan dans l'administration, l'aménagement du territoire, l'urbanisme — pour prendre des exemples au hasard — ont été matière à des développements progressifs.

Il demeure que le droit administratif n'est pas « stable » si l'on entend ce mot comme équivalent à « immuable ». Mais la stabilité est en réalité autre chose : un avion peut être stable, même s'il trace la plus rapide des routes. Le contraste entre droit constitutionnel et droit administratif n'est donc pas celui du changement et de l'immobilité, mais celui de la discontinuité et de la continuité. Comment le droit administratif a-t-il évolué « à l'anglaise » alors que le droit constitutionnel qui l'encadre et le conditionne évoluait dans un style autrement tumultueux ?

Dira-t-on que cette différence d'allure est due au fait que la jurisprudence marque par nécessité, selon l'occasion des espèces et compte tenu du temps qu'il faut pour juger, un certain retard sur les nouveautés constitutionnelles ; qu'au surplus elle apporte une attention certaine à ne pas procéder par des changements brutaux faisant immédiatement droit à toutes les implications de ces nouveautés ? Ce ne serait pas exact. Au contraire, on verra que les prises de position du juge sur les incidences en droit administratif des textes constitutionnels sont en général rapides et décidées.

Enfin, pour en tenir compte, il faut dire que la très large l'indifférence des tribunaux administratifs sur la controverse des origines, de la conception du droit. L'indifférence de la société et rien à voir avec la justice d'Etat « découvre » le droit aussitôt. Plus simple jalonnent les progrès de la stabilité de la puissance détachables, tant par politico-constitutionnel

Cette stabilité, ou nistratif n'est sans Celui-ci n'aurait évictionnel qui aurait de tratif, soit en suppression du Gouvernement et l'Etat à la juridiction de de

Cependant, sous l'Etat et le Tribunal administratif préserver le droit actions constitutionnel lui apporter. Ce rôle l'accessoire :

— Le juge a des décisions constitutionnelles » (en niant les effets de

— En dehors de ces dispositions constitutionnelles interprétation modérée

Les « bases constitutionnelles » qu'elles étaient sort du Consulat, telles vicissitudes politiques de l'Administration : la soustraction de la soumission de l'Administration

contexte institutionnel la loi du 24 mai 1872, et l'éphémère conquête

du régime politique évidemment pas être au juge administratif. Que des libertés publiques, la proclamation par des moyens nécessaires à la proclamation de la loi et du 58 ont non seulement les lesquelles le pouvoir mais aussi des effets juridiques généraux.

Caractères du contraste droit administratif ne un droit immuable à un droit se développe et un droit opérant si, parfois, les effets (on peut le croire). Opposé par nature évolutif, et partiellement satisfait législative ne pratique régime des collectivités dans l'administration, pour prendre des exemples progressifs. Ce n'est pas « stable » si l'on parle de la stabilité stable, même s'il trace un droit constitutionnel du changement et de la continuité. Comme l'anglais » alors que le droit constitutionnel évoluait dans

due au fait que la occasion des espèces, un certain retard sur plus elle apporte des changements brusques implications de ces choses, on verra que les en droit administratif ont été décidées.

Enfin, pour en terminer avec ce préambule, il faut dire en quoi consiste la très large indépendance ou, comme on le disait plus haut, l'indifférence des tournants du droit administratif par rapport à ceux du droit constitutionnel. Il ne s'agit évidemment pas de prendre parti sur la controverse relative au « rôle politique du juge administratif » ou sur l'influence, ressentie ou non de façon consciente, des origines, de la formation et du statut social du juge sur sa conception du droit. Il ne s'agit pas davantage de soutenir que l'évolution de la société et de ses croyances politiques et juridiques n'a rien à voir avec la jurisprudence : la méthode par laquelle le Conseil d'Etat « découvre » les principes généraux du droit nous démentirait aussitôt. Plus simplement, il faut noter que les grands arrêts qui jalonnent les progrès du droit administratif jurisprudentiel, notamment en matière de contrôle de la légalité et en matière de responsabilité de la puissance publique, sont en très grande majorité détachables, tant par leur date que par leur motivation, d'événements politico-constitutionnels.

Cette stabilité, ou, si l'on préfère, cette continuité du droit administratif n'est sans doute pas l'œuvre du seul juge administratif. Celui-ci n'aurait évidemment pas pu résister à un ordre constitutionnel qui aurait détruit les fondements mêmes du droit administratif, soit en supprimant ou en bridant le contrôle du juge sur le Gouvernement et l'Administration, soit en remettant ce contrôle à la juridiction de droit commun ou à un ombudsman.

Cependant, sous cette réserve, il faut reconnaître que le Conseil d'Etat et le Tribunal des Conflits ont joué un rôle essentiel pour préserver le droit administratif des bouleversements que les révolutions constitutionnelles et, plus largement, politiques, auraient pu lui apporter. Ce rôle s'est exercé à la fois sur le principal et sur l'accessoire :

— Le juge a défendu avec vigueur et avec audace les « bases constitutionnelles » du droit administratif en limitant et, au besoin, en niant les effets des textes qui les auraient mises en péril :

— En dehors même de ces points essentiels, il a donné des dispositions constitutionnelles intéressant le droit administratif une interprétation modérant les innovations.

\*\*\*

Les « bases constitutionnelles » du droit administratif, telles qu'elles étaient sorties de l'œuvre de la Constituante et de celle du Consulat, telles qu'elles devaient se maintenir à travers nos vicissitudes politiques, reposaient essentiellement sur le rattachement de l'Administration à l'exécutif, ce qui emportait deux corollaires : la soustraction de l'Administration au contrôle des tribunaux ; la soumission de l'Administration à la loi.

La mise en place par le Conseil d'Etat d'une procédure et d'une organisation contentieuses tendit tout à la fois à éviter le déni de justice qui eût résulté d'un système purement hiérarchique de recours à la disposition des administrés et à justifier le principe de séparation des autorités dont le maintien eût, sans le Conseil d'Etat, été intolérable (2). Le développement des recours contre les décisions administratives dont le regroupement devait former le recours pour excès de pouvoir donnait progressivement au Conseil d'Etat le rôle fondamental de gardien de la légalité (3).

Ces données structurelles, pour user d'un mot à la mode, n'étaient pas liées à la nature de tel ou tel régime politique. En effet, elles se présentaient plutôt comme des structures de normativité que comme des règles politiques ou, si l'on préfère, elles n'étaient réellement gênantes pour aucun des régimes politiques qui devaient se succéder. En ce qui concerne l'autonomie de l'exécutif par rapport aux tribunaux judiciaires, si vives qu'aient été à certains moments les plaintes de l'opinion de gauche sur les « citoyens arrachés à l'asile des tribunaux », elle ne se trouva pas en conflit avec des institutions politiques qui s'attachèrent — y compris celles de 1848 — à un pouvoir exécutif fort et indépendant. Quant à la suprématie de la loi, expression de la volonté générale, elle s'accommodait très aisément des hauts et des bas par lesquels devait passer le régime représentatif ou le régime parlementaire. En tant que règle de technique juridique, la suprématie de la loi produit ses effets avec une large indifférence au point de savoir qui est l'auteur réel de la loi ; un Parlement vraiment souverain, un Parlement partageant avec le chef de l'Etat et le gouvernement le rôle législatif, des Chambres tenues en tutelle, ou tout simplement une autorité suprême qui tient dans ses mains à la fois l'exécutif et le législatif. A la limite — et ceci devait se voir sous le régime de Vichy, puis sous celui du Gouvernement provisoire de la République française jusqu'à l'élection de la première Constituante en 1945 — le principe de légalité fonctionne même lorsque la loi et le règlement ne se différencient que par des règles de forme.

On pourrait s'étonner, il est vrai, que les données aussi importantes pour la vie politique, administrative et sociale que l'éviction des tribunaux judiciaires du contrôle de la puissance publique ou que la suprématie de la loi puissent être regardées sous un aspect purement technique ou, mieux, comme des archétypes normatifs. Il paraît difficile de leur refuser toute implication de caractère vraiment politique et, en un sens, c'est invraisemblable. Le sentiment

(2) T. Sauvel, « La justice retenue de 1806 à 1872 », *R.D.P.* 1970, 237 ; J. Chevallier, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative de l'administration active*, Paris 1970.

(3) P. Lampué, « Le développement historique du recours pour excès de pouvoir depuis ses origines jusqu'au début du xx<sup>e</sup> siècle. *Rev. int. des sc. adm.* 1954, n° 2 ; Landon, *Aux sources du recours pour excès de pouvoir*, Paris, 1942 ; Imbert, *L'évolution du recours pour excès de pouvoir*, Paris 1952 ; *Histoire abrégée du recours pour excès de pouvoir*, Paris 1962.

britannique, reflété xix<sup>e</sup> siècle, d'étonner stratif français, en té

Sans entrer dans sans doute concéder profondeurs, le refle être plus significativ constitutionnelle a p « république » et, plus l'Etat présidentiel. I histoire constitution plus ou moins alterné constitutionnelle fran conceptions politico-siècle de Louis XV, c enrichies et contre l valu : la fragilité de l la défiance envers le des droits de l'homme sée du législateur, le

En réalité, les no disent pas entre elle reposant sur les deu au contrôle des tribi une signification poli de noter qu'elle a p variations exécutées

Cependant, par de nelles ont couru un puis le Conseil d'Eta fondements du droit

Lorsque le Gouver du 19 septembre 18 l'an VIII qui avait s constitutionnels, il e « garantie » qui proté à l'instar de ce qui c répondre de ses fau une personne et non sabilité personnelle r de l'Etat qui est en libérale se trouve a vœux de l'opinion, décret le 24 février 1 de Taillefert (4).

(4) J.-C. Maestre, *La français*, Paris 1962, pp. publique (T. 23 du Rép.

de procédure et d'une  
s à éviter le déni de  
ent hiérarchique de  
justifier le principe  
eût, sans le Conseil  
es recours contre les  
nt devait former le  
ssivement au Conseil  
galité (3).

et à la mode, n'étaient  
tique. En effet, elles  
de normativité que  
elles n'étaient réelle-  
ques qui devaient se  
l'exécutif par rapport  
à certains moments  
citoyens arrachés à  
en conflit avec des  
mpris celles de 1848  
uant à la suprématie  
e s'accommodait très  
vait passer le régime  
nt que règle de tech-  
t ses effets avec une  
l'auteur réel de la  
arlement partageant  
e rôle législatif, des  
une autorité suprême  
législatif. A la limite  
y, puis sous celui du  
nçaise jusqu'à l'élec-  
principe de légalité  
t ne se différencient

onnées aussi impor-  
sociale que l'éviction  
issance publique ou  
dées sous un aspect  
hétypes normatifs. Il  
n de caractère vrai-  
lable. Le sentiment

R.D.P. 1970, 237; J. Che-  
n de la juridiction admi-

recours pour excès de  
e. Rev. int. des sc. adm.  
de pouvoir, Paris, 1942;  
ir, Paris 1952; Histoire

britannique, reflété par Dicey, pour ne citer qu'un nom, fait, au  
xix<sup>e</sup> siècle, d'étonnement et de scandae en face du système adminis-  
tratif français, en témoigne.

Sans entrer dans une discussion, qui serait longue, il faudrait  
sans doute concéder que le « régime administratif » est, dans ses  
profondeurs, le reflet de croyances politiques fondamentales, peut-  
être plus significatives que celles, changeantes, que notre histoire  
constitutionnelle a pu exécuter sur les thèmes « monarchie, empire,  
république » et, plus tard, sur celui de l'Etat parlementaire et de  
l'Etat présidentiel. Les auteurs aiment volontiers présenter notre  
histoire constitutionnelle comme une succession de changements,  
plus ou moins alternés. Il demeure à écrire une histoire de la stabilité  
constitutionnelle française que montrerait l'immutabilité de certaines  
conceptions politico-sociales dont les racines se trouvent dans le  
siècle de Louis XV, que les gouvernants successifs ont recueillies et  
enrichies et contre lesquelles, jusqu'ici, la contestation n'a pas pré-  
valu : la fragilité de la suprématie constitutionnelle, la centralisation,  
la défiance envers le pouvoir judiciaire, la confusion de la garantie  
des droits de l'homme avec la toute-puissance et l'infailibilité suppo-  
sée du législateur, le rôle privilégié de la notion d'égalité.

En réalité, les notations que l'on vient de relever ne se contredis-  
ent pas entre elles. Il est possible que la construction technique  
reposant sur les deux piliers de la soustraction de l'Administration  
au contrôle des tribunaux judiciaires et du principe de légalité ait  
une signification politique très profonde. Pour notre propos, il suffit  
de noter qu'elle a pu se concilier sans grandes secousses avec les  
variations exécutées sur le thème des agencements institutionnels.

Cependant, par deux fois depuis un siècle, ces bases constitution-  
nelles ont couru un péril. Par deux fois, le Tribunal des Conflits,  
puis le Conseil d'Etat ont aveuglé la brèche qui pouvait ruiner les  
fondements du droit administratif.

Lorsque le Gouvernement de la Défense Nationale, par le décret  
du 19 septembre 1870 abroge l'article 75 de la Constitution de  
l'an VIII qui avait survécu avec valeur législative aux changements  
constitutionnels, il entend certainement faire un acte politique : la  
« garantie » qui protège les agents publics est supprimée. Désormais,  
à l'instar de ce qui est alors la règle anglaise, le fonctionnaire doit  
répondre de ses fautes selon le droit commun. L'agent public est  
une personne et non le rouage d'une machine dans laquelle sa respon-  
sabilité personnelle n'aurait pas de sens. C'est toute une conception  
de l'Etat qui est en jeu et, somme toute, l'un des legs de la gauche  
libérale se trouve ainsi exécuté. Que cette réforme rencontre les  
vœux de l'opinion, le vote de l'Assemblée nationale ratifiant le  
décret le 24 février 1872 en témoigne, comme les termes du rapport  
de Taillefert (4).

(4) J.-C. Maestre, *La responsabilité pécuniaire des agents publics en droit  
français*, Paris 1962, pp. 35 et suiv.; Teissier, *Responsabilité de la puissance  
publique* (T. 23 du Rép. adm. Béquet).

La portée que les auteurs du décret et l'Assemblée nationale entendaient attacher au texte nouveau demeure cependant obscure. Si l'on en croit Jacquelin, c'était bien à l'ensemble du principe de séparation des autorités que l'on avait entendu s'attaquer. L'opinion du Tribunal des Conflits devait être autre, on le sait. Du moins, n'imaginait-on pas que la « garantie » des agents publics que le décret du 19 septembre 1870 avait voulu rayer de notre droit public pût ressusciter sous une autre forme. Le texte lui-même invitait à la suppression de toutes entraves à la poursuite des agents publics en énonçant l'abrogation de « toutes les dispositions des lois générales ou spéciales ayant pour but d'entraver les poursuites contre les fonctionnaires publics de tous ordres ». Et la Cour de Cassation adopta jusqu'à l'intervention de l'arrêt Pelletier une interprétation moyenne qui, historiquement, semble faire droit au contenu « minimum » de la volonté du législateur de 1870-1872 : « Le principe de la liberté des poursuites affirmé solennellement par le texte l'emportait sur celui de la séparation des autorités administratives et judiciaires » (5).

On connaît les termes et la doctrine de l'arrêt Pelletier (6). Le Tribunal des Conflits prend le contrepied du raisonnement des tribunaux judiciaires et spécialement de la Cour de Cassation : le principe de séparation conserve toute son autorité ; l'abrogation de l'article 75 ne peut produire effet que dans le cadre de ce principe ; elle laisse donc subsister l'interdiction de « citer » (devant les tribunaux) les « administrateurs pour raison de leurs fonctions » ; elle n'a qu'un effet procédural, à savoir la suppression de l'autorisation préalable aux poursuites dirigées contre les agents publics ; cet effet procédural se trouve lui-même très affaibli sinon annulé par la garantie *a posteriori* que constitue pour l'agent qui serait hors du cas de faute personnelle, la procédure du conflit positif.

Il n'est question de reprendre ici ni l'exégèse ni la critique de l'arrêt. D'un point de vue objectif, il faut constater que le raisonnement du Tribunal des Conflits n'est, logiquement, ni aberrant ni contraignant. Les motifs de la décision sont sérieusement charpentés à partir d'un axiome de base : que le principe de séparation demeure une *lex fundamentalis* par rapport à laquelle toutes les autres lois doivent s'interpréter restrictivement. Mais un autre axiome de base aurait conduit à des conclusions différentes : il aurait suffi d'admettre, comme la Cour de Cassation l'avait fait, en s'appuyant tout à la fois sur l'intention du législateur et sur les termes du décret de 1870, que la liberté des poursuites contre les agents publics, la suppression de toute garantie en leur faveur étaient des règles fondamentales voulues telles par le législateur souverain et que l'effet de celles-ci était, non sans doute de ruiner le principe de séparation,

(5) J.-C. Maestre, *op. cit.*, p. 37 et les références.

(6) T.C. 30 juillet 1873, Pelletier, Rec. 1<sup>er</sup> suppl. 117, concl. David ; D. 1874, 3, 5, concl. David ; Grands arrêts de la jurisprudence administrative, n° 2.

mais au moins d'effaçant l'incompétence actions dirigées pers « pour raisons de leu subsisté au regard d contre une personne un système assez voi au moins en ce qui et, justement, une sinon aux auteurs c courant d'idées qui

C'est justement l' l'on disait plus hau position pour l'axior lequel se sont dével l'administration deq législateur il fait pré sion, la nécessité de du droit administr: l'exécutif et de ses fois admise la légiti Tribunal des Conflit portement des fonc leurs patrimoines p et même dû appréc public et seraient administratif (un pe le juge répressif en administratifs). Dès séparation dans son ner la portée du dé de ses auteurs, à ur

Depuis lors, le p de résistance que c nelle relative à la r agents publics péna années plus tard, que fut réalisé l'ac unifiant au profit d intéressant les acci et le Conseil d'Etat main à ce que la l extensive (9). Le te

(7) Cass. Crim. 22 Bull. p. 282).

(8) Sur l'histoire d *ponsabilité publique*, F

(9) Cf. G. Vedel, D.

l'Assemblée nationale  
 e cependant obscure.  
 mble du principe de  
 s'attaquer. L'opinion  
 n le sait. Du moins,  
 publics que le décret  
 orte droit public pût  
 i-même invitait à la  
 e des agents publics  
 sitions des lois géné-  
 les poursuites contre  
 la Cour de Cassation  
 r une interprétation  
 it au contenu « mini-  
 72 : « Le principe de  
 par le texte l'empor-  
 s administratives et

l'arrêt Pelletier (6).  
 du raisonnement des  
 our de Cassation : le  
 rité ; l'abrogation de  
 dre de ce principe ;  
 r » (devant les tribu-  
 urs fonctions » ; elle  
 sion de l'autorisation  
 nts publics ; cet effet  
 inon annulé par la  
 t qui serait hors du  
 : positif.

se ni la critique de  
 ater que le raisonne-  
 ment, ni aberrant ni  
 eusement charpentés  
 r séparation demeure  
 outes les autres lois  
 tre axiome de base  
 aurait suffi d'admet-  
 s'appuyant tout à la  
 ermes du décret de  
 s agents publics, la  
 ent des règles fonda-  
 ain et que l'effet de  
 ncipe de séparation,

mais au moins d'effacer la partie du texte des 16-24 août 1790 concer-  
 nant l'incompétence des tribunaux judiciaires pour connaître des  
 actions dirigées personnellement contre les administrateurs, même  
 « pour raisons de leurs fonctions ». L'incompétence aurait seulement  
 subsisté au regard des litiges dans lesquels une action était dirigée  
 contre une personne publique. Cette interprétation aurait conduit à  
 un système assez voisin de celui du droit anglais à la même époque,  
 au moins en ce qui concerne la responsabilité des fonctionnaires  
 et, justement, une telle pensée n'avait certes pas été étrangère,  
 sinon aux auteurs du décret du 19 septembre 1870, du moins au  
 courant d'idées qui les avait inspirés.

C'est justement le choix de l'axiome de base qui vérifie ce que  
 l'on disait plus haut. Le Tribunal des Conflits prend délibérément  
 position pour l'axiome qui préserve au maximum le fondement sur  
 lequel se sont développés non seulement le droit administratif, mais  
 l'administration depuis trois quarts de siècle. Sur la volonté du  
 législateur il fait prévaloir, à la faveur des équivoques de son expres-  
 sion, la nécessité de préserver ce qui est la « base constitutionnelle »  
 du droit administratif et de l'Administration : l'indépendance de  
 l'exécutif et de ses agents au regard de l'autorité judiciaire. Une  
 fois admise la légitimité de cet objectif, il faut reconnaître que le  
 Tribunal des Conflits avait raison : sous couvert d'apprécier le com-  
 portement des fonctionnaires et d'en déduire les conséquences sur  
 leurs patrimoines personnels, les tribunaux judiciaires auraient pu  
 et même dû apprécier les conditions de fonctionnement des services  
 publics et seraient devenus au moins les concurrents du juge  
 administratif (un peu comme l'est, quoique par d'autres techniques,  
 le juge répressif en matière d'appréciation de la légalité des actes  
 administratifs). Dès lors que l'on voulait préserver le principe de  
 séparation dans son acceptation la plus étendue, force était de rame-  
 ner la portée du décret de 1870, quelles qu'eussent été les intentions  
 de ses auteurs, à un aménagement procédural.

Depuis lors, le principe de séparation ne fut plus menacé. L'îlot  
 de résistance que constituait la jurisprudence de la Chambre crimi-  
 nelle relative à la recevabilité des actions civiles dirigées contre les  
 agents publics pénalement poursuivis disparut en 1948 (7). Quelques  
 années plus tard, c'est sur le plan des considérations techniques  
 que fut réalisé l'accord qui aboutit à la loi du 31 décembre 1957  
 unifiant au profit des tribunaux judiciaires les règles de compétence  
 intéressant les accidents de véhicules (8). Le Tribunal des Conflits  
 et le Conseil d'Etat, autant que les tribunaux judiciaires, tinrent la  
 main à ce que la loi de 1957 fût interprétée de la manière la plus  
 extensive (9). Le temps du péril pour le principe de séparation était

(7) Cass. Crim. 22 juillet 1948 (*Bull. crim.* n° 209, p. 214-15, 15 mai 1949, *Bull.* p. 282).

(8) Sur l'histoire du texte, cf. J.-A. Mazères, *Véhicules administratifs et responsabilité publique*, Paris 1962, pp. 193 et suiv.

(9) Cf. G. Vedel, *Dr. adm.* 1973, p. 338 et suiv. et les références.

passé : les inévitables problèmes de frontières ne mettaient plus en causes les bases constitutionnelles du droit administratif et de l'administration mais pouvaient être tranchés sur le plan de la bonne technique judiciaire. Tout au plus, de temps en temps, la vigilance du juge administratif et du juge des conflits ramène le tracé de la ligne de séparation en deçà de positions qu'on avait pu croire un moment concédées à la compétence judiciaire (10).

Le second moment où l'on put croire menacées les « bases constitutionnelles » apparut plus de trois quarts de siècle après l'arrêt Pelletier. Un exécutif, indépendant de l'autorité judiciaire mais soumis au législateur, telle était, on l'a dit, l'idée fondamentale des Constituants, que la suite de nos variations constitutionnelles n'avait pas ébranlée.

Mais la Constitution de 1958 parut un instant mettre en question le principe de légalité. Devant l'ampleur de la révolution juridique réalisée par l'article 37 de la Constitution, la doctrine fut un moment déconcertée et en tout cas désorientée. L'innovation était de taille : si la loi bénéficie toujours d'un domaine réservé, ce domaine lui est assigné et elle ne peut s'en évader ; le domaine du règlement est le principe, le domaine de la loi l'exception ; le Conseil constitutionnel est constitué gardien du domaine réglementaire et peut même autoriser la reconquête par le règlement, des emprises indûment réalisés sur ce domaine. Il a pu sembler un moment que le règne de « la loi, expression de la volonté générale », était ruiné par ces innovations. Et, de fait, dans le temps qui suivit l'adoption de la Constitution de 1958, les auteurs eurent tendance à majorer les conséquences de la révolution juridique qu'ils étaient appelés à commenter.

La menace principale qui pesait sur la structure séculaire se trouvait dans la tentation d'admettre une théorie du « double pouvoir normatif ». Cette théorie partait de l'idée selon laquelle les rapports traditionnels de la loi et du règlement n'étaient pas altérés dans les matières réservées au législateur soit dans leur teneur même soit dans leurs principes fondamentaux. Ces rapports étaient déterminés par le principe de supériorité de la loi combiné avec la reconnaissance d'un pouvoir réglementaire général non suspendu à des habilitations « coup par coup » du législateur. En revanche, lorsque le gouvernement prend des « règlements autonomes » dans des matières qui, sur aucun point, ne sont réservées à la loi, ne faut-il pas lui reconnaître un véritable « pouvoir initial » analogue à celui par lequel on caractérisait, depuis Carré de Malberg, le pouvoir législatif ? La Constitution n'avait-elle pas institué finalement deux pouvoirs normatifs initiaux : celui du législateur dans les matières visées à l'article 34, celui du gouvernement dans les autres matières ? Ou, si l'on préfère, le pouvoir réglementaire s'exerçait désormais à

(10) Cf. G. Vedel, *op. cit.*, p. 824.

deux niveaux : l'un des règlements « autonome » ? (11).

Cette construction au point de vue du contrôle de la loi de l'administratif et de la réglementation de celle-ci.

Sans doute ne pouvait-on parler de « règlements autonomes » soumis au contrôle du juge administratif et de la loi de l'administratif et de la réglementation de celle-ci.

Mais la recevabilité des règlements autonomes au-delà de la vérification du respect des formes ? à contrôler, alors que donné à la volonté respect de la loi, de même peut-être le b

Il ne fallut pas l'administratif à ces interdictions de la doctrine. Sur la nouvelle Constitution ingénieurs-conseils (la Constitution de l'outre-mer, réglait les règlements autonomes d'Etat tournait le dos et, au fil des années cette soumission dan

Sans doute, sur la hésita-t-on quelque commissaire du gouvernement des principes généraux constitutionnelle ou, en t

(11) La question avait été traitée dans *Droit administratif*, II,

(12) C.E. 26 juin 1958, 1004 concl. Fournier, S. 1958.1.153, chr. Comabarnous arrêts n° 100.

(13) Cf. G. Braibant *général du droit*. Et. de Laboulaye, A.J. 1961, note Teitgen, 13 juillet 1961, concl. Braibant, etc



deux niveaux : l'un traditionnel, infra-législatif ; l'autre, s'agissant des règlements « autonomes » à un niveau égal à celui du législateur ? (11).

Cette construction eût emporté des conséquences considérables au point de vue du contrôle du juge, tout entier fondé sur la subordination à la loi de l'Administration et particulièrement de l'activité réglementaire de celle-ci.

Sans doute ne pouvait-on sérieusement envisager que les « règlements autonomes » fussent rayés de la catégorie des actes soumis au contrôle du juge administratif. Rien dans le texte constitutionnel ne permettait de tenir en échec la compétence de la juridiction administrative et particulièrement l'article 32 de l'ordonnance du 31 juillet 1945 relative au Conseil d'Etat.

Mais la recevabilité des recours en annulation contre les règlements autonomes permettait-elle un contrôle juridictionnel allant au-delà de la vérification de leur légalité externe — compétence et respect des formes ? — La légalité interne était-elle encore matière à contrôle, alors que, par définition, le contenu de l'acte était abandonné à la volonté d'une « puissance initiale » non soumise au respect de la loi, déterminant elle-même l'objet de son exercice et même peut-être le but de celui-ci ?

Il ne fallut pas longtemps pour avoir la réponse du juge administratif à ces interrogations qui avaient troublé au moins une partie de la doctrine. Sans même attendre que les dispositions de la nouvelle Constitution fussent en cause, l'arrêt Syndicat général des ingénieurs-conseils (12), à propos de « règlements autonomes » dont la Constitution de 1946 ouvrait la possibilité dans les territoires d'outre-mer, réglait le problème. En affirmant la soumission des règlements autonomes aux principes généraux du droit, le Conseil d'Etat tournait le dos à toute théorie du double pouvoir normatif et, au fil des années, il devait multiplier les décisions consacrant cette soumission dans le cadre même de la Constitution de 1958 (13).

Sans doute, sur les fondements théoriques de cette jurisprudence, hésita-t-on quelque temps. Le Conseil d'Etat lui-même et son commissaire du gouvernement avaient paru tentés par l'idée que la force des principes généraux du droit leur venait de leur nature para-constitutionnelle ou, en tout cas, supra-législative. Tout cela s'éclaircit de

(11) La question avait été posée notamment dans la 1<sup>re</sup> édition de G. Vedel, *Droit administratif*, II, 631.

(12) C.E. 26 juin 1959, Syndicat général des ingénieurs-conseils, R.D.P. 1959, 1004 concl. Fournier, S. 1959, 202, note Drago, D. 1959, 541, note L'Huillier, A.J. 1959, 1.153, chr. Comabarnous et Galabert ; Rev. adm. 1959, 381, note Georgel ; Grands arrêts n° 100.

(13) Cf. G. Braibant, *L'arrêt Syndicat des ingénieurs-conseils et les principes généraux du droit*. Et. et doc. du Conseil d'Etat, 1962 ; C.E. 28 octobre 1960, de Laboulaye, A.J. 1961, 20 concl. Heumann ; Dr. soc. 1961, 143, concl. Heumann, note Teitgen, 13 juillet 1962. Cons. nat. de l'Ordre des médecins, R.D.P. 1962, 793, concl. Braibant, etc...

manière magistrale sous la plume de R. Chapus (14) qui montra, à propos des règlements autonomes, qu'ils n'étaient pas vraiment soustraits à la supériorité de la loi, et que la jurisprudence du Conseil d'Etat à leur sujet n'avait pas besoin d'autre base que la valeur « supra-décrétale » des règles jurisprudentielles, c'est-à-dire finalement la subordination de l'Administration au contrôle du juge.

Le coup d'arrêt ainsi porté par le Conseil d'Etat à la tentation du double pouvoir normatif a eu, quoiqu'invisibles, les plus importantes conséquences. Que l'on s'imagine un juge administratif admettant si peu que ce soit la « puissance initiale » du gouvernement dans le domaine des règlements autonomes, nous aurions eu alors une Administration sans juge, ou du moins une Administration soumise, dans ce vaste domaine, à un contrôle juridictionnel de pure légalité externe. Ou alors, il aurait fallu, pour que le juge contrôle le contenu des règlements égalés à la loi, qu'il se fasse gardien de règles supra-législatives et adopte les modes de raisonnement de la Cour Suprême des Etats-Unis pour censurer tout à la fois le « normateur » législatif et le « normateur » réglementaire au nom d'un droit supérieur à l'un et à l'autre.

Quelle qu'ait été la solution adoptée — renonciation au contrôle des règlements autonomes, substitution d'un contrôle de constitutionnalité à un contrôle de légalité — l'hypothèse retenue aurait fait dériver notre droit administratif et ses bases constitutionnelles très loin des positions définies en 1790 et consolidées pendant deux siècles. C'est en opposant une sorte de résistance passive, une inertie délibérée aux mirages des innovations constitutionnelles que, comme en 1873 le Tribunal des Conflits (quoiqu'à propos de deux aspects différents de la même tradition), le Conseil d'Etat, après 1958, maintint les bases constitutionnelles du droit administratif.

La Haute Assemblée ne résista pas seulement à l'attaque frontale, mais repoussa également une sorte d'enveloppement par les ailes. Sans qu'il soit besoin d'insister, on rappellera qu'elle maintint inébranlable le principe selon lequel, jusqu'à ratification législative, les ordonnances de l'article 38, comme naguère les décrets-lois demeurent des actes administratifs soumis à son contrôle tant que le législateur ne les a pas ratifiés ; que leur contenu demeure soumis, sauf l'habilitation législative, au respect des principes généraux du droit (16). Enfin, elle a repoussé une insidieuse distinction entre la portée des habilitations parlementaires et celle des habilitations référendaires, qui aurait conduit à reconnaître dans le gouvernement

(14) R. Chapus, *De la soumission au droit des règlements autonomes*, D. 1960, Chr. 119 ; *De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles de droit administratif*, D. 1966, Chr. 99.

(15) C.E. 24 novembre 1961, Fédération nationale des syndicats de police, D. 1962, 424, note Fromont, S. 1963, 59, note Hamon.

(16) C.E. 19 octobre 1962, Canal, Robin et Godot, A.J. 1962, 612, note de Laubadère, J.C.P. 1963, II, 13608, note Debbasch ; Grands arrêts n° 105.

bénéficiaire de celle latif (17).

Au total, l'Administration contrôlée par les tribunaux a eu, quoiqu'invisibles, les plus importantes conséquences. Que l'on s'imagine un juge administratif admettant si peu que ce soit la « puissance initiale » du gouvernement dans le domaine des règlements autonomes, nous aurions eu alors une Administration sans juge, ou du moins une Administration soumise, dans ce vaste domaine, à un contrôle juridictionnel de pure légalité externe. Ou alors, il aurait fallu, pour que le juge contrôle le contenu des règlements égalés à la loi, qu'il se fasse gardien de règles supra-législatives et adopte les modes de raisonnement de la Cour Suprême des Etats-Unis pour censurer tout à la fois le « normateur » législatif et le « normateur » réglementaire au nom d'un droit supérieur à l'un et à l'autre.

Quelle qu'ait été la solution adoptée — renonciation au contrôle des règlements autonomes, substitution d'un contrôle de constitutionnalité à un contrôle de légalité — l'hypothèse retenue aurait fait dériver notre droit administratif et ses bases constitutionnelles très loin des positions définies en 1790 et consolidées pendant deux siècles. C'est en opposant une sorte de résistance passive, une inertie délibérée aux mirages des innovations constitutionnelles que, comme en 1873 le Tribunal des Conflits (quoiqu'à propos de deux aspects différents de la même tradition), le Conseil d'Etat, après 1958, maintint les bases constitutionnelles du droit administratif.

Le second point de la tentative de réforme est le contrôle des actes administratifs. Il tend à modifier les bases constitutionnelles du droit administratif. Il tend à modifier les bases constitutionnelles du droit administratif. Il tend à modifier les bases constitutionnelles du droit administratif.

La Constitution de 1958 a introduit une nouvelle institution, sous la présidence du Président de la République, par l'Assemblée nationale constituante, investie de la discipline des magistrats des tribunaux judiciaires. Elle a soustrait au contrôle de l'institution d'un droit de 1946 semblable à celui de 1958.

(17) Arrêt Canal précité.  
(18) Notamment l'arrêt

us (14) qui montra, à  
nt pas vraiment sous-  
sprudence du Conseil  
e base que la valeur  
c'est-à-dire finalement  
le du juge.

d'Etat à la tentation  
ibles, les plus impor-  
: administratif admet-  
e » du gouvernement  
ous aurions eu alors  
une Administration  
ôle juridictionnel de  
u, pour que le juge  
la loi, qu'il se fasse  
les modes de raison-  
ir censurer tout à la  
ir » réglementaire au

nciation au contrôle  
ontrôle de constitu-  
thèse retenue aurait  
ses constitutionnelle  
olidées pendant deux  
e passive, une inertie  
onnelles que, comme  
pos de deux aspects  
at, après 1958, main-  
istratif.

à l'attaque frontale,  
ement par les ailes.  
qu'elle maintint iné-  
tification législative,  
ère les décrets-lois  
n contrôle tant que  
nu demeure soumis,  
ncipes généraux du  
distinction entre la  
e des habilitations  
ns le gouvernement

nts autonomes, D. 1960,  
du droit et des autres  
chr. 99.  
s syndicats de police,

A.J. 1962, 612, note de  
rrêts n° 105.

bénéficiaire de celles-ci le détenteur d'un véritable pouvoir législatif (17).

Au total, l'Administration est demeurée indépendante de tout contrôle par les tribunaux de l'ordre judiciaire : c'est le fruit de la résistance du Tribunal des Conflits à l'interprétation du décret du 19 septembre 1870 qui eût été cependant la plus proche des intentions du jeune gouvernement républicain. Au total, elle est demeurée soumise au contrôle du juge administratif, non parce que celui-ci se serait reconnu une sorte de mission générale de contrôle de la constitutionnalité ou de sauvegarde des droits et des libertés, mais parce qu'il reste, selon la tradition, le gardien de la conformité de l'action administrative à la loi et aux règles jurisprudentielles et que c'est au travers de cette technique que les autres buts sont atteints — comme par surcroît : c'est le fruit de la résistance du Conseil d'Etat à toute majoration des dispositions de la Constitution de 1958 relatives au pouvoir réglementaire autonome.

Sans doute, le Tribunal des Conflits et le Conseil d'Etat eussent-ils dû s'incliner devant des textes contraignants. Mais dès lors que la possibilité d'une interprétation favorable au maintien de ces « bases constitutionnelles » demeurait ouverte, ils ont préservé le monument, lentement et sagement édifié, de notre droit administratif, malgré les soubresauts de notre droit constitutionnel.

\*\*

Le second point de notre propos nous retiendra moins longtemps. Il tend à montrer que la résistance du juge administrateur aux changements que les vicissitudes du droit constitutionnel eussent pu apporter au droit administratif ne s'est pas limitée aux structures essentielles pour le maintien du régime administratif, mais s'est étendue à des questions de bien moindre importance. A cet égard, on ne se livrera pas à une recension complète qui ferait double emploi avec des études plus approfondies (18). Il s'agit d'un simple rappel — qui n'est certainement pas exhaustif.

La Constitution de 1946 avait introduit dans notre droit une nouvelle institution, le Conseil supérieur de la magistrature. Placé sous la présidence du Chef de l'Etat, composé de membres désignés par l'Assemblée nationale et de membres élus par les magistrats eux-mêmes, investi constitutionnellement de la mission d'assurer « la discipline des magistrats, leur indépendance et l'administration des tribunaux judiciaires », le Conseil supérieur de la magistrature pouvait apparaître comme un organe placé hors de l'ordre administratif et soustrait au contrôle du Conseil d'Etat. Sans que l'on pût parler de l'institution d'un « pouvoir judiciaire », le titre IX de la Constitution de 1946 semblait bien rompre avec la tradition faisant de

(17) Arrêt Canal précité.

(18) Notamment l'ouvrage de F. Batailler préc.

l'organisation de la justice une activité administrative entre autres et de la magistrature un corps d'agents publics caractérisé par de simples particularités telles que le régime disciplinaire ou l'inamovibilité. Aux yeux de beaucoup il y avait eu là une reconquête positive sur l'abaissement excessif de l'autorité judiciaire, traditionnel depuis la Révolution. On sait que l'arrêt Falco et Vidailiac (19) devait couper court à ce développement. Bien plus, en dépit de la critique quasi-unanime de la doctrine, cette décision fut suivie de toute une série d'arrêts rangeant dans l'orbe du droit administratif commun tout ce qui regarde l'organisation du service judiciaire et allant jusqu'à faire du Conseil supérieur de la magistrature statuant en matière disciplinaire une juridiction administrative relevant du contrôle du Conseil d'Etat par la voie du recours en cassation (20). Il est vrai que les dispositions du titre VIII de la Constitution de 1958 relatives à l'autorité judiciaire étaient moins favorables que celles du texte de 1946 à l'autonomie de l'autorité judiciaire.

La Constitution de 1946 comportait une autre innovation susceptible de conséquences sur le plan de l'Administration. Elle substituait à l'ancien Président du Conseil des Ministres de la III<sup>e</sup> République, simple « primus inter pares » un véritable chef du gouvernement, ayant autorité sur ses collègues. Sur le plan politique la mutation se réalisa dans les faits ; ce fut même à peu près le seul changement d'habitudes que la nouvelle Constitution réussit à réaliser par rapport à l'état de choses antérieur. Sur le plan administratif, la Constitution imposait formellement la substitution du Président du Conseil au Président de la République comme responsable de l'« exécution des lois » et comme détenteur du pouvoir réglementaire et le Conseil d'Etat ne méconnut certes pas ce changement. Mais, sans forcer les textes constitutionnels, on aurait pu, semble-t-il, aller plus loin et voir dans le Premier Ministre le véritable chef de l'Administration française, avec tout ce que ceci implique, et notamment l'existence, en matière d'administration et non plus seulement de direction politique, d'un véritable pouvoir hiérarchique. Mais le juge administratif refusa d'entrer dans cette voie et, dans l'arrêt Cie marchande de Tunisie (21) considéra comme prise par une autorité incompétente une décision du Président du Conseil des ministres tendant à ce qu'un importateur se voie délivrer des licences d'importation qui lui avaient été refusées par le ministre des Finances. Sur ce point encore la tradition administrative, selon laquelle la « hiérarchie administrative aboutit au ministre », l'emporte sur la possibilité d'une modification du droit administratif sous l'influence d'un nouvel agencement constitutionnel des pouvoirs.

(19) C.E. 17 avril 1953, Falco et Vidailiac, S. 1953, 3, 33, note Mathiot, D. 1953, 643, note Eisenmann, R.D.P. 1953, 448, concl. J. Donnedieu de Vabres, note Waline, J.C.P. 1953, II, 7598, note Vedel, Grands arrêts n° 89.

(20) C.E. 12 juillet 1969, L'Etang A.J. 1969, 567. Cf. la note de M. Waline qui critique vigoureusement cette solution : R.D.P. 1970, 387.

(21) C.E. 12 novembre 1965, C<sup>ie</sup> marchande de Tunisie, A.J. 1966, 167, concl. M<sup>me</sup> Questiaux.

Commune aux te  
nouvelle définition d  
en droit interne a é  
juge administratif. S  
nette que, pourvu q  
ou d'approbation et  
questions d'interpré  
dont le juge doit ass  
la qualité d'acte de  
ments intéressant le  
portée de ces règles  
constitutionnels en c

En revanche il  
claires et, à la lettre  
tutio nde 1946 et 55  
dût assurer l'applica  
une loi postérieure.  
solution (22) pour  
lement incompétent  
loi, c'est-à-dire sur  
rieure, le juge ne l'e  
traité et la loi posté

Ici encore, la sol  
dable ; on ne peut  
de la Constitution n  
de droit internatio  
ses effets, à moins  
portée. S'il ne conc  
destinataire. A la di  
lois qui est remis  
contrôle de la confo  
autorité déterminée  
Constitution de 194  
n'ait opéré une m  
entre le traité et la  
des dispositions des  
un système de rap  
interne de type m  
voit mal comment  
la collaboration du  
dans l'article 55 de  
qui suppose que le  
soit confié à la gar

Une autre soluti  
fond, elle a été m

(22) C.E. 1<sup>er</sup> mars  
1968, 235, concl. M<sup>me</sup> Q

administrative entre autres  
 es caractérisé par de  
 ciplinaire ou l'inamo-  
 ne reconquête positive  
 re, traditionnel depuis  
 Vidailiac (19) devait  
 n dépit de la critique  
 t suivie de toute une  
 administratif commun  
 judiciaire et allant  
 istrature statuant en  
 strative relevant du  
 urs en cassation (20).  
 le la Constitution de  
 moins favorables que  
 rité judiciaire.  
 re innovation suscep-  
 tion. Elle substituait  
 e la III<sup>e</sup> République,  
 ef du gouvernement,  
 itique la mutation se  
 le seul changement  
 à réaliser par rapport  
 ratif, la Constitution  
 delnt du Conseil au  
 de l' « exécution des  
 ntaire et le Conseil  
 Mais, sans forcer les  
 il, aller plus loin et  
 de l'Administration  
 tamment l'existence,  
 lement de direction  
 mais le juge adminis-  
 arrêt Cie marchande  
 utorité incompétente  
 istres tendant à ce  
 s d'importation qui  
 ances. Sur ce point  
 elle la « hiérarchie  
 e sur la possibilité  
 nfluence d'un nouvel

Commune aux textes constitutionnels de 1946 et de 1958, la nouvelle définition de la force des traités ou accords internationaux en droit interne a été aussi interprétée de façon restrictive par le juge administratif. Sans doute, le Conseil d'Etat admet-il de façon nette que, pourvu qu'ils satisfassent aux exigences de ratification ou d'approbation et de publication, les traités sous réserve des questions d'interprétation, font partie du « bloc de la légalité » dont le juge doit assurer le respect et l'application. Le maintien de la qualité d'acte de gouvernement aux décisions ou aux comportements intéressant les rapports internationaux limite évidemment la portée de ces règles mais il faut reconnaître que rien, dans les textes constitutionnels en cause, ne s'y opposait.

En revanche il semblait qu'en présence des dispositions très claires et, à la lettre, impératives des articles 26 et 28 de la Constitution de 1946 et 55 de la Constitution de 1958, le juge administratif dût assurer l'application d'un traité nonobstant sa contradiction par une loi postérieure. On sait que le Conseil d'Etat s'est refusé à cette solution (22) pour un motif apparemment impressionnant : radicalement incompétent pour se prononcer sur l'inconstitutionnalité d'une loi, c'est-à-dire sur un conflit entre la Constitution et la loi postérieure, le juge ne l'est pas moins pour trancher un conflit entre un traité et la loi postérieure.

Ici encore, la solution donnée par le Conseil d'Etat est très défendable ; on ne peut pas la dire vraiment convaincante. L'article 55 de la Constitution n'est évidemment pas écrit pour poser une norme de droit international. C'est en droit interne que doivent se déployer ses effets, à moins qu'on n'en fasse une déclaration de principe sans portée. S'il ne concerne pas le juge, on se demande quel est son destinataire. A la différence du contrôle de la constitutionnalité des lois qui est remis en termes précis au Conseil constitutionnel, le contrôle de la conformité de la loi aux traités n'est réservé à aucune autorité déterminée et l'on ne peut sérieusement contester que la Constitution de 1946, suivie en cela par la Constitution de 1958, n'ait opéré une mutation profonde dans le système de relations entre le traité et la loi précédemment reçu. On peut dire que l'objet des dispositions des deux Constitutions avait été de mettre en place un système de rapports entre droit public international et droit interne de type moniste avec primauté du droit international. On voit mal comment cette nouvelle construction pourrait réussir sans la collaboration du juge. Bien plus, la réserve de réciprocité inscrite dans l'article 55 de la Constitution de 1958 a un caractère technique qui suppose que le principe de la supériorité du traité sur la loi soit confié à la garde du juge.

Une autre solution que celle qui l'a emporté était possible. Au fond, elle a été moins écartée par le raisonnement que par une

1, note Mathiot, D. 1953,  
 de Vabres, note Waline,

note de M. Waline qui

ie, A.J. 1966, 167, concl.

(22) C.E. 1<sup>er</sup> mars 1968, Syndicat général des fabricants de semoule, A.J. 1968, 235, concl. M<sup>me</sup> Questiaux.

sorte de présomption selon laquelle les textes constitutionnels ne peuvent, sauf de façon expresse et impérative changer l'ordre administratif. De même qu'en droit anglais les dérogations de la statute-law à la common-law doivent résulter d'une volonté expresse et clairement affirmée, de même dans la jurisprudence que nous évoquons, le droit constitutionnel ne déroge au droit administratif ou ne le modifie que s'il existe pour le juge une invincible contrainte née d'une manifestation impérative de volonté.

Bien que l'on puisse donner d'autres exemples de cette sorte de défiance du juge administratif envers des changements du droit administratif qui seraient induits des variations politiques, il faut cependant observer que, sur certains points, elle ne s'est pas manifestée. Nous sommes ainsi préservés d'un jugement sommaire qui taxerait tout simplement le Conseil d'Etat de conservatisme.

Sans rien abdiquer de sa vigilance à l'égard des empiètements du gouvernement sur le domaine législatif, la jurisprudence administrative a fait droit à la nouvelle organisation des rapports de la loi et du règlement et a résolu, généralement à son profit, les divergences qui, sur des points non essentiels, l'ont opposée au Conseil constitutionnel. Sur un point même, celui de la compétence de l'autorité réglementaire en matière de peines privatives de liberté, elle a donné de l'article 34 de la Constitution une interprétation moins fidèle à la tradition que celle du Conseil constitutionnel, manifestée, il est vrai après quinze ans d'application du texte de 1958 (23).

Il faudrait surtout relever le sort fait par le Conseil d'Etat aux dispositions du Préambule de 1946. Il existait d'assez plausibles raisons de voir dans celes-ci des déclarations de principe auxquelles seule des prescriptions législatives appropriées donneraient force de droit positif. Pourtant, à propos du droit de grève (24), la Haute Assemblée donnait dès 1950 à la reconnaissance du droit de grève une portée considérable. Par la suite, sous l'invocation des principes généraux, d'autres pièces du Préambule recevaient valeur de droit positif (25).

On aurait donc tort de tenir le juge administratif pour si obstinément attaché aux solutions reçues qu'il ne s'incline que devant la contrainte de textes dont ni la portée ni la teneur ne prêtent à équivoque. Mais au fond, son préjugé — favorable ou défavorable — aux innovations constitutionnelles procède de considérations empruntées essentiellement à ce qu'il estime, du point de vue de sa politique jurisprudentielle, désirable ou moins désirable. Il n'est pas aller-

(23) C.E. 12 février 1960, Sté EKY, S. 1960, 3, 131, concl. Kahn, D. 1960, 264, note L'Huillier, J.C.P. 1960, II, 11-29 bis, note Vedel. Par un motif d'ailleurs surabondant, le Conseil constitutionnel, dans une décision du 28 novembre 1973, a adopté une position nouvelle contraire à celle de cet arrêt. Mais le Conseil d'Etat, en formation consultative il est vrai, a maintenu la doctrine de l'arrêt EKY dans une note en date du 17 janvier 1974.

(24) C.E. 7 juillet 1950, Dehaene, R.D.P. 1950, 691, concl. Gazier, note Waline, S. 1950, 3, 109, note J.D.V., D. 1950, 538, note Gervais, Grands arrêts n° 79.

(25) Cf. J. Georgel, Aspects du Préambule de la Constitution de 1958, R.D.P., 1960, p. 85 et ss. et particulièrement pp. 96-100.

gique, si l'on peut s' du droit constitution s'ités d'évolution du le cas, il adoptera, a logique juridique, ur ment ».

Ainsi, c'est en tri administratif qui, er tutionnel, ont assure rupture. On a essay agi à deux niveaux : ces des innovations auraient pu porter : agents à l'égard des dination à la loi et par des interprétatic changements constit auxquels étaient atta d'Etat jugeait satisfi

Il est clair, com n'a pu être atteint q n'ont jamais pris de nelles du droit adn cipe de séparation e administrative. Mai droit administratif e la discontinuité cons que cette discontin l'image du Conseil d'une institution q régimes politiques e solidité au milieu d tution administrati enracinée que ses C que du changement des Conflits et au C sur tel ou tel point, que la nouveauté d

A quarante ans c du jeune professeur des traités de droit de son ouvrage (26) administratif regard et loin.

(26) M. Waline, Mar

gique, si l'on peut s'exprimer ainsi, aux solutions nouvelles dérivées du droit constitutionnel, mais il aime qu'elles rencontrent des nécessités d'évolution du droit administratif qu'il ressent lui-même. Selon le cas, il adoptera, avec cette liberté que laisse assez souvent la pure logique juridique, une axiématique de « résistance » ou de « mouvement ».

\*\*

Ainsi, c'est en très grande partie le juge des conflits et le juge administratif qui, en face de la discontinuité de notre droit constitutionnel, ont assuré au droit administratif un développement sans rupture. On a essayé de montrer comment leur jurisprudence avait agi à deux niveaux : d'abord pour couper court à toutes les incidences des innovations constitutionnelles ou para-constitutionnelles qui auraient pu porter atteinte à l'indépendance de l'exécutif et de ses agents à l'égard des tribunaux judiciaires ou, au contraire, à sa subordination à la loi et au juge administratif ; ensuite pour modérer, par des interprétations restrictives, les effets qu'auraient pu avoir les changements constitutionnels sur des points moins importants mais auxquels étaient attachées des solutions traditionnelles que le Conseil d'Etat jugeait satisfaisantes.

Il est clair, comme on le disait en commençant, que ce résultat n'a pu être atteint que parce que les Constituants qui se sont succédé n'ont jamais pris de textes reniant directement les bases constitutionnelles du droit administratif telles qu'elles étaient issues du principe de séparation et de la mise en œuvre d'une justice proprement administrative. Mais il fallait d'autres conditions pour que notre droit administratif soit préservé des ruptures que pouvait provoquer la discontinuité constitutionnelle. La plus importante était sans doute que cette discontinuité, loin de porter atteinte à la fonction et à l'image du Conseil d'Etat, fasse ressortir avec plus d'éclat l'autorité d'une institution qui demeurerait inébranlable et voyait passer les régimes politiques et les modes constitutionnelles comme un roc de solidité au milieu des tourbillons du changement. Ainsi, la « Constitution administrative » de la France paraît autrement certaine et enracinée que ses Constitutions politiques. A moins d'être un maniaque du changement, il faut donc rendre hommage à la juridiction des Conflits et au Conseil d'Etat qui ont permis ce résultat, même si sur tel ou tel point, on regrette de les avoir vu refuser une évolution que la nouveauté d'un texte constitutionnel paraissait permettre.

A quarante ans de distance, on mesure mieux ainsi la perspicacité du jeune professeur qui bouleversait l'ordonnancement traditionnel des traités de droit administratif en consacrant les premières pages de son ouvrage (26) qui allait lui-même devenir classique, au juge administratif regardé comme « source du droit ». C'était voir juste et loin.

(26) M. Waline, *Manuel de droit administratif*, 1<sup>re</sup> édition, Paris, 1936.

es constitutionnels ne  
changer l'ordre admi-  
nistratif de la statute-  
ment expresse et  
vidence que nous évo-  
nit administratif ou ne  
incible contrainte née

bles de cette sorte de  
angements du droit  
ns politiques, il faut  
le ne s'est pas mani-  
ement sommaire qui  
onservatisme.

des empiètements du  
prudence administra-  
rappports de la loi et  
rofit, les divergences  
ie au Conseil consti-  
pétence de l'autorité  
s de liberté, elle a  
interprétation moins  
utionnel, manifestée,  
e de 1958 (23).

Conseil d'Etat aux  
t d'assez plausibles  
principe auxquelles  
donneraient force  
grève (24), la Haute  
du droit de grève  
cation des principes  
ent valeur de droit

atif pour si obstiné-  
line que devant la  
neur ne prêtent à  
e ou défavorable —  
sidérations emprun-  
vue de sa politique  
Il n'est pas aller-

cl. Kahn, D. 1960, 264,  
ur un motif d'ailleurs  
du 28 novembre 1973,  
arrêt. Mais le Conseil  
la doctrine de l'arrêt

. Gazier, note Waline,  
inds arrêts n° 79.  
tution de 1958, R.D.P.,