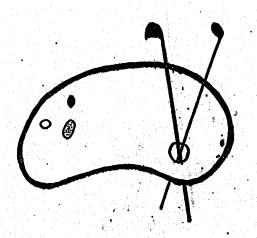


Couverture Inférieure manquante



DEBUT D'UNE SERIE DE DOCUMENTS EN COULEUR





DU

2082/10

# DROTT ADMINISTRATIF



PAR

#### GASTON JEZE

CHARGE DES COURS DE DROIT PUBLIC
CHARGE DES COURS DE DROIT ADMINISTRATIF
A LA FACULTE DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE LIL



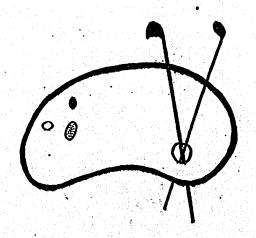
### BERGER-LEVRAULT ET C', EDITEURS

PARIS
5, RUE DES BRAUX-ABTS

NANCY

18, RUE DES GLACIS

1904



FIN D'UNE SERIE DE DOCUMENTS EN COULEUR

LES PRINCIPES GÉNÉRAUX

DROIT ADMINISTRATIF

## LES PRINCIPES GÉNÉRAUX

DU

# DROIT ADMINISTRATIF



PAR

#### GASTON JÈZE

PROFESSEUR AGRÉGÉ DE DROIT PUBLIC CHARGÉ DES COURS DE DROIT ADMINISTRATIF L LA FAGULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE LILLI



BERGER-LEVRAULT ET C', ÉDITEURS

PARIS

5, RUE DES BRAUX-ARTS

NANCY

18, RUE DES GLACIS

1904

### LES PRINCIPES GÉNÉRAUX

DÙ \*

### DROIT ADMINISTRATIF

#### INTRODUCTION

Qu'est-ce que l'État? — L'État, dit-on, commande. D'où lui vient son pouvoir de commander et jusqu'où s'étend-il? — L'État fait des contrats avec les particuliers et ces contrats sont obligatoires pour lui. Comment se fait-il que l'État, puissance commandante, soit tenu de respecter ses engagements? — L'État juge. En quoi consiste au juste ce pouvoir de juger et d'où lui vient-il? — Pour accomplir les tâches qu'il assume tous les jours plus nombreuses, l'État a une foule d'agents. Quelle est la situation juridique de ces agents? Quelle est la nature juridique de leurs pouvoirs, de leurs obligations? — De même, l'État a des biens affectés directement ou indirectement à la réalisation des buts qu'il poursuit. Quelle est la nature juridique du patrimoine de l'État?

Voilà les problèmes d'ordre général qui se posent au seuil de la science du droit public et que doit nécessairement résoudre le jurisconsulte qui étudie le droit administratif. La vie sociale fournit des saits multiples; avec ces matériaux, le juriste doit saire une construction juridique assez souple pour embrasser et expliquer tous les saits sociaux. La science du droit public — celle du droit administratif en particulier — n'est pas autre chose que l'étude des règles auxquelles obéissent les manisestations de l'activité de l'État.

En Allemagne, le travail de synthèse des fait sociaux fait, depuis longtemps, l'objet de recherches patientes et minutiouses. Les légistes d'outre-Rhin ont mis au jour des théories plus ou moins acceptables, mais fort intéressantes, en tout cas indispensables à connaître, car elles sont éminemment suggestives.

En France, le travail est moins avancé; les questions fondamentules du droit public sont restées pendant de longues années à peu près complètement indifférentes aux théoriciens du droit administratif. Quelque pénible qu'en soit l'aveu, il faut reconnaître que le principal souci des auteurs et professeurs français, qui se sont occupés du droit administratif jusque vers la fin du xix siècle, fut de colliger des textes sans chercher les idées maîtresses qui inspiraient tous les règlements. Ils se préoccupèrent d'exposer les solutions pratiques sans en faire la théorie d'ensemble, la synthèse. Les intelligences déformées par l'étude, à peu près exclusivement exégétique, du droit romain et du droit civil, appliquèrent cette méthode déprimante à toutes les branches du droit, et, pour son malheur, au droit administratif.

Tel sut l'esprit qui présida à la rédaction des ouvrages informes que nous connaissons tous; ces ouvrages ont bien pu rendre des services aux praticiens, qui les consultaient comme des dictionnaires; ils ont fait légitimement le désespoir de nombreuses générations d'étudiants. C'est par la qu'il faut expliquer le fait, si fréquent autresois, de la désertion des cours de droit administratif par la masse des étudiants et le dédain de ceux-ci pour cette branche du droit, qui leur apparaissait comme la matière la plus indigeste et la plus insupportable des programmes. Par là il faut aussi expliquer la triste renommée — autresois si justement méritée d'ailleurs qu'avait le droit administratif d'être une pure affaire de mémoire, indigne des méditations d'une intelligence sérieuse et appliquée! Ainsi, l'on arrivait à cette conclusion paradoxale que l'étude de l'organisation de l'État et des manifestations de son activité, c'esth-dire l'étude du fonctionnement de la société même, était mortellement ennuyeuse! L'étude du constit et du règlement des intérêts sociaux, avec les passions politiques et les préjugés de classe qui s'y attachent, voilà ce que sérieusement l'on déclarait indigne de l'attention des jurisconsultes. Et c'était pour les questions de mur mitoyen, de nullité de mariage, de régime matrimonial, de donations, de privilèges, d'hypothèques, que les cerveaux d'élite réservaient leurs efforts!

Les temps sont bien changes. Des hommes nouveaux ont surgi

avec des méthodes nouvelles. Ils ont vite fait de balayer le fatras incohérent dans lequel se complaisaient leurs devanciers. Grace à eux, par la parole, par la plume, s'est dessiné un mouvement qui a donné aux études de droit public la place qui leur revient. Je ne dirai point que la fin du xix<sup>e</sup> siècle marque la renaissance des études de droit public interne. On peut affirmer, sans exagération aucune, qu'elle est la fin de la période chaotique.

Aujourd'hui, des mattres nombreux, dans leurs livres, dans leur chaire, arrêtent l'attention des jurisconsultes dignes de ce nom. Honneur aux ouvriers de cette rude tâche l C'est grâce à ces magistrats ou à ces professeurs que le droit administratif a revêtu un aspect nouveau, est apparu avec son caractère véritable, celui de science sociale, et a été étudié avec les méthodes scientifiques. On ne prend plus « pour du droit des dispositions de réglementation plus ou moins développées, des énumérations de règles et d'exceptions, des controverses de textes et autres survivances de la scolastique \* ». Déscrinais, le droit administratif n'est plus la matière rebutante d'actrefois; aujourd'hui, les étudiants se pressent dans les amphithéauces autrefois déserts. Voilà la révolution qui s'est accomplie en France dans ces dernières années.

Comme il fallait s'y attendre, le droit public interne, à peine sorti de la phase chaotique, est dans une période de transition. Les juristes sont encore à chercher des constructions satisfaisantes. Leurs procédés sont bien différents.

Les uns se préoccupent ayant tout d'élever des édifices élégants, a artistes »; la fiction est leur procédé favori; les comparaisons sont fréquentes; chez eux, les images abondent. a Les choses se passent comme si... », telle est la formule favorite. Les faits doivent entrer dans les catégories établies. Ces juristes sont les doctrinaires du droit administratif.

D'autres cherchent la construction qui explique, sans les forcer, tous les faits sociaux. La méthode d'observation est leur procédé favori. De l'observation attentive des faits, ils essaient de dégager des idées générales; les conséquences qu'ils en tirent sont ensuite soigneusement rapprochées des faits et minutieusement contrôlées.

<sup>1.</sup> Larmande, Préface au Gours de théorie générale du droit de Korkounov, trad. fr. de J. Tchernoff, Paris, 1903, p. 12.

Le résultat de ce rapprochement sera soit la confirmation de l'idée générale, soit sa modification. En aucun cas, les faits ne seront torturés en vue de les introduire de gré ou de force dans les cadres préfixés d'un système a priori!

La méthode expérimentale aboutit à des constructions juridiques très satisfaisantes. Je me propose, dans les pages qui suivent, de passer en revue les principaux problèmes du droit administraţif et d'indiquer les solutions juridiques auxquelles conduit la stricte méthode d'observation 2.

1. Au premier rang des jurisconsultes de cette dernière école, que l'on peut appeler « l'école positiviste, l'école des faits », se place l'éminent professeur de Droit constitutionnel et public à l'Université de Bordeaux, Léon Duguit. Dans deux volumes qui ont fait sensation et dont l'influence sera profonde sur les jurisconsultes qui s'occupent de droit public, sont étudiés et résolus, d'après la méthode d'observation, les problèmes fondamentaux du droit administratif que nous avons signalés au début de cet essai. Les deux livres ont pour titre : le tome le, L'État, le droit objectif et la loi positive ; le tome 11, L'État, les qouvernants et les agents.

On ne saurait trop rendre hommage à la conscience et à la bonne foi scientissque qui ont inspiré la rédaction de ces deux ouvrages. Il saut aussi admirer l'effort immense que témoignent les développements consacrés par L. Duquit à l'exposé des doctrines allemandes. S'il m'était permis de formuler une observation, je demanderais à mon excellent maître pourquoi il s'est presque exclusivement cantonne dans les doctrines allemandes, pourquoi il n'a pas davantage mis à contribution les ouvrages de langue anglaise. Serait-ce parce qu'il trouvait surtout chez les écrivains d'outre-Rhin les théories décevantes qu'il voulait ruiner? - Je sais bien qu'on a fait aux auteurs anglais ou américains la réputation de dédaigner les théories. Le reproche est fondé si l'on veut dire que les Anglo-Saxons répugnent aux constructions nébulo-métaphysiques, que l'esprit anglo-saxon ne se plait point à ces jeux de l'esprit ou tel professeur germanique contemporain brille au premier rang. Mais c'est une erreur de croire qu'il n'existe pas, en Amérique et en Angleterre, des publicistes capables de synthèses juridiques. Le professeur Woodrow Wilson de l'Université de Princeton aux États-Unis (\*), les professeurs sir W. It. Anson et A. V. Dicey de All Souls College à Oxford (b), le professeur américain Goodnow, de Columbia College à New-York (\*) - pour ne parler que des plus connus cussent fourni à M. Duquit des informations théoriques d'importance non négligeable. Cela l'eut consirmé dans ses solutions; par là eut été mis en lumière ce fait - qui me semble incontestable - que les juristes français, épris de clarté et de vérité, ont plus d'affinités avec les jurisconsultes anglo-saxons, adeptes fervents du positivisme juridique et partisans convaincus de la méthode expérimentale, qu'avec les légistes d'outre-Rhin, pour qui toute question prend une allure métaphysique et auxquels p'aisent les méthodes a priori.

a. Cette étude a pour base les deux livres de L. Duquit sur l'État, op. cit., 1901-1903.

<sup>· (4)</sup> L'État, édition fr. de la collection Boucard et Jèze, Paris 1902. 2 vol.

<sup>(</sup>b) Loi et pratique constitutionnelles de l'Angleterre (édit. fr. de la collect. Boucard et Jèze), Paris, 1903.

<sup>(</sup>c) Comparative administrative law, New-York, 2 vol., 1897.

#### CHAPITRE Ier

#### LA NGTION DE L'ÉTAT. QU'EST-CE QUE L'ÉTAT?

Section I. — Théories allemandes et françaises sur la personnalité de l'État.

L'opinion générale, dominante en Allemagne i et aussi en France 2, voit dans l'État une personne. Cette personne serait le sujet et le support de l'autorité publique. Elle aurait une volonté propre, dont le caractère essentiel serait d'être une volonté souveraine s'impol'sant aux volontés des simples particuliers.

Tous les juristes, d'ailleurs, n'entendent pas de la même manière cette personnalité de l'État.

En France, beaucoup de publicistes voient dans l'État un sujet artificiel de droits, suppléant fictivement à l'absence d'un sujet réel. Cette fiction est nécessaire, disent-ils, pour mettre d'accord les faits et les principes juridiques. S'il est un axiome juridique bien certain, déclarent-ils, c'est qu'il ne peut pas y avoir de droits sans un sujet de droits. Seul, l'individu a, naturellement, la personnalité. Mais c'est un fait incontestable qu'il existe des patrimoines pour lesquels on ne peut pas montrer des individus jouant le rôle de sujets de droits. C'est ainsi qu'il y a un domaine de l'État, de la commune, etc. Ces biens n'ont pas pour titulaires des individus. Ces patrimoines existeraient donc sans sujet! Pour qu'il n'y ait pas de biens sans sujet, afin que soit respecté l'axiome juridique qu'il ne peut exister de droits sans sujet, on imagine la fiction de la per-

<sup>1.</sup> Laband, Droit public de l'Empire allemand, édit. fr. (coll. Boicard et Jèze), t. 1, p. 153 et s.; Gierke, Die Genossenschafts-Theorie und die deutsche Rechtssprechung, 1887; Jellinck, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1892, Allgemeine Staatslehre, 1900; Bluntschli, Théorie générale de l'État (trad. Riedmatten), 2º éd. 1881, p. 18; Otto Mayer, Le Droit administratif allemand (éd. fr. de la coll. Boucard et Jèze).

<sup>2.</sup> Michoud, La Notion de la personnalité morale (Revue du Droit public, 1899); Salcilles, Annales de droit commercial, 1895; Hauriou, Précis du droit administratif, 5° édit.; A. Mestre, Les Personnes morales et le problème de la responsabilité pénale, Thèse, Paris, 1899, p. 148 ( s.; Esmein, Droit constitutionnel, 3° édit.; etc.

sonnalité de l'État. Grace à cette fiction, cet ensemble de biens qui n'ont pas des individus pour sujets est supposé avoir un titulaire. Ce titulaire, c'est la personne État. Bien entendu, il y a des individus qui ont la mission de vouloir pour la personne État. C'est ce qu'on appelle les représentants de l'État.

Cette thèse est manifestement inadmissible. Elle n'a aucune valeur scientifique. Elle veut mettre d'accord les faits avec un principe juridique; ce sont les principes juridiques qui doivent être mis d'accord avec les faits. Combien, d'ailleurs, l'explication est insuffisante! Dire que l'État est une création de droit, une fiction, une abstraction, ce n'est pas dire ce qu'est réellement l'État: nous ne voulons pas savoir pourquoi les jurisconsultes ont imaginé la fiction de la personnalité de l'État; nous cherchons ce qu'est réellement l'État.

Ces objections décisives ont été faites en France et en Allemagne par beaucoup de publicistes. Ils ont cru y échapper en affirmant la réalité de la personnalité de l'État. L'État n'est pas un être abstrait, fictif, une création du droit; c'est, en toute vérité, un être réel. Comment admettre qu'une fiction puisse mouvoir et maîtriser tant de réalités! Comment admettre que c'est une fiction qui perçoit les impôts, qui déclare et fait la guerre!

D'ailleurs, les partisans de la réalité de la personnalité de l'État se divisent sur la nature même de cette réalité: les uns, comme Gierke, voient dans l'État un être vivant, ayant sans doute une nature particulière, mais dont l'existence matérielle est certaine. C'est la théorie de l'organicisme. Dans cette conception, les individus, qui ont la mission de vouloir pour la personne réelle État, sont non pas des représentants, mais des organes, — des organes à la façon des organes de l'individu, à la manière du cerveau, des bras, des jambes de l'individu. La volonté de cet organe n'est pas une volonté particulière, individuelle, supposée la volonté de l'État; comme celle du mandataire est supposée être celle du mandant; la volonté de l'organe, c'est la volonté même de l'État!; groupement et

<sup>1.</sup> Tel est le sens des fameuses formules de Jellinek. « Derrière le représentant, il y a une autre personne; derrière l'organe, il n'y a rien. » « L'État ne peut exister qu'au moyen de ses organes; si on supprime par la pensée les organes, il ne reste point l'État support de ces organes, mais un néant juridique. » (System der subjektiven offentilichen Rechte, p. 20; Allgemeine Staatslehre, p. 512.)

organe ne s'oppose pas comme deux éléments autonomes ; l'organe est partie intégrante de l'unité.

En France, les principaux représentants de la théorie de la personnalité réelle de l'État, Hauriou, Michoud, n'acceptent pas cette thèse; ils voient bien dans l'État un être réel; mais c'est un être doué d'une existence immatérielle, c'est une « réalité concrète quoiqu'en partie psychique », un être dont l'existence « n'est pas physique, mais qui n'est pas fictive ». Pour ces auteurs, les individus qui ont la mission de vouloir pour l'État ne sont pas des organes au sens de la théorie allemande; il ne faut pas, disent-ils, exclure, comme le font les Allemands, l'idée de représentation. Hauriou, en particulier, s'attache à l'idée de représentation!. « La personne morale n'avant point d'existence physique ne peut agir que par représentants. » Voici, d'après Hauriou, comment les choses se passent. Les corps et communautés ont d'abord une individualité de fait; mais, en outre, il se dégage, à l'intérieur de cette individualité, une sorte d'esprit commun dû à une certaine unanimité d'idées qui s'établit entre tous les individus participant à l'œuvre commune. C'est grace à cet esprit commun que s'établit la possibilité d'une représentation juridique. Il est facile de voir, en effet, que si certains membres de la communauté sont désignés par les autres pour exercer les droits corporatifs, ils auront puisé la substance de leur mandat dans l'esprit commun de la corporation dont les inspirations se traduiront dans leurs consciences en décisions réfléchies.

Ces théories sur la réalité de la personnalité de l'État ne sont pas plus acceptables que la théorie de la fiction. En vérité, elles n'expliquent rien du tout. Au lieu d'affirmer avec conviction la réalité de la personnalité de l'État, mieux vaudrait en faire la démonstration. C'est ce qu'a très finement fait observer Berthélemy: « Dire que toute association, dès qu'elle est constituée, est un être réel, c'est proclamer l'évidence, si, par le mot être, on veut désigner simplement une chose qui existe. » Évidemment, l'État existe, l'État est une réalité; mais ce que nous cherchons, c'est la nature de cette réalité. Cette question, on la résout par une affirmation. « C'est une pétition de principe, dit fort justement Berthélemy, si on veut entendre par ce mot « être » un individu distinct des membres de

<sup>1.</sup> Op. cit., 50 edit., p. 89, note 1.

l'association et occupant, au point de vue du droit, la même place que les personnes naturelles. » Et le même auteur écarte très spirituellement la théorie de la réalité de la personnalité des associations. « Nous sommes dix associés, dit-il; les partisans de la personnalité voient ici onze personnes; savoir, nous dix, pris séparément et la collectivité formée par notre association! Voici donc dix individus qui forment onze personnes juridiques! »

Ge n'est pas tout. Dans toutes ces théories sur la personnalité de l'État, on n'explique pas pourquoi cette prétendue personne collective — dont la volonté a, dit-on, pour caractèré essentiel d'être une volonté commandante — possède le droit de commander. On affirme bien qu'une volonté collective doit avoir plus de force qu'une volonté individuelle. On ne justifie pas, on ne légitime pas cette plus grande force. Il y a pourtant la un problème d'ordre capital. Comment se justifie le pouvoir de commander, d'imposer aux individus par la force brutale certains agissements ou certaines abstentions? Nos auteurs restent muets sur cette question.

Plus insuffisantes encore sont leurs théories lorsqu'il s'agit d'expliquer deux faits certains: 1° Comment se fait-il que le droit de commander de l'État ait des limites qu'il est tenu de respecter? S'il est souverain, il ne doit pas avoir de limite infranchissable? 2° Comment se fait-il que, dans tous les pays civilisés, l'État soit juridiquement obligé d'observer les contrats qu'il a passés avec les individus? Si sa volonté est véritablement commandante et souveraine, elle n'a pas d'obstacle juridique.

Pour écarter ces objections, les explications varient. Nous rencontrons d'abord la fameuse théorie des droits naturels et individuels. Par le fait même de sa naissance et de sa vie, dit-on gravement, l'homme est investi de certains pouvoirs effectifs qu'on appelle des droits. Ces droits se fixent, en vertu d'une force supérieure et transcendante, sur la tête de chaque individu en vertu de sa qualité d'homme. C'est la liberté individuelle avec toutes ses conséquences : liberté d'aller et de venir, liberté d'exprimer sa pensée par la parole ou par l'écriture, liberté de manifester ses croyances religieuses, propriété. Ces droits sont naturels, en ce sens qu'ils sont antérieurs et supérieurs à toute société; l'homme, conçu à l'état d'isolement absolu, sans aucune espèce de relation avec ses semblables, a cu et aura toujours ces droits. Lorsque l'homme se met en société, les

droits de chacun doivent nécessairement être limités dans la mesure où cela est indispensable par la protection des droits de tous. Mais ces droits naturels subsistent, quoique limités. Il suit de là deux choses. D'abord, l'État doit s'arrêter devant les droits naturels, parce qu'ils lui sont antérieurs. Voilà justement pourquoi la volonté souveraine de l'État rencontre des limites juridiques. Ces limites juridiques ont pour fondement l'existence des droits naturels individuels. En second lieu, l'État est tenu juridiquement de respecter les contrats passés avec un particulier, parce que l'État se trouve, quant à ces droits naturels et individuels, non pas le supérieur, mais l'égal des individus. Sa volonté n'étant plus ici souveraine, l'État n'est pas juridiquement libre de ne pas observer le contrat.

Tout ceci est parfaitement déduit. Il n'y a qu'un malheur, c'est que la thèse des droits naturels n'a aucune base scientisique. C'est une création de l'esprit. Est-il besoin d'insister longuement sur la fragilité de cette création? S'il est une thèse dont la science moderne ait fait justice complète, c'est bien la thèse de l'homme naturel et isolé et du contrat social cher à Rousseau. S'il est un point bien démontré par les travaux des historiens, c'est que la société n'est pas un sait secondaire et volontaire; la société est un fait primaire et spontané!. Comme nous cherchons des théories scientisquement construites et non des conceptions de réveurs et de poètes, nous écartons l'explication des droits naturels dont la base s'écroule si lamentablement. Sur ce point, on est à peu près d'accord. Il saut trouver autre chose.

Un professeur allemand, Jellinek — dont les idées ont eu, en général, plus de succès en France que de l'autre côté du Rhin, — a proposé, pour écarter nos objections, une explication bien commode. L'État, dit-il, fixe lui-même les limites au delà desquelles il déclare qu'il n'ira pas. Dès lors, tout devient simple. Si la volonté toute-puissante de l'État a des limites, c'est parce que l'État a établi ces limites. Si l'État est tenu de respecter les contrats qu'il fait avec les particuliers, c'est parce que, pouvant fixer des limites à sa toute-puissance, il peut reconnaître un droit à l'individu et qu'ayant

<sup>1.</sup> Cfr. sur cette démonstration, Korkounov, Théorie générale du droit, trad. fr. Tchernoff, p. 280 et s.

reconnu ce droit, il se trouve alors obligé de le respecter. Voila pourquoi l'État doit respecter les contrats passés avec les individus.

A parler franchement, il me paratt difficile de voir la autre chose que des formules pratiquement vides de sens! Si l'État fixe luimême les limites, il est évident qu'il n'y a pas de garantie sérieuse qu'il ne les franchira pas. Cela ressemble fort aux serments solennels que se sont gravement certains individus à eux-mêmes. S'il en \* est ainsi pour l'État, quelle est la vertu juridique de la barrière opposée au caprice de l'État? Ce qu'il a fait, il peut le défaire. Que signifie cette force obligatoire des contrats de l'État? Qui l'empêche, si l'État en veut reculer et modifier les limites, de se dégager de ses obligations? Dira-t-on que l'État est absolument lié par ces limites? C'est alors abandonner l'idée essentielle de tout le système de la personnalité de l'État. N'a-t-on pas affirmé que le propre de la volonté de l'État est son caractère de volonté toute-puissante, de volonté incontrôlable. Si telle est l'essence même de la volonté de l'État, on ne peut pas dire que l'État est obligé absolument par les limites qu'il a posées. Il y a une contradiction dans les termes.

Très rares, il est vrai, sont en Allemagne, ceux qui ont suivi Jellinek dans cette explication verbale; la théorie de l'autolimitation n'a guère de partisans. Plus généralement, — et c'est aussi la théorie ordinairement adoptée en France, — on préfère considérer l'État comme investi d'une double personnalité 1, ou d'une personnalité unique mais à double face 2. Par la, on explique, sinon l'existence des limitations à la volonté toute-puissante de l'État 3, du moins le caractère obligatoire pour l'État des contrats qu'il a passée avec les individus.

L'État, dit-on, a une personnalité de droit public; c'est en cette qualité qu'il commande. L'État a, en outre, une personnalité de droit privé; il n'est alors que l'égal des individus; c'est de cette personnalité qu'il se sert lorsqu'il contracte, et c'est parce qu'il n'est alors que l'égal des individus que, comme les individus, il est lié juridiquement par ses contrats.

Voila qui est très clair et très simple ! L'État est un, mais double.

<sup>1.</sup> Laband, op. cit.

<sup>2.</sup> Hauriou, Precis de Droit administ., 5º édit., p. 195. Cfr. Michoud, op. cit.

<sup>3.</sup> Hauriou, op. cit., 5e édit., p. 7 et 8, propose une théorie nouvelle de l'autolimitation.

Sa volonté est à la fois souveraine et non souveraine, supérieure à celle des individus et son égale! Quel est donc ce mystère? Sur quels faits s'appuie-t-on pour en faire la démonstration? Il faudrait, semble-t-il, choisir une bonne fois. La volonté de l'État est-elle souveraine ou non souveraine? Qu'on se décide! Si elle est souveraine, comme on l'affirme avec conviction, pourquoi est-elle liée? Si elle n'est pas souveraine; d'où lui vient son pouvoir de commander?

Mais à quoi bon ces dilemmes? Il faut repousser, comme jeux de l'esprit sans fondement scientifique, ces explications sans preuves. Jusqu'à ce qu'on nous ait dit sur quels faits l'on s'appuie pour soutenir cette double personnalité de l'État ou cette personnalité unique, mais à double face, nous refusons de voir là autre chose que des conceptions curieuses, des systèmes a priori, des explications purement verbales.

Il ne suffit pas de démolir. Il faut, à notre tour, construire et donner des solutions. Voici celles auxquelles conduit la méthode d'observation.

### Section II. - La notion de l'État d'après la méthode d'observation.

« L'État n'est pas une personne juridique; l'État n'est pas une personne souveraine. L'État est le produit historique d'une différenciation sociale entre les forts et les faibles dans une société donnée. » Les collectivités qu'on qualifie d'État se caractérisent par ce fait qu'il y a chez elles une différenciation marquée et durable entre les forts et les faibles. « Distinction entre les gouvernants, détenteurs d'une plus grande force, et les gouvernés, soumis à cette force, voilà l'État '. » Les uns et les autres, plus forts et plus faibles, gou-

<sup>1.</sup> Duguit, L'État, op. cit. passim. Cfr. la formule de Anson, Loi et pratique constitutionnelles de l'Angleterre, édit. française, t. I, p. 3 et s.: « Dès que nous trouvons une communauté confiant à l'un de ses membres ou à un corps composé de quelques-uns de ses membres la tâche de maintenir et de faire observer ses coutumes, nous pouvons dire que nous sommes en présence d'un État commençant. » (P. 6.) — Cfr. aussi Woodrow Wilson, L'État, éd. fr., t. II; p. 344, nº 1387; « La caractéristique essentielle de tout gouvernement, quelle que soit sa forme, est l'autorité. Dans chaque cas, il y s, d'un côté, ceux qui gouvernent, de l'autre, ceux qui sont gouvernés. Et l'autorité de ceux qui gouvernent, directement ou indirectement, repose toujours, finalement, sur la force, » — Cfr. Korkounov, Théorie générale du Droit, op. cil., p. 365 et s., et surtout p. 375 et s.

vernants et gouvernés, sont des individus. De personne distincte des individus, supérieure, supra-humaine, les faits n'en montrent pas; il n'y en a pas.

Cette force plus grande des gouvernants se présente sous les aspects les plus divers; « tantôt elle a été une force purement matérielle, tantôt une force morale et religieuse, tantôt une force intellectuelle, tantôt (et cela bien souvent) une force économique. Enfin, cette plus grande force a été souvent et aujourd'hui est surfout la force du nombre 1. » Voilà les gouvernants. Comment et pourquoi la plus grande force des gouvernants revêt-elle, à un moment donné, dans un pays donné, fel ou tel aspect? Pourquoi est-ce un individu qui gouverne, un petit groupe ou le plus grand nombre? Il y a là un problème d'ordre historique dont l'évolution est fort difficile à suivre, mais dont on a pu tracer les grandes lignes 2. Contentons-nous ici de constater le fait de l'existence de cette plus grande force sous les vêtements différents qui la couvrent.

Cette plus grande force n'a, par elle-même, aucune légitimité. « Le pouvoir politique, quelle que soit sa forme, n'est jamais légitime par son origine. Monarchie, aristocratie, démocratie, royauté, république, ces dissérentes sormes du pouvoir politique ne sont que' le produit de l'évolution, et n'ont pas plus l'une que l'autre, en elles-mêmes, le caractère d'un gouvernement légitime; elles sont la traduction en un langage conventionnel de ce sait qu'un seul, quelques-uns ou une majorité sont plus forts que les autres 3. » Bien entendu, on a essayé de légitimer cette plus grande force. Les explications présentées n'ont aucune valeur. « Souvent les gouvernants se sont présentés sur la terre comme les délégués d'une puissance divine: ils n'expriment pas leur propre volonté, mais une volonté supérieure dont ils ne sont que les organes. L'idée théocratique a eu une grande vogue aux époques et dans les pays de foi prosonde; elle a été un moyen commode pour justisser toutes les tyrannies. Mais aux époques de tiédeur religieuse comme la nôtre. elle devenait insuffisante. De plus, pour tout esprit positif, elle n'était guere soutenable. On a imaginé alors la fiction de la volonté nationale: le chef qui commande, roi, empereur, protecteur, pre-

<sup>1.</sup> Duguit, L'Etat, op. cit., t. 1, p. 243.

<sup>2.</sup> ld., p. 245 et s.

<sup>3,</sup> Id., p. 255 et s.

sident, les chess qui délibèrent ou ordonnent, majorité d'un parlement ou d'une assemblée du peuple, ne sont que les organes de la volonté collective de la société à laquelle ils commandent. On a fait de sanglantes révolutions pour faire triompher cette idée. Elle est aussi décevante que l'idée théocratique. Le droit divin du peuple n'a pas plus de réalité que le droit divin des rois 1. » On n'a jamais démontré l'existence de cette volonté sociale. C'est un dogme puisqu'on l'affirme a priori et qu'on veut l'imposer à la croyance de tous. On n'a jamais vu les manisestations de cette volonté du peuple. Ce que l'on voit, ce sont « les actes volontaires d'un certain nombre d'individus qui, quelque nombreux qu'ils soient, ne sont que des individus.... Droit divin, volonté sociale, souveraineté nationale, autant de mots sans valeur, autant de sophismes dont les gouvernants veulent leurrer leurs sujets et se leurrent souvent eux-mêmes 2: »

Le pouvoir politique, en aucun cas, n'est donc légitime par son origine. Ne peut-il jamais devenir légitime? Le pouvoir politique peut devenir légitime par son exercice. La volonté des gouvernants est légitime, la force mise au service de cette volonté se justifie toutes les fois que les gouvernants veulent réaliser le droit; la force n'est légitime qu'autant qu'elle est au service du droit. Hors de la, l'emploi de la force est un fait brutal, quel que soit celui qui a la force en main. Le droit ne le connaît point. Chacun peut et doit repousser la force par la force. Suivant la forte parole des Montagnards de 1793, « quand le gouvernement — quel qu'il soit — viole les droits du peuple, l'insurrection est, pour le peuple et pour chaque portion du peuple, le plus sacré des droits et le plus indispensable des devoirs? ». Cette conséquence peut paraître bien sub-

<sup>1.</sup> Duguit, op. cit., 1, p. 243 et s.

<sup>2.</sup> Id., p. 245 et 246.

<sup>3.</sup> Déclaration des Droits de 1793, art. 35. Il est à remarquer que cet article 35 ne fait que condenser en une formule saisissante des idées admises depuis de longs siècles. On les trouve exprimées dans Cicéron, De Legibus; dans saint Thomas d'Aquin (Somme théologique, 2º partie de la 2º parti, question XLII, art. 2, nº 3); dans Locke (Du Gouvernement civil, chap. XVII, nº 1); dans Mably (Droits et devoirs du citoyen, lettre IV), etc. Cpr. aussi dans le même sens Montesquieu et J.-J. Rousseau (Tehernoff, Montesquieu et J.-J. Rousseau) [Revue du Droit public, 1903, II, p. 70]. Les Constituants de 1789 avaient adopté l'idée sous une forme plus timide. La Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen de 1789 (art. 2) cite, parmi les droits naturels et inaliénables de l'homme, « la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression ». Cfr. sur tous ces points Duquit, op. cit., 1, p. 311 et s.

versive. Elle n'est en réalité que la traduction d'une règle historique. Qui osera blamer nos ancêtres de 1789 d'avoir jeté à bas la monarchie absolue? Les factieux, en 1789, c'étaient ceux qui voulaient le maintien des privilèges, ceux qui voulaient perpétuer les abus de la force dont ils bénéficiaient! Légitime fut aussi le soulèvement du pays contre Napoléon Ier, le despote pour qui la force brutale fut l'ultima ratio et pour qui les idées de justice et de solidarité sociale étaient des réveries d'idéologues! Légitime aussi, la Révolution de 1830 qui mit fin aux tentatives absolutistes de Charles X et de la contre-Révolution! Légitimes encore, la Révolution de 1848 et celle de 1870: à toutes ces époques, la force sut mise au service du droit, et le droit triompha de la force brutale des gouvernants. Quant aux hommes qui combattirent, les armes à la main, l'auteur du coup d'État du 2 décembre 1851, s'ils succombèrent dans la lutte des droits contre la force, leur exemple doit rester dans la mémoire des peuples libres comme un modèle à suivre.

Reste à dire ce qu'est le droit, ce qu'il implique pour les gouvernants, pour les plus forts, ce qu'il leur défend de faire et ce qu'il leur prescrit de faire. La détermination exacte de la règle de droit, voilà le problème fondamental à résoudre au seuil des études de droit administratif.

Prenons encore ici l'observation des faits comme guide; nous arrivons aux constatations suivantes:

Un premier sait, c'est que les hommes vivent en société. Un second sait, c'est qu'ils veulent vivre en société parce que c'est pour eux le moyen de soussirir moins, parce qu'ils ont conscience que la vie communé est pour eux le moyen de satissaire leurs besoins (besoins communs ou besoins divers). Dès lors, la solidarité isociale est le sait primordial. L'homme est un être individuel, cherchant son bien particulier; mais il est aussi un être social, solidaire des autres hommes, ayant plus ou moins conscience qu'il n'obtiendra et ne pourra obtenir son bien particulier que par la vie en commun. — Voilà ce que montrent les saits.

De cette constatation, il est possible de tirer la notion d'une règle de conduite sociale, c'est-à-dire d'une règle permettant d'ap-

<sup>1.</sup> Cfr. sur tous ces points, Duguit, op. cit., t. 1, p. 23 à 226.

précier la valeur sociale des actions des hommes. Cette règle de conduite sociale est la scule qui intéresse le droit public : c'est uniquement par le contre-coup qu'elles peuvent avoir sur les rapports sociaux que les actions des hommes sont appréciées. — Or, les faits montrent que, d'après les législations positives, la volonté d'un individu n'a de valeur sociale qu'autant qu'elle se manifeste socialement. En d'autres termes, dans toute société, la règle est que les individus sont tenus de ne rien faire pour contrarier la réalisation d'une volonté individuelle qui se maniseste socialement, et qu'ils ont l'obligation de saire tout ce qu'il peuvent pour assurer la réalisation d'une telle volonté. A l'inverse, l'étude des législations positives montre que, lorsque la volonté d'un individu se maniseste d'une manière antisociale, cette volonté est déclarée dénuée de toute valeur sociale: elle ne s'impose au respect de personne; personne n'est tenu de la réaliser; bien plus, dans certains cas, on menace d'un châtiment celui qui l'aura manisestée (droit pénal).

. Telle est la signification de la valeur sociale d'un acte. Telles sont les conséquences qui en découlent.

Quand peut-on dire qu'un acte est social et a une valeur sociale? Un acte est social et a une valeur sociale, toutes les fois qu'il est déterminé par un but conforme à la solidarité sociale. Lorsqu'un individu veut une chose qui réalise la solidarité sociale, sa volonté a une valeur sociale, elle doit être exécutée; lorsqu'un individu veut une chose qui est contraire à la solidarité sociale, sa volonté n'a pas de valeur sociale, elle n'a aucun effet juridique; parfois même son auteur pourra être frappé.

Evidemment nous parlons de la solidarité sociale telle qu'elle est comprise dans un pays donné, à une époque donnée. L'idée différente que l'on s'en suit explique les diversités des législations considérées dans le temps et dans l'espace : vérité en deçà des Pyrénées, erreur au delà I II n'y a pas de règle immuable, il n'y a point un type de droit naturel duquel se rapprochent les institutions juridiques en se perfectionnant. Les institutions sociales parsaites sont celles qui sont adéquates aux saits sociaux tels qu'ils se présentent dans un milieu donné. Parler de principes immortels, c'est employer des formules sonores et vides de sens

<sup>1.</sup> Cfr., sur la Théorie du droit naturel, Korkounov, op. cit., p. 281 et s.

Voilà la règle de droit, règle essentiellement changeante dans ses manifestations. Essayons de déterminer, grâce à elle, ce que pouvent, ce que doivent faire, à l'heure actuelle, dans les pays civilisés, les gouvernants, c'est-à-dire les détenteurs de la plus grande force, quels qu'ils soient, que la forme politique du gouvernement soit une monarchie, une aristocratie, une démocratie.

Les gouvernants sont des individus comme les autres. A eux comme aux gouvernés, la règle de droit, telle que nous l'avons dégagée, s'impose. Ils ont donc le devoir de mettre la force dont ils disposent au service de la règle de droit, c'est-à-dire de réaliser la solidarité sociale telle qu'on la comprend aujourd'hui. Ils agiront légitimement, — mais l'emploi de la force sera seulement légitime, si les gouvernants — quels qu'ils soient — réalisent la solidarité sociale.

Ceci implique, pour les gouvernants, une double série de devoirs :

1° Les gouvernants ont des devoirs négatifs (c'étaient les seuls qu'avait aperçus la doctrine des droits individuels, les seuls qu'avait formulés la Déclaration des Droits de 1789) : c'est le devoir général de ne pas employer la force dont ils disposent pour entraver la solidarité sociale. C'est en ce sens qu'il faut entendre la formule célèbre de la Constitution de 1791 : « Le pouvoir législatif ne pourra faire aucunes lois qui portent atteinte aux droits naturels et civils » (Const. de 1791, titre I, art. 3.) Cela se traduit pratiquement par une foule d'obligations spéciales inscrites dans les lois positives, en particulier dans la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen de 1789 : devoir pour les gouvernants de ne pas violer la liberté physique des hommes, de ne pas entraver leur développement intellectuel, etc.;

2º Les gouvernants ont des devoirs positifs (ce sont ceux que les législateurs modernes consacrent de jour en jour plus nombreux) : c'est le devoir général d'employer la force dont ils disposent pour assurer la réalisation de la solidarité sociale. Pratiquement, cela ahoutit aux obligations suivantes : devoir d'assistance, devoir de distribuer l'enseignement, de réglementer le travail afin d'empêcher l'exploitation de l'individu par l'individu (fixation de la durée du travail, fixation d'un salaire minimum), etc.

C'est pour l'accomplissement de ces devoirs que l'emploi de la force est légitime. Cette idée explique une foule d'institutions du droit administratif. Si les gouvernants peuvent s'emparer de force des immeubles des individus, établir des servitudes d'utilité publique sur leurs biens, c'est parce que l'intérêt public l'exige. C'est, en esset, réaliser la solidarité sociale que d'exécuter des travaux publics ou faciliter la construction de travaux publics utiles à tous.

— La théorie des réquisitions militaires a le même fondement juridique. Toutes les lois sociales sur le travail, sur l'hygiène publique s'inspirent de la même idée, etc., etc.

Co n'est pas tout. Les devoirs qui incombent aux gouvernants ne peuvent être accomplis par eux qu'au moyen d'une force publique solidement organisée, avec des ressources pécuniaires abondantes. En tant que cette force et cet argent doivent servir à la réalisation de la solidarité sociale, les gouvernants ont le droit et le devoir d'exiger des individus le service militaire, l'impôt. Et comme chacun doit participer dans la mesure de ses forces à la réalisation de la solidarité sociale, les gouvernants sont fondés à exiger de chacun une prestation en raison de ses facultés. Cette idée générale est féconde en conséquences pratiques, Elle explique l'évolution des législations positives en matière de service militaire et d'impôt.

Il suffit d'indiquer sommairement ces conséquences pour montrer combien facilement la construction juridique précédemment établie rend compte des institutions sociales. A vrai dire, la base de toute l'organisation politique et administrative est dans cette double idée: 1° les gouvernants sont justifiés à réaliser, même par la force, la solidarité sociale; 2° les gouvernés doivent avoir la garantie que la force des gouvernants ne s'exercera que pour la réalisation de la solidarité sociale. En d'autres termes, suivant l'antique formule, l'intérêt général est le fondement et la mesure du pouvoir juridique des gouvernants.

La notion de l'État ainsi précisée, étant admis que l'État est constitué par ceux qui gouvernent, il convient d'étudier de près les gouvernants et leurs agents.

#### CHAPITRE II

## LES GOUVERNANTS ET LES AGENTS ADMINISTRATIFS LA FONCTION PUBLIQUE

Le devoir des gouvernants est de réaliser la solidarité sociale. Par la est légitime l'usage de la force dont ils ont le monopole.

Il rentre dans leur devoir de procéder à une organisation régulière de l'emploi de la force. Cela permettra, d'une part, d'atteindre plus facilement, par une économie de forces, les buts légitimement poursuivis; d'autre part, par là seront rendus impossibles ou tout au moins très difficiles les abus de pouvoir<sup>2</sup>.

Si, d'ailleurs, c'est le devoir strict des gouvernants qu'il en soit ainsi, c'est aussi leur intérêt qu'une telle organisation régulière existe. Cette organisation régulière est un excellent moyen pour eux de conserver le pouvoir et les avantages matériels qu'il confère. Suivant la formule de Jhering 3, « la meilleure politique c'est la conformité au droit ». Par la les gouvernés sont amenés à se soumettre volontairement aux ordres des gouvernants.

Tolle est la base de l'organisation administrative dans tous les pays, dans toutes les civilisations, quoiqu'elle soit réalisée à desdegrés et suivant des procédés différents. On peut examiner de près les procédés adoptés par le droit public français en étudiant les trois points suivants:

- 1º Le fait de la distinction des gouvernants et des agents;
- · 2º La situation particulière des gouvernants;
  - .3º La situation particulière des agents.

<sup>1.</sup> Duguit, I. État, II, p. 117: « Obligation pour les gouvernants de s'organiser de façon à ce qu'ils puissent assurer le micux possible l'accomplissement de toutes les charges qui leur incombent. » Cpr. Ibid., p. 362 et s.

<sup>2.</sup> Duguit, op. cit., II, p. 363: « Garanties à prendre au profit des particulier. contre l'arbitraire des gouvernants. »

<sup>3.</sup> Das Recht als Politik der Gewalt. Opr. sur ce point les développements de Korkounoy. Cours de théorie générale du droit, édit. française, p. 404 et s.

#### Section I. - Distinction des gouvernants et des agents.

Le trait principal de l'organisation administrative moderne, en particulier de l'organisation française, c'est la distinction des gouvernants et des agents.

Dans les États modernes, les services que la solidarité sociale impose aux gouvernants étant extrêmement nombreux, il est impossible à ceux-ci de les gérer par eux-mêmes. Par la force des choses, ils ont été conduits à désigner des individus pour les aider à accomplir leur tâche.

Les individus qui agissent sous l'autorité,, sous le contrôle, sous la survoillance des gouvernants, sont les agents proprement dits.

En fait, on peut constater que la répartition de la besogne entre les gouvernants et les agents a tendu et tend de plus en plus à réserver aux gouvernants la mission de formuler les règles générales, de dire, d'une manière générale, quels sont les pouvoirs et les devoirs des individus; en d'autres termes, leur mission essentielle est de faire les lois et les règlements. Aux agents, il sera réservé d'entrer en contact avec les individus et de prendre les décisions particulières.

Cette division du travail est très favorable au bon accomplissement de la tache qui incombe aux gouvernants; elle est, de plus, une garantie très précieuse pour les gouvernés. Mieux vaut, pour les particuliers, avoir affaire aux agents qu'aux gouvernants. Ces derniers sont trop forts; les agents, au contraire, seront moins redoutables aux administrés; ils pourront être liés efficacement par des règles préconstituées; ils pourront être contenus dans des compétences restreintes et préétablies; ils pourront ensin être contrôlés et surveillés par les gouvernants.

<sup>1.</sup> Duguit, op. cil., II, p. 366 et 367 : « Deux idées générales sont à la base du droit public organique moderne : 1° Les gouvernants.... formulent la loi..... la protection des particuliers consisté dans le caractère général et abstrait de la règle de droit ; 2° les agents interviennent dans le domaine du droit objectif ; la garantie des individus résulte alors du contrôle gouvernemental auquel les agents sont soumis e des l'ens hiérarchiques qui les un'ssent. »

## § 1. — Existence de la distinction des gouvernants et des agents en droit positif français.

Cette distinction des gouvernants et des agents existe en droit positif français. Les Constitutions de la période révolutionnaire l'ont bien nettement formulée: Constitution de 1791, titre III, chapitre IV, section II, article 2: « Les administrateurs n'ont aucun curactère de représentation. Ils sont des agents élus à temps par le peuple pour exercer, sous la surveillance et l'autorité du roi, les fonctions administratives. » Constitution de 1793, article 82: « Les administrateurs et officiers municipaux n'ont aucun caractère de représentation. Ils ne peuvent en aucun cas modifier les actes du Corps législatif ni en suspendre l'exécution. » On pourrait aussi citer la Constitution de l'an III, articles 174 et suivants.

Ces gouvernants, quels sont-ils? D'après la loi positive, c'est la majorité du corps électoral, ce sont aussi les membres du Parlement. Les électeurs sont les gouvernants primaires: telle est la signification pratique du fait incontesté en France de la souveraineté nationale. Les Français males, majeurs de 21 ans, non incapables ni indignes, sont trop nombreux pour accomplir eux-mêmes toutes les taches qui leur incombent; ils nomment des gouvernants secondaires pour remplir cette mission. Ce sont les membres du Parlement. Le groupe des électeurs de la nation et le groupe des élus de la nation forment, par leur combinaison, la plus grande force du pays. Ils constituent donc les gouvernants.

La conception que nous venons d'exposer n'exclut-elle pas, dans le système français, le Président de la République?

Un gouvernant est un individu investi, en vertu de sa situation sociale, d'une puissance de fait. La loi positive peut bien constater cette puissance, l'organiser, elle ne la crée pas. « Si donc, écrit le professeur Duguit, on suppose, que, dans un Etat donné, la force publique appartient exclusivement à la majorité, il n'y a pas de place pour un chef d'Etat proprement dit. Celui qu'on appelle ainsi est un agent, l'agent supérieur sans doute, mais point un gouvernant, puisqu'il ne détient pas, par sa situation sociale propre, une soule parcelle de la force politique. » Les hommes de 1793

<sup>1,</sup> Duguit, op. cit., II, p. 317 ct s.

l'avaient ainsi compris. Le Conseil exécutif, dans leur système constitutionnel, n'était point un corps de gouvernants. Telle était aussi la solution de l'amendement Grévy proposé en 1848. C'est enfin ce que la Constitution suisse déclare d'accord avec les faits; elle organise une république sans chef d'État.

Ceci posé, il est incontestable que les lois constitutionnelles de 1875 ont prétendu créer un chef d'État républicain, faire au Président de la République non pas la situation d'un agent, mais celle d'un gouvernant. Dans la pensée des hommes de 1875, le Président devait être non pas un pur agent administratif nommé par le Parlement, mais un gouvernant secondaire, élu, au nom du peuple souverain, par les membres des Chambres réunis en collège électoral; ce devait être un élu du peuple à la suite d'un suffrage populaire à plusieurs degrés. Voilà pourquoi les lois constitutionnelles ont déclaré le Président irresponsable devant le Parlement, sauf le cas de haute trahison, sauf la responsabilité du cabinet et la nécessité de la réélection à intervalles fixes. Voilà pourquoi le Président a obtenu le droit de dissolution et le droit de veto suspensif. Voilà pourquoi les ministres ont été déclarés responsables devant lui.

Mais les faits, nous l'avons dit, sont plus forts que la loi positive; celle-ci ne peut que constater les forces sociales et les organiser; elle est impuissante à les créer et à les surmonter. L'Assemblée de 1875 a eu beau placer à la tête d'une république démocratique, fondée sur le principe de la souveraineté nationale, une sorte de roi élu pour sept ans par les Chambres, auquel on a prétendu donner la situation, les prérogatives et les pouvoirs d'un monarque héréditaire dans une monarchie parlementaire. La tentative était vaine, Dans une monarchie parlementaire, le monarque est un pouvoir. parce qu'il puise sa force dans un élément distinct de l'élément parlementaire. Le Parlement et le monarque constituent deux forces d'origine distincte, à peu près équivalentes, dont la résultante assure le gouvernement. Dans la république parlementaire de 1875, il n'en est pas de même; le chef de l'État tire son pouvoir d'une simple élection faite par le Parlement.... La Constitution a beau le déclarer irresponsable, lui donner le droit d'ajournement, de dissolution, de clôture du Parlement, un véritable veto suspensif, en réalité, le pouvoir politique appartient en France exclu26 LES PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT ADMINISTRATIF. sivement à deux organes de représentation, le Sénat et la Chambre 1.

## § 2. — Classification des agents en fonctionnaires publics et agents non fonctionnaires,

Les agents sont les individus qui, sous l'autorité, le contrôle et la surveillance des gouvernants, prêtent leur concours à ces derniers pour l'accomplissement des fonctions étatiques. Au premier rang figurent le chef de l'État, les ministres. Les préfets, les souspréfets, les maires, les membres des conseils généraux, des conseils municipaux, etc., sont aussi des agents en droit positif français.

Ces agents doivent être divisés en deux grandes catégories: 1º les fonctionnaires proprement dits; 2º les agents qui n'ont pas la qualité de fonctionnaires. Cette distinction apparaît nettement lorsque l'on étudie les droits de coalition, de syndicat, de grève. Ils sont déniés aux fonctionnaires publics proprement dits (art. 126 du Code pénal), alors qu'ils appartiennent sans contestation aux ouvriers des manufactures de l'État. Ceux-ci sont des agents non fonctionnaires.

Reste à dire à quoi l'on reconnait qu'un agent de l'État est ou n'est pas un fonctionnaire. Les facteurs parisiens des postes, qui, en 1900, ont prétendu avoir le droit de se mettre en grève, le pouvaient-ils? Sont-ils des fonctionnaires?

Le criterium du fonctionnaire, c'est la participation à l'accomplissement d'un service rentrant dans la mission obligatoire de l'État<sup>2</sup>. Est fonctionnaire et n'est fonctionnaire que l'agent participant à l'accomplissement d'une mission considérée comme obligatoire pour l'État. Au contraire, les agents qui collaborent à des opérations ne rentrant pas dans une mission considérée comme obligatoire pour l'État ne sont pas des fonctionnaires proprement dits. Comme la notion des missions obligatoires pour l'État varie avec le temps et avec les pays, la notion du fonctionnaire proprement dit varie aussi. Ainsi s'expliquent les incertitudes de la jurisprudence. Les facteurs sont incontestablement des fonctionnaires, car le service des postes est un service obligatoire pour l'État. Plus

<sup>1.</sup> Cpr. Duguit, op. cit., II, p. 327 ct s.

<sup>2.</sup> Duguit, op. cit., II, p. 413 et s.

douteuse est, en jurisprudence, la situation des employés des chemins de fer de l'État. Mais, à coup sûr, les ouvriers des manufactures des Gobelins ne sont pas des fonctionnaires.

Les autres criteriums proposés sont moins satisfaisants.

Il no saut pas s'attacher à la nature des actes accomplis par les agents ', et distinguer les sonctionnaires stricto sensu, ou agents d'autorité saisant des actes d'autorité, et les agents de gestion no saisant pas d'actes d'autorité, lesquels ne sont pas des sonctionnaires stricto sensu. Cette distinction ne cadre pas exactement avec les saits actuels. D'une part, les saits montrent, au point de vue de la nature des actes accomplis, non pas deux, mais trois catégories d'agents de l'État: 1° les agents qui sont des actes unilatéraux ou d'autorité; 2° les agents qui sont des actes contractuels ou de gestion; 3° les agents saisant des actes matériels. Les deux premières catégories seules sont des actes juridiques. — D'autre part, les saits montrent qu'un même agent sait des actes unilatéraux ou d'autorité, des actes contractuels ou de gestion, et des actes matériels; tels sont les ministres, les présets, les sous-présets, les maires, etc.

Il est tout à fait inadmissible de soutenir que le criterium auquel se reconnaît le fonctionnaire proprement dit, c'est le fait que la fonction constitue pour l'agent une carrière, est érigée en titre d'office. La fonction de maire, en effet, n'est pas une carrière; or, à coup sûr, le maire est un fonctionnaire proprement dit.

Cette distinction entre les agents qui sont des fonctionnaires proprement dits et les agents qui ne sont pas des fonctionnaires proprement dits, est capitale. La situation des uns et des autres, nous le verrons, est absolument différente.

SECTION II. - SITUATION PARTICULIÈRE DES GOUVERNANTS.

Les gouvernants ont une situation toute particulière à trois points de vue:

- 1º Quant à leur origine;
- 2º Quant à leur mission;
- in 3º Quant au controlo auquel ils sont soumis.

<sup>1.</sup> Système proposé par Berthélemy, Droit administratif, 2º édit., 1902, p. 66 et s.

<sup>2.</sup> Système d'Hauriou, Droit administratif, 5º cdit., 1903, p. 555, texte et note 1.

#### S 1. — Grigine des gouvernants.

Les gouvernants secondaires, à savoir les membres du Parlement, sont les individus choisis par les gouvernants primaires, à savoir le corps électoral de la nation.

La nomination des gouvernants secondaires par les gouvernants primaires n'est pas une création artificielle du législateur. C'est « un fait social, naturel, antérieur et supérieur à la loi positive. Co fait est colui d'une situation particulière des gouvernants; par suite de circonstances historiques très complexes, dans presque tous les pays modernes, les forces gouvernantes ont acquis une structure particulière. Au lieu d'être concentrées dans les mains d'un seul groupe de personnes, elles se trouvent réparties entre deux groupes solidaires l'un de l'autre : à l'un la force, à l'autre l'exercice des prérogatives de cette force. Les structures spéciales des deux groupes se modèlent réciproquement l'une sur l'autre, et chacun des deux groupes exerce une action l'un sur l'autre. Tout cela n'est point la création de la loi positive, mais bien un produit spontané de la vie sociale. La représentation politique n'est pas l'œuvre d'un législateur politique qui a estimé que, le groupe des gouvernants primaires étant trop nombreux, il fallait que, par une fiction, un groupe moins nombreux fût considéré comme le premier et gouvernat à sa place!. » En résumé, le corps électoral, le Parlement, sont, en France, des forces sociales, de formation naturelle, qui, solidarisées, constituent la plus grande force, et, par suite, la puissance de l'État. Le rôle de la loi positive est de constater cette solidarité des deux forces et de la réaliser en vue de lui faire produire son maximum d'esset. C'est à cela que tendent les combinaisons du suffrage universel ou censitaire, direct ou indirect, égalitaire ou plural, majoritaire ou proportionnel. Il n'y a pas la des principes intangibles; ce sont de pures combinaisons par lesquelles la loi positive s'efforce de réaliser la solidarité; spéciale qui existe en fait entre les gouvernants primaires et les gouvernants secondaires. L'adoption de telle ou telle combinaison est une question qui dépend du pays, des circonstances, des mœurs, des conditions so-

<sup>1.</sup> Duguit, op. cit., Il, p. aar et s.

ciales. La meilleure combinaison est celle qui aboutit à constituer le groupe des gouvernants secondaires de façon à correspondre le plus exactement possible aux éléments qui forment le groupe des gouvernants primaires, asin que les forces politiques soient portées à leur maximum d'intensité et de rendement.

Co n'est pas tout : le législateur doit se préoccuper d'assurer le maintien de cette solidarité, le maintien de la pénétration du corps électoral et du Parlement. A cet effet, la loi positive des différents pays procède à de nouvelles combinaisons : élections générales fréquentes, scrutin de liste ou scrutin uninominal, renouvellement intégral, referendum, dissolution. Cette préoccupation apparaît bien dans les deux dernières combinaisons.

Le referendum se réduit à la consultation directe des gouvernants primaires sur une question donnée. Ce n'est donc qu'un moyen, moyen excellent, de maintenir l'harmonie entre le corps électoral et le Parlement.

La dissolution, elle aussi, n'est qu'un moyen — très efficace — de s'assurer en tout temps que la volonté des gouvernants secondaires répond à la volonté des gouvernants primaires. Cette idée explique très bien toutes les règles de la dissolution en droit constitutionnel français, en particulier la règle dissolution sur dissolution ne vaut, si énergiquement formulée en France par la Révolution de 1830.

De tout cela il résulte que le député n'est point indépendant de l'électeur, comme le déclarent, au mépris des faits, les théoriciens du gouvernement représentatif pur. Les faits montrent — et il ne sert à rien de le nier — que le député est responsable envers l'électeur, qu'il n'est pas libre d'agir absolument à sa guise, que son pouvoir est limité par le pouvoir de l'électeur. Et cela est juste, Mais ce qui est aussi vrai, c'est que cette limitation de pouvoirs, cette responsabilité ne résultent pas d'un contrat passé, comme on le dit trop souvent, entre l'électeur et l'élu. Il n'y a point entre eux un mandat. La vérité est qu'il y à là une situation de dépendance réciproque

<sup>1.</sup> Duguit, op. cit., II, p. 228.

<sup>2.</sup> Il faut se garder de confondre le referendum avec le plébiscite. Le plébiscite est une élection. C'est l'affirmation que la volonté gouvernante d'un seul homme désigné par la majorité des gouvernants primaires est celle qui offre le plus de garanties d'être adéquate à la volonté de ceux-ci. Duguit, II, p. 232 et s.

<sup>3.</sup> Duguit, op. cit., II, p. 232, note 1.

<sup>4.</sup> Duguit, op. cit., II, p. 232 et s.

qui a pour base le fait social de la solidarité entre l'électeur et l'élu, et dont la garantie et l'étendue sont réglées par la loi positive, laquelle a justement pour mission de réaliser cette solidarité.

#### § 2. — Mission des gouvernants.

La tache capitale des gouvernants est de formuler des règles de droit abstraites, sans considération d'espèce ou de personnes!. La confection des lais est leur mission normale. En principe, ils n'ont pas à faire d'actes individuels. S'ils en font, c'est à titre exceptionnel; la tendance du droit positif est d'éliminer cette intervention des gouvernants dans les questions d'espèce et de personnes.

En France, ces deux propositions reçoivent des faits une confirmation évidente.

Le rôle principal des députés et des sénateurs est de voter les lois; c'est à titre exceptionnel et pour des raisons particulières à chaque cas, qu'ils sont appelés à faire des actes individuels: budget, déclarations d'utilité publique, autorisation aux congrégations religieuses, fonction répressive des sénateurs constitués en haute cour de justice, etc. Ce caractère exceptionnel, le droit positif français le souligne en réduisant de plus en plus les hypothèses particulières dans lesquelles le Parlement est appelé à intervenir. C'est ainsi, pour ne parler que des lois les plus récentes, que, depuis la loi du 12 juillet 1898 et la loi du 7 avril 1902, les autorisations nécessaires aux départements et aux communes pour certaines mesures financières seront données désormais par décret en Conseil d'État et non plus par le Parlement.

Un point est à bien remarquer d'ailleurs. Si les gouvernants ont pour sonction capitale de sormuler les règles de droit abstraites sans de considération d'espèce ou de personnes, cette mission n'est exclusive qu'en ce qui concerne les principes. Lorsqu'il s'agit, au contraire, de prescrire, par voie générale, les mesures de détail destinées à assurer l'exécution de ces principes, en un mot lorsqu'il s'agit de saire des règlements, il y a là une attribution que, en droit positif français, les gouvernants n'exercent pas à titre exclusif.

En d'autres termes, la fonction législative proprement dite, la

<sup>- 1.</sup> Duguit, II, p. 363 et s.

confection des lois proprement dites appartient et appartient exclusivement aux gouvernants. Le pouvoir réglementaire, au contraire, appartient non seulement aux gouvernants, mais encore à certains agents administratifs :.

Il y a là une exception à la proposition générale formulée plus haut. Cette exception est facile à justifier. La pratique quotidienne des affaires montre qu'il est impossible aux gouvernants de régler eux-mêmes par la voie générale tous les détails d'application des lois. Que l'on considère, en particulier, les matières de police et d'administration locales; le temps et la connaissance des circonstances feraient absolument défaut aux gouvernants pour résoudre ces questions. Mieux vaut, dès lors, confier cette réglementation des détails d'exécution à certains agents administratifs. On assure ainsi des prescriptions générales plus rapidement élaborées, mieux adaptées aux besoins des administrés, et, par suite, plus facilement obéies par eux.

Les puissants motifs d'utilité publique que nous venons de rappeler n'empêchent pas que l'attribution du pouvoir réglementaire à des agents administratifs soit exceptionnelle. Leur mission capitale est, en effet, de faire des actes individuels, et non de prescrire des mesures générales.

Ce caractère exceptionnel explique des règles de droit importantes: 1º le pouvoir réglementaire n'est pas largement concédé aux agents administratifs. Il n'appartient, en droit positif français, qu'à ceux auxquels la loi le confie expressément. Il n'est pas la conséquence d'un prétendu pouvoir de commander<sup>2</sup>. En cas de doute, le pouvoir réglementaire doit être refusé à un agent administratif. C'est ainsi que les ministres n'ont le pouvoir réglementaire que dans les cas limitativement énumérés par la loi<sup>3</sup>. En fait, il est vrai, les ministres n'en ont guère besoin, puisque ce sont eux

<sup>1.</sup> La loi est différente, par sa nature, du règlement. Cette proposition est contestée par Moreau (Le Règlement administralif, Paris, 1902). Pour Duguit, op. cit., II, p. 334, « la distinction des matières législatives et des matières réglementaires est incontestable ». Cf. mon article sur le Règlement administralif (Rev. gén. d'admin., 1902, II, p. 5 et s.)

<sup>2.</sup> Jo repousse absolument la thèse d'Hauriou et de Moreau. L'opinion de Berthélemy (Droil adm., 2º édition, p. 114 et p. 140) et de Duguit (II, p. 372 et s.) me paraît seule exacte. (Cf. mon article sur le Règlement administratif [Rev. gên, d'admin., 1902, II, p. 22].)

<sup>3.</sup> Berthelemy, op. cit., p. 114.

qui exercent, en réalité, le pouvoir réglementaire du Président de la République. C'est ainsi encore que le « préset n'a pas la plénitude du pouvoir réglementaire; il ne peut faire de règlements que sur les matières pour lesquelles il en a sormellement reçu le droit! ».

2º Le pouvoir réglementaire n'est conféré aux agents administratifs que sous la réserve expresse du respect des règles générales établies par les gouvernants. Il n'y a pas un domaine réglementaire réservé aux agents. Les gouvernants peuvent, à tout moment, faire des règlements sur des matières qui, jusque-là, auraient été laissées aux agents administratifs. En fait, les gouvernants interviendront parfois dans le domaine abandonné jusqu'alors au chef de l'État, en vue de donner, — en les revêtant de la forme législative, — plus de fixité à des règles de détail que l'expérience aura consacrées.

3° Le respect des règles posées par les gouvernants est assuré par un contrôle juridictionnel très rigoureux. En particulier, les administrés ont à leur disposition le recours en annulation pour excès de pouvoir porté devant le Conseil d'État. Cette réserve — avec cette sanction — existe pour tous les agents, quelque rang qu'ils occupent dans la hiérarchie, quelque solennité dont ait été entouré l'exercice par les agents administratifs du pouvoir réglementaire. C'est pourquoi le Président de la République y est soumis pour ses règlements ordinaires ou d'administration publique, aussi bien que le préfet ou le maire pour leurs règlements locaux <sup>2</sup>.

<sup>1.</sup> Berthelemy, op. cit., p. 140.

<sup>2.</sup> Duguit, op. cit., p. 333 ct s., est d'un autre avis. Partant de l'idée que le Président de la République est, en droit, un gouvernant, il déclare que les règlements du Président de la République sont inattaquables par le récours pour excès de pouvoir, non seulement les règlements d'administration publique, mais encore les règlements au chef de l'État, quels qu'ils soient, sont, d'après Duguit, le produit d'une collaboration du Président et du Parlement, collaboration qui existe aussi dans la confection de la loi proprement dite. Seulement, dans la loi, le facteur principal de la collaboration est le Parlement; dans le règlement, c'est le Président de la République. Et puisque les lois sont soustraites, par le droit français, au controle juridictionnel, les règlements du chef de l'État doivent l'être aussi, Dans les deux cas, il y a un acte de gouvernant.

Cette these est inadmissible. Tout d'abord, le droit positif français, tel qu'il ressort de la jurisprudence du Conseil d'Etat sur le recours pour excès de pouvoir, admét le recours direct contre le reglement ordinaire; il admét certainement aussi un contrôle indirect sur les reglements d'administration publique. Il y a là une garantie pour les administres; les raisonnements les plus subtils ne pourront me convaincre qu'il importe de la sacrifler à la logique. Fût-il exact qu'il y ait un défaut de symétrie, il ne conviendrait pas de l'abandonner. Périssent les principes plutôt que les colonies !..... Mais le résultat auquel abontit Duguit aurait du être, pour l'éminent professeur, un

Un dernier point doit retenir notre attention. Considérons non plus le corps des gouvernants primaires ou secondaires, mais chacun des individus faisant partie de ces corps, et recherchons le pouvoir exact qui lui appartient.

Quand on dit que le Parlement ou le corps électoral a manifesté telle ou telle volonté, c'est évidemment une façon commode de parler, mais qui ne traduit pas exactement les faits. Le Parlement, le corps électoral, sont des entités, des êtres de raison, des formules verbales imaginées pour la facilité de l'exposition, et non des réalités ayant une vie propre et une volonté distincte. La seule réalité vraie, c'est l'existence des individus députés et des individus électeurs. La volonté du Parlement, c'est la volonté de la majorité des députés et des sénateurs s'exprimant dans une certaine forme; la volonté du corps électoral, c'est la volonté de la majorité des votants exprimée dans certaines conditions. Dès lors, il convient de rechercher le pouvoir qui appartient à chaque individu, membre du Parlement ou membre du corps électoral.

Les faits montrent que chaque député, chaque électeur a un pouvoir. Le député a le pouvoir de manifester une volonté touchant les décisions rentrant dans la fonction législative; l'électeur, a le pouvoir de manifester une volonté touchant à la désignation d'un député. Seulement, pour que cette manifestation de volonté ait un effet, une condition est posée: un certain nombre de volontés doivent se manifester dans le même sens. Si cette condition fait

avertissement que son raisonnement péchait peut-être par la base. Et tel est mon sentiment. Duquit abuse de l'idée que, dans le gouvernement parlementaire, il y a collaboration des Chambres et du chef de l'État. A ce compte, il faudrait dire qu'il n'y a pas un seul acte administratif qui ne soit fait avec la collaboration du Parlement. Les ministres ne sont-ils pas responsables devant les Chambres de tous les actes des agents administratifs? Les Chambres ne peuvent-elles pas controler l'Administration tout entière? — En réalité, Duguit confond la collaboration avec le controle. Il est exact que les Chambres controlent l'exercice du pouvoir réglementaire présidentiel; il est faux qu'elles collaborent à l'exercice de ce pouvoir. Voilà pourquoi il me paraît impossible d'admettre avec Duguit (op. cit., II, p. 345 et s.) que le règlement d'administration publique puisse régler des matières législatives. La démonstration faite par Berthélemy et Esmein reste entière. Avec mes savants mattres, je persiste à croire que le règlement d'administration publique a la même nature juridique que le règlement ordinaire, et que le règlement du chef de l'État a la même nature juridique que le règlement du préfet ou du maire. Cpr. aussi infra, p. 35, note 3, et p. 50.

<sup>1.</sup> Duguit, II, p. 212 et s. La question que nous étudions a une portée plus générale. Elle se pose toutes les fois que l'on est en présence d'un collège d'individus ; conseil général, conseil municipal, tr.bunal, etc.

défaut, la manifestation de volonté est dépourvue d'effet juridique. Le pouvoir du député, celui de l'électeur, est donc un pouvoir conditionné. Les règles sur la majorité, sur le quorum ne sont pas autre chose que les formules précises de cette condition générale.

#### § 3. — Contrôle auquel sont soumis les gouvernants.

Les gouvernants étant les détenteurs de la force se soumettent très difficilement à un contrôle.

Le plus souvent, dans l'organisation politique qu'ils élaborent, ils se bornent à prendre des mesures préventives pour que leur volonté ne s'exprime que d'une manière réfléchie et conformément au droit. La procédure électorale, la prohibition des candidatures multiples, les règles sur le referendum pour les gouvernants primaires, — la division des députés en deux Chambres, la procédure législative, le veto, etc., pour les gouvernants secondaires, — telles sont les principales règles préventives destinées à empêcher les manifestations de volonté téméraires et contraires au droit<sup>2</sup>.

Dans un système politique plus parfait, le contrôle des gouvernants n'est pas seulement préventif, il est aussi répressif; en d'autres termes, il existe des mesures pour faire tenir comme non avenues les manifestations de volonté des gouvernants lorsqu'elles sont contraires au droit. Théoriquement, on conçoit deux procédés de contrôle après coup: le recours en annulation, tendant à faire casser la décision prise; l'exception d'illégalité, ayant pour effet non de faire casser la décision, mais d'en faire écarter l'application à un cas particulier.

Jusqu'ici, les gouvernants se sont absolument refusés, dans aucun pays, à organiser contre leurs manifestations de volonté le recourst en annulation. Mais l'exception d'illégalité est admise dans certains pays. C'est ainsi qu'aux États-Unis de l'Amérique du Nord, les tribunaux ont le pouvoir et le devoir d'écarter les lois inconstitution-

<sup>1.</sup> Il faut ajouter que la manifestation de volonté de la majorité des députés ou des électeurs est subordonnée, pour produire un effet juridique, à d'autres conditions t condition de temps, de lieu, de públicité, etc. Toutes les règles sur la tenue des assemblées sont les formules précises de ces conditions.

<sup>2.</sup> Cpr. le développement de cette idée dans mon étude sur le Contrôle des délibérations des Assemblées délibérantes, dans la Revue génér. d'adm., 1895.

nelles (théorie de l'inconstitutionnalité des lois). Et, à mon avis, la loi positive française n'y est pas contraire.

On serait, il est vrai, tenté de dire qu'un système politique ne peut admettre le contrôle juridictionnel des gouvernants. Les gouvernants sont les plus forts. Comment concevoir un contrôle des plus forts 2? L'objection n'est pas sérieuse, car les faits la réfutent. L'exemple des États-Unis est décisif à cet égard. On a aussi soutenu qu'un système politique, qui consacre le contrôle juridictionnel des gouvernants par l'exception d'illégalité, doit aussi consacrer le contrôle juridictionnel direct par le recours en annulation. « Nous ne voyons, - écrit le professeur Duquit, à propos des règlements du Président de la République, auxquels il reconnaît le caractère de manifestation de volonté d'un gouvernant secondaire (II, p. 345 et s.), - aucune raison de distinguer entre l'appréciation de la légalité par voie d'exception et la demande en annulation par voie d'action. Si l'une de ces voies est ouverte, l'autre doit l'être aussi; si l'une est impossible, il n'y a pas de raison pour que l'autre ne le soit pas. » Encore ici, les faits sont contraires à cette manière de voir. Le système politique américain admet incontestablement la voie d'exception et repousse formellement la voie directe. On conçoit, d'ailleurs, fort bien quatre stades dans l'évolution de l'organisation constitutionnelle: 1et stade, aucun controle d'aucune sorte; 2e stade, mesures préventives; 3º stade, contrôle juridictionnel par voie d'exception; 4e stade, controle juridictionnel par voie d'action.

Les faits montront que, jusqu'ici, il y a cu antinomic irréductible entre le contrôle direct et la notion de gouvernant. Mais les faits prouvent aussi qu'il n'en est pas de même pour le contrôle indirect (système américain). J'estime que l'État est soumis à la règle de droit comme les individus eux-mêmes; la volonté des gouvernants n'est une volonté juridique, pouvant s'imposer par la contrainte, que lorsqu'elle se manifeste dans les limites qui lui sont

2. Telle semble être la pensée de Duguit, op. clt., 11, p. 345 et s. Cpr. toutefois 1, p. 425 et 470.

<sup>1.</sup> Cpr. sur ce point mes études précitées sur le Gontrôle des délibérations des Assemblées délibérantes et sur le Règlement administratif.

<sup>3.</sup> A remarquer toutefois que, si vraiment le Président de la République est un gouvernant, l'existence du recours pour excès de pouvoir contre ses règlements prouverait que le droit français a atteint le quatrième stade, tout au moins en ce qui concerne certains gouvernants.

tracees par la règle de droit. Mais faut-il proclamer l'impossibilité d'organiser une sanction pratique pacifique de ce principe? L'insurrection sera-t-elle toujours pour les gouvernés le seul recours direct en annulation? Étant admis qu'il faut donner une sanction pratique au devoir des gouvernants de respecter le droit, et que cette sanction pratique ne peut se trouver que dans une certaine organisation du pouvoir politique², pourquoi le contrôle juridictionnel direct ou indirect ne serait-il pas l'un des éléments de cette organisation ??

# Section III. — Situation particulière des agents. La fonction publique.

La situation des agents se distingue de celle des gouvernants à trois points de vue principaux:

1° Quant à leur origine; 2° quant à leur mission; 3° quant au contrôle auquel ils sont soumis.

### § 1. — La désignation des agents.

Les agents, à la différence des gouvernants, ne sont pas désignés par le corps électoral du pays tout entier. Comment sont-ils choisis? Quelle est la nature juridique de la désignation?

#### I. — Comment les agents sont-ils choisis ?

Nombreux sont, en législation positive, les procédés usités pour la désignation des agents. Suivant les pays, suivant les époques, l'on trouve la désignation par un individu (nomination proprement dite) ou par plusieurs individus (élection proprement dite), le tirage au sort, l'hérédité, l'age.

Dans les États modernes, en France notamment, les deux principaux modes de désignation sont: la nomination et l'élection. Les autres procédés donnent en effet une sélection trop imparsaite.

<sup>1.</sup> Duguit, op. cit., 1, p. 259 et s.

<sup>2.</sup> Duguit, op. cit., I, p. 317.

<sup>3.</sup> Gpr. Duguit, op. cit., 1, p. 437 et s.

Suivant les États, suivant que les idées démocratiques y prévalent plus ou moins, c'est l'élection ou la nomination qui joue le rôle prépondérant.

En France, le courant qui a eu pour résultat de donner la puissance gouvernante aux plus pombreux (souverainèté nationale et suffrage universel), a eu aussi pour conséquence de faire confier les fonctions locales à des agents élus par les électeurs des circonscriptions territoriales (décentralisation administrative). En d'autres termes, la décentralisation administrative a suivi l'émancipation politique. Néanmoins, la nomination proprement dite occupe une place considérable dans la désignation des agents.

Ce n'est point le lieu d'indiquer les cas dans lesquels il y a élection et ceux où la désignation est faite par nomination. Je me borne à signaler une double tendance:

- 1º Do plus en plus, les gouvernants s'abstiennent d'intervenir pour la désignation des agents;
- 2º De plus en plus, les gouvernants se préoccupent de poser des règles générales destinées à écarter l'arbitraire dans la désignation des agents et à faire attribuer la fonction au plus digne.
- 1° De plus en plus, les gouvernants s'abstiennent d'intervenir pour la désignation des agents. Cela est conforme à la tendance générale, déjà relevée, d'après laquelle les gouvernants ne font qu'exceptionnellement des actes individuels, leur mission normale étant de formuler des règles générales.
- a) La législation française se préoccupe d'écarter les gouvernants primaires, le corps électoral du pays entier, en ce qui concerne la désignation des agents suprêmes. Les lois constitutionnelles de 1875 n'ont pas admis l'élection du Président par le corps électoral de la nation.

La loi du 17 juillet 1889, en interdisant les candidatures multiples à la Chambre des députés, enlève aux gouvernants primaires le moyen d'influer trop fortement sur la désignation du Président de la République et des ministres!

b) Les gouvernants secondaires, les députés, n'interviennent pas

<sup>1.</sup> En 1871, la désignation de Thiers comme chef du Pouvoir exécutif fut imposée, en quelque sorte, à l'Assemblée nationale par le corps électoral de la nation,

non plus, en principe, dans le choix des agents. A cette règle, il y a toutesois quelques exceptions qui se justissent aisément.

- a) Le Président de la République est élu par les membres des deux Chambres réunies en collège électoral (L. 25 février 1875, art. 2).
- 6) Les ministres sont nommés par le Président de la République avec la participation des membres des Chambres législatives. Sans doute, la nomination appartient au Président; mais ce dernier doit choisir les chefs de la majorité parlementaire; il y a donc collaboration étroite entre le Président et les gouvernants secondaires dans la désignation des ministres<sup>2</sup>.

Ces exceptions se justifient par la nécessité d'obtenir et de maintenir l'harmonie et l'unité de direction dans l'accomplissement des tâches qui incombent aux gouvernants. Il faut que les règles édictées par les gouvernants soient appliquées par les agents dans l'esprit qui anime les gouvernants eux-mêmes. Voila pourquoi il est indispensable que le Président et les ministres, c'est-à-dire les agents suprêmes, soient désignés par les gouvernants ou sous leur influence prépondérante.

Dans tous les autres cas, leur intervention aurait tous les mauvais résultats que l'expérience montre attachés à l'accomplissement par les gouvernants d'actes individuels 3.

L'élection des agents locaux, des agents décentralisés, n'est-elle pas une exception à notre règle? Au premier abord, l'élection des agents décentralisés semble non pas exclure, mais consacrer la participation des gouvernants primaires, celle du corps électoral. Si l'on pousse un peu plus loin l'analyse, on s'aperçoit qu'il n'en est

<sup>1.</sup> La loi du 24 mai 1872, article 3, consacrait une troisieme exception. Les conseillers d'État en service ordinaire devaient être élus par l'Assemblée nationale. Depuis la loi constitutionnelle du 25 février 1875, article 4, la désignation des conseillers est faite par le Président en Conseil des ministres.

<sup>2.</sup> Qui, dans cette collaboration, a le rôle prépondérant? Ce sont évidemment, à l'heure actuelle, les gouvernants secondaires. En apparence, c'est le Président, puisque la nomination est faite et signée par lui. En réalité, la nomination ne sera durable que si elle est conforme aux indications des députés.

<sup>3.</sup> En fait, bien que les gouvernants soient convaîneus des inconvénients de leur intervention dans le choix des agents, ils en retirent de tels avantages personnels, que la réglementation n'a point encore été assez perfectionnée pour écarter complètement leur influence occulte. Le sacrifice est considérable. Il est incontestable que les gouvernants primaires finiront par l'imposer aux gouvernants secondaires, lorsque les premiers auront acquis une conscience plus complète des maux que produit le favoritisme.

<sup>4.</sup> Hauriou, Droit adm., 5º édition, 1903, p. 333.

rien. En effet, c'est non point le corps électoral de la nation tout entière qui désigne l'agent décentralisé, mais le corps électoral d'une circonscription locale. Or, la puissance gouvernante appartient au corps électoral de la nation entière. Les agents locaux ne sont donc pas institués par les gouvernants. Ce qui est vrai, c'est que les collèges électoraux qui élisent les conseillers généraux, les conseillers d'arrondissement, les conseillers municipaux, sont une force sociale 2 dont l'origine et le développement sont en relation étroite avec l'origine et le développement de la puissance gouvernante du corps électoral du pays tout entier. Mais cette force, qu'ont reconnue et organisée les lois qui ont consacré l'intervention des habitants dans l'institution des agents locaux, dissère de la force sociale qui appartient au corps électoral du pays tout entier, en ce que celle-ci seule est la plus grande force qui existe dans le pays. Le corps électoral d'un département, d'une commune, ne peut pas imposer sa volonté au pays entier. Voilà comment les agents décentralisés sont institués sans la participation des gouvernants, tout en correspondant à une force sociale analogue à la puissance gouvernante. N'est-ce pas au surplus ce qu'ont voulu dire les rédacteurs de la Constitution de 1791 (titre III, chap. IV, section II, art. 2) en déclarant que « les administrateurs (qui à cette époque étaient clus) n'ont aucun caractère de représentation »?

2º De plus en plus, les gouvernants se préoccupent de poser des règles générales destinées à écarter l'arbitraire dans la désignation des agents et à faire attribuer la fonction au plus digne. — Cette tendance est la réalisation de l'un des devoirs qui s'imposent aux gouvernants : celui de donner aux administrés une bonne organisation politique; elle manifeste la conscience de jour en jour plus développée que les fonctions publiques sont faites non pour procurer honneur et profit à celui qui les occupe, mais pour assurer le mieux possible l'accomplissement des tâches qui incombent à ceux

2. Upr. Hauriou, Droit admi., 60 édit., p. 368, in fine.

<sup>1.</sup> Duguit, op. cli., 11, p. 655 et s. Cet auteur fait observer avec raison que le criterium de la décentralisation est la non-participation des gouvernants à l'institution des agents décentralisés, et qu'à l'époque moderne les agents locaux, qui sont institués sans l'intervention des gouvernants, sont le plus habituellement élus par les habitants de la circonscription territoriale sur laquelle ils exercent leur compétence (op. cli., 11, p. 694).

qui ont la force. Cette tendance aboutit à édicter une foule de règles qui enserrent étroitement celui ou ceux qui ont le pouvoir de désignation et les obligent, en quelque sorte, à conférer la fonction au plus digne.

Comme exemple de cette tendance on peut signaler les règles sur les conditions à remplir pour occuper telle ou telle fonction publique (conditions d'age, d'honorabilité, de capacité générale, de connaissances techniques), les règles sur la publicité à donner aux nominations, le développement continu du concours comme condition préalable de la nomination. Le concours est, à coup sûr, la combinaison la plus efficace pour obtenir le résultat cherché. Il arrive presque à faire disparaître complètement le pouvoir discrétionnaire (pour ne pas dire arbitraire) de celui qui a le pouvoir de désignation 1.

# II. — Quelle est la nature juridique de l'opération de désignation des agents?

Nomination, élection: tels sont les deux principaux modes de désignation des agents que l'on rencontre dans le droit public français. Quelle est la nature juridique de cette opération?

Il faut distinguer les agents qui sont des fonctionnaires proprement dits et ceux qui n'ont point cette qualité.

Pour les agents non fonctionnaires, la désignation est, au point de vue juridique, une convention de louage de services. Cette convention est le fondement et la mesure des droits et devoirs des

<sup>1.</sup> Pour réserver dans une certaine mesure la liberté de choix, les règlements consacrent la faculté de désigner ceux qui seront almis à concourir. A ce point de vue, on peut considérer comme un modèle les règlements sur les concours pour la nomination des auditeurs de 2° classe au Conseil d'Etat. Les auditeurs de 2° classe sont nommés par décret sur la proposition du garde des scraux. Mais le Président de la République est obligé de nommer ceux que le jury du concours a classés par ordre de mérite à la suite des épreuves. Le règlement porte même que « la liste de nomination sera dressée par ordre de mérite » par le jury (D. 30 mars 1897, art. 25). — D'autre part, les règlements ont réservé le droit d'écarter du Conseil d'État certains individus. D'après le décret du 7 août 1900, « la liste des candidats qui seront admis à concourir sera dressée et arrêtée par le président du Conseil d'État, assisté des présidents de section, quinze jours au moins avant l'ouverture du concours ; elle sera soumise au garde des sectaux, ministre de la justice, et ne deviendra définitive qu'après avoir été approuvée par lui.

a. Voir supra, p. 20 et s.

<sup>3.</sup> C'est ce qu'a parfaitement montré Berthélemy. Droit administratif. 2º éd t., p. 65 et s.

agents. L'étendue de ces droits et obligations ne peut recevoir de modification qu'avec l'accord de toutes les parties contractantes. Pour connaître la situation d'un agent non fonctionnaire, il faut donc consulter le contrat intervenu. C'est la loi des parties. Tous les droits, toutes les obligations qui en résultent sont sanctionnés par des actions en justice 1.

Tout autre est la nature juridique de la désignation d'un fonctionnaire proprement dit.

D'après certains, il y aurait tantôt contrat, tantôt acte unilatéral, suivant que l'on scrait en présence de fonctionnaires faisant des actes de gestion ou d'agents saisant des actes d'autorité 2. D'après d'autres, il y aurait toujours acte unilatéral 3.

L'analyse des faits conduit à une solution différente. La nomination, l'élection, ont même nature juridique; et cette nature juridique est la même que celle du tirage au sort, de l'hérédité, de l'âge dans les pays qui ont pratiqué ou pratiquent encore ces combinaisons pour la désignation de certains fonctionnaires. Ce sont non des actes juridiques, mais des faits. Ce ne sont pas des actes juridiques, car ils ne conferent par eux-mêmes aucun pouvoir à l'agent désigné; les agents tiennent leurs pouvoirs non de l'individu qui sait la nomination ou des individus qui ont fait l'élection, mais de la loi qui a organisé la fonction. La nomination, l'élection n'est donc pas la cause créatrice du pouvoir de l'agent. C'est uniquement le fait auquel est subordonné l'exercice par un individu du pouvoir réglé par la loi. En d'autres termes, la loi constitue un ensemble de pouvoirs et de devoirs à exercer par un individu, c'est la fonction publique; l'application à un individu déterminé de cet ensemble est subordonné à un fait; ce fait est la désignation de cet individu par un certain procédé: nomination, élection, tirage au sort, hérédité, ago .

D'ailleurs, si la nomination et l'élection sont des saits et non des actes juridiques, ce sont des faits volontaires; ce sont des mani-

<sup>1.</sup> Ce sont des actions en justice proprement dites donnant lieu à un contentieux de pleine juridiction et, en principe, portées, dans le système français, devant les tribunaux judiciaires. Voir infra.

<sup>2.</sup> Berthelemy, Droit adm., 2º édit., p. 64 et s.

<sup>3.</sup> Hauriou, Droit adm., 5° edit., p. 557.
4. Duquit, op. cit., 11, p. 300; a L'acte d'institution est la cause génératrice de la situation du fonctionnaire; elle est uniquement la condition d'application à un individu déterminé de la règle objective qui crée la situation fonctionnelle, a

festations de volonté, à la différence du tirage au sort, de l'hérédité, de l'age, qui sont des faits involontaires. Ces manisestations de volonté sont unilatérales. La volonté de l'individu qui nomme, des individus qui élisent, est, à elle seule, assez forte pour produire esset. La sollicitation ou l'acceptation des intéressés est tout à fait accessoire; parsois elle est écartée (jurés). Ainsi s'explique que l'individu choisi pour une fonction en est investi du jour de sa nomination, même s'il l'ignore 1. L'acceptation de l'agent nommé - lorsqu'elle est possible - est simplement une des conditions à laquelle est subordonné l'effet de la désignation 2.

Il est très important de mettre en relief le caractère volontaire du fait de nomination ou d'élection et aussi le caractère unilatéral. Le fait, s'il n'est point un acte juridique proprement dit, revêt la forme d'un acte juridique. De la l'application au fait de nomination ou d'élection d'une série de règles édictées pour les actes juridiques unilatéraux proprement dits. En particulier, comme tout acte juridique unilatéral proprement dit, la nomination et l'élection ne pourront produire leur effet qu'à la double condition qu'elles émaneront des individus désignés par la loi pour la faire, qu'elles seront effectuées dans les formes légales. Des agents organisés en forme de juridiction seront charges de faire respecter les règles de compétence et les formes légales (contentieux des nominations, contentieux électoral).

## § 2. — Mission des agents.

La mission des agents est de saire des actes individuels; exceptionnellement, ils ont le pouvoir de poser des règles générales pour assurer l'exécution des lois (pouvoir réglementaire). Nous laisserons de côté les agents qui ne sont point des fonctionnaires publics proprement dits; pour ceux-la, il suffira de dire que leur mission est exactement tracée par la convention saite avec eux au moment de l'entrée au service 4.

<sup>1.</sup> Duquit, op. cit., II, p. 407 et s.
2. Duquit, op. cit., II, p. 408. Gela revient à dire que le fait qui conditionne l'application de la fonction à un individu est, lorsque la fonction n'est pas obligatoire, luimême conditionné.

<sup>3.</sup> Voir supra, ch. II, sect. I, § 2, p. 30 et s.

<sup>4.</sup> Voir supra, p. 40 et 41.

La fonction publique est un ensemble de pouvoirs et de devoirs : pouvoir de faire certains actes (compétence), pouvoir d'obtenir certains avantages matériels (traitement, pension de retraite, honneurs, etc.), devoir de gérer la fonction.

Cette situation présente ce caractère particulier que le titulaire de la fonction n'a pas un droit individuel dont l'étendue serait réglée et ne pourrait être modifiée que par la convention des parties. C'est la loi, c'est-à-dire une règle impersonnelle, abstraite, qui est la cause génératrice de son pouvoir et de son devoir; c'est la loi qui en fixe et en modifie librement et unilatéralement l'étendue. Telle est l'idée générale consacrée par le droit positif français. En voici les applications principales:

1° La compétence n'est pas un droit individuel du fonctionnaire 1. C'est un pouvoir qui repose entièrement sur la loi. La loi détermine les compétences d'après trois idées directrices: a) le but poursuivi (compétence ratione materiæ<sup>2</sup>); b) le territoire sur lequel elle peut s'exercer (compétence territoriale<sup>3</sup>); c) l'exercice du pouvoir par un seul agent ou par un collège (compétence unipersonnelle ou collégiale 4).

L'individu investi de la fonction a le pouvoir d'agir conformément aux règles inscrites dans la loi. Mais ce pouvoir n'est pas un droit individuel. Il suit de la que:

a) Le fonctionnaire ne peut pas réclamer, par une action en justice, contre l'empiétement commis sur sa compétence par un autre agent.

Sans doute, il se peut que le droit positif organise des recours à forme juridictionnelle pour assurer le respect des compétences et qu'il admette certains agents à user de ces recours en vue d'ob-

<sup>1.</sup> Duguit, op. cit., II, p. 493 et s.

<sup>2.</sup> A proprement parier, il n'y a de compétence qu'autant qu'il s'agit de faire des actes juridiques. Les agents qui no font que des opérations matérielles n'ont pas de compétence proprement dite. Cfr. Duguit, op. cit., 11, p. 493 et s.

<sup>3.</sup> Les divisions du territoire sont exclusivement des ressorts de compétence. Le fait que certains agents d'une circonscription ont à leur disposition, pour atteindre les buis qui leur sont assignés par la loi, les revenus de certains biens (patrimoine départemental, patrimoine communal), ne change pas la nature juridique de ces divisions. Ce sont des ressorts de compétence, absolument comme les divisions territoriales dans lesquelles il n'y a pas de patrimoine administratif: arrondissement, canton, région militaire, réssort d'académie, ressort de cour d'appel, etc. Cpr. Duguit, op. cil., 11, p. 698 et s.

<sup>4.</sup> Sur la nature juridique de l'exercice d'un pouvoir collegial, voyez supra, p. 33, note 1.

tenir l'annulation de l'acte accompli par un agent rival au mépris des règles de compétence inscrites dans la loi. En droit positif français, les agents décentralisés i ont qualité pour attaquer, par la voie du recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État, les actes des autorités centralisées, qui, dans l'exercice du contrôle de tutelle, ont empiété sur leur compétence légale. C'est ainsi qu'un maire peut demander au Conseil d'État l'annulation d'un arrêté préfectoral qui, au mépris de la loi, a annulé un règlement municipal 2. La possibilité de ce recours ne doit pas faire conclure à l'existence d'un droit individuel de l'agent décentralisé — dans l'espèce, du maire — sur la fonction qu'il exerce.

Le recours dont s'agit ici n'est point une action en justice; il n'y a pas litige entre parties; il y a un recours hiérarchique au fond, à forme juridictionnelle.

b) Si le fonctionnaire n'a pas un droit individuel sur la compétence, il s'ensuit que la loi qui a réglé la compétence peut la modister après coup sans violer le droit individuel du fonctionnaire. Dès lors, les lois réglant les compétences ont un effet rétroactif. Voilà pourquoi - quelques critiques qu'on puisse lui adresser au point de vue de l'opportunité - la loi du 1er mars 1899, dite de dessaisissement, était parfaitement légale. La compétence de la chambre criminelle de la Cour de cassation a pu être diminuée par le législateur, même pour une assaire dont elle était saisie; en attribuant aux chambres réunies le jugement sur la révision des procès criminels quand une enquête a été ordonnée par la chambre criminelle, alors même qu'il avait en vue une espèce déterminée, le législateur n'a pas excédé ses pouvoirs; étant données les circonstances, il a pu par la porter atteinte au prestige d'une cour de justice, ce qui certainement est le signe d'une mauvaise loi; ce qui est non, moins certain, c'est qu'il n'a pas sait une loi illégale +.

c) La compétence n'étant point un droit individuel du fonctionnaire,

<sup>1.</sup> La même règle n'est pas admise en ce qui concerne les agents centralisés. Consell d'État 0 janvier 1805, préfet de la Seine.

<sup>2.</sup> Cpr. en particulier Conseil d'État 6 avril 1900, commune de Jargeau, Recueil, p. 2701 7 juin 1902, maire de Néris, Revue gén. d'adm., 1902, II, p. 295 et s.; Birey, 1902, 3, 81, et la note d'Hauriou. Cet auteur donne une explication toute différente de celle qui est exposée au texte.

<sup>3.</sup> Consell d'Btat 8 décembre 1899, ville d'Avignan : Recueil, p. 7191 8, 1909, 3, 73,

<sup>4.</sup> Cpr. Duguit, I, p. 637.

il en résulte que ce dernier ne peut point la déléguer, ne peut pas charger une autre personne d'exercer cette compétence en son lieu et place. Sans doute, la loi positive, en prévision de circonstances mettant le titulaire d'une fonction dans l'impossibilité d'exercer sa compétence, peut et même doit décider que la fonction sera remplie provisoirement, en tout ou en partie, par un autre individu; il se peut aussi que la loi permette au titulaire de la fonction de désigner son suppléant ou son adjoint!. Malgré la terminologie courante qui parle de délégation, il n'y a pas mandat parce que la fonction n'est pas un droit individuel. Aussi le titulaire n'est-il pas libre de choisir qui il lui platt pour le suppléer ou l'aider. Il ne peut porter son choix que sur un fonctionnaire :; bien mieux, l'agent qu'il a la faculté de désigner lui est indiqué par la loi?. La délégation faite en dehors des conditions légales est nulle et de nul effet 4. En réalité, il y a non pas délégation véritable, mais nomination. Le prétendu délégué tient sa compétence non de la désignation, mais de la loi de la fonction. L'étendue de sa compétence est déterminée non par la délégation, mais par la loi de la fonction. La délégation ne prend pas sin par la mort du délégant .

2º Pas plus que la compétence, les profits attachés à la fonction ne constituent pour le fonctionnaire un droit individuel?. Le traitément, la pension de retraite, les honneurs qui découlent de la fonction, tout cela est fixé par la loi, peut être modifié par la loi sans le consentement du fonctionnaire. Celui-ci a un bénéfice légal. C'est tout. En voici la conséquence. La loi qui diminue le traitement ou le

<sup>1.</sup> C'est ainsi que le préfet peut saire des délégations au secrétaire général, le maire à ses adjoints et à des conseillers municipaux.

<sup>2.</sup> Conseiled'Etal 21 fevrier 1890, Mimieux.

<sup>3.</sup> Conseil d'État 3 juin 1897, Ministre de la guerre c. Loiseau ; 4 février 1898, maire de Difon ; 29 avril 1898, Roques.

A. Crie, toutefois l'affaire des mariages de Montrouge, l'aris, 20 août 1883; S. 84, 2, 20. Ducrocq, Droit adm., t. 11, p. 356.

<sup>• 8.</sup> Sans doute, la 101 du 5 avril 1884, article 82, permet au maire de déléguer une partie de ses fonctions; mais cela ne signifie pas qu'il puisse tracer à son gré la sphère d'activité du délégué. Celà veut dire que, au choix du maire, la fonction municipale, telle qu'elle est réglée par la loi, sera remplie par un seul individu où par plusieurs individus. Le maire peut répartir le contenu de la fonction entre plusieurs individus; il ne peut pas modifier ce contenu.

<sup>0.</sup> Loi du 6 avril 1884, article 82 : a Ges délégations (faites par le maire) subsistent tant qu'elles n'ont pas été rapportées.

<sup>7.</sup> Duguit, op. cit., II, p. 650 et s.

taux de la pension attachée, à une fonction, s'applique même aux fonctionnaires entrés au service avant la promulgation de cette loi <sup>1</sup>. Sans doute, il y a un moment où le fonctionnaire a, sur le traitement, sur la pension, un véritable droit individuel sanctionné par une action en justice proprement dite. C'est lorsque, les conditions légales de service étant remplies, le mois expiré, l'age légal atteint et la durée de service accomplie, le fonctionnaire réclame le traitement, la pension. Les tribunaux doivent assurer la réalisation de son droit envers et contre tous <sup>2</sup>.

3° Les obligations qui incombent au fonctionnaire en cette qualité ont aussi uniquement leur source dans la loi. La loi les énumère, les modifie, les étend, les restreint, les sanctionne comme il lui platt. En tout cas, la sanction n'est jamais une action en justice dirigée par l'administration contre le fonctionnaire et ayant sa base dans une obligation contractuelle. La sanction du devoir professionnel est d'ordre tout différent. C'est le contrôle au sens large du mot.

#### • § 3. — Contrôle auquel sont soumis les agents.

La loi de tous les États civilisés l'organise avec soin. Le système français, — que l'on peut considérer comme l'une des combinaisons les plus satisfaisantes du droit positif moderne, — prévoit trois séries de situations:

1° En violant son devoir professionnel, l'agent a fait un acte illégal dont les effets nuisent à un administré ou sont contraires à l'interêt général. Il y a un moyen d'arrêter les effets de cet acte.

2º Le fonctionnaire peut violer son devoir professionnel parce qu'il, sest malhabile ou malhonnête. La loi organise les moyens de le diriger (surveillance préventive), et un moyen de le frapper à titre de châtiment et d'exemple (surveillance répressive).

<sup>1.</sup> C'est ainsi que la loi du 27 floréal de l'an VIII a imposé aux fonctionnaires une retenue de 5 à 10 pt. 100 jusqu'à la paix générale; la loi du 18 avril 1831 a imposé une retenue de 2 à 25 pt. 100; le décret-loi du 6 avril 1848 a imposé une retenue de 4 à 30 pt. 100. Cpr. sur ce point, Boucard et Jeze, Gours étémentaire de science des finances et de législation financière française, 3º édition, 1004, pt. 133 et s.

<sup>2.</sup> Y compris le Perlement. Celui-ci, par des refus de crédit, ne peut pas faire disparaltre la créance ; il ne peut qu'en retarder le palement — au mépris du droit.

<sup>3.</sup> Duquit, 11, p. 604 et s.

3º Par la violation de son devoir professionnel, le fonctionnaire public peut causer un préjudice pécuniaire (dilapidation ou diminution d'un patrimoine administratif, atteinte à un droit individuel). Il y a moyen d'obtenir la réparation du préjudice.

Ainsi, la sanction du devoir légal du fonctionnaire se manifeste à divers points de vue auxquels correspondent la hiérarchie, les procédures et les recours à sin de contrôle administratif, le contrôle par voie de recours juridictionnel, la surveillance, la responsabilité pécuniaire des fonctionnaires ou des patrimoines administratifs.

C'est la loi qui forme la base juridique de tout ce système. Le fait du fonctionnaire n'en est pas la cause génératrice; il n'est que la condition à laquelle est subordonnée la mise en action du système légal.

Examinons rapidement ce système.

1º La hiérarchie consiste essentiellement en ceci qu'un agent supérieur a le pouvoir de suspendre, d'annuler ou de réformer l'acte de l'agent subordonné. Cela suppose donc que l'agent a sait un acte juridique. Cela suppose aussi que cet acte émane uniquement de l'agent. Si l'acte était contractuel, le pouvoir hiérarchique ne pourrait s'exercer, puisqu'il aboutirait à toucher la volonté d'un tiers. Le type, en droit positif français, c'est le pouvoir hiérarchique du ministre sur les actes unilatéraux accomplis par le préset.

Le pouvoir hiérarchique ne permet pas au supérieur de substituer spontanément son action à celle du subordonné. La hiérarchie ne s'applique qu'aux agents centralisés2, mais elle s'applique à tous les agents centralisés.

Ce n'est pas une action en justice. Ceci explique pourquoi la procédure hiérarchique n'est soumise à aucune forme, à aucun délai, pourquoi l'on peut invoquer tous motifs de droit ou de sait, pourquoi le supérieur ne commet pas de déni de justice en refusant de répondre 4, pourquoi il peut revenir sur sa décision.

<sup>1.</sup> Excepte pour le préfet vis-à-vis du maire (L. 5 avril 1884, art. 85). L'exception s'explique par des raisons d'ordre historique.

s'expique par des raisons d'ordre historique.

2. Voir Supra, p. 37 et s., sur la notion d'agent centralisé et d'agent décentralisé. Excepté pour le maire (L. 5 avril 1884, art. 92) et pour la Commission départementale, (pouvoir hiérarchique spécial exercé par le conseil général, L. 10 soût 1871, art. 83).

3. Les ministres sont les chefs hiérarchiques de tous les agents centralisés (Const. de l'an VIII, art. 59; Conseil d'État 1et mai 1874, Leteret de la Marinière; 14 novembre 1884, Gisbert; 23 novembre 1883, Société des Mines de la Guyane).

4. Cpr. la loi du 17 juillet 1900, article 5, qui assimile en certains cas le silence du sunérieur hiérarchique à une décision de relat.

supérieur hiérarchique à une décision de rejet.

2º Les procédures et les recours à sin de contrôle administratif ou tutelle administrative poursuivent le même but que la hiérarchie. Le contrôle est exercé par un agent centralisé sur un agent décentralisé, c'est-à-dire sur un agent désigné sans la participation des gouvernants. C'est ainsi qu'en droit français, le préfet exerce le contrôle administratif sur les actes du maire et sur ceux du conseil municipal, le préfet et le chef de l'État sur les actes du conseil général ou de la commission alépartementale.

Le contrôle confère à l'agent qui en est investi le pouvoir de suspendre, d'annuler, de refuser d'approuver la décision de l'agent soumis à la tutelle, ainsi que le pouvoir de substituer son action à celle de cet agent au cas où il néglige ou refuse d'agir<sup>3</sup>. Il n'entraîne pas le pouvoir de réformation.

Le pouvoir de contrôle ou de tutelle administrative s'exerce soit d'office, soit sur la demande des intéressés. Lorsque l'agent de contrôle est obligé de répondre à la demande des intéressés, il y a recours administratif proprement dit. (Ex.: art. 63, 65, 66, L. 5 avril 1884.) Lorsque l'agent de contrôle agit d'office et lorsque, en cas de demande, il n'est pas tenu d'user de son pouvoir, il y a procédure de contrôle administratif. (Ex.: art. 33, 34, 47, 49, etc., L. 10 août 1871.)

Le controle administratif (procédure ou recours) a une tendance à affecter la forme juridictionnelle, afin que les franchises locales soient respectées ; mais évidemment, cette forme juridictionnelle n'a pas pour résultat de transformer les procédures et recours administratifs en actions en justice proprement dites. En conséquence, l'agent chargé du contrôle peut, au cas de procédure, garder le silence, retirer, l'approbation qu'il a donnée, etc. — toutes choses interdites à un juge; au cas de recours, le requérant n'a pas à faire la preuve d'une situation juridique individuelle violée; un intérêt froissé suffit pour rendre le recours rècevable, etc.

<sup>1.</sup> L. 5 avril 1884, art. 63, 64, 65, 66, 67, 68.

<sup>2.</sup> L. 10 août 1871, art. 33, 34, 47, 49, 57 et s., etc.
3. Ex.: L. 10 août 1871, art. 39, 61 et s. L'inscription d'office au budget est la principale application du pouvoir de l'agent centralisé de substituer son action à celle de l'agent décentralisé qui néglige ou refuse d'agir. Cpr. une opinion différente dans Duguit, op. cit., II, p. 735 et s.

<sup>4.</sup> Application: L. 10 sout 1871, art. 47, 49; L. 1884, art. 63, 64, 65, 66. Cpr. mon étude sur le Gontrôle des délibérations des assemblées délibérantes (Revue gén. d'adm., 1895).

3º Le contrôle par voie de recours juridictionnel est celui qui offre aux administrés le maximum de garanties. La hiérarchie, la tutelle administrative — même lorsqu'elle peut être mise en mouvement par les administrés (recours), — n'aboutissent qu'à une revision par des administrateurs actifs, c'est-à-dire par des agents qui n'offrent pas de garanties particulières de capacité juridique et d'impartialité. Le contrôle par voie de recours juridictionnel aboutit, au contraire, à une revision par des agents offrant ces garanties particulières de capacité juridique et d'impartialité.

L'administré acquiert donc par là une certitude plus grande d'obtenir la stricte observation de la légalité. Il n'est pas de pays qui ait soumis, aussi minutieusement que la France, à un contrôle juridictionnel la légalité des actes des agents administratifs. S'agit-il d'assurer le respect des règles sur la compétence pour les agents de tout ordre, nous trouvons, suivant la nature de l'illégalité, le recours en règlement de conflit négatif d'attributions, le recours en règlement de juges, et surtout le recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat. Mais ici encore, l'existence d'une autorité organisée juridictionnellement et appelée à faire respecter la légalité par des recours juridictionnels, n'implique pas l'existence d'une action en justice proprement dite.

De tous ces recours, celui qui offre à l'administré le plus d'avantages est, à coup sûr, le recours pour excès de pouvoir. Tel qu'il a été élaboré par la jurisprudence du Conseil d'Etat et par le législateur, le recours pour excès de pouvoir apparaît comme une sorte d'action populaire que tout individu ayant un intérêt — et la jurisprudence se montre de plus en plus large sur la notion d'intéressé — peut mettre en mouvement dès qu'un agent administratif est sorti de sa compétence, a excédé ses pouvoirs en faisant un acte unilatéral. On peut ainsi faire annuler — presque sans frais et sans grandes formalités — l'acte que le fonctionnaire administratif a accompli par empiétement sur les attributions d'un autre agent (incompétence) ou sans observer exactement les formes prescrites par les lois et règlements (violation des formes); bien mieux, ce recours en annulation est possible au cas où l'agent a fait une fausse interprétation de la loi;

<sup>1.</sup> C'est le chef de violation de la loi et des droits acquis. Ainsi que l'expression le fait apparaître, pour invoquer ce grief, la jurisprudence exige du requérant DROIT ADMINISTRATIF.

ce qui est encore plus avantageux, dans l'hypothèse où le fonctionnaire, exerçant son pouvoir légal dans les formes légales et sans fausse interprétation de la loi, s'en est cependant servi dans un but autre que celui pour lequel la fonction en a été munie (détournement de pouvoir), le recours est encore possible.

Le recours pour excès de pouvoir est d'autant plus précieux pour les administrés qu'il leur permet, au cas d'irrégularité, de faire annuler les manifestations unilatérales de volonté de tous les agents administratifs, quelque rang qu'ils occupent dans l'organisation politique. Qu'il s'agisse de l'agent suprême, le Président de la République, ou des ministres, le recours est, en principe, possible dès qu'un intéressé peut signaler une illégalité. Les actes des agents administratifs décentralisés n'échappent pas à ce recours.

un intérêt renforcé. C'est ce que le Conseil d'État appelle — assez inexactement d'ailleurs — un droit acquis violé. La qualification est inexacte, attendu que la jurisprudence reconnalt comme intérêt renforcé des situations qui ne constituent pas des droits véritables. Ex.: liberté du commerce, de l'industrie, situation légale du fonctionnaire, etc. Deux arrêts du Conseil d'État du 4 décembre 1903, Loi et autres, ont admis la recevabilité du recours pour excès de pouvoir au cas de fausse interprétation de la loi dans une hypothèse où il n'y a évidemment qu'un intérêt renforcé. Cette nouvelle jurisprudence, très favorable aux administrés, jette beaucoup de lumière sur la notion très confuse des droits acquis.

<sup>1.</sup> Duquit conteste cette dernière solution. Il invoque la nature juridique, les origines du recours pour excès de pouvoir et les textes (op. cit., II, p. 741 et s.); d'ailleurs, il reconnaît que « l'opinion contraire paraît prévaloir et semble consimée par quelques décisions du Conseil d'État ». Voici comment le savant professeur argumente : En réalité, dit-il, le recours pour excès de pouvoir n'est qu'un recours hiérarchique en forme juridictionnelle. De ce caractère, qui est démontré par l'analyse des faits et par l'histoire du recours pour excès de pouvoir, il résulte qu'un pareil recours n'est recevable que contre les décisions émanées d'un agent compris dans la hierarchie administrative. En consequence, contre les décisions d'agents décentralisés, c'est-à-dire d'agents non soumis à la hiérarchie, le recours n'est pas recevable. Le recours d'ailleurs est inutile; la décision d'un agent décentralisé peut toujours être attaquée devant un agent centralisé grâce au pouvoir de contrôle qui , appartient à ce dernier. Et contre la décision de l'agent centralisé, le recours sera possible. — L'argumentation est logique... mais inadmissible. Sans doute, le recours pour excès de pouvoir est un recours hiérarchique juridictionnalisé. Mais pourquoi en tirer des conséquences aussi rigoureuses? Pourquoi se montrer si déductif et si doctrinaire? D'ebord le recours est admis en droit (L. 10 août 1871, art. 88 in fine) et en sait (Conseil d'État 7 août 1903, Chabot; 24 juillet 1903, commune de Massal, Rev. gen, d'adm., 1903, III, p. 299 et s. et la note de Ch. Rabany). Et c'est là le défaut capital de la thèse de Duguit : elle est contraire aux faits. En second lieu, pourquoi, sous couleur de logique et de symétrie, enlever aux autis. En second garantie précieuse? En troisième lieu, Duguit veut, en réalité, non pas supprimer le recours, mais en rendre la procédure plus compliquée, en obligeant l'administré à seinder son recours en deux parties; savoir : saisir d'abord l'agent centralisé et le sommer d'user de son pouvoir de contrôle; saisir ensuite le Conseil d'État au cas ou satisfaction n'est pas obtenue au moven du contrôle de tutelle. On compandant le la contrôle de tutelle. satisfaction n'est pas obtenue au moyen du contrôle de tutelle. On comprend que le

4º La surveillance i no so confond pas avec la hiérarchie, lo contrat administratif et le contrôle juridictionnel. Elle a une portée plus large et un objet différent i.

D'une part, la surveillance s'exerce sur tous les agents sans distinction, quel que soit le mode de leur désignation, quelles que soient la nature et l'étendue de leurs attributions; elle s'applique aux agents centralisés et aux agents décentralisés, aux agents de juridiction, à ceux qui font des actes juridiques aussi bien qu'à ceux qui ne font que des opérations matérielles, aux fonctionnaires qui accomplissent des actes unilatéraux ou de puissance publique, aussi bien qu'à ceux qui accomplissent des actes contractuels ou de gestion.

D'autre part, le pouvoir de surveillance consère à celui qui en est investi deux attributions:

a) Le pouvoir d'adresser des instructions. Le fonctionnaire est tenu de suivre ces instructions, parce que la loi de la fonction fait à l'agent l'obligation de se conformer aux instructions qu'il reçoit d'un autre agent. La sanction de ce devoir est non la nullité de l'acte, mais l'exercice du pouvoir disciplinaire et du pouvoir hiérarchique. — Ce premier pouvoir (instructions) est un moyen préventif et impulsif (ordres de service).

b) Le pouvoir disciplinaire a un caractère répressif. Suivant la gravité de l'infraction, la rigueur de la répression sera plus ou moins grande: ce sera soit la peine disciplinaire proprement dite, soit le châtiment pénal proprement dit. Ces deux sanctions ont, au fond, même nature juridique; mais la gravité de leurs conséquences a une grande influence sur l'organisation des autorités chargées de les appliquer. La forme et la procédure juridictionnelles sont, depuis longtemps, consacrées pour l'application des châtiments pénaux proprement dits; l'évolution est beaucoup moins avancée en ce qui concerne les poines disciplinaires. Néanmoins, la tendance à la juridictionnalisation de la sanction disciplinaire est évidente (collégia-

Conscil d'État ait repoussé cette complication et admis le recours omisso medio. L'oin de l'en blamer, il y a lieu, à mon avis, de le feliciter d'avoir, par une simplification, accru les garanties des administrés.

i. Plusieurs textes du droit français emploient cette expression. Cpr. L. 14 décembre 1789, art. 50, et L. 5 avril 1884, art. 91.

<sup>2.</sup> Cpr. sur tous ces points, Duguit, op. cit., 11, p. 453 et s.

lité, débat contradictoire, peines prévues et réglées d'une manière précise par les textes, etc.).

5º La responsabilité pécuniaire est organisée pour le cas où le fait d'un agent entraîne un préjudice pécuniaire. Ce fait n'est pas la cause génératrice d'une obligation de réparer le dommage causé. Il est la condition à laquelle est subordonné l'exercice par la victime du pouvoir de demander réparation. Dès que la victime manifestera sa volonté d'obtenir réparation, cette volonté produira effet juridique; une créance nattra au profit de la victime. De jour en jour, on sent que la solidarité sociale exige la réparation de tout préjudice injuste. Il y a une tendance manifeste en ce sens ; l'évolution est due à l'influence de la conscience plus complète qu'ont les individus des devoirs qu'entraîne la solidarité sociale. Vainement les légistes imaginent-ils, pour écarter dans certains cas l'indemnité, des argumentations verbales tirées de la souveraineté de l'Etat, de la puissance publique qu'ils affirment solennellement irresponsable. - Ce sont là des mots. Les faits sont plus forts que les mots. La législation a consacré le principe de l'indemnité au cas d'erreur judiciaire, c'est-à-dire pour une manifestation de ce que l'on est convenu d'appeler la puissance publique. Les légistes y ont vu une exception. J'y vois, pour ma part, la reconnaissance du principe nouveau2. La jurisprudence la plus récente marche résolument dans la voie nouvelle 3.

La question de principe une fois résolue, reste à savoir par qui l'indemnité sera payée. Sur le patrimoine de l'agent? Ou sur le patrimoine administratif?

Ce problème n'est plus qu'une question d'art administratif, dont la solution variera selon les époques et suivant les pays.

Il y a une conciliation à faire entre deux intérêts. Déclarer l'agent responsable dans tous les cas, c'est évidemment le rendre très

<sup>1.</sup> Cpr. sur ce point la démoistration complète faite par Duguit, op. cil., II, p. 462 ct s., et 635 et s.

<sup>2.</sup> Avec beaucoup d'habileté, Hauriou place, à côté de la puissance publique, une théorie de la gestion qui lui permet, en cantonnant de plus en plus la puissance publique, d'expliquer les nouvelles hypothèses de reconnaissance du pouvoir de réclamer une indemnité.

<sup>3.</sup> Conseil d'État 27 février 1903, Zimmerman; 29 mai 1903, Le Berre; 11 décembre 1903, Villenaue c. ville d'Alger, et les conclusions du commissaire du Gouvernement Teissier dans les deux dernières affaires. V. infra.

attentif à l'étroite observation de son devoir professionnel, mais c'est aussi le rendre timeré et arrêter l'essor de son initiative. Déclarer le patrimoine administratif responsable dans tous les cas, c'est, sans doute, activer l'esprit d'initiative des agents, mais c'est exposer l'administration à de lourdes responsabilités et les administrés à d'intolérables tracasseries.

Le droit positif français résont la difficulté par une distinction entre la faute personnelle et la faute fonctionnelle; la faute personnelle engage la responsabilité de l'agent, la faute fonctionnelle entraîne celle du patrimoine administratif?.

<sup>1.</sup> Cpr, dans Duguit, op. cit., II, p. 640 et s., un exposé critique de la solution consacrée par la jurisprudence à la suite de l'abrogation de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII par le décret-loi du 19 septembre 1870.

<sup>2.</sup> Cas particulier, L. 5 avril 1884, art. 106 et s.

#### CHAPITRE III

#### LES ACTES DES GOUVERNANTS ET DES AGENTS

Pour accomplir leur mission, les gouvernants et les agents font une foule d'actes de nature très diverse, Leurs manifestations de volonté se présentent sous des aspects multiples: lois, règlements, jugements, injonctions individuelles, défenses individuelles, contrats, faits et agissements matériels.

Chacune de ces manifestations de volonté a un régime juridique propre. La répartition des actes soit entre les gouvernants et les agents, soit entre les différentes catégories d'agents, est, en partie — mais en partie seulement — faite en tenant compte de la nature des actes. Les formes, la procédure dont sont entourés ces actes, s'inspirent aussi, en partie — mais en partie seulement — de, la même idée. On peut constater encore que le contrôle s'exerce dans des conditions en partie différentes pour chaque manifestation de volonté. S'il y a des règles juridiques propres, c'est donc parce que le contenu de chacune de ces sortes de manifestations de volonté n'est pas le même. Dès lors, pour bien comprendre ces régimes juridiques différents, il convient de classer soigneusement, par une analyse attentive des faits, les actes des gouvernants et des agents. Cette classification faite, nous pourrons plus facilement dégager les idées directrices de ces régimes mêmes.

Le seul point qui, à notre avis, puisse servir essectement pour opérer cette classification est l'analyse du contenu de l'acte. Le but poursuivi, la qualité de l'auteur de l'acte, la sorme de l'acte, ont été souvent proposés comme le moyen le plus facile et le plus sûr de saire la distinction; il n'est pas besoin d'une longue réstexion pour constater que ce sont là des criteriums insussisants.

C'est cette démonstration qu'il convient de faire tout de suite.

<sup>1.</sup> Duguit, L'Etat, I, p. 138 et s.; p. 410 et s.

Section I. — Glassification formelle des actes des gouvernants et des agents.

1º Le but poursuivi par l'auteur de l'acte ne peut pas être considéré comme un criterium satisfaisant 1. C'est qu'en esset, tous les actes des gouvernants et des agents sont ou doivent être inspirés par une préoccupation unique: celle de l'intérêt public; les efforts de tous doivent tendre à réaliser un seul but : la solidarité sociale. en d'autres termes, l'accroissement du bien-être physique, intellectuel, moral des individus. C'est la fin que se proposent plus ou moins consciemment les députés qui légiferent, le chef de l'État, les préfets ou les maires qui font des règlements, les agents qui poursuivent une expropriation pour cause d'utilité publique, ou qui font un contrat, les magistrats qui rendent la justice ou qui insligent des peines, le cantonnier qui casse des cailloux sur la route, le facteur qui distribue les lettres, les agents de police qui assurent la liberté de la circulation sur la voie publique. Chacun de ces individus semble poursuivre un but particulier; en réalité, les efforts de tous, qu'ils le sachent ou qu'ils ne le sachent pas, tendent au même point. C'est par la combinaison de leurs actes individuels que sera atteint le but poursuivi. Des lors, chercher un signe caractéristique, pour le classement des actes, dans le but poursuivi, c'est faire œuvre vaine. Ce signe n'existe pas à l'état distinctif, puisqu'il se retrouve chez tous. Une loi saite dans l'intérêt de la désense nationale diffère-t-elle d'une loi sur la réglementation du travail dans l'industrie, sur la santé publique, ou sur le régime hypothécaire? L'achat d'armes de guerre dissère-t-il de l'achat d'une maison d'école, etc.?

2º Les criteriums formels — qualité de l'auteur de l'acte, formes suivies — sont aussi sans valeur décisive. Les faits montrent que deux actes très certainement différents pouvent émaner, suivant les

<sup>1.</sup> C'est le criterium proposé par Jellinek. Cet auteur distingue trois buts essentiels de l'État, d'après lesquels les actes doivent être classés: 1º le maintien de l'existence de l'État (actes d'administration); 2º le maintien du droit (actes de législation et de juridiction); 3º la culture, c'est-à-dire le développement du bien-être public et de la civilisation matérielle, intellectuelle et morale (actes d'administration).

époques, suivant les pays, suivant les circonstances, d'une même classe d'agents ou être accomplis suivant les mêmes formes. En France, une loi relative aux droits successoraux des enfants naturels est évidemment différente de l'acte déclaratif d'utilité publique nécessaire pour la construction d'une importante ligne de chemin de fer. Et cependant, les deux manifestations de volonté émanent des mêmes gouvernants et revêtent toutes deux la forme dite législative.

— Les décrets du chef de l'État portant règlement d'administration publique sur la police sanitaire sont, à coup sûr, différents des décrets en forme de règlements d'administration publique relatifs à une déclaration d'utilité publique.

Un criterium formel ne ferait, entre tous ces actes, aucune dissérence, puisque, dans les deux hypothèses, l'auteur est le même, les formes suivies sont identiques. — On pourrait multiplier les exemples. Il est inutile d'insister sur la démonstration; à vrai dire, les criteriums formels sont à peu près abandonnés aujourd'hui?

#### SECTION II. - CLASSIFICATION DES ACTES D'APRÈS LEUR CONTENU.

L'analyse du contenu des actes des gouvernants et des agents conduit, au contraire, à une classification très satisfaisante en: 1° actes législatifs; 2° actes réglementaires; 3° actes de juridiction; 4° actes administratifs unilatéraux ou contractuels; 5° faits de volonté et agissements matériels. Analysons soigneusement le contenu de chacun de ces actes.

1º Acte législatif et acte réglementaire. — L'acto législatif et l'acte réglementaire sont ceux par lesquels est formulée une règle de droit, générale, impersonnelle 1.

Il y a acte réglementaire lorsque la règle de droit qu'il contient

<sup>3.</sup> Voy. la démonstration faite par Esmein, Droit const., 3° édit., pour la loi du budget.

<sup>2.</sup> Voir cependant Ducrocq, Droit adm., 7º édit., t. I, p. 12 et s.

<sup>3.</sup> Cpr. Duguit, I, p. 138 et s.; p. 412 et s. Cpr. aussi I, p. 183 et s.; 212 et s.; 359 et s.; II, p. 333 et s.; 405 et s.; 520 et s.; 532 et s.

<sup>4.</sup> La force obligatoire générale de la règle de droit contenue dans la loi ou dans le règlement réside, non dans l'essence supérieure de la volonté qui la formule, mais dans la conscience publique qui estime que, à une époque donnée et dans un pays donné, cette règle est conforme à l'intérêt général,

n'est que le développement, la mise en œuvre d'une règle de droit contenue dans un acte législatif. Il y a donc, entre l'acte législatif et l'acte réglementaire, des liens très étroits; le point de différence est la subordination absolue de l'acte réglementaire à l'acte législatif. L'acte législatif a un contenu indépendant; l'acte réglementaire a nécessairement son contenu subordonné à un acte législatif préexistant.

2º Acte de juridiction. — C'est celui par lequel les agents constatent l'existence d'une situation juridique pour un individu, en mesurent l'étendue, déclarent que cette situation doit se réaliser, ensin menacent de la force publique tous ceux qui seraient tentés de s'y opposer. Lorsque, par exemple, le vendeur réclame le prix à l'acheteur, le tribunal est appelé: 1º à constater la situation juridique créée par la vente et à en déterminer l'étendue vis-à-vis du vendeur et de l'acheteur; 2º à déclarer à l'acheteur qu'il doit exécuter l'obligation de payer le prix convenu; 3º à le menacer de la force publique au cas où il continuerait à s'y resuser. Dans les trois parties du jugement rendu par le tribunal (motifs, dispositif, formule exécutoire), on retrouvera ces trois propositions essentielles.

L'acte de juridiction a deux caractères distinctifs: 1° il est particulier, individuel. L'acte de juridiction ne pose pas une règle de conduite générale et impersonnelle; il ne vise que le cas individuel, qui lui est soumis par les parties. Par là, il se sépare très nettement de la loi et du règlement. — 2° L'acte de juridiction ne crée pas une situation juridique nouvelle; il se borne à constater une situation juridique préexistante. C'est en ce sens que l'on dit: les jugements ne créent pas de droits, ils les constatent<sup>2</sup>.

Cetto observation nous conduit à affirmer que tous les actes accomplis par les juges ou — pour employer la terminologie cou-

<sup>1.</sup> Sur la distinction entre la loi et le règlement, cpr. supra, chap. II, sect. II, § 2 : Mission des gouvernants, p. 30 et s.

<sup>2.</sup> C'est pour ce motif que l'on parle non pas de novation judiciaire, mais de quasi-hovation judiciaire. A mon avis, même avec ce correctif, l'expression est tout à fait impropre, car elle tend à faire croire qu'une situation juridique nouvelle est créée par l'acte de juridiction. En réalité, celui-ci a pour effets principaux de rendre désornais certaine et bien déterminée la situation juridique préexistante, et de promettre, pour sa réalisation, l'emploi de la force publique. C'est un titre certain et exéculoire que sollicite le demandeur et qu'il obtient, lorsqu'il gagne son procès,

rante — tous les jugements ne sont pas des actes de juridiction. Un jugement n'est un acte de juridiction qu'autant qu'il constate une situation juridique préexistante. S'il fait autre chose, ce n'est plus un acte de juridiction. Ce sera ou bien un acte administratif accompli dans la forme juridictionnelle, si le jugement crée une situation juridique nouvelle, ou bien un fait de volonté à forme d'acte juridictionnel s'il ne crée ni ne constate aucune situation juridique. Ce que l'on appelle les actes de la juridiction gracieuse ou volontaire nous en fournissent des exemples. Incontestablement, le jugement d'adjudication sur expropriation forcée, le jugement d'expropriation pour cause d'utilité publique, le jugement de séparation de corps, de divorce, etc., sont des actes administratifs en la forme juridictionnelle. Tous ces actes créent, en effet, une situation juridique nouvelle; ce n'est pas pour constater une situation juridique préexistante, c'est, au contraire, pour la modifier qu'ils interviennent. Les jugements portant nomination de curateurs à succession vacante, de conseils judiciaires ou d'administration provisoire ne sont pas, non plus, des actes de juridiction. Ce sont des faits volontaires de nomination 1.

A vrai dire, tout le monde est d'accord pour reconnaître que, dans toutes ces hypothèses, il y a, non pas acte de juridiction proprement dit, mais seulement acte à forme juridictionnelle. Par contre, on est à peu près unanime à reconnaître le caractère d'actes de juridiction aux condamnations pénales prononcées par les tribunaux répressifs. En réalité, ces prétendus jugements ne sont que des actes administratifs en la forme juridictionnelle. Ils ne constatent pas des situations juridiques individuelles préexistantes; ils les créent? Une situation juridique individuelle natt, mais ne natt que lorsque, sur la preuve de la culpabilité du prévenu, le tribunal a prononcé le châtiment. C'est pourquoi il n'y a aucune dissérence de nature intrinsèque entre le jugement répressif et la punition insligée disciplinairement. On ne conteste pas le caractère d'acte administratif de la décision disciplinaire; le jugement pénal a la même nature juridique. Et c'est ce qui explique l'évolution de la répression disciplinaire vers la répression penale. Elle est possible, parce que les deux actes ont un

<sup>1.</sup> Voir infra.

<sup>2.</sup> Cpr. sur ce point Duguit, op. cit., I, p. 218 et s.; p. 420 et s.; II, p. 464 et s.

même contenu et que la dissérence est uniquement dans les formes protectrices plus grandes dans l'une que dans l'autre.

3. Actes administratifs unilatéraux et actes administratifs contractuels. — Le trait commun de l'acte administratif est qu'une manifestation de volonté crée, pour un individu déterminé, une situation juridique nouvelle.

Dans l'acte administratif, la manifestation de volonté de l'auteur de l'acte présente deux caractères distinctifs:

- a) Elle vise un cas particulier. Par là, l'acte administratif se différencie de la lei et du règlement qui prescrivent une règle de conduite générale et impersonnelle. Il est impossible de confondre la loi de police ou le règlement d'exécution pris par le maire d'une commune, déterminant, dans un intérêt de salubrité, les conditions dans lesquelles la construction des maisons devra être effectuée, avec l'acte administratif unilatéral par lequel le maire enjoint à un particulier de démolir sa maison menaçant ruine ou de faire cesser dans un délai fixé telle cause d'insalubrité, ou avec l'acte administratif contractuel par lequel le maire achète, pour le compte de la commune, tel immeuble.
- b) Dans l'acte administratif unilatéral ou contractuel, la manifestation de volonté de l'auteur de l'acte a pour objet de créer une situation juridique nouvelle. Par la, il se distingue aussi bien de la loi et du règlement que de l'acte de juridiction. D'une part, en esse, la manisestation de volonté, dans la loi et le règlement, ne cr'e aucune situation juridique nouvelle. Elle se borne à déterminer les conditions dans lesquelles une situation juridique nouvelle pourra prendre naissance par l'esse d'une manisestation de volonté individuelle. Par exemple, la loi qui a établi, en France, l'hypothèque maritime n'a entraîné, par elle-même, la constitution d'aucune hypothèque, elle a simplement sixé les conditions moyennant lesquelles les individus pourraient constituer des hypothèques. D'autre part, les actes de juridiction ne créent aucune situation juridique individuelle nouvelle, car, selon la très sorte et très juste sormule, « les jugements constatent les droits, ils ne les créent pas ».

<sup>1.</sup> Nous supposerons que la manifestation de volonté de l'auteur de l'acte s'est produite régulièrement et conformément au droit,

Au contraire, par un acte administratif unilatéral, par exemple l'injonction de démolir une maison menaçant ruine, ou par un acte administratif contractuel, par exemple une vente, il y a création, par la manifestation de volonté de l'auteur de l'acte, d'une situation juridique individuelle nouvelle. La manifestation de volonté du maire exerçant le pouvoir général organisé par la loi crée, pour le propriétaire de la maison menaçant ruine, l'obligation de démolir; par sa manifestation de volonté, le vendeur, exerçant le pouvoir général organisé par le Code civil, crée, pour lui-même, des obligations vis-à-vis de l'acheteur, en particulier celle de lui faire remise de la possession et de le garantir contre tout trouble d'éviction. A l'inverse, l'acheteur, par sa manifestation de volonté, crée, pour lui-même, l'obligation de payer le prix. Dans les deux cas, il y a donc, à la suite de l'acte, une situation juridique individuelle nouvelle.

L'acte administratif produit ce résultat sous les deux formes qu'il peut revêtir: la forme unilatérale ou la forme contractuelle. L'acte administratif, en esset, se présente sous deux aspects. Il y a acte administratif unilateral lorsque la situation juridique nouvelle est créée par la seule volonté de l'agent: injonction de démolir la maison menagant ruine, jugement d'expropriation pour cause d'utilité publique, réquisition militaire, etc., etc. Dans l'acte administratif contractuel, la seule manifestation de volonté de l'agent ne suffit pas à donner naissance à une situation juridique nouvelle. Il faut, en outre, le concours de volonté de celui pour lequel une situation juridique nouvelle va être créée. La dissérence entre l'acte unilatéral et l'acte contractuel apparaît bien dans la procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique, quand on compare l'acte de cession amiable (acte administratif contractuel) et l'acte par lequel le tribunal civil prononce l'expropriation (acte administratif unilatéral). Entre ces deux actes il n'y a qu'une différence de forme. L'un et l'autre tirent leur valeur juridique du but poursuivi en conformité au droit. Dans l'un et dans l'autre acte, nous voyons des individus qui veulent créer une situation juridique nouvelle. Cet effet sera-t-il produit? La force publique viendra-t-elle au bescin

<sup>1.</sup> C'est ce que le professeur Hauriou appelle la déclaration de volonté en droit administratif. (M. Hauriou et G. de Bezin; La Déclaration de volonté dans le droit administratif français, dans la Revue frimestrielle de droit civil, 1903, p. 553 et s.)

réaliser cette volonté? Oui, si, par son acte, l'auteur tend à atteindre, par des moyens légaux, un but social, tel que le comprend la conscience sociale du moment. Non, dans le cas contraire.

Dans la terminologie courante, on parle, il est vrai, d'acte d'autorité ou de puissance publique pour désigner l'acte administratif unilatéral, et d'acte de gestion ou contractuel pour désigner l'acte administratif contractuel. Pour expliquer l'esset juridique produit par la seule volonté d'un agent, on sait intervenir l'idée d'une volonté d'essence supérieure : la puissance publique, que l'on désinit une « puissance de volonté infiniment plus essence que celle des particuliers : », ou encore « l'exercice de la souveraineté de l'État : ». Cette terminologie nous semble sausse. L'acte unilatéral est la manisestation de la volonté d'un agent, laquelle est une volonté individuelle dont l'essence n'est point supérieure à celle des autres hommes. Si, à elle seule, cette volonté produit des essets juridiques, c'est uniquement parce qu'elle tend à réaliser le droit par des moyens légaux 3. D'ailleurs, ce n'est pas seulement la volonté unilatérale

<sup>1.</sup> Hauriou, Droit adm., 5º édit., p. 225.

<sup>2.</sup> Laferrière, Juridiction adm., 3º édit., t. I, p. 199.

<sup>3.</sup> Telle est l'explication très simple qui prévalait jusqu'ici. Hauriou, Droit adm., 5º cdit., p. 225, écrivait très justement : « Ces droits (de puissance publique) ont pour caractère commun de contenir le pouvoir de commander à des hommes libres et leurs effets spéciaux se justifient par les besoins des services publics; ainsi, l'esset spécial du droit d'expropriation se justifie par la nécessité qu'il y a de se procurer des terrains pour l'installation des services; l'objet spécial du droit de conscription militaire se justisse par les nécessités de la désense nationale, etc. » — Tout ceci ctait très satisfaisant. Mais voici que l'on ne se borne plus à faire intervenir l'idée de la puissance publique, « pouvoir de l'État en tant qu'il s'applique à l'accomplissement de la fonction administrative », pouvoir « s'analysant en une volonté exerçant par ses actes les pouvoirs propres des administrations publiques ». Le professeur Hauriou et son élève G. de Bezin, dans une savante étude sur la Déclaration de volonté en droit administratif (Revue trimestrielle de droit civit, 1903, p. 543 et s. et surtout p. 584 et s.), proposent une nouvelle explication. « Si, disent-ils, la déclaration de volonté est douée d'efficacité juridique, c'est à raison de son extériorisation, c'est-à-dire de son émission... Pourquoi l'extériorisation d'une volonté lui donne-t-elle une valeur juridique ? Le véritable fondement de la théorie..., c'est l'obligation morale de l'agent qui lance dans le milieu social extérieur une déclaration de volonté, laquelle, séparée de lui, va produire des effets, léser les uns, avantager les autres, susciter des espérances; en un mot, produire des conséquences sociales parce qu'elle est devenue un acte. Or, il y a responsabilité morale à lancer ainsi un acte dans la circulation sociale, comme il y a responsabilité morale à y lancer un être, et cette responsabilité morale peut servir de base à une responsabilité juridique... Le droit administratif est construit sur une moralité moyenne de l'administration; le principal effet de la décision exéculoire est de créer contre elle-même un contentieux d'annulation; or, ce contentieux est,.. un moyen d'assurer la réalisation d'un devoir...; dans le recours

des gouvernants et agents qui fait créer des situations juridiques nouvelles. Tout le monde reconnaît aujourd'hui l'effet créateur d'obligations de la volonté unilatérale des individus. Le tiré qui accepte une lettre de change s'oblige à payer le dernier porteur, bien que celui-ci soit encore inconnu au jour de l'acceptation. Le commerçant qui, par une annonce dans sa vitrine, fait une offre au public est lié par cette manifestation unilatérale de volonté. La compagnie d'assurances, les compagnies de chem as de fer, d'omnibus ou de voitures sont liées par les tarifs qu'elles ont publiés, etc. La création d'une situation juridique par la manifestation d'une seule volonté n'est donc pas un attribut propre aux gouvernants et

pour excès de pouvoir, le Conseil d'État... se demande... si l'acte attaqué se trouve conforme à la moralité objective qui consiste à ne pas commettre de volation de compétence, de violation de formes, de violation de la loi, de détournement de pouvoirs. Le contentieux de pleine juridiction ne repose pus moins que celui de l'annulation sur la base des devoirs moraux de l'administration, car les vices de l'ucte peuvent être invoqués par le recours ordinaire aussi bien que par le recours pour excès de pouvoirs. » En résumé, le professeur Hauriou conclut : « Toute extériorisation de volonté est la source d'une responsabilité morale. Or, cette responsabilité morale est à son tour la base des obligations juridiques et des droits... En droit administratif, ce qui fait la vertu « exécutoire » de la décision, c'est... la responsabilité morale que l'administration reconnaît spontanément avoir prise en émejtant cette déclaration de volonté. »

Cette explication ne me satisfait pas. Il est très vrai que la déclaration de volonté, une sois émise par l'agent, se sépare de lui, devient un acte, produit des essets juridiques. Mais ce que je n'admets pas, c'est que l'extériorisation de la volonté confere à l'acte sa valeur exécutoire. Elle sert à donner une certitude et un contour très net à la manifestation de volonté. Si la loi veut, en règle, que la volonté de l'agent se manifeste dans un acte écrit, c'est parce que l'agent, par la forme écrite, exprime ainsi exactement ce qu'il veut faire et par quels moyens il entend le faire. Ce n'est qu'un vêtement; d'esset juridique propre, l'extériorisation n'en a pas. C'est la manifestation de volonté, en tant qu'elle est conforme au droit, et elle scule, qui produit effet. C'est une image hardie que de comparer l'emission de l'acte par un agent administratif à la procréation d'un enfant qu'on lance dans sa vic. Mais ce n'est qu'une image. La science ne se contente pas d'images; les images ne sont que des fictions, des manières de s'exprimer. Il faut quelque chose & de plus substantiel que des figures de rhétorique. - De plus, il me paraît inexact de dire que si la décision est exécutoire, c'est à cause de la responsabilité morale que l'administration reconnaît avoir prise en émettant sa déclaration de volonté. On confond deux choses: les conséquences de l'acte et la force interne de l'acte. La responsabilité de l'agent n'est qu'une conséquence de l'acte. Ce n'est pas la source de la force interne. Cette force interne, l'acte la tire de sa conformité au droit quant au but poursuivi et quant aux moyens employés.

En resume, les faits me paraissent beaucoup plus simples à expliquer que ne le disent Hauriou et de Bezin. Pourquoi les déclarations de volonté des agents administratifs sont-elles réalisées au besoin par la force publique? Pourquoi sont-elles exécutoires »? C'est parce que l'agent a poursuivi, dans les conditions légales, un but de droit. Pourquoi une réquisition militaire régulièrement formulée est-elle exécutoire par la force ? Parce que l'agent qui la fo.mule poursuit régulièrement

aux agents. La « puissance publique impersonnelle et irresponsable » i n'est qu'une formule sonore et vide de sens. Cette expression majestueuse et mystique, par cela même qu'elle ne veut absolument rien dire, se prête admirablement à l'éloquence officielle des politiciens; elle est extremement commode pour se tirer d'assaire et pour justifier toutes sortes d'agissements. Il est regrettable que des jurisconsultes donnent un semblant d'appui et de justification à ces pratiques, en ayant l'air de reconnaître à la « puissance publique » un sens précis qu'elle n'a pas. Ce qui semble justifier la terminologie courante de puissance publique, c'est le fait incontestable que la situation juridique nouvelle voulue unilatéralement par les gouvernants et les agents est menée à exécution par des procedes ultra-rapides, alors que les particuliers ne peuvent obtenir la mise en mouvement de la force publique qu'après une assez longue procédure, qu'après l'intervention des tribunaux. Cela donne à l'acte administratif unilatéral une apparence toute particulière qui explique les termes: acte d'autorité, acte de puissance publique. Mais une analyse plus attentive des faits conduit à refuser aux actes unilateraux tout caractère spécial. La facilité plus ou moins grande de mise à exécution d'une manifestation de volonté est une question secondaire qui ne change pas la nature intrinsèque d'un acte. Nul n'a jamais prétendu qu'une vente constatée par acte authentique a une nature juridique disserente d'une vente sous seing privé. Et cependant, la mise à exécution de la première est incontestablement

un but que la conscience sociale déclare être un but de droit, à savoir : la défense un but que la conscience sociale declare etre un but de droit, à savoir la detense nationale. Pourquoi le jugement d'expropriation pour cause d'utilité publique intervenu à la suite d'une procédure régulière est-il exécutoire par la force ? Parce que les agents qui l'ont rendu poursuivent régulièrement un but que la conscience sociale a déclaré être un but de droit, à savoir : l'exécution de travaux p blics. Pourquoi la décision de l'agent qu', dans les conditions légales, enjoint au propriétaire d'un édifice menaçant ruine de le démolir, est-elle exécutoire par la force? Parce que l'agent poursuit régulièrement un but que la conscience sociale a déclaré rarce que l'agent poursuit régulièrement un but que la conscience sociale a déclaré être un but de droit, à savoir : le maintien de la sécurité sur les voies publiques, etc., etc. Voilà toute l'explication. Tout naturellement, il va de soi que, si la volonté d'un agent ne se manifeste pas dans les conditions légales ou n'a pas un but de droit, elle doit être dénuée d'esset juridique. Dans toute bonne organisation administrative, il existera des agents qui auront le pouvoir, spontanément ou sur requête, en la forme administrative ou en la forme juridictionnelle, d'arrêter cet acte contraire au droit, de l'annuler et même, s'il a causé un préjudice, d'accorder à la victime une indeunnité, qui sera prise, suivent les cas, sur le patrimoine de l'auteur de l'acte ou sur le patrimoine administratif.

<sup>1.</sup> Hauriou, op. cit., p. 203.

plus facile que celle de la seconde. D'ailleurs, si cette facilité de mise à exécution était déterminante de la nature juridique de l'acte administratif, il faudrait repousser toute distinction entre les actes dits d'autorité et les actes dits de gestion. Les procédés ultrarapides de réalisation existent, en effet, pour les uns et pour les autres. Il n'y a donc pas là un élément essentiel qui puisse servir de criterium et influer sur la terminologie.

<sup>1.</sup> C'est ainsi que, d'après les lois du 19 août 1791 (art. 4) et du 22 frimaire an VII (art. 64), les agents des domaines peuvent lancer une contrainte pour le recouvrement du prix de vente des biens domaineux. De même, d'une manière plus générale, la loi de finances du 13 avril 1898 décide, par son article b4, « que les états arrêtés par les ministres, formant titre de perception des recettes de l'Etat, qui ne comportent pas en vertu de la legislation existante un modé spécial de recouvrement ou de poursuites, ont la force exécutoire jusqu'à opposition de la partie intéressée devant la juridiction compétente....». Ainsi, toutes les fois qu'une créance de somme d'argent existe au profit du patrimoine administratif de l'État — et une règle analogue existe pour les patrimoines administratifs départementaux, communaux et coloniaux, — la simple déclaration du ministre peut mettre en mouvement la force publique pour en assurer le recouvrement immédiat, même si la source de cette créance est un acte administratif contractuel. Faut-il en conclure que les actes contractuels accomplis par les agents administratifs ont une nature juridique différente des actes contractuels émanant des particuliers?

<sup>2.</sup> Jusqu'ici, on s'accordait à distinguer, parmi les actes administratifs, uniquement les deux catégories que nous venons d'étudier : actes unilatéraux, d'autorité ou de puissance publique, d'une part; - actes contractuels ou de gestion, d'autre part. Récemment on a imagine une catégorie nouvelle d'actes administratifs, que la jurisprudence sinira par éliminer, sans aucun doute, comme contraire aux faits, mais qui, pour l'instant, obtient un certain succès grace au talent du jurisconsulte qui l'a proposée. Il y aurait, si j'ai bien compris l'auteur (Hauriou, Droit adm., 5º édit., p. 201 et s.; Hauriou et de Bezin, La Déclaration de volonté dans le droit administratif français, dans Revue trimestrielle de droit civil, 1903, p. 554 et s.), trois sortes d'actes creant des situations juridiques nouvelles (des droits acquis): les actes de gestion publique de source contractuelle, les actes de gestion publique de source non contractuelle et les actes de gestion privée. (Hauriou, Droit adm., p. 201 et s.) La voie de gestion publique correspondrait e aux mesures d'exécution des services publics et des opérations administratives et aux situations qu'engendre l'exécution, avec cette observation essentielle que c'est la puissance publique ellemème qui procède à l'exécution en conservant des prérogatives... « La puissance publique y est envisagée comme une force en travail (travail d'exécution)..., comme une volonté qui passe à l'exécution de ses décisions, qui les projette dans les difficultés du commerce juridique extérieur, les soume tant aux exigences de celui-ci et à la critique des droits des tiers. > (Hauriou, op. cit., p. 204 et s.) e Le signe extérieur qu'une situation créée par l'activité de la puissance publique est une situation de qestion publique serait que la puissance jublique y apparaît comme exécutant un service public ou une opération et qu'elle y accepte des concours. (Hauriou, p. 205 et s.) - Les neles de gestion publique de source contractuelle sont les contrats administratifs passés pour le fonctionnement des services publics, tels que les marchés de travaux publics, les marchés de fournitures de l'État, les marchés d'éclairage au gaz, etc.; ils sont, par eux-mêmes, des actes de gestion publique, parce qu'ils impliquent la collaboration spéciale d'un entrepreneur, d'un fournisseur. - Les rôles d'impôt, les reconnaissances de dettes ou les liquidations de dettes, de traite-

4º Actes matériels. Faits de volonté et actions matérielles! — Ce sont les actes des gouvernants ou des agents par lesquels n'est formulée aucune règle de droit, n'est constatée ni créée aucune situation juridique individuelle. Voici quelques exemples : acte du gendarme qui arrête un malfaiteur, acte de l'agent de police qui fait circuler les piétons ou les voitures, acte du facteur qui distribue des lettres, acte du professeur qui fait sa classe ou son cours, acte de l'expéditionnaire qui fait des copies, acte d'un employé de bureau (quel que soit son rang dans la hiérarchie des agents, directeur ou simple rédacteur) qui écrit des lettres ou prépare les actes administratifs qui seront signés par l'agent désigné par la loi pour faire l'acte et pour en assumer la responsabilité, etc. Ces quelques

ments, de pensions, les élections, sont des actes de gestion publique de source non contractuelle. Dans tous ces cas encore, on voit la collaboration plus ou moins active des fonctionnaires, des contribuables, des électeurs au service public que gère la puissance publique. (Hauriou, p. 206 et s.) — Le commerce juridique de la gestion administrative, que la source soit contractuelle ou non contractuelle, se caractériserait par deux faits: 1º les parties en présence sont sur un pied d'inégalité, la puissance publique jouissant, pour la réalisation de ses droits, de prérogatives exorbitantes (privilège de l'exécution préalable): a La puissance publique, dans la voie de gestion publique, est une personnalité privilégiée dont les volontés sont plus efficaces que celles des simples particuliers...; ses décisions sont exécutoires par elles-mêmes et réalisent ses droits sans le concours des tribunaux, plus que ne le peuvent les décisions de simples particuliers » (Hauriou, op. cit., p. 213); 2º le but commun est la réalisation du service public ou du bien public. — Entin, dans la voie de gestion privée, a la préoccupation du service public n'apparaît plus au premier plan, mais disparaît, au contraire, derrière la gestion d'un domaine privé ou se transforme en la gestion d'une sorte d'entreprise prive... L'administration se conduit ici comme une personne privée, elle use des moyens du commerce juridique privé, sans jouir, en principe, d'aucune prévoative. » (Hauriou, op. cit., p. 214.)

prérogative. » (Hauriou, op. cit., p. 214.)

Telle est la thèse. Elle nie semble inadmissible. 1º Tout d'abord, elle fait intervenir, comme élément essentiel, le but poursuivi. Or, nous l'avons vu, le but vers lequel tendent tous les actes administratifs et, d'une manière plus générale, toutes les manifestations de volonté des gouvernants et des agents, est toujours le même. Il s'agit de réaliser ce que la conscience sociale du moment considere comme s'imposant aux gouvernants et aux agents. La gestion publique et la gestion privée ont ce même but. Des lors, je ne puis voir la un élément de distinction. G'est ce que dit très exactement Berthélemy, op. cit., p. 861, note 2. « Il faut bien se pénétrer de cette déde que la distinction entre ces deux catégories d'actes, actes de puissance publique et actes de gestion (actes unilatéraux et actes contractuels), ne consiste pas en ce que les uns sont faits dans l'intérêt général, les autres dans l'intérêt particulier des établissements publics, o c'est encore de l'intérêt général; l'intérêt particulier des établissements publics, o'est encore de l'intérêt général; l'intérêt particulier des établissements publics, o'est encore de l'intérêt général; l'intérêt particulier des établissements publics, o'est encore de l'intérêt général; ao Les privileges d'exécution qui, dans la gestion publique, appartiennent à l'administration, existent aussi dans ce que l'auteur de la thèse que je combats appelle les actes de gestion privée. (Voir supra, p. 64, note 1.) Cpr. une autre réfutation de la théorie d'Hauriou dans Duguit, op. cit., 1, p. 394 et s.

<sup>1.</sup> Dugult, op. cll., I, p. 415 et s. broit administratif.

exemples montrent combien sont nombreux les actes matériels accomplis par les gouvernants et les agents. On voit aussi qu'il n'est pas d'agent — quelque rang qu'il occupe dans la hiérarchie — qui ne soit appelé à faire des actes matériels. Et ceci confirme la théorie qui resuse, pour le classement des agents, de considérer la nature des actes accomplis par eux.

Le plus souvent — la chose apparaît à première vue — l'acte matériel de l'agent n'a aucune conséquence juridique : distribution de lettres par un facteur des postes, cours ou classe du professeur, service de l'agent de police, du gendarme, etc. Mais, parfois, l'acte matériel a des conséquences juridiques. A la suite de tous les actes matériels, en esset, peuvent nattre des situations juridiques individuelles nouvelles; il semble à un observateur superficiel que ces situations soient créées par ces actes matériels eux-mêmes; dès lors, ceux-ci seraient des actes administratifs. Une situation juridique individuelle pourrait donc être créée autrement que par une manifestation de volonté. Une analyse plus attentive nous montre qu'en réalité les choses ne se passent pas ainsi, mais suivent une double phase: 1º à la suite de l'acte matériel, peut nattre, au profit de certains individus, un pouvoir légal de manifester une certaine volonté; 2º si cette manifestation de volonté se produit, alors mais alors seulement — est créée la situation juridique individuelle nouvelle. C'est donc cette manifestation de volonté qui est l'acte juridique, - si elle émane d'un agent, l'acte administratif. Quelques exemples vont éclairer ces développements.

ner exemple. — Un agent, dans l'exercice de ses fonctions, fait un acte qui cause un préjudice illégitime à un particulier. Un agent de police commet une arrestation arbitraire; un professeur, à son cours, un conseil municipal, dans une délibération, diffament un individu; un agent des postes donne sciemment à une lettre une fausse direction, etc., etc. Suivant la gravité du préjudice, suivant les circonstances qui ont entouré l'acte, la loi peut ou bien déclarer cet agent responsable pénalement, ou bien faire peser sur lui une responsabilité civile, ou bien même mettre l'obligation de réparer le préjudice à la charge du patrimoine

<sup>1.</sup> V. supra, p. 27.

de l'État. Voilà des conséquences juridiques certaines. Il semble que ce soit le fait matériel incriminé qui crée une obligation, une situation juridique nouvelle à la charge de l'agent ou du patrimoine administratif, au profit de la victime du dommage. En réalité, il n'en est rien. Voici ce qui se passe: 1º La loi pose la règle générale, impersonnelle que, si tel sait se produit dans telles circonstances, les agents répressifs auront le devoir d'appliquer à l'auteur de l'acte tel châtiment, la victime aura le pouvoir de réclamer soit à l'auteur de l'acte, soit à l'État (aux agents chargés de la gestion du patrimoine administratif), une somme d'argent à titre d'indemnité. La loi institue donc des pouvoirs conditionnels. La mise à exécution de la loi sur la responsabilité, l'exercice de ces pouvoirs eventuels, suppose, comme condition d'application, un certain sait de l'agent. - 2º Le sait s'est produit. La condition étant réalisée, alors natt effectivement le pouvoir éventuel des juges de frapper, le pouvoir de la victime d'obtenir une indemnité. Y a-t-il, à ce moment-là, une situation juridique individuelle créée? Non évidemment; jusqu'ici, l'agent coupable est présumé innocent; jusqu'à la condamnation penale, il n'est pas tenu de la peine encourue; il n'y a pas non plus encore dette née à la charge de l'agent ou du patrimoine administratif. - 3º Faisons un nouveau pas en avant; supposons que la condamnation pénale ait été prononcée par le juge, que la victime ait réclamé l'indemnité; alors, évidemment, une situation juridique individuelle nouvelle est créée. L'agent est tenu de subir la peine prononcée; l'agent ou le patrimoine administratif est débiteur, envers la victime, de la somme d'argent représentative du dommage causé. C'est donc la manifestation de volonté du juge, la manifestation de volonté de la victime, qui, usant du pouvoir confère par la loi dans les conditions exactement prévues par elle. créent cette situation juridique nouvelle. Le jugement, la réclamation de la victime, voilà les deux manifestations de volonté qui véritablement sont les actes créateurs de la situation. Le sait materiel incriminé qui a précédé n'a été que la réalisation de la condition mise par la loi à la naissance du pouvoir gen'ral, impersonnel, qu'elle conférait éventuellement au juge, à la victime,

<sup>1.</sup> Il faut entendre par là le droit positif, quelle qu'en soit la source : loi, coutume, jurisprudence, etc.

de créer, par leur manifestation de volonté, une situation juridique nouvelle.

2º exemple. - Un gouvernant, un agent sait une nomination de fonctionnaire. Il semble que cette nomination crée, pour le fonctionnaire, une situation juridique nouvelle. En réalité, les choses se passent tout autrement. 1º La loi déclare, d'une manière générale, que, lorsqu'un individu aura été désigné dans certaines formes ct par certains individus, il aura certains pouvoirs, certains devoirs généraux, bien délimités par la loi et dont l'ensemble constitue une certaine fonction publique: fonction de ministre, de préfet, etc. Jusqu'ici il n'y a pas de situation juridique individuelle créée. - 2º Supposons que l'acte de nomination intervienne dans les conditions prévues par la loi : tel individu est choisi comme ministre, comme préset, etc. A la suite de la désignation, cet individu est investi des pouvoirs, a les devoirs généraux attachés par la loi à la fonction pour laquelle il vient d'être désigné. L'acte de nomination ne lui confere pas ces pouvoirs et ces devoirs. Comme on l'a dit excellemment, « les fonctionnaires de l'État, qu'ils soient nommés directement par le Président de la République ou par une autre autorité placée sous ses ordres, en droit ne tiennent pas de lui leur titre et leur fonction. Ils les tiennent de la Constitution ou de la loi.... C'est d'elle qu'ils recoivent l'exercice de la puissance publique, dans les limites de leurs attributions, et non du Président de la République 2. » L'acte de nomination n'est donc pas créateur d'une situation juridique individuelle nouvelle. Le fonctionnaire n'a, en vertu de la fonction, que des pouvoirs et des devoirs généraux, éventuels. - 3° Si maintenant, usant de son pouvoir légal, le fonctionnaire nommé, ministre, préfet, maire, manifeste régulièrement sa volonté de créer une situation juridique nouvelle - si, par exemple, le maire enjoint au propriétaire de l'immeuble menaçant ruine de démolir sa maison - alors sculement il y a acte administratif proprement dit. - Dès lors, la nomination du fonctionnaire n'est pas un acte administratif, puisqu'elle ne crée pas de

<sup>1.</sup> Le raisonnement serait exactement le même pour une élection, pour une révocation individuelle de fonctionnaire, pour une révocation collective (dissolution d'une assemblée), pour une suspension.

2. Esmein, Éléments de Droit const., 3° édit., p. 523.

situation juridique individuelle nouvelle. Elle est simplement le fait dont la réalisation était la condition mise par la loi pour qu'un individu sût investi d'une sonction déterminée!.

3º exemple. — Un conseil municipal décide qu'un bien communal sera aliéné, qu'un travail public sera exécuté. A la suite de cette décision, le bien sera vendu, un marché de travaux publics sera conclu. Il y aura création d'une situation juridique individuelle nouvelle. Cet effet est-il produit par la décision du conseil municipal? Non, ce n'est pas elle qui crée la situation juridique individuelle nouvelle. Voici ce qui se passe: 1º la décision du conseil municipal ordonnant la vente est la condition mise par la loi pour que puisse être exercé le pouvoir de passer un contrat de vente attaché par elle à la fonction de maire; 2º lorsque le maire manifeste sa volonté d'user du pouvoir légal en passant le contrat de vente, alors — et alors seulement — il y a situation juridique individuelle nouvelle créée. La vente est donc le seul acte adminis-

a. Je passe sur les approbations nécessaires. Les actes approbatifs sont des actes de collaboration, qui ont la même nature juridique que l'acte approuvé. A mon avis, l'approbation des actes n'est qu'une forme de la collégialité. Dans ces hypothèses, en effet, nous voyons une manifestation de volonté subordonnée, pour avoir une valeur juridique, à la condition qu'une autre volonté se manifestera dans le même

sens. (Cpr. supra, p. 33, note 1.)

<sup>1.</sup> Duguit, op. cil., I, p. 200 et s.; II, p. 428 et s. L'auteu: a un peu modifiéson opinion entre la publication de ses deux volumes. Au tome let, p. 200 et 201, il écrit: a La nomination est bien un acte juridique....; cette nomination est un acte de volumes de l'auteur de l'auteur de l'auteur de la nomination est un acte de volume individuelle (celle de l'agent qui fait la nomination)... produisant une situation subjective... Mais, en outre, cet acte de nomination est la condition d'application de la règle de droit qui légitime les pouvoirs possibles de l'agent nommé... s. Au tome II, p. 428 et 429, le même auteur déclare : a La désignation d'un individu comme agent de l'État ne produit en soi aucun effet de droit ; elle n'est même pas un acte furidique; elle est un fait à l'arrivée duquel est subordonnée l'application de loi sur la finction... La nomination en elle-même ne leur donne rien (aux fonctionnaires), ne produit à leur égard aucun effet juridique. Mais lorsqu'elle est réquièrement intervenue, ils se trouvent investis de pouvoirs et de devoirs objectifs, qui sont établis par la règle objective à laquelle ils se trouvent subordonnés. s Cette deuxième analyse me paraît plus conforme aux faits. Toutefois, la première formule, si elle ne convient pas à l'acte de nomination, s'applique très exactement à certaines manifestations de volonté qui apparaissent avec les deux caractères signalés par Duguit : création d'une situation juridique nouvelle, condition d'application à un inlividu de la loi qui organise un pouvoir général. Tels sont les actes translatifs de propriété. L'acte (unitatéral ou contractuel) translatif de propriété (expropriation, venté) crée d'abord des obligations et des pouvoirs individuels; en outre, il réalise la condition prévue par la loi pour que le pouvoir général organisé sous le mom de droit de propriété passe sur la tête d'un individu déterminé, relativement à une certaine chose. Il joue le même rôle que le décès au cas de transmission de propriété par succession ab intestal.

tratif proprement dit. La délibération du conseil municipal n'est qu'un acte matériel.

Le raisonnement que je viens de faire pour la décision du conseil municipal convient exactement à une sorte d'actes qu'on présente, d'ordinaire, comme des actes administratifs, et qui, en réalité, ne sont que des actes matériels conditionnant l'exercice du pouvoir general d'un agent. Telle est, à mon avis, la nature juridique de l'acte déclaratif d'utilité publique, de l'arrêté de cessibilité, au cours de la procédure d'expropriation. Ce ne sont pas des actes administratifs proprement dits, car ils ne creent pas de situation juridique individuelle nouvelle. L'acte déclaratif d'utilité publique et l'arrêté de cessibilité sont les conditions mises au pouvoir légal de certains agents de créer, par leur manifestation de volonté, une situation juridique individuelle nouvelle. Sont, au contraire, des actes administratifs proprement dits: le contrat de cession amiable (acte contractuel), le jugement d'expropriation (acte unilatéral) :.

4º exemple. — Il ne faut pas confondre les actes administratifs proprement dits et les opérations purement matérielles qui les précedent. Voici, par exemple, un conseil général ou un conseil municipal qui décide la vente d'un bien du patrimoine administratif. Une analyse minutieuse relève deux choses : 1º la délibération. c'est-à-dire la discussion entre les membres du conseil et le vote; cette discussion et ce vote doivent intervenir dans les conditions de temps, de forme, etc., déterminées par la loi; 2º la décision ellemême. J'ai dit ce qu'était la décision. Elle n'est pas un acte administratif proprement dit2; ce qui est aussi absolument certain, c'est que la délibération qui précède la décision n'est jamais un acte administratif's. Elle n'est qu'une opération matérielle consis-

t. Le jugement d'expropriation est un acte fait en collaboration par deux séries d'agents : le préfet, agent admin'stratif qui demande et prépare l'expropriation, et le tribunal civil de première instance (L. 3 mai 1841, art. 13 in fine et art. 14). G'est un cas particulier d'acte soumis à approbation, par suite, un cas de collégialité. (Voir supra, p. 69, texte et note 2.)

2. Voir supra, p. 69.

3. En sens contraire, Hauriou, Droit adm., 54 édit., p. 360 t « Toute délibération est un acte juridique... G'est une forme qui a une valeur juridique indépendante de son contenu. Peu importe qu'une délibération ne contienne qu'un simple avis ou qu'un simple vent. elle est alors un acte invidique suissi blen que lorsqu'elle contient une

simple vœu, elle cat alors un acte juridique aussi blen que lorsqu'elle cont'ent une décision produisant effet de droit, parce qu'elle est soumise à des conditions juridi-ques de fond et de forme, parce qu'elle devient en soi exécutoire et parce qu'elle peut être annulée juridiquement. . .

tant dans la discussion entre les membres du conseil et dans le comptage des voix lors du vote 1. Le seul but et le seul effet de la délibération et du vote sont de faire connaître le sens dans lequel se prononce la majorité des membres du conseil. Nous sommes en présence d'un collège; la manifestation de volonté de chacun des membres qui le composent n'a de valeur juridique qu'à la double condition: a) de se produire dans les conditions légales et b) d'être conforme à la manifestation de volonté de la majorité 2. Il est nécessaire, je l'ai montré, de séparer la décision de l'acte administratif proprement dit qu'elle a rendu possible (Ex.: décision du conseil municipal ordonnant la vente, passation du contrat de vente par le maire). Au contraire, il est, en principe, sans intérêt de séparer la délibération de la décision. La délibération n'est que l'opération matérielle préparatoire de la décision. Les formes de la délibération sont les formes mêmes de la décision.

Les exemples que je viens de donner font voir que les actes matériels se divisent en plusieurs catégories, dont deux principales.

A un premier point de vue, il faut distinguer les actes matériels qui n'ont pas de conséquence juridique, et ceux qui sont la condition pour qu'un pouvoir général légal ou un devoir général légal prenne naissance.

A un deuxième point de vue qui, d'ailleurs, ne coıncide pas avec la division précédente, les actes matériels apparaissent soit comme de simples actions physiques (distribution de lettres par le facteur, balayage d'une rue par l'agent de la voirie, travail du scribe, enseignement du professeur, etc.), soit comme des faits de volonté, des manifestations de volonté qui ne créent pas de situation juridique individuelle (nomination de fonctionnaire, élection, décision d'un conseil municipal ordonnant une vente, un bail, etc., déclaration d'utilité, publique, arrêté de cessibilité, instructions de service 3, circulaires, etc.). Ces derniers actes matériels, à raison de la manifestation de volonté qui les constitue, se rapprochent beaucoup des autres actes : actes réglementaires ou actes administratifs

<sup>1.</sup> Duguit, op. cli., 11, p. 742 et s. et note 1; p. 744 et s. 2. Gpr. supra, p. 33.

<sup>3.</sup> Sur les circulaires et instructions de service, opr. Duguit, op. cit., I, p. 213 et s.; II, p. 019 et s.; et suriout II, p. 443 et s.

proprement dits. Ce qui prête encore à la confusion, c'est que la loi détermine exactement les formes dans lesquelles la manifestation de volonté devra se produire (nomination, élection, révocation, déclaration d'utilité publique, arrêté de cessibilité, etc.) lorsque des conséquences juridiques sont subordonnées au fait de volonté. Enfin, dernière cause d'erreur, très souvent, le fait de volonté a des conséquences juridiques — comme cela a lieu dans certains des exemples que je viens de donner (nomination, élection, etc.). — Il faut donc se livrer à une analyse très attentive pour ne pas ranger les faits de volonté dans la catégorie des actes réglementaires ou administratifs!

Telle est la classification que, parmi les actes des gouvernants et des agents, nous conduit à faire l'examen attentif des faits.

Le droit étant modelé sur les saits, cette analyse doit, si elle est exacte, nous saire comprendre le régime juridique des dissérents actes.

<sup>1.</sup> La difficulté augmente à raison de cette circonstance que des recours juridictionnels peuvent être organisés en vue d'assurer l'observation stricte des formes dans lesquelles doit se produire le fait de volonté. Comme l'effet de ces recours sera de faire annuler les conséquences juridiques dont le fait de volonté a été la condition, le régime juridique des faits de volonté se rapproche singulièrement de celui des actes réglementaires ou administratifs proprement dits.

### CHAPITRE IV

# RÉGIME JURIDIQUE DES ACTES DES GOUVERNANTS ET DES AGENTS

Le régime juridique auquel sont soumis les différents actes accomplis par les gouvernants et par les agents concerne principalement: 1° les agents chargés de les faire; 2° les formes dont ils doivent être entourés; 3° les recours dont ils sont susceptibles. — L'étude de ces différents régimes juridiques montre tout d'abord qu'il y a des règles qui, en harmonie complète avec la nature de certains actes, peuvent s'appliquer à d'autres actes. Telles sont les règles sur la qualité des agents compétents ou sur les formes à suivre. Mais il y a aussi des règles qui ont un caractère plus spécial, plus exclusif. Telles sont les règles relatives aux recours.

## Section I. — Règles de compétence et de formes.

Les règles relatives à la compétence et aux formes sont souvent inspirées par la nature juridique des actes. Mais on s'est aperçu aussi qu'elles n'avaient rien de spécial, et qu'à raison des garanties qu'elles offrent aux administrés, elles étaient susceptibles d'être étendues à d'autres actes. Dès lors, pour les prescrire dans ces nouvelles hypothèses, la loi positive s'est attachée, moins à la nature intrinsèque de l'acte qu'à l'importance des conséquences juridiques que l'acte peut avoir pour les administrés.

1º Règles de compétence. — C'est en considération de la gravité des cas que, parfois, d'après la loi positive actuelle, l'acte devra être accompli par un seul ou par plusieurs agents, par un agent plus ou moins haut placé dans la hiérarchie, par un agent ayant plus ou moins d'indépendance, etc. — Voici quelques exemples choisis parmi les plus significatifs:

a) La règle de la collégialité est réputée, en droit positif français moderne, avoir une vertu propre et donner une garantie automatique 14 LES PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT ADMINISTRATIF.

aux administrés. C'est pourquoi la loi la formule pour les actes les plus importants, quelle que soit d'ailleurs leur nature propre: loi, règlement<sup>1</sup>, acte de juridiction<sup>2</sup>, acte administratif unilatéral ou contractuel, actes matériels même<sup>3</sup>.

b) La règle que l'indépendance des agents doit être plus grande suivant les conséquences des actes est de plus en plus appliquée par le droit positif français. Les individus qui font la loi - qui est l'acte le plus important dans les sociétés modernes — jouissent d'immunités considérables (immunités parlementaires 4). Ce que l'on appelle l'inamovibilité de la magistrature a pour objet de donner aux justiciables la garantie que les actes de juridiction proprement dits et les actes de répression (actes administratifs unilatéraux) — les uns et les autres si graves pour les individus seront accomplis avec impartialité. Pour certains actes matériels, l'indépendance des agents est aussi désirable. De la les règles sur l'état des officiers et des professeurs de l'enseignement supérieur ou secondaire, etc. A vrai dire, les gouvernants commencent à avoir conscience qu'il n'y a d'organisation administrative présentant des garanties pour les administrés qu'autant que les agents ne sont point des créatures à tout saire. Telle est la raison des dispositions de plus en plus précises formulées par le droit positif pour réglementer les nominations, l'avancement, la révocation des sonctionnaires, etc.

4. Esmein, Droit const., 3º édit., p. 750 et s.

<sup>1.</sup> Pour le règlement, la compétence collégiale tend à devenir la règle, toutes les fois que le règlement est très important. C'est ainsi que, tous les jours, sont plus nombreux les cas dans lesquels le chef de l'État doit statuer en Coriseil d'État, ou avec l'avis d'autres conseils. Les règlements locaux, départementaux ou municipaux eux-mèmes n'échappent pas à la règle de la collégialité. Pour les règlements très importants, le conseil général, la commission départementale, le conseil municipal, doivent intervenir. (Cpr. sur tous ces points les développements très détaillés de Moreau, Le Règlement administratif, Paris 1902: pour les règlements généraux, p. 225 et s.; pour les règlements départementaux, p. 457 et s.; pour les règlements communaux, p. 469 et s.) à La législation contemporaine, déclare Moreau (p. 470), tend à rendre plus fréquente l'action règlementaire du conseil municipal. à Ex. : L. 15 février 1902, relative à la protection de la santé publique, art. 1et (règlements sanitaires).

<sup>2.</sup> La règle du juge unique est très exceptionnelle en droit positif français.

3. On sait que la répartition des affaires entre les agents unipersonnels et les agents collégiaux est faite surtout d'après l'importance des affaires: Bx.: attributions respectives du maire et du conseil municipal, du préfet et du conseil général. — C'est ainsi encore que certains agissements particulièrement graves doivent être faits avec l'assistance de certaines personnes: Bx.: ouverture par la force d'un domicile (Code de proc. civile, art. 587, 591; L. 28 avril 1816, art. 237), etc.

c) C'est aussi à raison des avantages supposés de l'intervention d'une haute autorité, que le droit positif français non seulement fait faire les lois par les sénateurs et députés, mais encore fait intervenir les gouvernants secondaires dans les actes administratifs les plus graves (conventions avec les compagnies de chemins de fer, emprunts, etc.), les faits de volonté de grande conséquence (désignation du Président de la République, certaines déclarations d'utilité publique, grandes naturalisations, etc.), qu'elle confie aux sénateurs constitués en haute cour de justice la répression de certains crimes politiques, qu'elle charge le Conseil d'État de prononcer la révocation de certains agents décentralisés dans des. hypothèses déterminées (L. 7 juin 1873), etc.

2º Règles de forme. — Encore ici, c'est parsois l'importance de l'acte à accomplir, et non pas sa nature intrinsèque, qui est déterminante des formes à suivre. Il est des formes que l'on considère, à juste raison, comme ayant une efficacité propre. Il en est deux principales: la publicité, le débat contradictoire. Ces formes entourent les actes les plus considérables, quel que soit leur contenu.

En fort bons termes — à propos de la publicité des débats des Chambres législatives — on a mis en relief les avantages généraux de la publicité. Qu'il s'agisse de faire la loi, un acte de juridiction, certains actes administratifs ou certains faits de volonté particulièrement importants, la publicité est « la garantie essentielle de la liberté... C'est un contrôle légitime sur les représentants (et sur les agents)... C'est elle qui vraiment a rendu impossibles les anciennes pratiques de corruption et de pression dans la Chambre des communes. Elle a vraiment produit dans les assemblées politiques tous les effets que notre vieux jurisconsulte Pierre Ayrault reconnaissait à la publicité des débats dans l'administration de la justice2... La présence du public aux séances a les mêmes avantages et la même utilité que la présence du public aux débats judiciaires. Elle as-

<sup>1</sup> Esmein, Prolt const., vp. clt., 3º édit., p. 749 et s.

a. L'ordre, formalité et instruction judiciaire, liv. III, art. 3, nº4 38 et s.: a L'audience est la bride des passions; c'est le stéau des mauvais juges. Cette instruction publique, si elle sert de bride aux mauvais, elle engendre un incroyable repos aux bons juges. Cette face, composée de plus d'yeux, de plus d'oreilles, de plus de têtes que celle de tous les monstres et géants des poètes, a plus de force, plus d'énergie pour pénètrer jusqu'aux consciences, s

sure, dans une large mesure, le respect du droit et des formes. La nature humaine est ainsi saite, que la simple présence, en face d'un corps politique ou judiciaire (ou administratif) dans l'exercice de ses fonctions, d'un certain nombre d'hommes, qui sont la comme témoins attentifs des débats, et seulement comme témoins, aura souvent cette vertu d'imposer aux plus passionnés une certaine réserve, d'assurer la régularité et l'impartialité dans les procédures. » — Ces observations ont une portée tout à fait générale. Notre droit administratif français établit la publicité et assure le débat contradictoire pour les actes administratifs les plus graves (réquisition d'occupation temporaire, d'extraction des matériaux, L. 29 déc. 1892, art. 1, 4, 5, 6, 7; expropriation pour cause d'utilité publique, L. 3 mai 1841, art. 3, 5, 6, 7, 9, 10, 15, 23; requisition militaire, L. 3 juillet 1877, et règlement du 2 août 1877, art. 2 in sine, 14 et s., 35 et s., etc.). L'essicacité de la publicité est telle, que cette forme tend à prévaloir de plus en plus pour tous les actes, quels qu'ils soient, où l'esprit de partialité ou de népotisme est à redouter (publicité des examens et concours, publication au Journal officiel de certaines nominations, des pensions concédées, des logements attribués aux fonctionnaires, etc.).

Ainsi, la plupart des règles de compétence et de formes sont susceptibles de s'appliquer à des actes de nature juridique dissernte. Toutesois, il n'en saut pas conclure, d'une manière absolue, que cette nature juridique soit sans influence sur la compétence et les sormes à suivre. Les saits prouvent que des actes répugnent naturellement à une certaine compétence et à certaines sormes, et tendent presque invinciblement à échapper aux compétences et aux sormes qui ne cadrent pas avec leur nature intrinsèque. C'est ainsi que l'acte législatif tend naturellement à être accompli par les gouvernants seuls. Les textes ont beau donner au ches de l'État des sonctions législatives

<sup>1.</sup> Les exemples cités au texte visent des actes unilatéraux. Les applications pratiques de la règle de la publicité et du débat contradictoire sont assez connues pour qu'il soit inutile d'y insister : les enquêtes de commodo et incommodo en sont une des principales manifestations. Pour les actes contractuels, la garantie la plus prévieuse est la nécessité du consentement des administrés ; pour la publicité et la libre concurrence : l'adjudication est requise pour la passation des marchés administratifs les plus importants. Le marché de gré a gré est exceptionnel (Décret du 18 novembre 1882).

en matière coloniale, les Chambres légifèrent de plus en plus pour les colonies. A l'inverse, l'acte administratif répugne naturellement à la compétence des gouvernants. Voilà pourquoi les Chambres législatives font de moins en moins des actes administratifs. On peut en dire autant de l'acte de juridiction. Sa nature s'oppose à ce qu'il soit accompli par d'autres autorités et dans d'autres formes que les autorités et les formes juridictionnelles. Telle est la raison profonde de l'évolution qui a poussé le Conseil d'État à écarter la compétence des ministres comme juges et à se proclamer le juge de droit commun en matière administrative.

## Section II. — Théorie des recours!.

Le droit administratif français — qui est peut-être le plus remarquable et le moins imparfait - consacre une soule de recours, entre lesquels il est difficile de choisir, lorsque l'on ne connaît pas bien la nature juridique de l'acte à l'occasion duquel la réclamation est formée. Et comme parfois ces recours s'excluent les uns les autres, le requérant mal conseillé se heurte à des sins de non-recevoir auxquelles il aurait pu échapper, et expose des frais qu'une procédure mieux conduite aurait évités. La théorie des recours nous apparaît donc comme l'application pratique la plus importante de la classification des différents actes accomplis par les gouvernants et les agents. C'est la démonstration par les faits que l'analyse délicate de ces actes n'est pas purement académique 2.

Et d'abord, quelle est la signification de l'expression recours? Il

<sup>1.</sup> Duguit, op. cit., I, p. 149 et s.; II, p. 133 et s., p. 520 et s., p. 745 et s.

<sup>2.</sup> C'est ce qu'a très bien mis en lumière le professeur Hauriou (Droit adm., p. 223 et s.). L'un des premiers, en France, il a montré que la théorie des actes de l'administration était absolument capitale, qu'elle donnait la clef des difficultés que soulevent les recours. Par là, il a contribué à rendre vraiment scientifiques les études de droit administratif. Mais j'adresse à mon cher maître et smi deux reproches i 1º Il a négligé l'étude de l'acte de juridiction proprement dit, ce qui l'amène à des conclusions tout à fait critiquables, à mon avis, sur ce qu'est une maître contentieuse (Cpr. son Traité, p. 270, note in fine), et, par suite, sur la nature des recours et sur leur régime juridique. 2º Il a bâti, en grande partie, ses théories avec la préoccupation de donner une valeur théorique au principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire; à mon avis, ce principe ou plutôt cet expédient, qui a beaucoup gêne le développement du droit public français, n'a pas l'importance théorique qu'Ilauriou lui attribue. (Voir in fra.)

faut, à mon avis, pour qu'il y ait recours proprement dit, deux choses : 1° que le droit positif ait reconnu aux particuliers la faculté de signaler à une autorité une violation du droit; 2° que l'autorité saisie de la réclamation ait l'obligation de répondre . Si l'une de ces conditions vient à faire défaut, il n'y a pas recours proprement dit; il n'y a plus que la protection générale résultant de l'organisation administrative.

En conséquence, n'ont pas le caractère de recours les réclamations suivantes, parce que l'autorité à laquelle on s'adresse n'est pas tenue de répondre : 1° ce que l'on appelle le recours gracieux, c'est-à-dire la réclamation adressée à l'auteur de l'acte pour le prier de le refaire ou de le rapporter ; 2° ce que l'on appelle le recours hiérarchique, c'est-à-dire la réclamation adressée à un agent supérieur pour l'inviter à user de son pouvoir de suspendre, d'annuler ou de réformer un acte fait par un agent subordonné 2; 3° ce qu'on appelle le recours de l'art.cle 40 du décret du 22 juillet 1806, c'est-à-dire la requête adressée au chef de l'État « pour solliciter la réformation de décrets rendus en Conseil d'État et par lesquels les requérants se croiraient lésés dans leurs droits ou leur propriété 3 ».

D'autre part, n'ont pas non plus le caractère de recours les procédures suivantes qui peuvent être mises en mouvement uniquement par des agents et non par les particuliers:

1º La procédure du conflit positif d'attributions, laquelle ne peut être dirigée que par les préfets 4;

<sup>1.</sup> Voyez sur ce point les développements d'Otto Mayer, Le Droit administratif allemand, édition française, 1903, I, p. 189 et s.

<sup>2.</sup> En ce sens, Hauriou, op. cit., p. 234. Comme le dit très bien cet auteur, il y a là une démarche, une pétition. Mieux vaut donc parler de réclamation hiérar-la chique.

<sup>3.</sup> Conseil d'État, avis des sections réunies de l'intérieur et du contentieux en date du 4 juin 1878 : L'article 40 n'ouvre pas un recours dans le sens juridique du mot, tel que le récours contentieux saissant une juridiction qui est lenue de statuer...; il autorise seulement à présenter une requête qui provoque plus énergiquement qu'une pétition ordinaire l'examen des dépositaires du pouvoir 3 mais le chef de l'État reste libre de ne donner aucune suite à la requête.

<sup>4.</sup> Cpr. Berthélemy, op. cll., p. 853, texte et note 1. Il en est autrement de la procédure du constit négatif d'altributions. Il y a la un recours proprement dit. Aussi la loi et la jurisprudence consacrent-elles des dissérences profondes entre le constit positif et le constit négatif. Cpr. en ce sens Berthélemy, op. cit., p. 850 et s.

- 2° Certains contrôles exercés sur les agents décentralisés et que des auteurs appellent inexactement recours administratifs.
- a) Telles sont, par exemple, les nombreuses procédures prévues par la loi du 10 août 1871 pour le contrôle administratif des conseils généraux et des commissions départementales. a) L'article 33 permet au chef de l'État, par décret en Conseil d'État, d'annuler tout acte et toute délibération d'un conseil général relatifs à des objets qui ne sont pas légalement compris dans ses attributions; β) l'article 34 permet au préfet, par un arrêté motivé, de prononcer la nullité des actes et délibérations pris hors des réunions du conseil prévues ou autorisées par la loi (cpr. aussi l'art. 91); y) l'article 47 permet au préset de demander au chef de l'État d'annuler en Conseil d'État les délibérations des conseils généraux (ou des commissions départementales) entachées d'excès de pouvoir ou de violation d'une disposition de la loi ou d'un règlement d'administration publique; 8) l'article 49 donne au chef de l'État le pouvoir de suspendre certaines délibérations prises par le conseil général. Dans ces quatre cas, le préset ou le chef de l'État peuvent bien être sollicités par les particuliers d'user de leur pouvoir d'annulation ou de demande d'annulation. Mais comme ils ne sont pas tenus de répondre ni d'agir, la réclamation n'a pas plus le caractère de recours que la pétition adressée à un agent de faire un acte qui paraît au réclamant opportun ou légal 1.

<sup>1.</sup> Le professeur Hauriou (op. cit., p. 269, note, et page 274, note), étudiant le contrôle d'annulation des délibérations des conseils généraux exercé en vertu de l'article 47 de la loi de 1871, déclare qu' e il est très difficile de ne pas avouer que le recours du prétet est au fond contentieux ». La preuve, dit-il, c'est que le Conseil d'État déclare non recevables les recours pour excès de pouvoir formés contre les décrets d'annulation des délibérations du conseil général, rendus par le chef de l'État en vertu de l'article 47 de la loi de 1871. (Conseil d'État 2 avril 1897, Gôtés-du-Nord, Recueil, p. 277.) Et si le recours pour excès de pouvoir est déclaré non recevable, c'es', dit Hauriou, parce que « la nature quasi contentieuse de cette décision s'y oppose ». — La thèse d'Hauriou me parait inexacte. Un point certain, c'est que les particuliers ne peuvent pas saisir le chef de l'État d'une demande en annulation, la loi de 1871 réservant ce pouvoir au préfet. Comment parler de contentieux là ou il n'y a même pas récours proprement dit? D'autre part, pourquoi les particuliers, ne pourraient-ils pas critiquer le décret d'annulation? — A la vérité, le Conseil d'État ne dit rien de pareil. Voici l'arrêt: « Considérant qu'aucune disposition de loi ou de règlement d'administration publique ne donne aux conseils généraux le droit de se pourvoir devant le Conseil d'État statuant au contentieux contre les décrets portant annulation de leurs délibérations... » Le Conseil d'État dit-il, comme l'affirme Hauriou, que personne ne peut former un recours pour excès de pouvoir contre les décrets d'annulation, parce que la nature quasi contentieux edu décret s'y oppose ?

- b) Telles sont encore les demandes que les préfets peuvent adresser aux conseils de préfecture à l'effet de faire annuler les opérations de confection ou de revision des listes électorales (D. régl. 2 fév. 1852, art. 4) accomplies par les commissions administratives, ou des listes d'assistance dressées par les commissions administratives des bureaux d'assistance et arrêtées par les conseils municipaux (L. 15 juillet 1893, art. 15), etc.
- c) N'est pas non plus un recours contentieux la procédure de révocation par le Conseil d'État, à la requête du ministre de l'intérieur, de certains agents décentralisés (membres des conseils géné-

Non: il dit simplement que les conseils généraux n'ont pas le droit de se pourvoir contre les décrets d'annulation. La sin de non-recevoir est donc tirée de la qualité du requérant, et non, comme le prétend Hauriou, de la nature de l'acte attaqué. Dans son arrêt du 7 août 1903, Chabot (Revue a'adm., 1903, III, p. 300), le Conseil d'État me paraît avoir nettement écarté le caractère contentieux du recours de l'article 47, en décidant que le droit du preset e de demander l'annulation des délibérations du conseil général par décrets rendus en la forme des règlements d'administration publique, ne fait pas obstacle à ce que les particuliers qui se croient leses par elles les déserent au Conseil d'Etat statuant au contentieux ». Laferrière avait mis en garde contre l'erreur dans laquelle, à mon avis, est tombé Hauriou : « On doit être très sobre, disait-il, de la formule : « tel acte n'est pas de nae ture à être attaqué par la voie contentieuse »; on devrait la réserver pour les actes qui échappent absolument à tout recours devant le Conseil d'État, quelle que soit la partie qui le défere. » (11, p. 426.) L'arrêt de 1897 vient trancher une controverse que le professeur Hauriou connaît bien (op. cit., p. 282, texte et note): celle de savoir si les conseils généraux ont qualité pour attaquer les actes de contrôle exercé sur leurs délibérations. Epr. sur ce point Laferrière, Traité de la Juridiction adm., 2º édit., 11, p. 445 et s.; et la note sous l'arrêt de 1897 dans le recueil de Lebon, p. 275. Ce n'est pas tout. Hauriou déclare recours et recours contentieux formant recours parallèle (au sens de la théorie du recours pour excès de pouvoir), la demande adressée au chef de l'État ou au préfet en vue de faire prononcer la nullité des delibérations d'un conseil général prises en dehors de ses attributions légales ou hors des réunions du conseil prévues et autorisées par la loi (art. 33 et 34, L. 1871). Hauriou, op. cit., p. 431, note 4. Encore ici, le professeur Hauriou, invoque la grande autorité du Conseil d'Etat (argument, dit-il, tiré de la décision Pillon de Saint-Philbert, 1et avril 1898, Recueil, p. 272). Nous verrons plus loin que l'argument tiré de la décision de 1808 n'a aucune valeur, ce qui nous enlève le gros souci d'être en contradiction avec la jurisprudence du Conseil d'État. Quant à la thèse d'Hauriou, en voici les consequences pour le cas qui nous occupe, relui où le conseil général a pris une décision nulle de droit. D'une part, les particuliers n'ont aucun moyen de contraindre le chef de l'État ni le préfet à rendre une décision sur la nullité, car non seulement la loi de 1871 n'impartit aucun délai pour cette décision, mais encore elle ne suppose même pas que les particuliers puissent s'adresser au chef de l'État ou au préfet. D'autre part, d'après Hauriou, les particuliers ne peuvent pas former de recours pour excès de pou-voir devant le Conseil d'État à cause du recours devant le chef de l'État et devant le préset. En somme, plus l'illégalité commise par le conseil général serait slagrante, moins il y aurait, pour les particuliers, de moyens surs d'en obtenir l'annulation. La vérité, c'est que dans le cas des articles 33 et 34, comme dans celui de l'article 47, il y a non pas recours proprement dit, mais tutelle administrative.

raux, des conseils d'arrondissement et des conseils municipaux), prévue par la loi du 7 juin 1873 pour le cas où ces agents se refusent à remplir une des fonctions qui leur sont dévolues par les lois.

3º Je ne vois pas non plus de recours dans ce que l'on appelle le contentieux administratif de la répression. Les tribunaux administratifs, en effet, ne peuvent jamais être sollicités par des particuliers d'appliquer des châtiments. Les conseils de préfecture, en matière répressive, ne peuvent être saisis que par l'autorité préfectorale.

Ces éliminations faites, nous trouvons, en droit français, un assez grand nombre de *recours* proprement dits, c'est-à-dire de moyens de droit permettant à des particuliers de signaler une illégalité à une autorité, avec obligation pour celle-ci de rendre une décision. Ce sont :

1º Les recours administratifs en annulation, par lesquels les particuliers peuvent exiger qu'un agent administratif exerce son pouvoir d'annuler un acte fait par un autre agent. En voici deux exemples typiques: - a) D'après l'article 60 de la loi des 14-22 décembre 1789, « si un citoyen croit être personnellement lésé par quelque acte du corps municipal, il pourra exposer ses sujets de plainte à l'administration ou au directoire de département (aujourd'hui au préset), qui y sera droit sur l'avis de l'administration de district, qui sera chargée de vérisier les saits ». Il y a la un recours véritable, car le préset ne peut pas resuser de statuer sur la réclamation<sup>2</sup>; —β) d'après la loi du 5 avril 1884 (art. 65), les nullités de droit (art. 63) ou les vices d'annulabilité (art. 64) qui entachent les délibérations des conseils municipaux peuvent être proposés par les parties intéressées, soit à toute époque (nullités de droit), soit dans le délai de quinzaine (annulabilités). Le préset en conseil de préfecture est obligé de statuer sur la réclamation dans le délai d'un mois (art. 66, § 6)3.

<sup>1.</sup> Laferrière, op. cit., 2º édit., II, p. 661.

<sup>2.</sup> Conseil d'État 1er mars 1895, cardinal Langenieux, Lebon, p. 200 : e Le préset était, en vertu de l'article 60 du décret du 14 décembre 1789, compétent pour connaître de la plainte dont il était saisi, et en refusant de statuer il a méconnu sa compétence. s Cpr. aussi Conseil d'État 14 juin 1901, Doissel, Lebon, p. 532. A vrai dire, il y a la un recours administratif à fin répressive.

<sup>3.</sup> Il pourrait y avoir doute pour le cas de nullité de droit. La circulaire du ministre de l'intérieur aux préfets, en date du 15 mai 1884, écarte ce doute : « L'article 65 phoit ADMINISTRATIF.

2° Le recours pour abus au cas d'abus civil, par lequel toute partie intéressée peut, en vertu des articles 7 et 8 de la loi du 18 germinal an X, déférer au chef de l'État en Conseil d'État, pour qu'il l'annule, tout acte de l'autorité civile qui porterait atteinte à l'exercice public des cultes et à la liberté que les lois et règlements garantissent au clergé séculier. Le chef de l'État est tenu de répondre à la réclamation.

3° Le recours contre les décisions des Conseils des prises, par lequel les intéressés demandent au chef de l'État d'user de son pouvoir légal d'annuler, par décret en Conseil d'État, la décision du Conseil des prises.

La décision du Conseil des prises, en effet, n'est pas un jugement : c'est un acte administratif qui nécessairement doit intervenir, à la suite du fait matériel de la capture, pour décider l'attribution de la prise au capteur ou sa restitution au capturé. Il ne faut pas parler de recours devant le Conseil des prises, attendu que la décision est prise d'office à la diligence des agents de l'État, qu'elle intervient qu'il y ait ou non contestation.

Le recours porté devant le chef de l'État n'est donc pas, comme on l'a dit<sup>2</sup>, un appel.

4° Les recours contentieux en annulation, par lesquels les parties intéressées ont le droit d'exiger d'une autorité organisée en la forme juridictionnelle qu'elle statue sur l'annulation d'un acte à raison d'une violation des règles de compétence. Ces recours sont nombreux. Parmi les principaux, il faut citer le recours pour excès de pouvoir, le recours en cassation, les réclamations contre les inscriptions ou

ne fixe pas le délai dans lequel vous avez à prendre votre décision, lorsque vous êtes saisi d'une demande en déclaration de nullité; mais il semble que, par analogie avec l'obligation qui vous est imposée par l'article 66 en ce qui touche la demande en annulation, vous devez statuer avant l'expiration du mois qui suit la délivrance du récépissé. » Cpr. en ce sens Morgand, La Loi municipale, 6º édit., t. I, p. 425 et s., nºº 464, 465, 460.

<sup>1.</sup> Je laisse de côté les recours pour abus ecclésiastique. Ce sont aussi des recours administratifs; mais comme, à mon avis, les ministres du culte ne sont pas des agents de l'État, je n'insisteral pas davantage sur les recours formés contre les actes du clergé séculier entachés d'abus ecclésiastique. A vrai dire, la censure, la privation du traitement qui en est d'ordinaire la suite, sont des sanctions répressives. (Cpr. Avis du Conseil d'État du 26 avril 1883 et deux arrêts du Conseil d'État du 1et février 1889 [Sailhol et Gléner].)

<sup>1.</sup> Laferrière, op. cit., II, p. 73 et s.

radiations sur les listes électorales 1, les réclamations contre les opérations électorales 2, etc.

5° Le recours contentieux en interprétation, par lequel on demande préjudiciellement, au cours d'une procédure juridictionnelle, à une autorité organisée juridictionnellement, de déclarer le sens d'un acte obscur, d'en interpréter les termes ambigus 3.

6° Le recours contentieux de pleine juridiction ou recours contentieux au fond, par lequel on tend à faire constater par une autorité juridictionnelle une situation juridique individuelle préexistante, à en faire mesurer l'étendue, avec menace que la contrainte sera employée, s'il y a lieu, pour en assurer la réalisation. La décision qui intervient constate ce qui est dû, condamne à restitution ou à paiement. On ne peut donner ici que des exemples. Ainsi, dans le recours porté devant le conseil de préfecture à la suite d'une occupation temporaire d'un fonds par l'administration pour l'exécution de travaux publics, dans l'action en responsabilité portée devant le Conseil d'État à la suite d'une faute de service d'un agent administratif, nous voyons un individu qui demande au juge de constater

<sup>1.</sup> En esset, ce que le réclamant demande à l'autorité désignée par la loi, c'est d'annuler la décision qui, irrégulièrement, a inscrit, a supprimé ou resuse d'inscrire ou de supprimer sur les listes électorales le nom d'un individu. Il n'y a pas à faire constater une situation juridique individuelle; il y a simplement à faire constater la réunion des conditions légalement requises pour exercer un pouvoir. (Voir supra, p. 33.) Voilà pourquoi un arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation, en date du 11 mars 1903 (Révue gén. d'adm., 1903, III, p. 60), a justement décidé qu'un citoyen dûment inscrit, d'office, sur la liste électorale de la commune où il habite et remplissant toutes les conditions légales exigées pour y sigurer, ne peul, sans motif légitime et sans exciper de son inscription dans une autre commune on de son intention de s'y faire inscrire, exiger la radiation de son nom sur ladite liste. — G'est donc à tort que, d'une manière générale, l'on considère les réclamations en matière de listes électorales comme des recours contentieux au sond. (Cpr. infra, p. 89 et s.)

<sup>2.</sup> Ce que le requérant demande, en esset que l'on annule le fait de volonté qui constitue l'élection. Le recours a exactement le même objet que celui formé contre une nomination proprement dite. Cela est si vrai que, lorsque la loi n'a pas organisé de recours spécial, on admet le recours pour excès de pouvoir en annulation comme pour le cas de nomination proprement dite. Ex.: élection des membres de la commission départementale. (Cpr. sur ce point mon étude sur les recours contre la nomination des commissions départementales, 1897.)

<sup>3.</sup> Je ne crois pas qu'il y ait lieu, comme on le fait généralement, de mettre sur la même ligne les questions préjudicielles à fin d'interprétation proprement dite, et es questions préjudicielles à fin d'appréciation de la validité d'un acte. Dans le premier cas, on demande un avis; dans le deuxième cas, on demande éventuellement une annulation. Il y a lieu de ranger les ques ions préjudicielles d'appréciation de validité d'un acte parmi les recours contentieux en annulation. En ce sens, Hauriou, op. cit., p. 269, note.

sa qualité de créancier de l'administration, de mesurer l'étendue de sa créance et d'ordonner qu'une somme d'argent lui sera versée par l'administration.

Voilà les recours proprement dits. A première vue, ces nombreux recours se divisent en deux grandes catégories, suivant qu'ils sont portés ou non devant des autorités organisées juridictionnellement. En s'en tenant à la forme des recours, on serait tenté de les classer en recours administratifs et en recours contentieux. Mais, nous le savons, la forme juridictionnelle n'est qu'une garantie donnée aux administrés. Elle est susceptible de s'appliquer à des actes de nature différente. Il convient donc, pour connaître la nature intime des recours et les règles substantielles qui les régissent, de ne pas s'en tenir uniquement aux apparences 2.

Poussant plus avant notre analyse, nous constatons, en effet, que le but poursuivi par les intéressés n'est pas toujours le même. Les particuliers réclament tantôt l'annulation d'un acte, tantôt un avis officiel sur le sens ou la validité d'un acte, tantôt enfin la constatation d'une situation jur dique individuelle et sa réalisation sous la menace de la force publique.

Débarrassons-nous tout de suite des recours contentieux en interprétation qui, au surplus, ne présentent guère d'intérêt. Il est évident que la décision interprétative contentieuse a la même nature juridique intrinsèque que la décision interprétative administrative. En d'autres termes, que la décision émane ou non d'un agent juridictionnel: Conseil d'État, conseil de préfecture, préfet, conseil général, commission départementale, conseil municipal, maire, etc., c'est toujours le même acte qui est accompli; seules, les garanties formelles différent. Une interprétation donnée par un juge est celle qui a le plus de chances d'être impartiale; sans doute, l'agent qui a fait l'acte à interpréter peut être le mieux placé pour dire ce qu'il

<sup>1.</sup> Dans les deux exemples prévus, l'acte générateur de la créance, c'est-à-dire de la situation juridique préexistante à constater au profit du réclamant, est la manifestation de volonté du requérant exergant le pouvoir général que lui reconnaît la loi (loi du 20 décembre 1802 au cas d'occupation temporaire, droit jurisprudentiel dans le cas d'action en responsabilité) d'obtenir une indemnité. L'occupation temporaire, le fait dommageable, ne sont que la condition mise par la loi à l'exercice de ce pouvoir.

<sup>2.</sup> Ce n'est pas à dire toutefois que la forme juridictionnelle n'ait pas d'importance. l'ar elle-même, elle entraîne, comme nous le verrons, l'application d'un certain nombre de règles. (V. infra, p. 96 et s.)

a voulu faire; mais il peut aussi être tenté, sous prétexte d'interprétation, de refaire son acte dans un autre sens et de porter atteinte à des intérêts légitimes. Voilà pourquoi la préoccupation d'accorder aux administrés des garanties plus complètes aboutira, dans un avenir rapproché, à faire donner, dans tous les cas et dès le début, l'interprétation par une autorité juridictionnelle. Mais, si l'on va au fond des choses, on voit que les décisions interprétatives ne sont que la confirmation de l'acte primitif interprété. Elles ne peuvent y rien changer, y rien ajouter, en rien retrancher. L'acte primitif subsiste en son entier, tel quel. Cette absence d'effet créateur rapproche la décision interprétative de l'acte de juridiction; la différence capitale est que la décision interprétative, bien qu'elle puisse contribuer à faire constater une situation juridique individuelle préexistante, ne la constate pas elle-même et n'en ordonne pas la réalisation sous la menace de la force publique.

Le contentieux de l'interprétation une fois écarté, tous les recours qui restent nous apparaissent comme groupés en deux catégories bien distinctes: 1° ceux qui tendent à faire annuler un acte; 2° ceux qui tendent à faire constater et réaliser, au besoin par la force publique, une situation juridique individuelle préexistante.

Les premiers sont dirigés contre un acte; les autres sont dirigés contre un individu ou contre un patrimoine<sup>2</sup>. Les premiers, même lorsqu'ils ont la forme juridictionnelle, ne tendent pas à des actes de juridiction proprement dits. Ils ne sont jamais de véritables recours contentieux, de véritables actions en justice<sup>3</sup>. Les seconds, seuls, sont de véritables actions en justice.

<sup>1.</sup> Au cas où l'acte à interpréter est un contrat, le recours à une autorité juridictionnelle va de soi ; l'acte étant le produit du concours de volontés des individus mêmes qui discutent sur le sens, on ne saurait s'adresser à elles ; il faut s'adresser à des jurisconsultes pouvant les départager tout en donnant une consultation à l'abri de tout soupçon de partialité.

<sup>2.</sup> Hauriou (op. cil., pi 298) enseigne, au contraire, que les recours contentieux de pleine juridiction sont e des voies de droit qui existent soit contre les actes de gestion publique, soit contre des passonnes administratives.

tion publique, soit contre des personnes administratives... s.

3. C'est ce que montre très justèment Berthélemy (op. cil., p. 891) à propos du recours pour excès de pouvoirs. « Ce n'est pas, dit-il, un procès ordinaire; puisque celui qui forme le pourvoi ne tend pas à obtenir une satisfaction personnelle d'un droit acquis, ou la réparation d'un intérêt lésé, mais prétend obtenir une annulation valable erga omnes. « Cpr. dans le même sens, R. Jacquelin, Les Principes dominanté du contépiteux administratif, p. 230 et s.; Jacquelin, conclusions, dans l'affaire ville d'Avignon, Conseil d'Etat 8 décembre 1899, Recueil, p. 719 et s.—
D'après le professeur llaurion, au contraire, non seulement les recours en annulation

Cette constatation est féconde en conséquences. Elle va nous permettre de tracer la physionomie spéciale de ces deux grandes catégories de recours. Il est facile de montrer qué, pour l'essentiel, les deux séries de recours sont régies par un ensemble de règles différentes suivant qu'elles appartiennent à l'une ou à l'autre catégorie.

à forme juridictionnelle, mais aussi la plupart des recours administratifs en annulation, sont de véritables recours contentieux (op. cit., p. 269, note). Nous avons déjà étudié la doctrine d'Haur ou en ce qui concerne les actes de contrôle prévus par les articles 33, 34 et 47 de la loi du 10 août 1871, et montré qu'il n'y avait pas contentieux, parce qu'il n'y avait même pas recours. Il nous faut maintenant faire une nouvelle démonstration pour les décisions prises par les préfets en conseil de préfecture sur les recours formés en vertu des articles 63 et s. de la loi du 5 avril 1884. Le professeur Hauriou les déclare contentieux, en invoquant l'autorité du Conseil d'État (1er avril 1898, Pillon de Saint-Philbert, Recueil, p. 272). Dans cet arrêt, le Conseil déclare non recevable un recours pour excès de pouvoir formé directement contre une délibération d'un conseil municipal nulle de droit ou annulable. « Considérant que les délibérations des conseils municipaux, contre lesquelles sont ouvertes les voies de recours prévues aux articles 63 et suivants de la loi du 5 avril 1884, ne sont puis susceptibles d'être déférées directement au Conseil d'État par la voie du recours pour excès de pouvoir... . Hauriou déclare que la fin de non-recevoir est ici celle dite du recours parallèle. En d'autres termes, le recours au préfet serait un recours contentieux parallele. (Hauriou, op. cit., p. 431, note 4.) Mais c'est évidemment forcer le sens de l'arrêt. La loi de 1884 organise minutieusement la procédure à suivre pour l'annulation des délibérations nulles de droit ou annulables. Il faut d'abord s'adresser au préset en conseil de présecture; on peut ensuite recourir au Conseil d'État a dans les formes du recours pour excès de pouvoir ». C'est justement ce que dit l'arrêt de 1898. Il y a donc, non pas des recours parallèles, mais des recours successifs ayant d'ailleurs tous deux la même nature (recours en annulation). La confusion provient de la notion inexacte, à mon avis, que mon savant maître se fait du contentieux. (Hauriou, op. cit., p. 270, note 1.) Pour lui, il y a matière contentieuse a des qu'une contestation peut être tranchée par une solution de droit ». Mais s'il en était ainsi, il faudrait dire que sont maticameontenticuses : 1º les délibérations par lesquelles un conseil général, un conseil municipal, une commission départementale, sur une question préjudicielle, interprètent une décision antérieure, car, par là, est « tranchée par une solution de droit une contestation »; 2º pour la même raison, la loi interprétative d'une loi obscure serait aussi une a solution de droit tranchant une contestation », et la pétition aux Chambres en vue d'obtenir le vote de cette loi sernit un moyen de droit que l'on pourrait qualifier de recours en matière contentieuse. A mon avis, ces actes ne peuvent être considérés comme rendus en matière contentieuse, parce qu'ils « posent une regle objective de droit; qu'ils ne disent pas le droit subjectif du réclamant, qu'ils disent le droit d'une façon absolue ». Le professeur Hauriou a pris soin lui-même de prévoir l'objection; il estime qu'il faudrait être singulièrement enfermé dans des catégories juridiques a priori pour s'y arrêter! (Hauriou, op. cit., p. 270, texte et note i.) Ce serait, dit-il, a avoir du contenteux administratif une idée un peu étroite modelée sur celui des procès civils s. Malgre tout, je ne comprends pas qu'une même opération juridique puisse avoir une nature intrinsèque différente suivant qu'elle émane d'un tribunal civil ou d'un tribunal administratif. Je ne comprends pas davantage qu'une vente n'aurait pas la même nature intrinseque suivant qu'elle est faite par un agent de l'Etat ou par un particulier. Dans les deux ventes, je vois essentiellement un acte contractuel. De même, je ne puis qualifier de jugements administratifs ou judiciaires véritables que les ectes juridictionnels portent constatation d'une situation furidique individuelle préexistante.

# § 1<sup>er</sup>. — Régime juridique des recours contentieux proprement dits <sup>1</sup>.

Le régime juridique des actions en justice présente un certain nombre de traits caractéristiques bien connus, qui découlent de la nature même de l'acte de juridiction, et que l'on peut ramener aux quatre suivants :

1º Dans toute action en justice, il y a un demandeur et un défendeur. Le requérant attaque non pas un acte, mais un individu, particulier ou agent préposé à la gestion d'un patrimoine administratif². C'est qu'en effet il y a un individu qui réclame la réalisation par un autre individu d'une situation juridique qu'une manifestation de Volonté a créée à son profit;

1. Cpr. sur ce point, Duguit, op. cit., II, p. 133 et s. — Duguit oppose les procès objectifs (recours en annulation) avec les recours subjectifs des parties (action en ustice). Hauriou parle aussi de recours objectifs (op. cit., p. 292, note 1).

<sup>2.</sup> Le professeur Hauriou enseigne, au contraire, que tous les recours, même ceux de pleine juridiction, sont dirigés contre des actes. L'administration aurait — dans les situations créées par la voie d'autorité ou par la voie de gestion publique (mais non dans les situations créées par la voie de gestion privée) — un privilège : le privilège de la création du contentieux par des actes préalables (op. cit., p. 228 et s.). En d'autres termes, l'administration ne pourrait être attaquée devant un juge qu'à l'occasion d'actes, c'est-à-dire de décisions exécutoires qu'elle aurait préalablement posces (soit spontanément, soit sur requête). L'effet de ce privilège serait double : 1º le débat ne s'engagerait pas sous forme d'actions intentées contre les personnes morales administratives, mais sous forme de recours intentés contre des actes et qui tendent à l'annulation ou à la réformation de ceux-ci ; 20 en principe, le débat scrait limité soit à l'annulation, soit à la réformation de l'acte; des conséquences pécuniaires ne pourraient se produire vis-à-vis de la personne morale administrative que lorsque l'acte attaqué statue déjà lui-même sur ces conséquences pécuniaires. Ainsi, un officier est mis indument à la retraite. En annulant la décision de mise à la retraite, le Conseil d'État se gardera bien de liquider le traitement d'activité dont l'intéresse a le droit de demander le rappel; il renverra le fonctionnaire devant le ministre pour la liquidation de ce traitement, sauf nouveau contentieux qui pourra être provoqué par cette liquidation. (Conseil d'État 24 février 1899, Viaud dit Pierre Loti, S. 99, 3, 195.) - De même, un préjudice ayant été cause par l'administration et une décision du ministre ayant rejeté la demande d'indemnité, le Conseil d'État, saisi d'un recours contre cette décision, en prononcera l'annulation et renverra l'intéresse devant le ministre pour être procédé à la liquidation de l'indemnité dont il se borne ainsi à poser le principe. (Conseil d'État 18 avril 1902, Brugalais, Recuell, p. 282;) - Volla la thèse. Elle me paralt édifier une théorie juridique et un privilège sur des faits isolés et sur une pratique qui a des prétentions beaucoup plus modestes, et qui, en tout cas, n'est pas contraire à la proposition formulée au texte.

Iteprenons les deux séries d'hypothèses prévues par Hauriou. Pour la première espèce — celle de l'arrêt Viaud, 1809 — je suis d'accord avec lui pour déclarer qu'il y a bien un recours dirigé contre un acte, et que le Conseil d'État ne peut qu'an-

2º Dans toute action en justice proprement dite, il ne suffit pas que le demandeur fasse la preuve d'un *intérêt* lésé; on exige qu'il ait un véritable droit violé; en termes plus précis, il faut que le demandeur établisse qu'une manifestation de volonté a déjà créé à son profit une situation juridique;

3º La décision rendue par le juge, au cas où il reconnaît le recours

nuler l'acte, sans liquider le traitement; mais ce n'est pas l'esset d'un privilège; c'est la nature du recours qui l'exige; il s'agit, en effet, d'un recours en annulation; du recours pour excès de pouvoir. (V. infra, p. 90.) Pour la deuxième espèce — celle de l'arrêt Brugalais, 1902 — je reconnais que le Conseil d'État exige, avant qu'un recours contentieux au fond soit porté devant lui, que le requérant se soit assuré que l'agent compétent pour engager le patrimoine administratif a nettement refusé de reconnaître la créance. (Conseil d'État 3 février 1899, Beaudoin, Recueil, p. 91 et 92: « Considérant que, si la demande d'indemnité a été formulée pour la première fois devant le Conseil d'État, le ministère de la guerre a, dans ses observations..., déclare accepter le débat sur ce point et a conclu au rejet de la demande ; qu'ainsi il y a lieu de considérer lesdites observations comme constituant une décision, et de statuer au fond. ») Mais faut-il voir là un privilège? N'est-ce pas plutôt un moyen d'obliger les plaideurs à régler l'affaire à l'amiable ? Si, en effet, l'on est d'accord, à quoi bon plaider? Il est vrai que cette pratique pourrait aboutir, en définitive, à un déni de justice, par le silence de l'agent administratif. Et l'on pourrait alors parler de privilège, tout en réclamant à grands cris la disparition d'une semblable iniquité. Mais aujourd'hui, le silence des agents ne peut plus aboutir à un pareil déni de justice, attendu que la loi du 17 juillet 1900, article 3, déclare que, si le requérant n'a pas obtenu de réponse dans les quatre mois, l'agent sera réputé avoir répondu négativement. Donc, on ne peut pas parler de privilège. — D'autre part, il n'est pas vrai que parfois le Conseil d'État, après avoir annulé le décision par laquelle l'agent refuse de reconnaître la créance du requérant, renvoie à cet agent la liquidation de la créance dont il vient de reconnaître le principe. Les choses ne se passent pas toujours ainsi, de sorte que la thèse du professeur Hauriou est en opposition avec les faits. Il arrive souvent que le Conseil d'État, après avoir reconnu la creance du demandeur, en opère lui-même de plano la liquidation sans renvoyer au ministre (Conseil d'État 3 août 1900, Leclère, Recueil, p. 529 : Considérant que l'indemnité de 30 fr. 30 c. réclamée par le sieur Leclère n'est pas exagérée; qu'il y a lieu par suite de condamner l'État à lui payer cette somme avec les intérêts de droit... 13 24 mai 1901, Brouillet, Recueil, p. 502: Considérant qu'il résulte de l'instruction que... le sieur B... a été victime d'un accident causé par l'imprudence...; que de cet accident, il est résulté pour lui un dommage dont l'État lui doit réparation; considérant qu'il sera fait une juste appréciation du préjudice éprouvé par le requérant, en fixant l'indemnité qui lui est due à la somme de 600 fr. », etc.). Il arrive encore que le Conseil d'Etat nomme des experts en vue d'une liquidation qu'il scra plus tard lui-même (Conseil d'Etat 2 décembre 1898, Debar, Recueil, p. 154). Parfois encore, le Conseil d'État ne renvoie la liquidation au ministre qu'après avoir déclare que e l'état de l'instruction ne permet pas de déterminer, des à présent, l'importance du dommage » (Conseil d'État 16 mars 1900, Brown, Recueil, p. 213); ou encore que « le Conseil n'a pas les éléments suffisants pour apprécier l'étendue de ce dommage et qu'il y a lieu, avant de fluer le montant de l'indemnité due à ce requerant, de faire proceder à une vérification préalable » (Conseil d'État 3 août 1900, Gillet, Recueil, p. 528). D'ailleurs, et c'est l'essentiel, quelle que soit la procedure sulvie, le Conseil finit toujours par condamner l'État, ce qui suppose que celui-ci était bien défendeur dans l'instance, et que le sol-disant recours contre un acte est, en réalité, un recours contre un individu ou contre un patrimoine,

fondé, est toujours une condamnation, c'est-à-dire une injonction d'effectuer la prestation réclamée, de réaliser la situation juridique individuelle, avec menace de la force publique;

4° Enfin, l'acte de juridiction proprement dit n'a que l'autorité relative de la chose jugée. Il n'a d'effet qu'inter partes. C'est seulement pour les parties en cause que la situation juridique est constatée et doit être réalisée au besoin par la force publique (art. 1351, C. civ.).

## § 2. — Régime juridique des recours en annulation.

Tout à fait différent est le régime juridique des recours en annulation, administratifs ou à forme contentieuse. Pour bien comprendre ce régime, il faut rappeler les idées qui ont fait organiser les recours en annulation.

Le droit positif moderne — en particulier, le droit administratif français — ne se contente pas d'enfermer les manifestations de volonté des gouvernants et des agents dans des limites étroites destinées à écarter tout arbitraire et tout abus de pouvoir. On a compris que les règles de compétence ne sont la garantie essentielle des administres qu'autant que le droit positif organise des sanctions officaces de ces règles. En consequence, notre droit administratif prévoit le cas où les manisestations de volonté des agents ne se produiraient pas dans les limites de leur compétence en conformité aux prescriptions légales; il les frappe de nullité. Il imagine, à cet esset, un système de surveillance des actes au point de vue du respect des compétences et de la légalité; il institue des procédures ayant uniquement pour objet de provoquer cette surveillance en vue d'assurer la bonne administration par le respect strict des compétences que la loi assigne aux agents. En un mot, des agents veilleront à ce que d'autres agents ne sortent pas de leur compétence. Il est bien évident que cette organisation ne peut avoir d'utilité réelle pour les administrés qu'à une double condition : 1º les administres pourront facilement provoquer eux-mêmes l'annulation des actes irréguliers; 2º l'autorité chargée de prononcer sur les de-

<sup>1.</sup> Hauriou dit, avec raison, que le contentieux de pleine juridiction est essentiellement pécuniaire (op. oit., p. 208, note 2). Mais alors pourquoi ranger les réclamations relatives aux listes électorales et aux élections parmi les recours contentieux de pleine juridiction ?

mandes en nullité des actes irréguliers présentera des garanties d'impartialité d'autant plus grandes que l'acte devra avoir des conséquences plus graves pour les administrés. Pendant longtemps, on a estimé que la surveillance d'un administrateur d'un rang élevé suffisait; mais avec le temps, une surveillance à formes juridictionnelles a paru s'imposer, tout au moins pour les actes d'importance. Dès lors, en réalité, les recours en annulation à formes contentieuses ne sont que des perfectionnements du recours hiérarchique. Le changement de formes n'a pas changé le fond des choses. Il n'a pu apporter de modifications que sur des questions de procédure.

#### I. - Règles communes aux recours en annulation.

A l'heure actuelle, la nature juridique identique des recours en annulation aboutit à un ensemble de règles qui, en principe, sont communes à tous les recours contre les actes — que ces recours aient ou non la forme juridictionnelle — et dont voici les quatre principales?:

- 1º Les recours en annulation sont dirigés non contre des indivi-, dus, mais contre des actes . Ex: réclamations en matière de sistes électorales, d'élections; recours pour excès de pouvoir, etc. Le recours n'est donc possible qu'autant qu'il y a un acte susceptible d'être annulé.
- a) Par la, tout d'abord, il faut entendre évidemment une manifestation de volonté. Seule, une manifestation de volonté peut être tenue pour nulle et non avenue. Un fait ne s'annule pas et ne peut pas se tenir pour non avenu<sup>3</sup>. Donc, le recours en annulation apparatt comme impossible contre tout acte qui n'est pas une manifestation de volonté, par conséquent contre les actions matérielles 4.

1. Berthelemy, op. cil., p. 891.

4. Duguit, op. cit., II, p. 610 et s. et surtout p. 612. Sur le sens de cette expressoin, cpr. supra, p. 65 et s. On ne confondra pas l'action matérielle avec la ma-

nifestation de volonté acte matériel (fait de volonté).

<sup>2.</sup> Voyez les conclusions du commissaire du Gouvernement Jagerschmidt dans l'uffaire ville d'Avignon (Conseil d'Etat 8 décembre 1839, Recueil, p. 719 et 720).

<sup>3.</sup> Ainsi une arrestation arbitraire, une dissantion, un attentat à la pudeur ne s'annulent pas. Tout ce que l'on peut faire, c'est accorder, à la victime, une réparation pour le préjudice pécuniaire ou moral causé (action en justice proprement dite). La surveillance administrative se manifeste ici, non par une annulation, mais par la discipline et les sanctions disciplinaires. (V. supra, p. 51 et s.)

• b) Une manifestation de volonté no peut être annulée qu'autant qu'elle est l'œuvre exclusive d'un agent. A coup sûr, le système de surveillance de la compétence qui est à la base des recours en annulation doit laisser de côté les manifestations de volonté qui ne sont pas uniquement celles d'agents. Autrement, on toucherait, en même temps, à des manifestations de volonté de particuliers. Le système n'est point sait pour cela. Dès lors, il ne peut jamais être formé un recours en annulation — administratif ou à sorme contentieuse — contre un acte contractuel.

2º Un deuxième trait commun aux recours en annulation — administratifs ou à forme contentieuse — c'est qu'ils sont largement ouverts. Le public est constitué, en quelque sorte, ministère public. Pour former le recours, point n'est besoin de faire la preuve d'un droit subjectif violé. Un intérêt suffit 2. Ex.: recours formé en vertu des articles 65 et 66 de la loi du 5 avril 1884, réclamations électo-

<sup>1.</sup> Duquit, op. cil., II, p. 609 et s. En ce sens, jurisprudence constante (Conseil d'État 15 juillet 1898, Thibault, Rec., p. 549; 14 décembre 1900, Section d'Argnat, Rec., p. 751; 28 décembre 1900, Devoux, Rec., p. 824; 22 mars 1901, Gérard, Rec., p. 309, etc.). Mais il ne faut pas oublier que souvent l'acte contractuel — vente, location, échange — sera précédé d'une manifestation de volonté (décision du conseil général, du conseil municipal) qui est la condition mise par la loi pour que puisse s'exercer le pouvoir d'un autre agent (préfet, maire) de conclure le contrat. (V. supra, p. 69 et s.) Contre ce fait de volonté un recours en annulation est possible, tout au moins, avant que le contrat soit passé. En effet, nous sommes en présence d'une manifestation unilatérale de volonté. Rien ne s'oppose à ce que la surveillance de l'administration s'exerce. Le recours en annulation est-il encore possible après la passation du contrat? L'afilrmative vient d'être admise. (Conseil d'État 11 décembre 1903, commune de Gorre, Rev. gén. d'adm., 1903, III, 434 et la note de Le Gouix.)

<sup>2.</sup> On a bien soutenu que les administrés, dans le recours pour excès de pouvoir, invoquaient un droit subjectif: le droit subjectif au respect des compétences, an respect des formes, etc. (J. Barthélemy, Essai d'une théorie sur les droits subjectifs des administrés). R. Jacquelin (Les Principes dominants du contentieux administratif, p. 249) déclare aussi qu' « en se plaçant à un point de vue exclusivement théorique, l'on peut voir dans l'incompétence un vice entrainant la violation d'un droit du particulier, puisque celui-ci peut dire qu'il a un droit véritable à l'observation des lois qui indiquent les autorités compétentes ». Cette théorie n'est qu'un paradoxe. Les auteurs se sont accordés pour la repousser (Duguit, op. cit., p. 503 et s.; II, p. 533; Berthélemy, op. cit., p. 887; Hauriou, op. cit., p. 293, note). R. Jacquelin (op. cit., p. 249) constate lui-même que cette manière de voir n'est pas la conception du droit français. Et le Conseil d'État, par son arrêt du 8 décembre 1899, ville d'Avignon, lui est manifestement contraire: « Considérant que le recours pour excès de pouvoir n'a pas le caractère de litige entre des parlies... » A vrai dire, toutes ces subtilités ne pourraient se produire si l'on voulait réserver à ce terme une signification précise, (V. infra, p. 92, note 4.)

rales!, recours contre des élections, recours pour excès de pouvoir, etc. - D'ailleurs, la notion d'intérêt varie. Elle varie d'abord avec les divers recours en annulation, - en particulier, suivant qu'ils sont à forme administrative ou à forme contentieuse. Le droit administratif français, nous le verrons, se montre plus rigoureux à mesure que les formes deviennent plus juridictionnelles?. - La notion d'intéret varie ensuite suivant le grief qui motive la demande d'annulation. Ainsi, dans le recours pour excès de pouvoir, le Conseil d'Etat se contente d'un intérêt assez faible, comme celui qu'a le contribuable à la bonne gestion financière de la commune, lorsque le requérant attaque l'acte pour incompétence, violation des formes ou détournement de pouvoir. (Cons. d'Et. 29 mars 1901, Casanova, Recueil, p. 333.) Si, au contraire, il s'agit d'une hypothèse de violation de la loi moins caractérisée que les trois que nous venons d'énumérer, s'il y a « fausse application de la loi 3 », le Conseil d'État exige un intérêt renforcé; c'est ce que le Conseil d'Etat appelle très inexactement, à mon avis — des droits acquis violes (théorie de la violation de la loi et des droits acquis+). Aujourd'hui, cette distinction semble bien attenuée, sinon complètement abandonnée par la jurisprudence.

2. V. infra, p. 97 et s.

3. C'est l'expression très juste que propose llauriou et qui mériterait d'être adoptée

par la jurisprudence et par les auteurs (op. cil., p. 292, note 1).

A mon avis, il n'y aurait même pas eu question, si l'on n'employait pas à tort et à travers le mot droit (acquis ou non acquis). [Cpr. sur l'abus que l'on fait du mot droit, Otto Mayer, Le Droit administratif allemand, édit. française, 1903, p. 133 et s.] On parle de droits de l'homme, droits de liberté, droits fondamentaux, droit de faire le commerce, droit de faire expédier des lettres par la poste, droit de monter en omnibus, droit d'obtenir un permis de chasse, droit de propriété, droit d'ester en justice, droit du fonctionnaire de faire certains actes, droit d'obtenir communication des listes électorales, etc. On parle aussi de droit civil, droit administratif, droit

<sup>1.</sup> Cass. 8 avril 1903, Rev. gén. d'adm., III, p. 1901 a Celui qui, en qualité de tiers électeur, demande une radiation sur la liste électorale, exerce, en ce faisant, non un droit privé, reais une action publique dans un intérêt public.

<sup>4.</sup> Le professeur Hauriou (op. cil., p. 291 et s.) a très exactement montré, ce me semble, que la violation de ce qu'on appelait des droits acquis n'était qu'une condition de recevabilité du recours et non un grief. Malgré les termes couramment employés « violation des droits acquis », il n'y a pas là un moyen par lequel les administrés cherchent à faire constater l'existence d'une situation juridique individuelle. En d'autres termes, il n'y a pas recours contentieux au fond; il y a uniquement recours en annulation; comme le dit fort bien Hauriou, c'est « un moyen d'assurer la légalité dans l'intérêt de la bonne administration ». (Op. cil., p. 291.) Sur tous ces points, l'accord sera bientôt unanime, surtout après les deux arrêts qu'a rendus le Conseil d'État à la date du 2 décembre 1903 (Lot et autres, Rev. gén. d'adm., 1903, III, p. 436 et la note de Le Gouix).

3º Dans tous les recours en annulation, l'autorité, si elle estime le recours fondé, ne peut faire qu'une chose : annuler l'acte critiqué. Elle ne peut prononcer de condamnation. Ex. : Le préfet saisi du recours des articles 65 et 66 de la loi de 1884, le juge de paix saisi d'une réclamation contre une inscription électorale, le conseil de préfecture saisi d'une réclamation contre une élection, le Conseil d'Etat saisi d'un recours pour excès de pouvoir, ne peuvent qu'annuler la délibération du conseil municipal, la décision de la commission

Prenons des exemples. Supposons une atteinte à ce que l'on appelle le droit de propriété. Il faut distinguer plusieurs hypothèses: a) L'acte de l'agent administratif qui porte atteinte à la propriété est un acte général (règlement). Dans ce cas, il n'y a pas atteinte directe; le règlement ne crée pas, par lui-même, une situation juri-dique individuelle à la charge du propriétaire. (V. supra, p. 59.) Il n'y a encore qu'éta-

pénal, etc. Tous ces droits ont-ils même nature? Évidemment non. Le mot droit a trois significations bien disserentes : 1º Tantôt le mot droit est synonyme de règle juridique générale, impersonnelle. Ex.: droit civil, droit commercial, etc. C'est en ce sens que l'on dit d'un acte illégal qu'il est sait en violation du droit. Violation du droit est ici synonyme de violation de la loi. — 2º Tantôt par droits, on entend des facultés, des possibilités générales, comme le dit Otto Mayer; des pouvoirs généraux, comme le dit Duguit; des bénésses légaux. Ex.: droit de propriété, droit de faire le commerce, droit d'obtenir un permis de chasse, bénéfice légal des archivistes-paléographes relativement à la nomination à certains emplois publics, etc. L'existence d'un pareil pouvoir, d'un pareil bénéfice, au profit d'un individu est évidemment un intérêt renforcé, si on le compare à l'intérêt plus vague de l'administré à ce que les affaires publiques soient bien gérées. La violation des droits acquis, au sens du recours pour excès de pouvoir, n'est que le froissement des plus importantes de ces facultés générales, de ces bénéfices légaux. Ex.: Atteintes à la liberté du commerce et de l'industrie (Conseil d'État, 28 mai 1835, Languellier; 3 juin 1892, bouchers de Bolbec); atteintes aux pouvoirs résultant de sonctions, grades ou titres (Conseil d'Etat 28 décembre 1894, avocats de Philippeville); atteintes au pouvoir d'obtenir la délivrance d'un permis de chasse (Conseil d'État, 13 mars 1867, Bicet); atteintes au pouvoir d'obtenir communication de certaines pièces, par exemple des listes électorales (Conseil d'État 19 juin 1863, de Sonnier; a mars 1888, Despatis); atteintes au bénéfice reconnu par la loi aux diplômes de l'École des chartes quant à la nomination à certains emplois publics (Conseil d'État, 4 décembre 1903, Lot et autres). La jurisprudence du Conseil d'État, en ne reconnaissant pas aux administrés certains pouvoirs généraux, écarte les recours pour violation de la loi et des droits acquis. Ex. : jusqu'à présent, les administres n'ont pas le pouvoir d'exiger une inscription d'office aux budgets locaux pour le paiement de leurs créances. Ils sont donc non recevables, faute d'intérêt suffisant, à faire annuler, pour fausse interprétation de la loi, une décision de refus d'inscription, si celle-ci, émanant de l'agent compétent, est régulière en la forme et non entachée de détournement de pouvoirs. (Conseil d'État 15 janvier 1875, Larralde ; 4 noût 1876, ville de Besançon.) Mais si la décision de refus avait l'un des trois vices que je viens de dire (incompétence, vice de forme, détournement de pouvoirs), incontestablement le recours serait recevable. — 3º Tantôt, enfin, le mot droit désigne la situation juridique individuelle créée par une manifestation de volonté en vertu d'un pouvoir général légal. Ex.: droit de créance résultant, pour le vendeur, du contrat de vente. Il n'y a plus la droit acquis au sens du recours pour exces de pouvoir. La réalisation du droit entendu comme situation juridique individuelle s'obtient par un recours contentieux au fond, et non par le recours pour excès de pouvoir.

municipale, l'élection, l'acte administratif, etc. Il ne peut pas y avoir de condamnation, ni injenction adressée à qui que ce soit de faire un certain acte, parce qu'il n'y a pas de défendeur dans l'instance. Le requérant ne peut demander à personne l'accom-

blissement, au profit d'un agent, du pouvoir général de créer des situations juridiques individuelles contraires à la loi qui regle le pouvoir général du propriétaire, Mais, menacé de l'exercice du pouvoir de l'agent, le propriétaire a évidemment un intérêt su'fisant pour que l'on admette, contre le règlement, un recours en annulation pour fausse application de la loi (Ex.: règlement de police prescrivant des travaux d'assainissement ou des interdictions de bâtir, qui excèdent les obligations légales. Conseil d'Etat 12 mai 1883, Palizei ; 2 mars 1900, Rosambo, Recueil, p. 169). Le règlement du maire est entaché du vice de violation de la loi et des droits acquis. b) L'acte administratif de l'agent a pour objet de créer, à la charge du propriétaire, une situation juridique individuelle contraire au pouvoir général réglé par la loi sous le nom de droit de propriété. Ex.: le maire d'une commune, faisant une fausse application de la loi du 5 avril 1884, art. 97, concernant ses pouvoirs de police, interdit au propriétaire d'une maison de recavoir chez lui aucune personne atteinte de tuberculose ou autre maladie réputée contagicuse. (C'est l'espèce de l'arrêt du Conseil d'État du 18 mars 1898, Noualhier, Recueil, p. 230; cpr. aussi 24 janvier 1902, Recueil, p. 42.) L'interdiction du maire a pour but de créer, à la charge du propriétaire, une situation juridique individuelle contraire au régime légal de la propriété. Le propriétaire a, à sa disposition, le recours pour excès de pouvoir en annulation de la décision du maire. A coup sur, on ne peut reprocher au propriétaire qui exerce ce recours de tracasser l'administration et d'être animé par l'esprit de chicane, Il a l'intérêt manifeste que l'on appelle « violation d'un droit acquis ». c) Voulant réaliser l'obligation qu'il a prétendu créer, le maire a empêché l'entrée des malades ou a fait évacuer la maison. En présence de ce fait, le propriétaire, usant de son pouvoir général légal, manifeste sa volonté d'obtenir une indemnité et crée ainsi, à son profit, une situation juridique nouvelle, celle de créancier. Pour la réalisation de ce droit, de cette situation juridique nouvelle, ce n'est pas le recours pour exces de pouvoir qu'il doit intenter; c'est le recours contentieux au fond. — La coexistence de ces recours, dont l'utilité est manifeste et qu'on ne saurait accuser de faire double emploi, me paraît donner la solution d'une question délicate, celle de la notion du recours parallèle comme fin de non recevoir du recours pour exces de pouvoir. (Cpr. infra, p. 99, note 1.

1. Laferrière (op. cit., II, p. 321 et s.) considère le recours en matière d'élections comme du contentieux de pleine juridiction. Il est frappé, sans doute, par ce fait que le juge peut substituer la proclamation d'un candidat à un autre, proclamer l'élu lorsque le bureau ou la commission du recensement se sont abstenus de le faire. Mois ce n'est pas faire là un acte de juridiction. Comme le dit très bien Laferrière luimème, le juge fait alors « fonction de bureau supérieur de recensement ». « La proclamation n'étant que la constatation officielle des résultats du vote », il s'ensuit que « son omission ne peut vicier le vote, ni même nécessiter le renvoi des procèsverbaux à l'autorité locale pour qu'elle procède elle-même à la proclamation ». Le juge ne fait pas un acte de juridiction, ni même un acte administratif; il fait une

opération matérielle, tout comme le bureau de vote.

2. Conseil d'État 21 novembre 1902, comm. de Daon, Rec., p. 679 : « Considerant que des conclusions do cetto nature ne peuvent pas être jointes à un recours

pour exces de pouvoir..... »

<sup>3.</sup> Berthélemy (op. cil., p. 891) observe justement qu' « il n'y a pas de perdant; par conséquent, personne pour rembourser au demandeur les frais qu'il a faits; ces frais ne seront remboursés que si quelqu'un, intervenant au proces comme intéressé, et prenant des conclusions contraires à celles du réclamant, se donne ainsi le rôle de défendeur ».

plissement d'une prestation; il se plaint qu'une violation de la loi ait été commise par des agents et désire que leurs act is entachés de nullité soient déclarés nuls et non avenus . On remarquera que l'autorité saisie du recours est invitée à faire exactement le contraire de ce qui a été fait. Sa décision a donc exactement la même nature juridique que l'acte attaqué. S'agit-il d'un acte réglementaire, c'est-à-dire d'une manifestation de volonté édictant une règle juridique nouvelle, la décision d'annulation, par cela même qu'elle met fin à cette règle, édicte une règle juridique nouvelle. S'agit-il, au contraire, d'un fait de volonté qui soit la condition mise à l'exercice d'un pouvoir légal (nomination, élection), la décision d'annulation est aussi un fait de volonté qui est la condition mise à la cessation de ce même pouvoir légal.

4º Enfin — dernier caractère commun aux recours en annulation — la décision d'annulation qui intervient a un effet absolu, et non pas soulement l'autorité relative de la chose jugée. En effet, l'acte ayant été reconnu illégal, il convient de ne pas le maintenir à l'égard de qui que ce soit. C'est ainsi que l'arrêté préfectoral d'annulation (art. 65 et 66, L. 1884), le décret par lequel le chef de l'État en Conseil d'État annula pour abus un règlement municipal, la décision du chef de l'État en Conseil d'État annulant la décision de capture émanée du Conseil des prises 3, la décision du juge de paix annulant la décision d'inscription ou de radiation sur les listes électorales émanée de la commission municipale 4, l'annulation d'une élection par l'autorité saisie du recours 5, l'arrêt d'annulation

<sup>1.</sup> Si un préjudice avait été commis par les mesures d'exécution de la décision, il y aurait lieu de faire régler la question d'indemnité par une action en justice distincte. Ex.: en matière de prise; la question est controversée. Cpr. Laferrière, op. cil., II, p. 76 et s.

<sup>2.</sup> Laserrière, op. cit., 11, p. 87.

<sup>3.</sup> Laferrière, op. cit., II, p. 74, qui cite en ce sens un décret en Conseil d'État du 7 avril 1875 (Andrew). Le décret constate qu'un seul des chargeurs, victime de la prise, avait formé un recours contre la décision du Conseil des prises et avait obtenu gain de cause. Néanmoins, porte le décret, la décision d'annulation « a ouvert, au profit de tous les propriétaires et consignataires de marchandises dont la prise n'était pas consirmée, le droit d'en obtenir la restitution ».

<sup>4.</sup> Cass. 19 juillet 1893, S. 93-1-527; 8 avril 1903, Revue génér. d'adm., 1903, III, p. 190.

<sup>5.</sup> Il en résulte une conséquence très curieuse. Si les opérations du premier tour ont été annulées dans leur ensemble, le second tour auquel il a pu être procédé tombe tout entier. Le second tour est le complément du premier : celui-ci ayant dis-

prononce par le Conseil d'État sur le recours pour excès de pouvoir<sup>1</sup>, tous ces actes ont un effet absolu et non pas seulement un effet relatif; ces décisions s'imposent à tous. La tierce opposition n'est pas possible.

## II. - Règles spéciales aux recours restrictifs et aux recours juridictionnels.

Voilà les traits essentiels communs aux recours en annulation 1. On les retrouve aussi bien dans les recours administratifs que dans les recours dits contentieux ou plus exactement à forme contentieuse. Est-ce à dire que le régime juridique des différents recours en annulation soit le même jusque dans les moindres détails? Bien évidemment, la forme juridictionnelle exerce son influence sur le régime juridique des uns et des autres. Cela aboutit à des différences, mais d'ordre secondaire. Encore ont-elles une tendance à s'atténuer, à mesure que les recours administratifs revêtent davantage la forme juridictionnelle, ce qui est leur allure manifeste.

paru erga omnes, le second tour n'a plus de raison d'être. Dans ce cas, comme le dit très bien Laferrière (sans en donner la raison), [op. cit., II, p. 372], ce n'est pas l'élection de tel ou tel candidat qui est annulée, ce sont les opérations électorales tout entières.

<sup>1.</sup> Cpr. Berthélemy, op. cit., p. 891. La solution a reçu une éclatante confirmation par l'arrêt du 8 décembre 1899 (ville d'Avignon, Recueil, p. 720): « Considérant que la voie de la tierce opposition est ouverte seulement aux parties contre les décisions qui préjudicient à leurs droits et lors desquelles ni elles, ni ceux qu'elles représentent n'ont été appelés; considérant que les instances engagées par applications des dispositions des lois des 7-14 octobre 1790 et 24 mai 1872 n'ont pas le caractère de litiges entre parties; que, si le Conseil d'État peut admettre les personnes qui se prévalent d'un intérêt au maintien des actes de la puissance publique attaqués par la voie du recours pour excès de pouvoir, à lui présenter leurs observations avant le jugement de ces instances, la circonstance que ces intéressés n'auralent pas usé de cette faculté ne peut leur ouvrir la voie de là tierce opposition pour remettre en discussion des décisions d'annulation rendues définitivement par le Conseil d'État à l'égard de lous. »

a. Il faut faire toutefois deux exceptions: 1º pour le recours en cassation; 2º pour la solution de la question préjudicielle de validité. A mon avis, il y a, dans ces deux cas, recours en annulation à formes juridictionnelles. Et cependant, incontestablement, ces deux recours sont soumis au régime juridique des véritables actions en justice (en particulier, il y a un défendeur, il y a autorité relative de la chose jugée). — Ces deux exceptions s'expliquent par le caractère accessoire des deux recours. Ils sont des incidents dans la procédure générale d'actions en justice. On comprend que le régime juridique de la procédure générale leur soit appliqué. Ceci explique pourquoi l'annulation d'un reglement municipal pour abus civil a un effet absolu si l'abus est constaté par la voie d'un recours direct et n'a qu'un effet relatif s'il est constate par renvoi sur question préjudicielle (Laferrière, op. cit., II, p. 87.) C'est absolu et que l'effet est simplement relatif si l'excès de pouvoir est constaté sur question préjudicielle. (Laferrière, op. cit., II, p. 624 et s.)

Les différences de procédure entre les différents recours en annulation s'expliquent par des considérations d'ordre pratique. Un recours à formes juridictionnelles est nécessairement une procédure longue; il tend, par définition, à un examen minutieux de la réclamation. La garantie des administrés est, sans doute, que ces recours soient largement ouverts; mais c'est aussi l'intérêt bien compris des administrés que les gouvernants et les agents ne voient pas leur action énervée et suspendue par des recours formés à la légère. De là des règles qui tendent à n'ouvrir la voie des recours à formes juridictionnelles que dans les cas qui, vraiment, en valent la peine, et aux individus que n'anime pas trop ouvertement l'esprit de chicane et de tracasserie, si fréquent dans les questions d'administration et de politique. Ainsi s'expliquent les cinq principales différences suivantes qui séparent les recours administratifs en annulation des recours à forme juridictionnelle.

1º Les recours administratifs sont possibles, en principe, contre tous actes, - les simples manifestations d'opinion aussi bien que les actes juridiques. C'est ainsi qu'une délibération d'un conseil municipal contenant un vœu, un avis, pourra former l'objet d'un recours administratif devant le préfet (art. : 60, L. 14 déc. 1789, ou art. 63 et 65, L. 5 avril 18842). S'agit-il, au contraire, d'un recours à formes juridictionnelles, on ne l'admettra que contre les actes qui produisent un effet de droit ou qui doivent avoir immédiatement des conséquences juridiques. C'est ainsi qu'on ne pourra former devant le juge de l'élection de recours que contre l'élection. Les mesures préparatoires ne pourront pas être attaquées séparément. La chose apparaît avec plus de relief encore, lorsqu'il s'agit du recours pour excès de pouvoir. Suivant l'heureuse formule d'un auteur, « toute manifestation des intentions d'un administrateur n'est pas, par elle-même, un acte sur lequel un débat contentieux puisse s'engager. Pour que le recours soit recevable, il faut qu'il existe une décision susceptible d'être exécutée; si l'administrateur s'est borné à manisester ses intentions qui ne pourraient se réaliser que par des actes ultérieurs, la partie doit attendre que ces actes l'atteignent... Pour former valablement le recours pour excès de

<sup>1.</sup> Cpr. Berthelemy, op. cliss 887, 2. Cpr. en ce sens Haurique op. cit, p

pouvoir, il ne suffit pas qu'on se croie menacé par une décision éventuelle, il faut qu'on soit réellement touché par une décision actuelle : ».

2º Pour les recours administratifs, il n'y a, en principe, ni formes, ni délais. Ex.: recours de l'article 65, loi du 5 avril 1884 ², recours pour abus 3. Au contraire, pour les recours à formes juridictionnelles, il y a toujours des formes et des délais. Ex.: réclamations en matière de listes électorales, recours contre les élections, recours pour excès de pouvoir. Ces formes sont très simples, afin de ne pas gêner les recours. Par contre, les délais sont très brefs, afin que l'action de l'administration ne soit pas entravée indéfiniment.

3º L'intérêt requis de celui qui forme un recours administratif en annulation est plus largement entendu que l'intérêt de l'individu qui introduit un recours à formes juridictionnelles. Ce dernier doit avoir un intérêt direct et personnel4.

4° Le recours administratif peut être cumulé avec un recours juridictionnel ou à formes juridictionnelles. Au contraire, en principe, le recours à formes juridictionnelles n'est pas recevable, dès que le requérant a, à sa disposition, un recours juridictionnel ou à formes juridictionnelles. C'est ainsi que le recours pour excès de pouvoir a longtemps été déclaré non recevable contre une décision préparatoire d'une élection, telle qu'un sectionnement électoral, parce qu'il existait un recours à formes juridictionnelles (recours contre l'élection), De même, le recours pour excès de pouvoir n'est pas rece-

<sup>1.</sup> Laserrière, op. cit., II, p. 427. Conseil d'État, 4 août 1902, Comm. de Langolen, Recueil, p. 619.

<sup>2.</sup> Pour les vices d'annulabilité, il n'y a pas de formes, mais il y a un délai de quinzaine (art. 66, L. 1884).

<sup>3.</sup> Laserrière, op. cit., II, p. 112. Pour les recours en matière de prises, il y a des formes et des délais, parce qu'on se rapproche beaucoup de la forme juridictionnelle. Laserrière, op. cit., II, p. 80 et s.

<sup>4.</sup> Sur le seas de cette expression et l'évolution de la jurisprudence du Conseil d'État dans la matière du recours pour excès de pouvoir à l'occasion de l'arrêt Casanova, du 29 mars 1901, cpr. Hauriou, note dans Sirey, 1901-3-73. Cpr. aussi Conseil d'État, 4 décembre 1903, Lot et autres.

<sup>5.</sup> Parsois même l'existence d'un recours administratif à formes presque juridictionnelles rend non recevable le recours à sorme contentieuse. C'est ainsi que le recours pour excès de pouvoir n'est pas recevable dans le cas où la partie a à sa disposition le recours pour abus. Conseil d'État, 22 décembre 1876, Badaroux; 23 mai 1879, évêque de Fréjus, Rec., p. 407; 23 juin 1899, Toussaint, Rec., p. 457; 15 mars 1901, Lecointre, Rec., p. 291.

vable contre un acte qui donne lieu à un recours contentieux au fond, tel qu'un acte irrégulier établissant une taxe (le contribuable peut former une demande — recours contentieux au fond — en décharge ou en réduction). Parfois encore, la loi décide que le recours à formes juridictionnelles ne pourra être introduit qu'à la suite du recours administratif et contre la décision de l'agent saisi du recours administratif. Ex.: article 67, loi 5 avril 1884.

5° Dans le recours administratif, le requérant est admis à faire valoir comme moyen de nullité toute violation de la loi; la « fausse application de la loi » est un grief suffisant. Dans le recours à formes juridictionnelles, on exige, en principe, une violation caractérisée de la légalité; la « fausse application de la loi » est un grief qui n'est admis qu'avec plus de difficulté 3.

<sup>1.</sup> La légitimité de la sin de non-recevoir tirée de l'existence d'un recours parallèle est très contestée (Cpr. Berthélemy, op. cit., p. 888 et s. Cpr. aussi R. Jacquelin, les Principes dominants, p. 245 et s.), et le Conseil d'Étal semble disposé à n'y point tenir rigoureusement la main (Conseil d'Etat, 29 mars 1901, Casanova, Lebon, p. 332, et surtout 24 juillet et 7 noût 1903, commune de Massal et Ghabol, Revue gên. d'adm., 1903, III, p. 295; S. 1904-3-1 et la note d'Hauriou). Le Conseil d'État tend à n'opposer au recours pour exces de pouvoir une sin de non-recevoir que si, vraiment, le recours devait saire double emploi avec un autre recours offrant aux administrés des garanties au moins aussi sérieuses que le recours pour excès de pouvoir. C'est pour cela que les actions en indemnité qui pourront naître à la suite de la mise à exécution de l'acte, pour faire constater la créance de la victime du dommage, ne sont pas considérées comme faisant double emploi avec le recours en annulation dirigé contre l'acte même, parce que le particulier a un intérêt évident à éviter de subir le préjudice plutôt qu'à obtenir la réparation du préjudice causé. Cpr., supra, p. 94, note. Rien dans la nature du recours ne s'oppose à cette évolution de jurisprudence. Cpr. en sens contraire Duguit, op. cit., II, p. 538. Cet auteur estime que la sin de non-recevoir tirée de l'existence de recours parallèles est e légitime et logique », que le caractère subsidiaire du recours pour excès de pouvoir « cadre parfaitement avec son caractère de recours objectif . A mon avis, cette théorie ne s'impose pas. On peut l'admettre ou l'écarter, sans se mettre en contradiction avec la nature du recours. Seules sont déterminantes les considérations d'utilité pratique. Très utile au temps où le Conseil d'Etat était suspect de partialité et où l'on craignait la résurrection du droit d'évocation de l'ancien régime, la fin de non-recevoir n'a plus la même valeur aujourd'hui que la Haute Assemblée a fait la preuve qu'elle donnait aux administres les plus sérieuses garanties contre les abus de pouvoir.

<sup>2. «</sup> Le conseil municipal, et, en dehors du conseil, toute partie intéressée peut se pourvoir contre l'arrêté du préfet devant le Conseil d'État. Le pourvoi est introduit et jugé dans les formes du recours pour excès de pouvoir. » Cpr. Duguit, op. cit., II, p. 748. — Hauriou, op. cit., p. 288, voit là une fin de non-recevoir pour le recours formé contre la délibération du conseil, fin de non-recevoir tirée de l'existence d'un recours quasi contentieux (?) parallèle. G'est une erreur. En réalité, il n'y a pas recours parallèles, mais recours successifs, ce qui est (rès différent. Cpr. supra, p. 86, note.

<sup>3.</sup> Cpr. pour le recours pour exces de pouvoir, supra, p. 92.

## Section III. - Actes non susceptibles de recours.

Une bonne organisation politique devrait soumettre à un contrôle juridictionnel toutes les manifestations de volonté des gouvernants et des agents; les administrés, les gouvernés devraient toujours avoir un recours qui leur permit de faire contrôler la légalité des actes des gouvernants et des agents par des autorités organisées juridictionnellement et statuant dans les formes juridictionnelles. Les faits montrent que, à cet égard, des progrès considérables ont été réalisés, et que, parmi les peuples civilisés, la France est l'un des pays qui a accordé le plus largement des recours juridictionnels aux administrés.

Les faits montrent aussi que la nature des actes no s'oppose pas à la soumission absolue de tous les actes des gouvernants et des agents à un contrôle juridictionnel. Ce qui est seulement vrai, c'est que, d'après la nature des actes, les recours seront des recours en annulation ou des recours contentieux au fond. Il ne peut y avoir recours contentieux au fond que lorsqu'on se trouve en présence d'actes administratifs proprement dits ou de manifestations de volonté créant 'des situations juridiques individuelles à la suite de faits de volonté ou d'actions matérielles causant un préjudice, pour la réparation duquel la loi prévoit, au profit de la victime, le pouvoir de réclamer une indemnité. Pour tous les actes (sauf l'acte contractuel et l'agissement matériel), on conçoit parfaitement des recours en annulation. Voilà tout ce qu'implique la nature intrinsèque des actes des gouvernants et des agents.

Mais si telles sont les conclusions auxquelles conduit l'analyse des actes et des recours, il faut, avec les faits, constater qu'en aucun pays le droit positif ne consacre un système complet de recours juridictionnels. Partout, on constate des lacunes. On peut les regretter; il est contraire aux faits de les nier. Quel est exactement, à cet égard, l'état actuel du droit positif français?

§ 1<sup>et</sup>. — Régime juridique des actes législatifs, des actes parlementaires et des actes de gouvernement, au point de vue des recours.

Il n'y a plus, aujourd'hui, que trois séries d'exceptions, il n'y a plus que trois catégories d'actes certainement non susceptibles de recours juridictionnels ou à formes juridictionnelles; 1° les actes législatifs; 2° les actes parlementaires; 3° les actes de gouvernement.

#### I. - ACTES LÉGISLATIFS

En droit français, il est admis que contre la loi proprement dite il n'y a point de recours.

1º Qu'il n'y ait point de recours contentieux au fond, la chose est évidente; la nature de l'acte s'y oppose. A raison de son caractère général et impersonnel, la loi ne crée aucune situation juridique individuelle nouvelle. Elle pose simplement une règle de conduite sociale; elle se borne à organiser des pouvoirs généraux, impersonnels. La loi peut modifier une règle ancienne, modifier des pouvoirs généraux existants, entraîner ainsi des pertes pécuniaires. Peu importe. L'individu qui souffre de la restriction des pouvoirs généraux que la loi avait auparavant reconnus, n'a aucune action en justice pour obtenir une indemnité, quelque reproche que les gouvernants puissent encourir pour n'avoir pas pris en considération ces situations. Si donc, en fait, les gouvernants n'ont prévu l'allocation d'aucune indemnité, il faut dire qu'ils n'ont pas organisé, au profit des victimes de la règle nouvelle, un pouvoir général de demander une somme d'argent; il est donc impossible aux victimes de créer, par la manifestation de leur volonté, une obligation pécuniaire à la charge d'un patrimoine administratif ou individuel; dès lors, les tribunaux saisis d'un recours contentieux au fond devront

<sup>1.</sup> Cpr. sur ce point Moreau, le Règlement administratif, 1902, p. 283 et s., no 191. Laserrière, op. cit., II, p. 12 et s., donne une explication verbale: La loi est un acte de souveraineté, et le propre de la souveraineté est de s'imposer à tous, sans qu'on puisse réclamer d'elle aucune compensation. 3 Ce sont des mois.

constater qu'il n'existe, au profit des réclamants, aucune situation juridique individuelle, puisque la manifestation de volonté de ceux-ci a été, en l'absence d'un pouvoir légal, impuissante à la créer. La jurisprudence a fait de ces idées des applications très nombreuses!

2º Rien, dans la nature de l'acte législatif, ne s'opposerait à l'existence d'un recours en annulation à formes juridictionnelles. Mais, en fait, ce recours n'existe pas. Les gouvernants ne l'ont pas organisé.

Il faut constater que la jurisprudence, comme source de droit positif, n'a guère les moyens de combler cette lacune. La seule autorité juridictionnelle qui, dans l'organisation actuelle, pourrait être saisie d'un recours direct en annulation est le Conseil d'État. Or, la loi du 24 mai 1872 a limité la compétence de ce tribunal aux a demandes d'annulation pour excès de pouvoir formées contre les actes des diverses autorités administratives ». — Au contraire, la jurisprudence des autorités juridictionnelles de tout ordre — judiciaires ou administratives — pourrait reconnaître la règle logique, d'après laquelle un tribunal est fondé, sur la demande des parties, au cours d'un procès, à ne point tenir compte, pour la solution du' litige dont il est saisi, d'une loi entachée d'excès de pouvoir 2.

<sup>1.</sup> En voici deux exemples typiques empruntés à la jurisprudence du Conseil d'État; 1° Ordonnance au contentieux du 11 janvier 1838, Duchâtelier, Recueil, p. 15: « Considérant que l'État ne saurait être responsable des conséquences des lois qui, dans un intérêt général, prohibent l'exercice spécial d'une industrie; que la loi du 12 février 1835, en déclarant interdite la fabrication du tabac factice, n'a ouvert aucun droit à une indemnité au profit des individus qui s'étaient précédemment livrés à cette fabrication; que, dès lors, le sieur D... ne peut prétendre à aucune indemnité soit pour la perte de son industrie et la cloture de son établissement, soit pour les divers dommages qui ont pu être la conséquence de l'interdiction. »—
2° Conseil d'État, 6 août 1852, Ferrier, Recueil, p. 353: « Considérant que le sieur Ferrier réclame une indemnité en se fondant sur le préjudice que lui aurait causé la loi de 1837 (réservant le monopole de la télégraphie à l'État et prohibant les télégraphies privées); qu'il résulte de l'instruction que le réclamant avait, dès le commencement de 1834, cessé d'exploiter la ligne télégraphique qu'il avait établie; que, dès lors, il n'est pas fondé à réclamer une indemnité pour raison de la mise à exécution de la loi précitée. » La solution est exacte. Mais les motifs sont critiqua les. Le commissaire du gouvernement disait plus justement dans ses conclusions; « li n'est pas dù d'indemnité par l'État à raison du préjudice causé par l'exécution d'une loi, à moins que cette loi ne contienne une réserve expresse à cet égard. »

<sup>2.</sup> Cpr. supra, p. 34 et s. — Dans un pays comme la France, où le prestige de la magistrature administrative ou judiciaire est si mince à raison des conditions dans lesquelles s'opère son recrutement, rien ne fait prévoir une intervention du législateur

A vrai dire, cette absence de recours directs en annulation ou indirects en exclusion n'existe avec cetto riquour que pour l'acte législatif émanant des Chambres, c'est-à-dire des gouvernants secondaires réguliers. Pour les actes législatifs accomplis, à titre exceptionnel, par un agent administratif, par exemple les lois faites pour les colonies par le Président de la République, la règle n'est pas aussi absolue. Sans doute, il n'y a pas de recours direct en annulation, Mais le chef de l'Etat, à mesure que le caractère de gouvernant que voulait lui donner l'Assemblée Nationale de 1875 est davantage contredit par les faits, apparaît comme un simple agent administratif soumis au contrôle juridictionnel, comme tous les agents. Or, la jurisprudence du Conseil d'État, jugo naturel des recours en annulation, n'est plus lice par la règle impérative de l'article q de la loi du 24 mai 1872; la loi saite par le Président de la République pour les colonies peut être considérée comme « un acte d'une autorité administrative »; il est donc très possible que, dans un avenir rapproché, le Conseil d'État comprenne les lois coloniales faites par le Président parmi les actes contre lesquels une « demando en annulation pour excès de pouvoir » est recevable. Toutesois, tel n'est pas encore le droit. Mais d'ores et déjà, des auteurs considérables enseignent que, contre les lois coloniales faites par le Président de la République, le recours indirect en exclusion à l'américaine est possible. C'est une étape dans la voie du recours direct en annulation.

pour l'établissement d'un recours direct en annutation. Par cela même qu'ils sont sans prestige, les tribunaux français sont sans audace; des lors, rien, non plus, ne permet d'espérer, dans un avenir prochain, une évolution de la jurisprudence dans le sens du recours indirect contre les lois illégales (système américain). Tout au plus, à l'heure actuelle, les tribunaux se hasardent-ils à vérisser l'existence même de la loi. Ils peuvent invoquer l'autorité de Laserrière (op. cit., II, p. 9) et dire : « S'il arrivait, par impossible, que le gouvernement pronulguât comme loi de l'État un texte adopté par une seule assemblée, ce texte ne serait pas une loi, et toute juridiction appelée à l'appliquer aurait le droit de constater son inexistence légale. »

<sup>1.</sup> Laserrière, op. cit., II, p. 8 et g: « On ne saurait resuser aux tribunaux, dans les matières o i le pouvoir exécutif ne possède que des attributions législatives limitées, le droit de rechercher s'il a légiséré dans la mesure de la délégation qui lui est faite. Si, par exemple, le gouvernement réglait, aux colonies, des matières réservées au législateur (aux Chambres), les tribunaux aurajent le droit de tenir ses prescriptions pour non avenues. En décidant ainsi, ils ne se mettraient pas en opposition avec la loi, ils en assureraient, au contraire, l'application, puisque o'est elle qui a limité la compétence légis'ative du gouvernement, s On peut faire le même raisonnement pour l'acte législatif par rapport à la loi constitutionnelle.

#### II. - ACTES PARLEMENTAIRES

Le droit positif français n'a pas encore admis la possibilité de former librement des recours contentieux ou à forme contentieuse contre les actes des autorités parlementaires.

1º Le recours direct en annulation pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État n'est pas possible : a) contre les actes administratifs ou les faits de volonté émanant des deux Chambres (déclaration d'utilité publique, décisions portant classement ou déclassement des places de querre, modifications apportées aux circonscriptions administratives, grandes naturalisations, déclaration d'état de siège politique, autorisations données à des congrégations religieuses, élections, décisions d'alienation de certains immeubles domaniaux, etc., etc.); b) ni contre les actes émanant d'une seule Chambre (règlements intérieurs, élections, etc.); c) ni contre les actes des présidents du Sénat ou de la Chambre des députés (sanctions disciplinaires, mesures de police des assemblées ; etc.); d) ni contre les actes des commissions parlementaires (commissions de comptabilité, etc.). L'impossibilité du recours direct en annulation devant le Conseil d'État est certaine à raison des termes impératifs de l'article o de la loi du 24 mai 1872. Il paraît impossible que le Conseil d'État considère jamais les Chambres législatives comme des « autorités administratives » contre les actes desquelles des demandes en annulation pour excès de pouvoir seraient recevables, alors même que les Chambres feraient des actes administratifs. Il faudrait donc un texte pour donner compétence au Conseil d'Etat, et rien ne le fait prévoir 2.

Mais si le Conseil d'Etat n'admet pas et ne peut pas admettre le

<sup>1.</sup> Conseil d'État, 17 novembre 1882, Merley, Rec., p. 952. « Considérant que les décisions par lesquelles les présidents du Sénat et de la Chambre des députés règlent l'admission du public ou de la presse aux séances de ces assemblées ne sont pas de nature à être déférées au Conseil d'État. »

a. Il faut se borner à rappeler aux gouvernants secondaires que, comme les autres individus, comme les simples agents, « obligés de se conformer aux règles de forme, ils doivent, à plus forte raison, observer les règles de fond. Ainsi, une déclarati n d'utilité publique, qui serait prononcée en faveur d'une propriété ou d'une industrie privée, ne serait pas moins abusive si elle résultait d'une loi (des deux Chambr s) que si elle résultait d'un deret ». Laferrière, op. cli., II, p. 18. Upr. aussi l'observation très fine de Berticlemy, op. cli., p. 880, note 1.

recours direct en annulation contre l'acte parlementaire lui-même, il a déclaré très nettement, dans ces dernières années, que, lorsqu'un acte susceptible d'un recours en annulation a été provoqué ou approuvé par les Chambres, cela ne le transforme pas en acte des Chambres; par suite, cela ne rend pas irrecevable la demande en annulation pour excès de pouvoir. Cette solution, si digne d'approbation, n'a été possible que parce qu'on ne se heurtait pas de front à un acte exclusivement fait par l'autorité parlementaire.

2º Les recours contentieux au fond ne sont pas non plus recevables lorsque le réclamant soutient qu'une décision ou un fait d'une autorité parlementaire lui a causé un préjudice qui, si l'acte cut émané de tous autres individus, lui aurait permis d'intenter une action en justice. Parfois, la loi le déclare expressément. Ex. : injures, diffamation .

Il est incontestable que cette règle — dont l'utilité est, en bien des cas, au-dessus de toute discussion? — vient blesser parfois les sentiments de justice, sans nécessité aucune. Ce serait une étude singulièrement intéressante que celle des efforts faits par la jurisprudence pour concilier la règle avec la nécessité, plus impérieusement ressentie tous les jours, de soumettre les gouvernants eux-mêmes au règne de la loi. Il faut constater, à la louange de ces derniers, qu'ils se prétent de bonne grace à suivre les indications des tribunaux et à voter les indemnités que les autorités juridictionnelles

<sup>1.</sup> La démonstration a été faite par Laferrière, 11, p. 27 et s. La jurisprudence est très fermement établie en ce sens. Tribunal des conflits, 5 novembre 1880, Marquigny; Conseil d'État, 20 mai 1887, prince d'Orléans et prince Murat; Tribunal des conflits, 25 mai 1889, Dufeuille. Cpr. dans le même ordre d'idées, l'avis du Conseil d'État du 26 mai 1903 (Hevue d'adm., 1903, III, p. 171): « Considérant que tous les marchés ou contrats passés par les départements sont soumis aux règles de la comptabilité publique, et qu'ainsi les dispositions spéciales d'un cahier des charges, annexé à une loi qui a déclaré d'utilité publique l'étublissement d'un chemin de fer d'intérêt local, ne peut avoir ni pour objet, ni pour effet de déroyer à ces règles générales; qu'une telle dérogation ne pourrait y être apportée que par une disposition expresse d'une loi ou d'un règlement d'administration publique ».

<sup>2.</sup> Loi constitutionnelle du 16 juillet 1875, article 13 : « Aucun membre de l'une ou l'autre Chambre ne peut être poursuivi ou recherché à l'occasion des opinions ou votes émis par lui dans l'exercice de ses fonctions. »

<sup>3.</sup> Par exemple, immunité des discours et des manifestations d'opinion des Chambres, des commissions parlementaires, et même des sénateurs et députés ; absence de récours contre les sanctions disciplinaires prononcées par les autorités parlementaires contre les députés et sénateurs.

ont refusé d'accorder en se plaçant au point de vue strict du droit positif et tout en regrettant la rigueur de la règle. Sur ce point, la jurisprudence accomplit, en ce moment, une évolution qui, dans un avenir rapproché, donnera toute satisfaction aux administrés.

<sup>1.</sup> Il est impossible de donner à la proposition formulée au texte tout son développement. Ce pourrait être l'objet d'une étude spéciale. Qu'il me suffise de rapporter trois affaires typiques empruntées à la jurisprudence du Conseil d'État : 1º Conseil d'Etat, 7 décembre 1894, Société générale algérienne (les détails de l'affaire dans Boucard et Jeze, Eléments de la science des sinances et de la législation sinancière française, 2º édit., 1901, I, p. 401 et s.). Une loi de 1892 ordonne, au mépris d'une convention de 1865, le remboursement anticipé d'annuités dues par l'État à la Compagnie algérienne; le ministre des finances, sollicité d'accorder une augmentation du capitel de remboursement et des dommages-intérêts, répond par un resus (décisions du 3 sévrier et du 13 mai 1893). Recours au Conseil d'État: « Considérant que la disposition législative de la loi du 26 décembre 1892 ne peut pas être discutée par la voie contentieuse et qu'il n'appartient pas au Conseil d'État de statuer sur la demande d'indemnité formée à raison de la privation des avantages qui résultaient du mode de payement par annuités, tel qu'il était prévu au contrat de 1865. » Il semblerait que tout fut fini. Le Conseil d'État, très habilement, ajoute, par interprétation des travaux préparatoires de la loi de 1802, que les crédits alloués par le l'arlement à cette époque ne sont qu'énoncialife, et que le ministre des sinances a en tort de saire la liquidation comme si le l'arlement avait décidé impérativement. Il a donc annulé les deux décisions ministérielles. Et, afin que les Chambres sachent bien ce qu'il est conforme à la convention de 1865 d'accorder aux réclamants, le Conseil d'État indique lui-même comment la liquidation devra être faite. Le Parlement s'est empressé de suivre les indications du Conseil d'État, en inscrivant dans la loi de finances du 28 décembre 1895 (art. 50) les mesures financières nécessaires. - 2º Conseil d'État, 8 août 1896 (Fabrique de Saint-Jeande-Maurienne, Lebon, p. 163). En 1894, les Chambres refusent de voter le crédit nécessaire pour le payement d'une allocation annuelle due au chapitre de Saint-Jean-de-Maurienne en échange de la remise de titres de rente appartenant audit chapitre, et cela au mépris d'une convention de 1860. Le ministre des cultes ayant refusé, faute de crédits, de payer les arrérages des anciens titres de rente appartenant au chapitre, ce dernier recourt au Conseil d'État. Celui-ci, très habilement, évite avec soin de mettre en cause l'acte parlementaire. Il ne doute pas un seul instant que la suppression du crédit est non pas un relus de payer, mais un relus de continuer l'ancien mode de payement. Des lors, il faut appliquer la convention de 1860. e Considérant que, toute allocation ayant cessé de figurer au budget pour l'entretien du bas chœur, c'est à tort et par une inexacte interprétation de l'accord intervenu en 1860 entre le gouvernement français, l'évêque et le chapitre de la cathédrale de Saint-Jean-de-Maurienne, que le ministre des cultes a refusé de procéder à la liquidation des arrérages de la cartelle dont il s'agit en faveur de la fabrique de la cathédrale; qu'il y a donc lieu d'annuler de ce chef la décision attaquée et de renvoyer la fabrique devant le ministre pour y être procédé à ladite liquidation... » Le Parlement n'a pas hésité à s'incliner et à voter les crédits nécessaires (Ch. des députés, seance du 22 décembre 1809, Officiel, 1839, débats, Chambre, p. 23, 27 et s.). — 3° Conseil d'État, 3 février 1899, héritiers de Joly, Lebon, p. 83. La Chambre des députés avait demandé à son architecte de dresser des plans et devis en vue de la construc-tion d'une nouvelle salle des séances. Plus tard, l'architecte se voit refuser le payement des honoraires dus à raison de ce travail, sous prétexte que ce travail rentrait dans les travaux ordinaires rémunérés par le traitement fixe payé à l'architecte. Recours devant le conseil de préfecture de la Seine. La Chambre des députés fait exposer par ses questéurs en exercice la thèse sulvante; a Les Chambres ne sont pas des

#### III. - ACTES DE GOUVERNEMENT!

Il est enfin certains actes que la tradition, basée sur un texte laconique (art. 26, L. 24 mai 1872; chn. art. 47, L. 3 mars 1849), fait
échapper à tout recours juridictionnel, sans qu'on puisse trouver
aujourd'hui dans leur nature intrinsèque un motif de cette solution.
Il faut voir la un vestige d'anciennes théories sur l'antique raison
d'État. Ainsi, un décret du Président de la République portant ajournement des Chambres ou dissolution de la Chambre des députés ne
serait pas susceptible de recours juridictionnel en annulation, quelque
excès de pouvoir qu'on pât y relever. Le décret du chef de l'État proclamant l'état de siège politique, de même que la déclaration d'état
de siège par le gouverneur général de l'Algérie ou par les gouverneurs des colonies ne peuvent faire l'objet d'un recours juridictionnel
en annulation pour excès de pouvoir. Les décisions administratives
prises pour assurer l'exécution d'une convention diplomatique sont
aussi soustraites à tout recours juridictionnel<sup>2</sup>, etc.

Ces solutions sont certaines. On s'est ingénié, il est vrai, à montrer que, à proprement parler, il n'y avait pas, en droit français, une

administrations au sens de la loi du 28 pluviôse an VIII; par suite, il n'appartient pas au conseil de préfecture et au Conseil d'État en appel de connaître des litiges qui peuvent s'élever sur le sens et la portée des marchés concernant les travaux qu'elles entreprennent. D'autre part, le débat souleve par l'architecte porte exclu-sivement sur l'interprétation et l'exécution du reglement intérieur de la Chambre des députés dans celles de ses dispositions qui fixent la situation, les droits, les obligations de l'architecte; la commission de comptabilité de la Chambre des députés, sous le contrôle de la Chambre elle-même, est se le compétente, à l'exclusion de toute autre juridiction, pour statuer sur les d'fleultés auxquelles peut donner lieu l'application dudit reglement. Le refus des questeurs d'allouer des honoraires spéciaux à l'architecte a été approuvé par la commission de comptabilité de la Chambre. Cette décision ne peut faire l'objet d'aucun recours contentieux. En d'autres termes, la Chambre des députés prétendait être soustraite au contrôle des tribunaux du pays. Le conseil de pré ecture avait admis cette thèse (arrêté du 21 janvier 1896). Appel au Conseil d'État. Très habilement, celui-ci évite de mettre en cause les actes de la Chambre des députés et de ses questeurs, et se déclare compétent pour connaître du fond de l'affaire : « Considérant que le palais Bourbon, affecté... à la Chambre des députés, c'est-à-dire à un service public, est une propriété de l'État et que les travaux à effectuer dans ce palais, à l'aide des crédits inscrits sur le budget de l'Riat, ont essentiellement le caractère de travaux publics ; qu'il suit de la qu'il appartenait nu conseil de préfecture... de connaître des contestations soulevées par les héritiers de Joly... »

<sup>1.</sup> Cpr. l'excellente étude d'Hauriou, Droit adm., op. cit., p. 274 et s.

<sup>2.</sup> Conseil d'Etat, 12 février 1904, Bachatori, Revue du Droit public, 1904, tome XXI, p. 28 et s. et la note de Caston Jeze,

théorie particulière des actes de gouvernement. L'absence de recours tiendrait au jeu normal des règles sur la forme des actes, sur leur objet ou sur la qualité du réclament. Pour beaucoup, ce sont là des subtilités. Ce qui est certain, c'est que nous n'avons pas rencontré, dans l'énumération des actes des gouvernants et des agents, une catégorie d'actes ayant une nature spéciale que l'on puisse qualisier d'actes de gouvernement. Des lors, on ne voit pas de raison logique pour saire échec au système général des recours. Or, d'autre part, les faits sont absolument décisifs dans le sens de l'existence des actes de gouvernement. En définitive, on reste donc en présence de ce fait brutal: il est des actes qui échappent à tout recours juridictionnel: recours contentieux proprement dit, recours en annulation à sorme contentieuse. Quelque regrettable que cette lacune puisse paraître, quelque contraire qu'elle soit à l'esprit général de notre droit positif, il existe encore aujourd'hui des actes qui échappent à tout contrôle juridictionnel, pour lesquels les gouvernants et les agents se prétendent placés au-dessus des lois, qu'ils veulent saire cchapper à tout recours devant les autorités juridictionnelles, quelque illégaux et dommageables que ces actes puissent être pour les administrés.

Au premier abord, cetto situation, en contradiction absolue avec les idées modernes, paratt un scandale intolérable et l'on s'étonne qu'elle ait subsisté jusqu'à notre époque. A la vérité, si elle a pu se

<sup>1.</sup> En ce sens, R. Jacquelin, Les principes dominants du contentieux administratif, p. 298 et s. Gpr. aussi l'auriou, op. et loc. cit. On a dit, en ce qui concerne les décrets d'ajournement ou de dissolution des Chambres, que le recours en annulation devant le Conseil d'État est irrecevable d'abord parce que les requérants n'ont pas intérêt, ensuite parce que le Conseil d'État n'est pas compétent. Mais ce sont là, répond-on, de pures affirmations. Des conseillers municipaux peuvent recourir en annulation coûtre un décret de dissolution du conseil municipal (Conseil d'État, 31 janvier 1902, Gratielli, Lebon, p. 55), ce qui prouve que les membres d'une assemblée ont intérêt. D'autre part, les actes du chef de l'État sont des actes émanant d'une autorité administrative, au sens de la loi de 1872, lorsqu'il s'agit de dissolution de la Chambre des députés?

<sup>2.</sup> Qu'il n's ait pas une autorité gouvernementale distincte de l'autorité administrative, c'est ce que montre très bien Berthélemy, op. cit., p. 101 et s., et surtout p. 105 et s. Mais il ne faut pas en conclure que les actes de gouvernement, qui ne devraient pas exister, n'existent pas en réalité et que l'on peut former des recours. Toutés les raisons qu'on invoque pour faire disparaître la théorie sont excellentes; il n'en reste pas moins que la fait existe et qu'il ne sert à rien de le nier. Exposer le droit positif, c'est constater des faits, bons ou mauvais. Constatons-les pour en montrer les mauvais effets, les combattre et les faire disparaître. Mais constatons-les d'abord.

maintenir, cela tient aux deux grandes brèches qui y ont été faites par la jurisprudence.

1º Sous la pression des idées modernes de droit et de justice, à partir de 1872, la jurisprudence, malgré les protestations des ministres, a soumis au contrôle juridictionnel les actes les plus graves par lesquels l'arbitraire s'exerçait autrefois au nom de la raison d'État. Elle a estimé qu'il ne suffisait pas aux agents administratifs, pour échapper au contrôle, d'affirmer que leurs actes ont été inspirés par des mobiles politiques, par la raison d'État. Il faut désormais que l'acte dont s'agit soit compris dans l'énumération très brève d'actes auxquels la jurisprudence reconnaît encore aujourd'hui le caractère d'actes de gouvernement. En fait, à l'heure actuelle, à la suite d'éliminations nombreuses, les actes de gouvernement, à raison de leur rareté, n'offrent plus guère de dangers sérieux pour les administrés.

2º Pour les actes les plus graves parmi ceux auxquels a été maintenu le caractère d'actes de gouvernement, la jurisprudence a assirmé que les décisions d'exécution étaient soumises au contrôle juridictionnel, ce qui, pratiquement, est une garantie précieuse pour les administrés. C'est ainsi que la jurisprudence n'admet pas de recours direct en annulation contre la déclaration de l'état de siège politique; mais sont recevables tous les recours juridictionnels ordinaires contre les décisions prises par les autorités chargées d'appliquer le régime de l'état de siège.

<sup>1.</sup> Cpr., sur cette jurisprudence, les arrèts célèbres du Conseil d'État, 19 février 1875, prince Napoléon, S. 75-2-95, et 20 mai 1887, duc d'Aumale et prince Jonchim Maral, Recueil, p. 409, etc. Le 2 décembre 1902, devant le Tribunal des conflits, préfet du Rhône contre Société immobilière de Saint-Just, Rec., p. 716, le commissaire du gouvernement Nomieu a proclame nettement « l'abandon définitif de l'ancienne théorie de l'acte de haute police ou de gouvernement ».

<sup>2.</sup> En sorte que, comme le dit très bien Hauriou, lequel a calqué sa définition sur l'observation des faits, l'acte de gouvernement est celui qui figure dans une certaine énumération d'actes politiques, dressée par la jurisprudence administrative sous l'autorité du Tribunal des conflits.

<sup>3.</sup> Laferrière expose très bien cette jurisprudence, op. cit., 11, p. 36 et 37. l'our justifier la distinction entre la déclaration d'état de siège et les mesures d'exécution, cet auteur dit : a Si la déclaration d'état de siège constitue un acte de souveraineté, elle ne communique pas ce caractère à tous les actes faits pour y donner suite; les autorités qui sont chargées de ces actes sont tenues de se renfermer dans les termes de la déclaration et des lois générales sur l'état de siège, et les excès de pouvoir qu'elles pourraient commettre pourraient être déférés à la juridiction compétente. » La deuxième partie du raisonnement est excellente; mais qui pourrait se contenter de l'explication verbale de à l'acte de souveraineté » 9 En réalité, la jurisprudence cède

110

Dès lors, en fait, si les actes de gouvernement n'ont pas complètement disparu de notre droit positif, la jurisprudence s'est efforcée et a réussi, en partie, à les rendre inossensis.

On a invité la jurisprudence à poursuivre son évolution et à limiter la théorie de l'acte de gouvernement dans la simple négation du recours direct en annulation. La victime d'un acte de gouvernement, par exemple la victime d'une décision prise en exécution d'une convention diplomatique, ne pourrait pas faire annuler l'acte, mais pourrait obtenir des tribunaux — administratifs ou judiciaires 2 - une indemnité au moyen d'un recours contentieux ordinaire. Rien dans la loi ne s'oppose à cette évolution. Bien mieux, cela donnerait satisfaction aux idées modernes de justice et de solidarité sociale, et l'indemnité serait conforme à la notion de patrimoine administratif. La théorie des actes de gouvernement, en effet, est l'affirmation que les gouvernants et les agents peuvent, dans certains cas, causer, par leurs actes, des dommages pour cause d'utilité nublique. Les idées modernes de solidarité sociale veulent que les victimes de ces dommages aient le pouvoir de se faire allouer des indemnités. D'autre part, les patrimoines administratifs sont organisés en vue de fournir les ressources nécessaires pour payer les dépenses d'utilité publique. Les tribunaux sont donc parfaitement fondés, en l'absence de toute loi contraire, à prononcer des réparations pécuniaires.

à la pression du sentiment de justice qui veut que l'arbitraire disparaisse. Lorsqu'elle ne peut pas attaquer franchement et ouvertement l'acte de gouvernement, la jurisprudence s'efforce de le rendre pratiquement inoffensif en admettant les recours contre les mesures d'exécution. Opr. aussi les développements de Laferrière (op. eit., 11, p. 41 et s.) sur les mesures de police sanitaire.

<sup>1.</sup> Aucoc, conclusions rapportées sous l'arrêt du Conseil d'État, 9 mai 1807. S. 67-

<sup>2.</sup> Berthélemy, op. cil., p. 107, note t, fait observer avec beaucoup de raison que les tribunaux judiciaires ne sont pas les gardiens exclusifs des droits individuels et de la propriété. Les tribunaux administratifs ont la même fonction. Des lors, l'action en justice devrait être portée soit devant les tribunaux administratifs, soit devant les tribunaux judiciaires.

<sup>3.</sup> Hauriou, op. eit., p. 281, propose, plus modestement, de n'accorder des indemnités qu'au cas de dépossession définitive d'une propriété privée à la suite d'un acte de gouvernement. l'ourquoi cette restriction, alors que nous sommes dans le domaine des desiderats ? Je comprends que l'on dise que le premier pas à faire ou qui sera probablement fait dans l'évolution de jurisprudence que l'on encourage de desiderats d'evolution de jurisprudence que l'on encourage de plus grave. Je ne vois aucune raison pour limiter à ce résultat les efforts futurs de la jurisprudence.

## § 2. — Régime juridique des règlements d'administration publique.

Actes législatifs, actes parlementaires, actes de gouvernement, telles sont les hypothèses dans lesquelles, encore aujourd'hui, le droit positif français n'admet certainement pas les recours juridictionnels.

Il fut un temps — qui n'est pas très éloigné de nous — où tous les règlements du chef de l'État échappaient au recours direct en annulation , à raison de sa qualité incontestable de gouvernant. Tol était l'état du droit positif vers le milieu du xix siècle . On admit ensuite l'exception d'illégalité. Puis, à partir de 1845, le recours direct en annulation fut accueilli par le Conseil d'État, d'abord avec des restrictions assez grandes, ensuite sans restrictions. Une évolution analogue est en train de s'accomplir ou même s'est accomplie en ce qui concerne les règlements d'administration publique.

Il y a trente ans environ, la jurisprudence du Conseil d'État déclarait non recevable le recours direct en annulation pour excès de pouvoir, dirigé contre les règlements d'administration publique du chef de l'État, c'est-à-dire centre les règlements faits par le Président de la République après délibération en assemblée générale du Conseil d'État et sur l'invitation adressée par les Chambres dans la loi même qui pose les principes généraux. La raison en était que les règlements d'administration publique sont faits en vertu d'une délégation du pouvoir législatif et sont semblables à la loi. A mon avis, la raison est sans valeur, puisque le pouvoir de faire la loi, comme tout pouvoir fonctionnel, n'est pas susceptible de délé-

<sup>1.</sup> C'est le seul recours que la nature intrinsèque du règlement rend possible. Cpr. supra, p. 56, et la démonstration de Moreau, le Règlement administratif, op. cit., p. 283 et s.

<sup>2.</sup> Voyez sur ce point la très curieuse étude de Morcau, le Règlement administratif, op. cit., p. 284 à 289.

<sup>3.</sup> Le plus récent arrêt à ma connaissance remonte à l'année 1872. Conseil d'État 20 décembre 1872, Fresneau t « Considérant que le décret du 25 février 1868 a été rendu en vertu des pouvoirs délégués à l'administration par l'article 20 de la loi du 15 avril 1825...; qu'un acte de cette nature n'est pas susceptible d'être défèré au Conseil d'État par application des dispositions de la loi des 714 octobre 1790 et de l'article 9 de la loi du 24 mai 1872. « Ceci est catégorique. Je n'ai plus retrouvé cette formule dans les arrêts postérieurs. On cite d'ordinaire les arrêts du 1st avril 1892 et du 8 juillet 1892 comme affirmant à nouveau cette solution. Je montrerai qu'ils sont loin d'avoir une portée aussi générale. Voir infra, p. 113 note 2.

gation. Quoi qu'il en soit, jusqu'en 1872, le Conseil d'État écartait, par une sin de non-recevoir pure et simple tirée de la nature de l'acte, les recours directs en annulation.

Toutesois, suivant un procédé qui lui est familier, le Conseil d'État a apporté à cette théorie des tempéraments qui en ont adouci singulièrement la rigueur.

1° Tout d'abord, le Conseil d'État s'est reconnu le pouvoir de vérifier, à l'occasion d'une affaire déterminée, si, vraiment, le prétendu règlement d'administration publique était régulier en la forme, en particulier s'il avait été rendu en assemblée générale du Conseil d'État.

2º Allant plus loin, il s'est aussi reconnu le pouvoir de vérifier, à l'occasion d'une affaire déterminée, si le règlement était régulier au fond, c'est-à-dire si le chef de l'État s'était bien cantonné dans la mission qu'il avait à remplir, à savoir assurer l'exécution de la loi; s'il n'avait pas excédé ses pouvoirs en violant les principes posés par la loi même qui le charge de faire un règlement d'administration publique. Par là, il a donné aux administrés la garantie qui, prati-

1. V. supra, p. 14 et s. et surtout mon étude sur le Règlement administratif, Rev. gén. d'adm., 1902, II, p. 22.

2. Conseil d'État, 6 janvier 1888, Salle, Lebon, p. 2: « Considérant qu'il est établi que ledit décret (décret du 21 décembre 1880, modifiant le règlement d'administration publique du 20 mars 1873) n'a pas été rendu en Conseil d'État; que, par suite, nonobstant toute mention contraire, il n'a pu valablement modifier le règle-

ment du 20 mars 1873.

<sup>3.</sup> La Cour des comptes (18 et 25 janvier 1897, Lebon, p. 869; 16 novembre 1897, Lebon, p. 890) n'a pas hésité à rechercher si le règlement d'administration publique du 27 mars 1893, en soumettant les comptables des trésoriers de fabriques à la juridiction administrative, avait statué conformément à la loi du 26 janvier 1892 (art. 78). Saisi d'un recours en cassation, le Conseil d'État (26 janvier 1900, Maliveri, Lebon, p. 55) s'est approprié cette manière de voir : « Considérant que l'article 78 de la loi du 26 janvier 1892 porte « qu'à partir du 1st janvier 1893, les comptes des fabriques et consistoires seront soumis à toutes les règles de la comptabilité des autres établissements publics » et « qu'un règlement d'administration publique déterminera les conditions d'application de cette mesure » ; Considérant que le règlement d'administration publique du 27 mars 1893 en soumettant, par ses orticles 20 et 27, les comptes des trésoriers de fabriques à la juridiction instituée pour le jugement des comptes des trésoriers de fabriques à la juridiction instituée pour le jugement des comptes des établissements publics, a statué dans la limite de la délégation donnée par la loi ci-dessus rappelée; qu'ainsi, c'est à bon droit, et par une exacte application de la loi et du règlement précités, que la Cour des comptes a affirmé sa compétence... » Cette jurisprudence est déjà ancienne : Conseil d'État, des conflits, 3 mai 1872, Brao de la Perrière, Recueil, p. 290 et s., et les conclusions du commissaire du gouvernement : « Considérant que le décret du 10 août 1853 n'a ni murdiflé, nl pu modifler les principes consacrés à cet égard par la législation antérieure dont il avait simplement à coordonner les dispositions sous forme de règlement d'administration publique en vertu de la loi du 10 juillet 1851... » Cpr. aussi Conflits, 11 janvier 1873, Colgnet, Recueil, supplément, p. 12.

quement, leur était nécessaire. Qu'est-ce, en esset, qu'un règlement que l'on déclare inattaquable directement, mais dont toutes les mesures prises pour en assurer l'exécution peuvent être annulées à raison de l'illégalité dudit règlement? L'observation est d'autant plus intéressante à saire que le Conseil d'État, en 1892, dans les derniers arrêts rendus sur des recours directs contre des règlements d'administration publique, non seulement n'a pas opposé sèchement une sin de non-recevoir tirée de la nature de l'acte, mais a pris soin d'indiquer aux requérants qu'ils pouvaient attaquer les mesures d'exécution du règlement.

1. Cpr. dans ce sens Berthélemy, article dans la Revue politique et parlementaire, t. XV, p. 333, et son Traité de Droit administratif, 2º édit., p. 100.

Il faut signaler enfin que, dans un arrêt récent, le Conseil d'État à affirmé sa volonté de ne point reconnaître, comme règlements d'administration publique, des règlements faits par des maires, même sur l'invitation du Parlement. Conseil d'État, 13 mai 1808, Gay, Rec., p. 375. Un recours pour excès de pouvoir avait été dirigé contre un règlement pris par le maire de Marseille et approuvé par le ministre de

<sup>2.</sup> Cette nouvelle rédaction très caractéristique a été adoptée dans deux arrêts de 1892. 1º Conseil d'État, 1er avril 1832, commune de Montreuil-sous-Bois, Recueil, p. 328. Un recours pour excès de pouvoir avait été dirigé contre le décret portant règlement d'administration publique du 5 septembre 1890, rendu en exécution de la loi du 19 juillet 1889 (art. 12). Le Conseil d'Etat, en écartant le recours, n'emploie plus la formule seche de l'arrêt Fresneau de 1872 (V. supra): « Considérant que ledit article (art. 12 de la loi de 1889) dispose qu'un reglement d'administration publique dressera, pour chacune des communes du département de la Seine..., le tableau des indemnités de résidence (à allouer au personnel enseignant des écoles primaires publiques); que le décret du 6 septembre 1890 qui a fixé le taux des indemnités de résidence à été rendu par le gouvernement en Conseil d'État en vertu de la délégation résultant de l'article 12 de la loi du 19 juillet 1889 et que la commune de Montreuil-sous-Bois n'est pas recevable à demander l'annulation de ce décret par la voie du recours pour excès de pouvoir, sauf à la commune à se pourvoir par les voies de droit, si elle s'y croit fondée, contre les mesures qui seraient prises en exécution dudit règlement, s — 2° Conscil d'État, 8 juillet 1802, ville de Charires, Lebon, p. 607. La ville de Chartres avait formé un recours pour excès de pouvoir : 1º contre le règlement d'administration publique du 31 janvier 1800, rendu en exécution de la loi du 19 juillet 1889 (art. 12 et 48); 2º contre un arrêté présectoral pris en exécution de ce règlement. C'est le cas prévu par l'arrêt précédent. Le Conseil d'État à décide pinsi : « Considérant que le décret du 31 janvier 1800, relatif aux indemnités de résidence dues au personnel enseignant des écoles primaires publiques, a été rendu par le gouvernement en Consejl d'Etat en vertu de la délégation résultant des articles 12 et 48 de la lot du 19 juillet 1889 et que la ville de Charires n'est pas recevable à en demander l'annulation par la voie du recours pour excès de pouvoir, sauf à la commune à se pourvoir contre les mesures d'exécution prises en vertu dudit décret »; en ce qui touche l'arrêté préfectoral : « Considerant que les dispositions des articles 4 et 12 de la loi du 19 juillet 1884, qui ont établi l'indemnité de résidence à la charge des communes, sont générales 

### 114 LES PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT ADMINISTRATIF.

Depuis 1892, le Conseil d'État n'a pas eu à se prononcer sur la question. Étant donné le mouvement des idées et de la jurisprudence dans le sens d'un contrôle juridictionnel de plus en plus étendu sur tous les actes des agents administratifs — y compris le chef de l'État — il serait téméraire d'affirmer, en termes absolus, que le Conseil d'État écarterait aujourd'hui, comme en 1872 ou même comme en 1892, le recours direct en annulation.

l'intérieur en exécution de la loi du 24 juillet 1891 sur l'assainissement de la ville de Marseille. La ville de Marseille a demandé la non-recevabilité du pourvoi par les motifs que l'arrêté constituait un véritable reglement d'administration publique fait en vertu d'une délégation spéciale du pouvoir législatif et échappait, par suite, au recours pour exces de pouvoir. Le Conseil d'État a écarté cette sin de non-recevoir: « Considérant que, si pour devenir exécutoire, le reglement attaqué devait, aux termes de l'article 7 de la loi du 24 juillet 1891, être approuvé par le ministre de l'intérieur, cette circonstance ne peut changer le caractère d'un règlement pris par le maire dans l'exercice des pouvoirs de police que la loi du 5 avril 1884 lui a conférés. » La formule mérite d'être retenue. Le jour où il consacrera solennellement le recours direct en annulation contre les règlements d'administration publique du chef de l'État, le Conseil d'État pourra dire, si le ministre propose une sin de non-recevoir tirée de la nature de l'acte: « Considérant que, si pour devenir exécutoire. le reglement attaqué devait aux termes de l'article.... de la loi du.... être rendu après délibération de l'assemblée générale du Conseil d'État, cette circonstance ne peut changer le caractère d'un règlement pris par le Président de la République dans l'exercice des pouvoirs que la loi constitutionnelle du 25 février 1875 (art. 3). lui a conférés.

<sup>1.</sup> Voyez le remarquable exposé fait par Moreau, le Règlement administratif, op. cil., p. 292 à 298.

<sup>2.</sup> C'est pour cette raison et en souvenir de l'évolution de jurisprudence qui s'est produite par les règlements ordinaires du chef de l'État que je crois pouvoir avancer qu'en droit positif actuel, le recours pour excès de pouvoir est recevable directement contre les règlements d'administration publique.

### CHAPITRE V

# DES AGENTS JURIDICTIONNELS COMPÉTENTS POUR STATUER SUR LES RECOURS

Les recours dirigés contre les actes des administrateurs ne sont pas, en droit positif français, portés devant une seule et même catégorie d'agents juridictionnels. En vertu d'une règle célèbre, vicille de plus d'un siècle, il y a séparation entre les autorités administratives et les autorités juriciaires : les tribunaux judiciaires ne peuvent connaître des actes de l'administration. Dès lors, il doit y avoir, et il a fini par y avoir, en France, une nouvelle catégorie d'agents juridictionnels : les tribunaux administratifs chargés de statuer sur les recours contre les actes des administrateurs. On distingue facilement les premiers des seconds : les tribunaux judiciaires comprennent tous ceux qui ressortissent à la Cour de cassation ; les tribunaux administratifs sont tous ceux qui relèvent du Conseil d'État.

La question se pose tout de suite de savoir d'après quel criterium se fait le partage des compétences. La classification des actes et des recours d'après leur nature juridique correspond-elle, en droit positif français, à la division des tribunaux en administratifs et judiciaires?

# Section 1<sup>ce</sup>. — Vue d'ensemble. — Système anglais. Système français.

La distribution des recours entre deux catégories d'agents juridictionnels ne s'impose pas. Quoi qu'en en ait dit, la seule chose qu'exigent les idées modernes, c'est que les recours soient portés devant des autorités capables, impartiales, décidant publiquement et contradictoirement, faciles à connaître. Or, pour atteindre ce résultat, plusieurs combinaisons sont possibles.

On conçoit parfaitement un système dans lequel un même ordre d'agents juridictionnels seraient chargés de constater les situations

juridiques préexistantes, quelles que soient les volontés individuelles qui les ont créées (particuliers on fonctionnaires), et de contrôler la légalité des actes des agents administratifs. Comme perfectionnement de cette première combinaison, on conçoit la spécialisation des agents juridictionnels d'après leurs connaissances techniques : les uns chargés des affaires civiles, d'autres des affaires de commerce, d'autres des matières administratives, etc. Ainsi les solutions à intervenir auront plus de chances d'être juridiques; elles auront plus d'autorité et de prestige. L'unité de jurisprudence sera assurée par une Cour suprème unique.

Une autre combinaison qui, elle aussi, donne satisfaction aux idées modernes, est celle qui classe les agents juridictionnels en deux catégories bien tranchées d'après la nature juridique des recours. — Les recours en annulation, étant, de leur nature, des recours hiérarchiques à formes juridictionnelles, iront devant des tribunaux administratifs; et ceux-ci seront simplement des autorités administratives organisées dans les formes juridictionnelles pour donner plus de garanties aux administrés. Ils connaîtront de tous les recours en annulation, mais de ces recours seulement. Toutes les fois, au contraire, qu'il s'agira de constater une situation juridique préexistante créée par la manifestation de volonté d'un particulier ou d'un agent et d'en ordonner la réalisation, les tribunaux judiciaires seront compétents; il n'y aura pas, pour ces litiges, de tribunaux distincts. Encore ici, on conçoit, comme persectionnement du système, l'établissement, pour les actions en justice administratives, de tribunaux judiciaires à connaissances techniques administratives, rentrant d'ailleurs dans la catégorie des agents judiciaires, comme cela existe pour les matières commerciales, pour les différends entre patrons et ouvriers, etc... L'existence d'une Cour supreme unique assurera l'unité de jurisprudence en matière d'actions en justice proprement dites.

Voila les idées théoriques. Mais c'est un fait bien conqu que l'organisation juridictionnelle, en Angleterre et en France, n'a pas été créée d'un seul jet, qu'elle a été formée pièce à pièce, sous l'influence des événements historiques. Il ne sera pas inutile de rappeler ces faits; ainsi on verra mieux le faible rôlé qu'ent joué les principes.

## § 1. — Le système anglais.

On peut diviser l'histoire du système juridictionnel anglais, au point de vue qui nous intéresse, en deux grandes périodes: 1° jusqu'au xvm siècle; 2° depuis le xvm siècle.

1º Jusqu'au xyme siècle. - Dans le système politique normand, tous les pouvoirs étaient réunis dans les mains de la Couronne. La premiere différenciation qui sut saite concerna la sonction législative. Mais, pendant longtemps encore, il n'y cut pas de distinction tranchée entre les agents chargés de rendre la justice et ceux qui s'occupaient de l'administration proprement dite. Parmi les agents charges plus spécialement de rendre la justice, il était un groupe qui occupait une place prépondérante : les membres de la Cour du Banc du Roi (Court of King's Bench); ils tiraient leur nom et leur prééminence d'une fiction : le roi était censé toujours présent au milieu d'eux. Non seulement ce corps connaissait d'actions en justice proprement dites, mais encore il pouvait être saisi des réclamations de sujets se prétendant lésés par l'acte d'un agent subalterne; la Couronne n'était-elle pas la source de toute justice? En réponse, la Cour du Bane du Roi lançait, au nom de la . Couronne, des injunctions, des désenses aux sonctionnaires dont la décision était arquée d'irrégularité (writ of mandamus). Avec le temps, par un procédé très fréquent dans l'histoire des institutions juridiques, il arriva que la Cour du Banc du Roi élabora une jurisprudence un peu stricte sur la recevabilité des actions et recours. Ceci cut une importante conséquence. Les réclamations qui ne rentraient pas dans les cadres étroits de la jurisprudence du Banc du Roi furent portées directement devant la Couronne; et celle-ci, usant de ses pouvoirs judiciaires réservés en tant que source de toute justico, en consia l'examen soit au Chancelier, soit au Conseil privé (Privy Council). De la sortirent la juridiction d'équité de la Cour de Chancellerie (Court of Chancery) et la juridiction d'une section du Consoil prive (la Chambre étoilée, Star Chamber 2). Ces tribunaux

<sup>1.</sup> Cpr. P. Goodnow, Comparative administrative law, op. cit., 11, p. 192 et s.
2. Sur la Chambre étoilée, Todd, Le Gouvernement parlementaire en Angleterre, édit. française Boucard et Jeze, 1, p. 58 et s.

statuaient, eux aussi, sur des actions proprement dites et sur des recours de nature hiérarchique. Comme la Cour du Bane du Roi, ils lançaient des injonctions (bills of injunction) contre les fonctionnaires en faute dont les actes irréguliers leur étaient signalés.

La Chambre étoilée s'était spécialisée dans les recours contre les actes des administrateurs locaux (en particulier des juges de paix, Justices of peace), argués d'illégalité ou simplement d'inopportunité. La Chambre étoilée ayant été abolie par la Révolution de 1648, diverses lois lui substituèrent, dans cette mission de contrôle des agents de chaque comté, la Cour des sessions trimestrielles des juges de paix (Court of quarter sessions), qui, jusqu'alors, n'avait guère été chargée que de l'administration du comté.

Ainsi, la règle primitive s'étendit: c'étaient les mêmes agents juridictionnels qui connaissaient de toutes sortes d'actions et de recours. Cette règle fut encore confirmée par une nouvelle pratique. La Couronne insérait ordinairement dans les commissions des juges de paix la clause qu'ils prendraient, dans les cas difficiles, l'avis des cours royales. Dès lors, les affaires délicates (special cases) furent toujours portées, d'accord entre les juges de paix et les parties, devant les cours royales pour y être tranchées définitivement.

Voilà comment l'unité d'agents juridictionnels s'est établie en Angleterre. On s'étonnera peut-être que la Couronne, au temps des Tudors et des Stuarts, princes absolutistes, ne se soit pas montr'e plus jalouse de l'indépendance des agents administratifs, qu'elle ait consenti à soumettre au contrôle des tribunaux les actes de ses servitours. L'explication est simple, Jusqu'à l'avenement de la maison d'Orange, en 1689, tous les agents administratifs ou juridictionnels ont été également dans la main du roi : celui-ci pouvait les révoquer ad nutum. Dans l'Angleterre de cette époque, la tenure judicinire n'avait point une stabilité analogue à celle qui existait alors en France. La Couronne pouvait exercer, à tout moment, une influence décisive sur les agents juridictionnels : on le vit bien, lors du procès de John Hampden, sous les Stuarts: la Cour de l'Échiquier jugea par ordro. De plus, grace à ses pouvoirs judiciaires réservés, la Couronne pouvait confier la solution de certaines questions à des agents juridictionnels nouveaux et plus souples .

<sup>1.</sup> Todd, Le Couvernement parlementaire en Angleterre, édit. fr., t. I, p. 301 et s,

2º Au début du xyme siècle, sous le rèque de Guillaume III, deux événements d'importance capitale se produisirent. C'est d'abord l'Act of Settlement, par lequel les juges surent soustraits à l'influence de la Couronne. C'est ensuite l'indépendance reconnue en fait. sinon en droit, aux administrateurs locaux - les juges de paix - à la suite de l'échec de la tentative saite par lord Somers de destituer un grand nombre de ces agents. Ce double événement eut pour conséquence de transformer radicalement l'esprit de l'ancien système judiciaire, sans en toucher le mécanisme extérieur. Au moment où l'on renforçait l'autorité des agents juridictionnels, il ne pouvait être question de modifier leur compétence. On conserva donc l'ancienne organisation qui donnait les actions et recours de toute nature aux tribunaux et aux juges de paix. L'unité des agents juridictionnels fut maintenue avec leur double compétence sur les actions on justice proprement dites et sur les recours tendant au contrôle de la légalité des actes des agents administratifs.

Voilà pourquoi, à l'heure actuelle, nous voyons, par exemple, la Cour du Banc du Roi ou le Justice of peace saisis par les particuliers de recours tendant à faire ordonner à un agent administratif, par un writ of mandamus, l'accomplissement des devoirs de sa fonction, ou faire défendre à un agent, par un writ of prohibition, d'accomplir un acte qui excède ses pouvoirs<sup>2</sup>.

<sup>1.</sup> Todd, op. cit., II, p. 302.

<sup>2.</sup> Cpr. sur ce point sir W. R. Anson, Law and practice of Gonstitution, t. II, p. 438, 440 et s. Franqueville, Le Pouvoir judiciaire en Angleterre, t. II, p. 127. On peut citer comme exemples les deux affaires suivantes rapportées par Franqueville, op. cit. et loc. cit. 1º affaire: M. X... se plaint de ce que les membres du conseil des travaux de district de Lewisham s'offrent des diners au Palais de Cristal, s'y font conduire en voiture, se font pholographier en groupes, et se permettent d'autres dépenses du même genre, le tout aux frais des contribuables. Ayant demandé à examiner les livres, l'dit X... a constaté qu'ils n'étaient pas tenus dans les conditions exigées par la loi. Il demande que la Cour du Banc de la Reine enjoigne aux membres l'ordre d'avoir une comptabilité régulière, de façon que l'on puisse voir s'ils font des dépenses illégales, et de façon que, au besoin, on puisse les attaquer en restitution. La secti... du Banc de la Reine a accédé à cette demande (décision du 12 avril 1898). — 2º affaire: Le Vestry de la paroisse de Saint-Georges-le-Martyr, à Southwark, ayant refusé de voter une taxe nécessaire pour assurer le payement du recteur, celui-ci s'adresse à la section du Banc de la Reine. La Cour, faisant droit à la requête du recteur, envoie aux vestrymen un mandamus leur ordonnant de voter les fonds nécessaires (décision du 2 décembre 1891).

## § 2. — Le sytème français.

En France, les événements historiques qui ont influé sur l'organisation juridictionnelle sont tout disserents. Alors que, des le début du xyme siècle, étaient définitivement confirmées en Angleterre la suprématie des agents juridictionnels et leur compétence générale pour statuer sur les recours de toutes sortes, la fin du xvme siècle fut marquée en France par une déchéance véritable des corps judiciaires. Toute une catégorie de réclamations sut volontairement soustraite à leur compétence et laissée, à proprement parler, sans juges. Ce fut, quoi qu'on en ait dit, non pas l'application d'un système préconçu d'organisation juridictionnelle, mais l'esset d'une vengeance et de la volonté des gouvernants d'avoir dans la main une arme capable de briser toutes les résistances opposées au nouvel ctat de choses. La raison d'État, cette formule commode du ponyoir arbitraire, voila l'origine incontestable du système français moderne. En 1789, on proclama que les autorités juridictionnelles ne pourraient pas connaître des réclamations dirigées contre les actes des agents administratifs, et que l'administration elle-même statuerait sans aucune forme juridictionnelle. En d'autres termes, il fut décidé que les actes des agents administratifs échapperaient à tout contrôle juridictionnel, et que les administrés, soit pour faire constater des situations juridiques préexistantes se rattachant à des actes de l'administration, soit pour faire annuler des actes de l'administration, ne pourraient s'adresser qu'à des agents administratifs non organisés juridictionnellement.

Tel fut le sens primitif de la règle célèbre de la séparation des autorités administrative et judiciaire. Bientôt, cette règle s'est trouvée en complet désaccord avec le milieu social. Les individus, au cours du xix siècle, ont en une conscience de jour en jour plus grande des garanties dues par les gouvernants aux administrés. Alors, sous la pression des faits et de l'opinion publique, soulovée contre l'arbitraire administratif, la règle de la séparation des autorités a pris une autre signification.

· Un double mouvement parallèle s'est produit.

Tout d'abord, on a restreint le champ d'action de la règle, La

pratique et la doctrine se sont effercées, par une interprétation restrictive du principe de la séparation des autorités, de réduire le nombre des affaires soustraites aux tribunaux judiciaires, c'est-à-dire aux seuls agents ayant une sérieuse organisation juridictionnelle.

En deuxième lieu, même pour les affaires soustraites aux tribunaux judiciaires et portées devant l'autorité administrative, on s'est appliqué à multiplier les garanties des administrés en donnant aux agents administratifs chargés de statuer sur les recours une organisation copiée de jour en jour plus étroitement sur l'organisation des tribunaux judiciaires. C'est ainsi, d'une part, que, des le début du xixe siècle, en l'an VIII, des agents juridictionnels administratifs ont été placés, pour la solution des recours, à côté des administrateurs actifs. D'autre part, au cours du xixe siècle, on a introduit, dans la procédure suivie devant les agents juridictionnels administratifs, deux garanties essentielles : la publicité, le débat contradictoire. Enfin, on a climine les administrateurs actifs, L'évolution n'est pas terminée; les administrés n'ont pas encore obtenu l'inamovibilité du jugo administratif; mais la conscience publique la réclame; et il n'est pas téméraire d'affirmer que les gouvernants finiront par l'accorder.

Dès lors, aujourd'hui, la règle de la séparation des autorités administrative et judiciaire a acquis une signification nouvelle : il y a deux séries d'agents juridictionnels pour statuer sur les recours de tout ordre : tribunaux judiciaires, tribunaux administratifs. Tous deux offrent aux administrés les garanties essentielles d'une bonne justice.

Telle est, en bref, l'histoire de l'organisation juridictionnelle française. Le point de départ sut le désir de soustraire les actes de l'administration à tout contrôle juridictionnel; la règle sut dirigée contre le contrôle juridictionnel; ce sut une arme de combat. Le point d'arrivée est la soumission à peu près complète de tous les actes de l'administration au contrôle juridictionnel.

Sans doute, le contrôle est confié à des agents différents; mais ces agents présentent, les uns et les autres, des garanties de science et d'impartialité. La règle de la séparation des autorités a pour but unique aujourd'hui de donner aux administrés un supplément de garantie en lour assurant des juges particulièrement versés dans la science du droit public et administratif.

Il était utile de ramasser en quelques lignes ce curieux développement historique. Ainsi, en comprendra mieux les détails de l'évolution, les déformations de la règle de la séparation des autorités, son mécanisme actuel!

<sup>1.</sup> Dans des articles récents, le professeur R. Jacquelin a étudié l'évolution de la procédure administrative (Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, 1903, I, p. 373 et s.; II, p. 1 et s.). Pour lui, qui se place au point de vue des principes, le seul système logique est celui qui donne tout le contentieux de pleine juridiction aux tribunaux judiciaires et qui ne reconnaît à l'autorité administrative que l'annulation ou la réformation des actes d'administration, C'est une conception très soutenable (V. supra, p. 115 et 116). Toutefois, à mon avis, les principes ne signifient pas grand'chose. Trop souvent, on qualifie de principes des généralisations hâtives et trop absolues. Tel est le cas pour le prétendu principe de la separation des pouvoirs. Tout est-il perdu en Angleterre parce que les magistrats, qui jugent les actions des particuliers, contrôlent aussi l'administration au mépris du principe de la séparation des pouvoirs ? En France, certains disent gravement qu'ainsi l'administration est mise au greffe. Et cela leur suffit pour condamner un système dont les Anglais sont siers. A mon avis, toutes ces controverses sont oiseuses. L'essentiel pour les administrés, c'est d'obtenir des garanties sérieuses contre l'arbitraire et les excès de pouvoir des gouvernants et des agents. Or, ces garanties sérieuses, l'histoire prouve qu'elles ne peuvent résulter que d'un contrôle juridictionnel proprement dit, c'est-à-dire exercé par une autorité capable, impartiale, indépendante, statuant publiquement et contradictoirement. Dès lors, c'est le contrôle juridictionnel qui est l'essentiel. Les modalités sont des questions secondaires. L'unité d'agents juridictionnels pour statuer sur les recours de toute nature (en annulation, ou contentieux au fond) a donné aux Anglais une solution très satisfaisante du problème. Et cette solution, je l'ai montré, ce ne sont pas des logiciens qui, dans leur cabinet, l'ont tirce d'un principe - celui de la séparation des pouvoirs ou tout autre. Le système de la dualité des agents est celui que les événements politiques ont donné à la France. Toute la question est de savoir si cette combinaison ne produit pas, elle aussi, de bons résultats. Les jurisconsultes étrangers qui connaissent le mieux le droit administratif français (Dicey, Goodnow) ne cachent pas leur admiration pour les solutions françaises. Au surplus, ce serait singulièrement méconnaître les enseignements de l'histoire que de vouloir, sans consulter le tempérament des peuples ni leurs antécedents historiques, construire de toutes pièces, pour l'imposer à tous les pays, une organisation juridictionnelle uniforme. La combinaison la meilleure ést celle qui s'adapte le mieux aux conditions historiques d'une nation, L'effort des hommes d'État dignes de ce nom a toujours été moins de reconstruire de fond en comble l'organisation politique que d'améliorer celle que les circonstances ont donnée à leur patrie. --La question de principe mise de côté, le professeur Jacquelin semble croire que les hommes de la Révolution ont voulu consacrer le système logique qui a ses présrences et d'après lequel, seules, l'annulation et la réformation des actes d'administretion cchapperaient aux tribunaux judiciaires. Il accuse « la doctrine et la jurisprudence d'avoir déformé la conception primitive » et d'avoir « donné aux textes révolutionnaires une portée qui n'était peut-être pas dans la pensée de leurs auteurs » (op. cit., p. 374). A mon avis, c'est tout le controire. La Révolution a élaboré, pour des circonstances déterminées, un système déplorable. La doctrine et la jurisprudence ont bien retouché l'organisation primitive, mais c'est pour restreindre l'arbitraire et la brutalité de la conception première. Les études si consciencieuses et si précieuses du professeur Jacquelin montrent que ces efforts n'ont pas été vains,

Section II. — La règle de la séparation des autorités administrative et judiciaire. — Ses origines. — Sa signification primitive.

Deux points d'histoire sont bien établis: la séparation des autorités administrative et judiciaire n'existait pas avant 1789; — elle a été formulée pour la première fois, au lendemain de la Révolution, en vue d'atteindre un but particulier.

Deux considérations étaient dominantes à cette époque :

1° On voulait écarter l'immixtion des corps judiciaires dans l'œuvre de réorganisation politique et sociale entreprise par les gouvernants. On était convaincu que cette réorganisation indispensable n'aboutirait pas si les actes qui allaient l'ordonner devaient être soumis au contrôle des tribunaux. La crainte de cette immixtion n'était point le résultat de concepts théoriques; elle était inspirée par le souvenir très précis et très frais des conflits incessants qui avaient troublé les rapports des anciens parlements d'une part, de la royauté et de ses agents, d'autre part. L'un de ces conflits — et non le moindre — était tout récent. En 1787-17883, le Parlement de Paris s'était insurgé contre les réformes édictées par le roi; il avait déclaré nuls et illégaux les édits royaux4.

3. Cpr. sur ce point, Duguit: La Séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789, SS XIV et XV. Sur ce consiit, Aulard, Histoire politique de la Révolution françaite, 1901, p. 15 et 16.

<sup>1.</sup> Esmein, Cours élémentaire d'histoire du droit français, 2º édit., p. 400. Sans doute, il y avait « des juridictions d'exception nombreuses et importantes », mais elles n'étaient pas des tribunaux administratifs au sens moderne; elles « avaient été créées pour juger seulement une certaine classe de procés : leur compétence était réduite et limitée en vertu même de leur institution. » Cpr. aussi R. Jacquelin, Thèse de doctorat, Paris, 1893, p. 81 et s.; les Principes dominants du contentieux administratif, 1899; Dareste, La Juridiction administrative, 2º édit. 2, Esmein, Droit constitutionnel, 3º édit., p. 309 et 370 : « Les hommes qui ont

a, Esmein, Droit constitutionnel, 3º édit., p. 30g et 370 : « Les hommes qui ont établi ce système (séparation des autorités administrative et judiciaire) étaient incontestablement poussés par des considérations qui tenaient au milieu et au momente ils avaient présente à l'esprit l'action des anciens Parlements... Ils sentaient plus encore que l'administration nouvelle ne pourrait accomplir la tache difficile que la Révolution lui conflait, si elle était sans cesse harcelée, paralysée parfois, par les poursuites qu'intenteraient contre elle devant les tribunaux judiciaires les partisans des anciennes idées et des anciennes institutions. »

<sup>4.</sup> A diverses époques, les parlements avaient prétendu avoir le droit d'intervenir dans l'administration locale, d'annuler les ordonnances des intendants, de décréter les intendants de prise de corps, de citer à leur barre les commissaires royaux pour leur défend et de continuer leurs « usurpations ». C'était la pratique du système anglais. Mais cette conduite cadrait mal avec une monarchie absolue. Aussi la Couronne protestait-elle contre ces « empiétements ».

2º Dans les premières années qui suivirent la Révolution, c'était une idée solidement ancrée dans l'esprit des gouvernants que la plupart des membres des parlements, c'est-à-dire des agents juridictionnels, étaient hostiles au mouvement révolutionnaire.

Sous l'influence de ces deux considérations, on écarte le système anglais , et l'on prend des précautions. On formule, à l'avance, des interdictions multiples destinées à prévenir l'immixtion des corps judiciaires dans l'administration , et ces prohibitions sont calquées

<sup>1.</sup> A la séance du 24 mars 1790, le rapporteur du Comité d'organisation judiciaire, Thouret, s'exprime ainsi : « Si la nation doit s'honorer de la vertu de quelques magistrats bons patriotes, une foule de faits malheureusement incontestables annoncent que le plus grand nombre hésitent encore à se montrer citoyens, et qu'en général l'esprit des grandes corporations judiciaires est un esprit ennemi de la régénération. Ce qui s'est passe à Rouen, à Metz, à Dijon, à Toulouse, à Bordeaux et surtout à Rennes en fournit une preuve éclatante qui dispense d'en rapporter d'autres. Concluons qu'il est nécessaire de recomposer constitutionnellement lous nos tribunaux, dont l'état actuel est inconciliable avec l'esprit et les principes de notre Constitution régénérée. »

<sup>2.</sup> L'introduction en France d'un système analogue au système anglais fut préconisce par deux fois en 1790 et 1791, et repoussée énergiquement. Le 30 mars 1790, le député Chabroud demanda vainement l'unité d'agents juridictionnels pour tous les recours contentieux, même administratifs : « Votre comité, déclarait-if, pense que vous devez encore excepter de la compétence des tribunaux ordinaires les affaires qui touchent à l'administration et qui sont relatives à l'impôt, en sorte qu'à cet égard son opération consisterait à supprimer des tribunaux d'exception pour créer d'autres tribunaux d'exception... Les officiers municipaux et les corps administratifs... doivent avoir le droit de répondre aux demandes des citoyens que l'on appelle la juridiction gracieuse; jusque-là il n'est pas nécessaire de créer des tribunaux. Mais aussitôt qu'un différend survient entre des particuliers, aussitôt qu'une opposition est formée, voilà un litige dont les administrateurs ne doivent pas connaître parce qu'ils ne sont pas juges, et s'il n'y a aucun motif d'en ravir la connaissance aux tribunaux ordinaires, il ne faut pas creer inutilement d'autres tribunaux. Diraiton que les tribunaux ordinaires pourraient s'ériger en censeurs de l'Administration et la contrarier? Je pense qu'ils seraient assujettis à se conformer aux décisions de l'ordonnance générale et que, s'ils s'en écartaient, on aurait, pour les rappeler à leur devoir, les mêmes moyens qui les forceront à se conformer aux lois... Je conclus que la Constitution ne doit rien excepter de la compétence des tribunaux ordinaires. » De nouveau, le 16 sout 1791, Durand de Maillane demanda que l'on décrétat expressement « qu'il est toujours loisible de réclamer, contre les corps administratifs, contre la nation elle-même, l'existence de la loi devant les tribunaux ». L'amendement Durand de Maillane sut repoussé comme l'avait été la proposition de Chabroud.

<sup>3.</sup> Il y a aussi des déclarations, mais moins nombreuses, pour prévenir l'immixtion dans la fonction législative : « Les tribunaux ne pourront prendre aucune part directement ou indirectement à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du Corps législatif sanctionnés par le roi, à peine de forfaiture. Ils seront tenus de faire transcrire purement et simplement dans un registre particulier et de publier dans luitaine les lois qui leur seront envoyées. » (L. 16-24 août 1790, tit. II, art. 11.)

sur les griefs formulés contre les agissements des anciens parlements. Pour donner à ces injonctions une base solide, on s'efforce de les rattacher à l'un des plus fameux dogmes de l'évangile politique nouveau: la séparation des pouvoirs. Elles acquièrent ainsi un prestige extraordinaire. « Les administrations de département et de district, déclare-t-on, ne pourront être troublées dans l'exercice de leurs fonctions administratives par aucun acte du pouvoir judiciaire. » (Loi du 22 déc. 1789, section III, art. 7; Inst. législ. du 8 janvier 1790.) — « Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives; les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions. » (L. 16-24 août 1790, tit. II, art. 13.)

Ces prohibitions sont absolues; on ne distingue pas subtilement suivant la nature des actes, ni suivant la nature des recours. C'est d'une manière tout à fait générale que l'on formule l'exclusion des tribunaux judiciaires pour toutes les matières qui ne sont point le droit criminel et le droit civil proprement dit, c'est-à-dire le jugement des litiges qu'ont entre eux les particuliers quant à leurs intérêts privés 3. Et comme, à cette époque, les tribunaux judiciaires sont les seuls agents juridictionnels, la règle de la séparation des autorités administrative et judiciaire signifie, en réalité, que les agents administratifs sont soustraits à tout contrôle juridictionnel 3. C'est presque l'arbitraire et le bon plaisir. Les administrés n'ont,

<sup>1.</sup> Cpr. sur ce point, Duguit: La Séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789, §§ XIV et XV.

<sup>2.</sup> Sur ce point, la démonstration faite par Esmein, Droit constitutionnel, 3º édit., p. 369 et s., me paraît définitive. Cpr. le discours de Duport à la séance du 29 mars 1790 ; « Il faut interdire toute fonction politique aux juges ; ils doivent être chargés simplement de décider les différends qui s'élablissent entre les citoyens... J'ai die que les juges n'étaient institués que pour appliquer les lois civiles. Les lois civiles sont les conventions que les hommes font entre eux pour régler l'usage de leurs propriétés et l'usage de leurs facullés naturelles.

<sup>3.</sup> C'est l'idée que développe l'instruction législative du 8 janvier 1790 : « La Constitution serait violée si le pouvoir judiciaire pouvait se mêter des choses de l'administration et troubler, de quelque manière que ce fut, les corps administratifs dans l'exercice de leurs fonctions. Tout acte des tribunaux et des cours de justice tendant à contrarier ou à suspendre le mouvement de l'administration, étant inconstitutionnel, demeurera sans effet et ne devra pas arrêter les corps administratifs dans l'exécution de leurs opérations. »

en esset, d'autre ressource que de porter leurs réclamations devant des administrateurs, ignorants du droit , animés de passions politiques, plus désireux d'assurer le triomphe d'un système politique que le règne de la loi. Leur caractère électif est amplement suffisant, pense-t-on, pour rassurer les individus .

Dès lors, voici ce qui se produit. D'une part, le décret des 6 et 7-11 septembre 1790 distribue les dépouilles des juridictions d'exception de l'ancien régime à des autorités administratives électives (municipalités, directoires de district, directoires de département). Les recours en matière de contributions directes sont donnés aux directoires de district et aux directoires de département; les réclamations en matière de travaux publics, de voirie, sont attribuées à des corps administratifs, en particulier aux directoires de département, etc...<sup>3</sup>.

A STATE OF THE PARTY OF THE PAR

<sup>1.</sup> Au moment où la Convention, le 22 septembre 1792, décrète que tous les corps judiciaires seront renouvelés et que les juges pourront être choisis indistinctement parmi tous les citoyens, quelqu'un objecte qu'il serait peut-être bon que le juge connût les lois, puisqu'il va être chargé de les appliquer. Danton répond que « la justice doit se rendre par les simples lois de la raison »; ce qu'il faut, c'est qu' « un homme de bon sens vienne rectifier l'esprit de dubitation qu'ont souvent les hommes barbouillés de la science de la justice »!

<sup>2.</sup> Discours de Pezons, séance du 27 mai 1790: « Vous avez sagement établi dans chaque département un directoire de huit membres et dans chaque district un directoire de quatre membres. Ces directoires, composés d'hommes choisis par le peuple pour un temps court et toujours en activité, doivent conduire toutes les affaires de l'administration. Pourquoi ne videralent-ils pas les questions contentieuses qui en dépendent? Auront-ils moins de lumières, moins d'équité que les anciennes assemblées d'État ou leurs commissions, que les intendants, que les cours des aides? Le comité veut que les affaires soient jugées sans frais et sur simples mémoires. Les administrateurs sont, sans doute, plus propres que les juges à vider ces différends avec ce dégagement de tout appareit de chicane. »

<sup>3.</sup> Des lois subséquentes (L. 7 novembre 1790, 8 décembre 1790, 9 mai 1791, 22 septembre 1791) établissent la compétence des corps administratifs en matière d'élections départementales, municipales, judiciaires et ecclésiastiques, d'en agements militaires, de garde nationale, de ventes de biens nationaux, de partage des biens communaux, etc... Chose curieuse, et dont j'ai vainement cherché l'explication dans les travaux préparatoires, le contentieux des impôts indirects fut donné aux tribunaux civils par la loi du 6 septembre 1790. Le fait est d'autant plus bizarre que l'ancien régime ne distinguait pas, au point de vue des compétences, entre les impôts directs et les impôts indirects; la commission de l'Assemblée constituante, chargée d'élaborer la loi d'organisation judiciaire, n'avait pas non plus distingué; elle proposait d'attribure le contentieux des impôts directs et indirects au tribunal d'administration qu'elle voulait établir dans chaque département. Après coup, on a donné des explications plus ou moins séduisantes. Cpr. sur ces explications Laferrière, I, p. 691 et s.

Fait significatif, le plus souvent en n'impose même pas à ces autorités de metiver leurs décisions. D'autre part, le roi, en sa qualité de chef de l'administration générale du royaume, est le juge suprême des réclamations formulées par les administrés contre les agents (L. 7-14 octobre 1790).

Dans la pratique, la règle formulée par la Constituante sut appliquée avec une grande rigueur. On n'avait pas déterminé avec précision ce qu'il sallait entendre par « opérations des corps administratifs », « exercice des sonctions administratives ». Prositant de cette imprécision, les gouvernants qui succédèrent à la Constituante manièrent la règle de la séparation des autorités administrative et judiciaire comme un instrument de domination. Toutes matières, même de nature civile, surent bientêt revendiquées par les agents administratifs. Dans ses Questions de droit, Merlin en rapporte des preuves décisives. L'autorité administrative s'empare de procès civils: affaires des communes, baux, donations, servitudes, contrats , privés, questions de titres, d'état, de propriété. Sa compétence n'a pas de bornes.

Les agents administratifs étaient servis, dans leurs empiétements, par trois circonstances très favorables:

10 Ils avaient l'arme précieuse du constit d'attributions 3. Telle qu'on la mania jusqu'à la fin du premier Empire, la procédure du

<sup>1.</sup> Exceptionnellement, la loi exige que les avis et décisions sur les réclamations des administrés soient motivés. Ex.: loi des 5 et 7-11 septembre 1790, article 1er, en matière de contributions directes.

<sup>2.</sup> Un arrêté du Directoire, du 2 germinal an V, donne des matières administratives une définition très large. Elle fut adoptée en l'an V par le Tribunal de cassation qui l'a ensuite transcrite dans plusieurs de ses arrêts. En particulier, Merlin, Questions de droit, ve Pouvoir judiciaire, § 7, rapporte un arrêt du Tribunal de cassation du 8 messidor an XI, au rapport de Henrion, et dans lequel est reproduite la définition des matières administratives soustraites aux tribunaux judiciaires, telle qu'elle avait été formulée par le Directoire en l'an V: « Yu l'article 13 du titre II de la loi du 24 août 1790 et la loi du 16 fructidor an III; — Attendu que, dans les affaires administratives, se placent naturellement toutes les opérations qui s'exécutent par les ordres du Gouvernement, par ses agents, sous ses ogdres et avec les fonds du Trésor publio... » En somme, comme l'observe Laferrière, Jurid. adm., 2° édit., 1, p. 477 et s., la notion d'acte administratif était dominée à cette époque par la qualité de son auteur ou le but qu'il se proposait.

<sup>3.</sup> Sur la pratique du consit d'attributions sous la Révolution, cpr. Cormenin, Questions de droit administratif, édit. de 1822, t. le, vo Conflite, p. 194 et s.

consiit sut un véritable scandale. Elle permettait tout d'abord aux agents administratifs — aux présets après l'arrêté du 13 brumaire de l'an X — de dépouiller brutalement, sans explication, les tribunaux judiciaires d'une assaire dont ils étaient saisis, et même d'interdire qu'une assaire sût portée devant eux. De plus, les agents administratifs s'arrogèrent le pouvoir de remettre en question, en élevant le consiit, des jugements en dernier ressort et arrêts rendus par les tribunaux de première instance, par les cours d'appel et même par la Cour de cassation.

2º Les agents administratifs, dans leur arbitraire véritablement inout, ne rencontrèrent aucune résistance chez les agents judiciaires. Ceux-ci, après la Révolution, ont montré une humilité sans limite et une soumission servile. C'est en tremblant qu'ils ont toujours obéi aux ordres parfois insolents du Gouvernement.

<sup>1.</sup> Dans un ouvrage paru en 1828 et dù à la plume d'un magistrat (Bavoux, Des Constits ou emplétements de l'autorité administrative sur le pouvoir judiciaire, 2 vol. in-4°), il est rapporté qu'un constit vidé par décret du 9 avril 1814 sut élevé par le préset du l'inistère sur la simple menace saite à ce préset de porter la demande aux tribunaux, si l'Administration n'y saisait droit. La citation est empruntée à Cotelle, Cours de droit administratif appliqué aux travaux publics, 2° édit., 1838, t. III, p. 715.

<sup>2.</sup> Dans un décret du 9 messidor an XI (cité par Cormenin, op. cil., I, p. 203, note 3), on lit la curieuse argumentation suivante : « Lorsqu'une matière est de la compétence administrative, tous les actes de l'autorité judiciaire la concernant sont radicalement nuls; l'autorité administrative ne peut même, en ce cas, se dépouiller de sa compétence, reconnaître les jugements des tribunaux et consentir à leur exécution? parce que, dans ce qui tient au droit public, les fins de non-recevoir ne sont pas admissibles. » En conséquence, le Conseil d'État décida, par ce décret, « qu'on pouvait élever le conflit, même lorsque la cause était juyée définitivement, filt-ce par la Cour de cassation ». Cette jurisprudence rigoureuse g'atténua avec le temps; mais à la veille de l'ordonnance du 1er juin 1828, la pratique était encore fixée en ce sens que, « quand un jugement (ou un arrêt) n'a pas été, après une signification, attaqué dans le délai fatal, soit en appel, soit en cassation, ou lorsqu'il a été velontairement exécuté et acquiescé par les parties, il a dès lors obtenu l'autorité irrévocable de la chose jugée; mais que, jusqu'à ce qu'il y ait eu, on exécution volontaire, ou acquiescement, ou consommation des délais, le conflit peut encore l'atteindre ». (Ord. royale du 4 avril 1819 rendue au rapport de Cormenin et reproduite par lui, op. cil., p. 224 et s.)

<sup>3.</sup> A titre d'exemple de la brutalité des agents administratifs vis-à-vis des tribunaux judiciaires, je rapporterai le considérant et le dispositif d'un arrêté de conflit en date du 15 brumaire an X (cité par Cormenin, op. cit., j. p. 207, note 1):

« Considérant qu'avant de recourir à des mesures plus sévères, il importe au Gouvernement de savoirsi la conduite du tribunal d'appel du département du Doubs n'est que l'esset d'une simple erreur d'opinion, ou s'il faut l'attribuer à une affectation coupable. Art. 18. — Les jugements sont déclarés comme non avenus. — Art. 2. — Le président se rendra à la suite du Conseil d'État.

SÉPARATION DES AUTORITÉS ADMINISTRATIVE ET JUDICIAIRE. 129

3º Ensin, co qui venait sortister encore l'arrogance des agents administratifs, c'était la certitude que, par leurs actes et leurs agissements, ils n'engageaient ni leur responsabilité personnelle, ni celle du patrimoine administratif de l'État. D'une part, en esset, les agents administratifs étaient assurés de ne pouvoir être poursuivis devant les tribunaux par les victimes de leurs agissements sans l'autorisation discrétionnaire du Gouvernement (théorie de la garantie des sonctionnaires et de l'autorisation préalable). L'arme du constit servit bien souvent à cette désense de l'arbitraire contre la légalité. D'autre part, la victime avait beau s'adresser aux agents administratifs pour obtenir une indemnité prélevée sur le patrimoine administratif de l'État, cette indemnité lui était resusée à titre de droit; tout au plus, lui accordait-on parsois un secours à titre gracieux.

Lorsque la crise révolutionnaire et la période tourmentée du premier Empire eurent pris fin, lorsque, avec la paix, le calme put revenir dans les esprits, on ne vit plus que ce fait véritablement scandaleux : des agents administratifs échappant à tout contrôle juridictionnel véritable pour leurs actes et pour leurs personnes. Une réaction se produisit à partir de la Restauration. C'est une deuxième période qui commence. La règle de la séparation des autorités administrative et judiciaire va prendre une signification nouvelle.

Section III. — Déformation de la théorie primitive de la séparation des autorités administrative et judiciaire au cours du xix° siècle.

C'est un fait extremement curioux que, dans l'interprétation nouvelle donnée, au cours du xixe siècle, à la règle de la séparation des autorités administrative et judiciaire, l'œuvre du législateur est relativement de faible importance. C'est la doctrine et la jurisprudence qui ont joué le principal rôle dans la transformation qui s'est accomplie. Elles n'ont fait d'ailleurs que céder

<sup>1.</sup> L. 14 dec. 1789, art. 61; L. 7-14 oct. 1790, art. 2; Constitution du 15 fructidor de l'an III, art. 196; Constitution de l'an VIII, art. 75.

au courant de l'opinion publique: celle-ci, à diverses reprises, réclama impérieusement l'abolition des privilèges des agents administratifs, exigea la disparition de la perpétuelle menace qu'ils constituent pour les administrés, et parut à certains moments bien près d'obtenir une modification radicale des institutions administratives.

La déformation de la théorie primitive de la séparation des autorités administrative et judiciaire est le résultat d'un effort considérable qui a porté sur plusieurs points. L'essentiel, en ce qui touche cette règle, c'est que l'on a restreint la notion de « matières administratives ». Mais cette délimitation restrictive a été influencée par d'autres saits que l'on néglige trop souvent de rapprocher et qui éclairent d'une vive lumière le travail qui s'est accompli à cet égard. Ce qu'il ne faut pas oublier, c'est que, malgré l'idée qui a inspiré la réaction contre l'arbitraire administratif de la Révolution et du premier Empire, le travail de réforme ne s'est pas fait tout d'un coup; il n'y a pas eu un programme tracé à l'avance. La pression de l'opinion publique n'a conquis que très péniblement, au hasard des événements, les réformes le plus impérieusement réclamées par les administrés. Les gouvernants n'ont renoncé qu'à contre-cœur aux puissants instruments de domination et de despotisme forgés par les assemblées de la période révolutionnaire et par le premier Empire.

La limitation des « matières administratives », du « pouvoir administratif », — limitation qui est la caractéristique de l'évolution au cours du xixé siècle — a été favorisée par le concours de trois circonstances principales: 1° la réglementation du conflit positif d'attributions; 2° l'organisation juridictionnelle donnée aux agents administratifs chargés de statuer sur les recours; 3° l'atténuation de l'immunité de responsabilité des agents et des patrimoines administratifs.

1º C'est l'institution du conflit positif d'attributions qui reçut les premières retouches. La brutalité de la procédure primitive sut adoucie par une réglementation minutieuse destinée à réduire au minimum les inconvénients signalés par la pratique. Les deux grandes résormes ont consisté: a) à enserrer le maniement de l'arme

séparation des autorités administrative et judiciaire. 131 du conflit dans une procédure présentant des garanties (-b) à confier la solution du conflit à une autorité impartiale (-b).

<sup>1.</sup> Ce premier progrès fut réalisé d'assez bonne heure. Dès la Restauration, il intervient des ordonnances, dont la plus célèbre est celle du 1er juin 1828. Cfr. aussi l'ordonnance du 12 décembre 1821. Dès ce moment, furent posées les grandes lignes du système actuel. (A rapprocher les ordonnances des 14 mars 1831, 18 septembre 1839; le règlement du 26 octobre 1849; la loi du 24 mai 1872.) Les agents administratifs durent s'abstenir des violences anciennes, et manifester des égards aux tribunaux judiciaires. De là, les principales règles suivantes : a) Désormais, le tribunal ne pourra être dessaisi qu'après avoir été appelé, par un déclinatoire motivé, à statuer sur la question d'incompétence. b) Le consist a été déclaré impossible en matière criminelle, dans les poursuites contre les fonctionnaires, après des jugements rendus en dernier ressort ou acquiesces, après des arrêts définitifs. c) Pour rendre impossibles les dénis de justice, si faciles avec l'ancienne pratique, des délais assez brefs ont été impartis, à peine de nullité, pour l'accomplissement des divers actes de la procedure et pour la solution définitive. Les delais ont été réduits au cours du xixe siècle. Ils sont aujourd'hui fixés par l'ordonnance de 1828, le règlement de 1849 et la loi du 24 mai 1872. d) Enfin a été introduite la règle tutélaire du débat contradictoire par la faculté reconnue aux parties intéressées de produire des observations et mémoires. Jusqu'en 1806, les conilits avaient été instruits et décidés sans le concours des parties, sans qu'elles pussent prendre part à la discussion et influer sur la décision à intervenir. Lorsque la commission du Contentieux cut été créée au Conseil d'État par le décret du 6 juin 1806, les conslits y furent introduits, examinés et jugés dans les formes administratives. Toutefois, on n'admit pas tout de suite le droit des parties d'intervenir dans la procedure. Deux decrets du 11 janvier 1808 et du 24 avril 1808 écartent formellement cette faculté. C'est seulement avec un décret du 4 novembre 1811 que le droit est reconnu. Puis, un avis du Conseil d'État du 22 janvier 1813 déclara que la commission du contentieux du Conseil d'État est seule compétente pour l'instruction des conslits. Ensin, un décret du 22 juillet 1813, rendu en matière contentieuse, assirma le nouvel état de choses en constatant « qu'avant l'avis du Conseil d'État précité, les conflits étaient considérés comme des questions d'ordre public, pour l'instruction desquelles il n'était nullement nécessaire que les parties fussent entendues. » Toutes ces règles furent inscrites dans l'ordonnance du 29 juin 1814 sur l'organisation du Conseil royal. L'article 9 remit exclusivement au comité du Contentieux l'instruction des conslits. « Depuis cette époque, déclarait Cormenin en 1822 (Questions de droit administratif, op. cit., vo Constits, I, p. 233), les constits ont continué à être communiqués aux parties. Elles étaient admises à présenter leurs déscrises par le ministère d'un avocat aux conseils, Elles étaient entendues contradictoirement. L'ordonnance du 1er juin 1828 consirma et développa l'intervention des parties dans la procedure.

<sup>2.</sup> Il y cut une grande résistance pour obtenir que la solution des constits suit enlevée aux agents administratifs et conside à une autorité impartiale et non suspecte. Pour réserver la solution au ches de l'État, c'est-à-dire, en sait, aux agents administratifs, on invoqua maintes sois les Principes l'L'éloquence officielle ne manqua pas de déclarer, dans des périodes sonores, que « le droit de prononcer sur les consits entre l'administration et les tribunaux est une des prérogatives du ches de l'État, dont l'objet est de maintenir la division des pouvoirs »; que le ches de l'État, dans cette mission, « agit en administrateur suprême, élevé non seulement au-dessus des corps judiciaires, mais de tous les pouvoirs publics dont il règle les mouvements, et qu'il ramène dans les limites qui leur sont respectivement sixées par la loi. « Cfr. avis des comités réunis de législation et du contentieux, 1821, cité par de Cormenin, ve Constite, op. cit., I, p. 285 et s. Sous la pression de l'opl-

2º L'exclusion systématique de tout contrôle juridictionnel — qui fut la caractéristique du système inauguré par la Révolution et la principale conséquence de la règle de la séparation des autorités dans sa première interprétation — choquait tellement l'opinion publique que l'on dut juridictionnaliser les agents administratifs chargés de statuer sur les recours. C'est Bonaparte lui-même qui accorda cette première satisfaction, tout au moins en façade. En l'an VIII furent institués, à côté des principales autorités chargées de statuer sur les recours en matière administrative, des conseils de jurisconsultes. La Constitution de frimaire an VIII, article 52, et l'arrêté des consuls du 5 nivôse an VIII, article 11, placèrent auprès du chef de l'État un Conseil d'État. La loi du 28 pluviôse an VIII mit auprès du préfet un conseil de préfecture 2.

nion publique, on a fini par obtenir, provisoirement en 1848, définitivement en 1872, de véritables agents juridictionnels, présentant des garanties séricuses de connaissances techniques et, en même temps, d'impartialité. On sait que le Tribunal des conflits, créé en 1872, comprend : 1º le garde des sceaux, ministre de la justice, président ; 2º trois conseillers d'État en service ordinaire élus par les conseillers en service ordinaire ; 3º trois conseillers à la Cour de cassation nommés par leurs collègues : 4º deux membres et deux suppléants, élus par la majorité des autres juges. Les membres du Tribunal des conflits sont soumis à la réélection tous les trois ans et indéfiniement rééligibles. Ils choisissent un vice-président au scrutin secret. Néanmoins, l'ancien état d'esprit a laissé au Tribunal des conflits un vestige : la présidence est conflée au garde des sceaux, qui est un homme politique n'offrant aucune garantie de capacité juridique ni d'impartialité.

<sup>1.</sup> Constitution an VIII, article 52 : « Sous la direction des consuls, un Conseil d'État est charge de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative. » — Règlement du 5 nivôse an VIII : « Le Conseil d'État prononce... sur les affaires contentieuses dont la décision était précédemment remise aux ministres. »

<sup>2.</sup> Les discussions qui ont précédé la publication de la loi de pluviôse an VIII sont particulièrement, démonstratives de l'état des esprits à cette époque. L'orateur du Gouvernement avait fait la déclaration suivante : a Remettre le contentieux, de l'administration à un conseil de préfecture a paru nécessaire pour ménager au préfet le temps que demande l'administration; pour garantir aux personnes intéressées qu'elles ne seront pas jugées sur des rapports et des avis de bureaux; pour donner à la propriété des juges accoutumés au ministère de la justice, à ses règles et à ses formes; pour donner, tout à la fois, à l'intérêt particulier et à l'intérêt public la sureté qu'on ne peut guère attendre d'un jugement porté par un seul homme. » Ces belles paroles étalent-elles sincères ? Allait-on avoir vralment des agents juridictionnels ? Beaucoup en doutèrent. Au Tribunat, lorsque le projet de loi y fut présenté, on signala la contradiction qui existait entre ces affirmations et l'article 6 du projet : a Lorsque le préfet assistera au conseil de préfecture, il présidéra; en cas de parlage, il aura voix prépondérante. » a Nous nous sommes demandé, déclarait la commission spéciale nommée pour l'examen du projet de loi, si le préfet était réellement membre du bureau du contentieux, s'il pouvait y assister toutes les fois juril le jugeait à propos; si le cas qui lui donne veix pré-

133

Telle est l'origine immédiate des agents juridictionnels administratifs.

Avec le temps, soit en fait, soit en droit, les garanties apparentes de l'an VIII sont devenues des garanties véritables. Le pouvoir de décider a fini par être exclusivement confié aux conseils de jurisconsultes placés auprès des administrateurs actifs. D'autre part, les ministres ont été éliminés par la jurisprudence de la fin du xixe siècle comme juges de droit commun en matière administrative. Ainsi, les membres du Conseil d'État et des conseils de préfecture sont devenus, de plus en plus, de véritables agents juridictionnels. Enfin, et bien avant ces réformes radicales, on a introduit, dans la procédure d'instruction suivie par les conseils administratifs, les formes protectrices usitées devant les tribunaux judiciaires; en particulier, la publicité et le débat contradictoire. Ces divers résultats,

pondérante est celui d'un partage entre les conseillers seuls, ou dans l'assemblée des conseillers et du préfet délibérant en commun. De quelque manière que l'on réponde à ces questions que le texte du projet laisse trop indécises, nous aurions toujours quelque peine à concevoir cette influence quelconque attribuée au préfet dans le jugement d'une contestation entre les administres et l'administration dont le même preset est seul charge. Comment serait-il à la sois partie et juge prépondérant? Quelle garantie suffisante resterait à ceux qui viendront réclamer contre les actes de l'administration devant un tribunal que l'administrateur présiderait et dont il scrait le principal membre ?... Administrer est le fait d'un seul, juger est le fait de plusieurs, est-il dit dans l'exposition des motifs. Qu'il nous soit permis d'ajouter que juger, entre les administrateurs et les administres, doit être le fait de plusieurs, parmi lesquels aucun n'administre. » L'orateur du Gouvernement chargé de défendre le projet de loi répondit très catégoriquement en rappelant que la solution proposée était une amélioration certaine de l'état de choses existant. . Quelle gainntie restait, depuis la Constitution de 1791 ? Quelle garantie reste maintenant, sous la Constitution de l'an III, contre les actes des administrateurs, devant un tribunal que les administrateurs composent? N'est-il pas bien plus probable qu'on obtiendra justice d'un tribunal preside par un preset, et très ordinairement jugeant sans son assistance, que par un tribunal composé des administrateurs contre lesquels on réclame? Pourquoi tant se révoller contre la proposition du Gouvernement, quand on a souffert patienment et qu'on souffre encore, sans réclamation, des lois et usages qu'il adoucit et qu'il réforme ? S'est-on révolté contre les deux Constitutions qui ont donné les administrateurs pour juges de leurs propres faits ? » L'orateur fit valoir ensuite la administration de peser sur la décision des membres du conseil de préfecture. C'est l'idée révolutionnaire : « L'expésion des membres du conseil de préfecture. L'est l'idée révolutionnaire : « L'expésion des membres du conseil de préfecture. rience prouve que des tribunaux separes de l'administration se font naturellement un esprit opposé à ses besoins et suivent une marche trop embarrassée pour elle ; il est nécessaire que l'administrateur puisse se faire entendre, se faire écouter des juges, leur proposer les raisons d'intérêt public qu'il peut avoir et coopèrer luimème au jugement, si l'on veut qu'il y ait uns véritable impartialité dans les jugements. C'est pourquoi nous avons donné au préfet la faculté de présider le conseil de préfecture. Les juges le ramémeront à l'intérêt des particuliers il raisonné au préfet la faculté de présider le conseil de préfecture. Les juges le ramémeront à l'intérêt des particuliers il raisonnées de l'intérêt qu'il le le leur de l'active de l'intérêt des particuliers put le leur de l'intérêt des particuliers plus de l'intérêt des particuliers pour le leur de l'intérêt des particuliers plus de l'intérêt des particuliers plus de l'intérêt des particuliers plus de l'intérêt public de l'intérêt des particuliers plus de l'intérêt des particuliers plus de l'intérêt public de l'intérêt des particuliers plus de l'intérêt public de l'intérêt des particuliers plus l'intérêt public de l'intérêt des particuliers plus l'intérêt public de l'intérêt des particuliers plus l'intérêt de l'intérêt de l'intérêt des particuliers plus l'intérêt des menera les juges à l'intéret public, et la justice sortira de ce rapprochement, s

laborieusement poursuivis au cours du xixe siècle, ont réalisé des progrès immenses. Toutefois, il serait exagéré de dire que les administrés n'ont aujourd'hui plus rien à désirer. Si, du côté de la procédure, les solutions sont très satisfaisantes, il n'en est pas de même du côté de l'indépendance des juridictions administratives. Sans doute, les tribunaux judiciaires n'offrent guère plus de garanties. La raison n'est pas suffisante pour ne pas demander de nouvelles améliorations.

- 3º Des résultats ont été aussi obtenus, au cours du xixe siècle, touchant la responsabilité personnelle des agents administratifs à raison de leurs actes officiels, et la responsabilité des patrimoines administratifs.
- a) L'immunité personnelle scandaleuse, dont les agents administratifs bénéficiaient en vertu des lois de la période révolutionnaire et de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII, a soulevé jusqu'en 1870 des réclamations sans nombre. Le mouvement de protestation commencé dès la chute du premier Empire n'a abouti qu'en 1870. Un décret-loi du 19 septembre 1870 a abrogé l'article 75 de la Constitution de l'an VIII et « toutes les dispositions des lois

<sup>1.</sup> Cfr. sur les exigences de l'opinion publique touchant cette évolution, Macarel, Des tribanaux administratifs ou introduction à l'étude de la jurisprudence administrative contenant un examen critique de l'organisation de la justice administrative et quelques vues d'amélioration. Paris, 1828. — Quant à l'évolution elle-même, il faut lire l'étude très remarquable de R. Jacquelin, l'Evolution de la procedure administrative, Revue du Droit public, 1903, 1, p. 380 et s.; 11, p. 1 et s. - Voici le détail des réformes capitales réalisées dans cet ordre d'idées : 1º les ordonnances du 2 février et du 12 mars 1831 éliminèrent de l'assemblée du Conseil d'État au contentieux l'élément extraordinaire ; un établit pour cette assemblée la publicité des audiences, le débat oral et le ministère public. 2º Le décret du 30 décembre 1862 et la loi du 21 juin 1865 introduisirent, pour les conseils de préfecture, la publicité des audiences, le débat oral et le ministère public. De plus, en fait, à part r de 1805, le préfet a cessé de présider le conseil de préfecture avec voix prépondérante en cas de partage; la présidence effective appartient à un conseiller de préfecture désigne chaque année, par décret, comme vice-président. 3º La loi du 24 mai 1872 a donné la présidence du Conseil d'Etat au conten-tieux à un conseiller d'État en service ordinaire, désigné par décret comme viceprésident. La loi de 1872 a aussi déclaré que, dans les décisions sur recours juridictionnels, le Conseil d'État serait non plus le conseil du chef de l'État, mais un tribunal véritable rendant des arrèts au nom du peuplo français, comme les autres tribunaux. 4º A partir de 1880, la jurisprudence du Conseil d'État a refuse absolument aux ministres la qualité de juges de droit commun en matière administrativé et proclamé la compétence ordinaire du Conseil d'État. 5º La loi du 22 juil-let 1889 sur la procédure devant les conseils de préfecture à accentué l'organisation juridictionnelle de ces tribunaux administratifs.

générales ou spéciales ayant pour objet d'entraver les poursuites dirigées contre les fonctionnaires publics de tout ordre ». Malgré l'interprétation restrictive que lui a donnée la jurisprudence, ce texte a réalisé un immense progrès sur la législation antérieure. Avant 1870, la protection des agents administratifs était entre les mains de l'administration. Tout contrôle juridictionnel de leurs agissements officiels les plus graves pouvait être écarté par elle et l'impunité assurée. Aujourd'hui, la poursuite est libre; l'administration, pour défendre ses agents, n'a qu'un moyen: demander à une autorité impartiale organisée juridictionnellement — le Tribunal des conflits — si la faute pour laquelle l'agent est poursuivi est de nature à engager sa responsabilité personnelle.

b) L'irresponsabilité des patrimoines administratifs à raison des fautes commises par les agents administratifs a été, elle aussi, fortement atténuée au cours du xixe siècle. A l'ancienne théorie de l'irresponsabilité absolue de l'État, ont été apportées d'importantes dérogations. L'administration a fini par reconnattre que, parfois, dans des hypothèses de plus en plus fréquentes, les patrimoines administratifs devaient payer des indemnités. Sous la pression de l'opinion publique, l'administration a dû faire des concessions, bien que l'idée ancienne de l'irresponsabilité absolue et du caractère

<sup>1.</sup> Beaucoup estiment que la modification est insuffisante et que les agents judiciaires devraient apprécier librement le degré de faute reprochée à l'agent poursuivi. G'est fort contestable. A mon avis, la question de procédure n'est pas l'essentielle. Ce qui, avant tout, importe aux administrés, c'est que la poursuite dépende en définitive d'agents juridictionnels impartiaux et qu'elle ne puisse être indéfiniment arrêtée par le Gouvernement. Avant 1870, cette autorité impartiale n'existait pas ; on n'avait pas non plus la certitude d'une prompte réponse. Aujourd'hui, on a tout cela avec le Tribunal des conflits. Sais doute, l'élévation du conflit est un obstacle à la poursuite. Mais ce n'est qu'un empéchement provisoire qu'il n'est pas difficile de justifier. Il n'y a aucun intérêt légitime à faciliter les poursuites pas difficile de justifier. Il n'y a aucun intérêt légitime à faciliter les poursuites irédiéchies contre les fonctionnaires et il y a un inconvénient grave à laisser ceux-ci exposés à des tracasseries injustes qui pourraient anéantir chez eux l'esprit d'initiative. La possibilité du conflit est le crible qui arrête les poursuites inconsaldérées. Chose curleuse, l'idée de confler à un tribunal des conflits l'autorisation de poursuivre les agents administratifs avait été mise en avant par Henrion de Pansey dans son Tral'é de l'autorité judiciaire (chap. à8 in fine, de l'édit, de 1844). Il proposait a de crècr une institution chargée d'autoriser la mise en jugement des fonctionnaires de l'ordre administratif... Cette nouvelle institution, placée à une distance égale de l'administration et des tribunaux, pourrait être encore l'arbitre des conflits... En pésence du régulateir que nous proposons d'étabilir, tous dangers disparaltraient. L'in lépendance des cours de justice serait désormals inviolable et notre organisation judiciaire ne laisserait plus rien à désirer, a

gracieux des indemnités allouées aux victimes des agissements fautifs des agents administratifs ait laissé des traces.

Tels sont les principaux saits qui, au cours du xixe siècle, ont transformé le droit administratif français, et lui ont donné sa physionomie actuelle. L'influence de ces événements sur l'interprétation de la règle de la séparation des autorités administrative et judiciaire a été considérable.

Il s'est produit une évolution dont l'esset a été de limiter considérablement la notion d' « assaires administratives ».

L'imprécision des formules de la période révolutionnaire avait ouvert la porte à tous les abus. Aussi, en même temps qu'on se

<sup>1.</sup> D'une part, l'administration soutenue par le Conseil d'État a affirmé maintes fois son pouvoir discrétionnaire d'allouer ou de refuser des indemnités. « La responsabilité qui peut incomber à l'État, pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, a-t-il été déclare, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil pour les rapports de particulier à particulier; cette responsabilité n'est ni générale, ni absolue; elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécesillé de concilier les droits de l'Etal avec les droits privés. . C'est à peu près la formule de l'arrêt du Conseil d'État du 6 décembre 1855 (Rothschild); ce sont les termes mêmes de la décision du Tribunal des constits du 1er sévrier 1873 (Blanco). A remarquer que cette décision n'a été rendue qu'après un partage vidé sous la présidence du ministre de la justice Dufaure, c'est-à-dire d'un homine politique (Laferrière, I, p. 681). - D'autre part, l'administration, soutenue par le Conseil d'État, a toujours déclaré que l'application de cette résponsabilité était réservée à l'administration seule. Conseil d'État, 6 décembre 1855 (Rothschild): A l'administration il appartient... de déterminer les rapports qui s'établissent catre l'Etat, les nombreux agents qui agissent en son nom et les particuliers qui profitent de ces services, et des lors de connaître et d'apprécier le caractère et l'étendue des droits et des obligations réciproques qui en doivent naître. » Cpr., dans le même sens, la décision précitée du Tribunal des conflits du 1et février 1873 (Dianco). Ces formules clastiques et commodes laissaient la porte ouverte à l'arbitraire et tendaient à faire de l'action en justice proprement dite une sorte de recours gracieux à forme juridictionnelle. C'est le juste reproche que lui adresse R. Jacquelin (L'Evolution de la procédure administrative, Revue du droit public, 1903, 1, p. 386). Néanmoins, elles constituent un progrès sensible sur l'ancien état de choses. Elles ont permis de nouveaux progres. — L'évolution s'est produite sous l'influence de deux faits principaux : 1º D'abord, les agents judiciaires n'ont plus accepte sans protestations la these administrative. La Cour de cassation à déclaré maintes fois que l'action qui appartient à la victime à raison des faits de négligence on d'imprudence des agents administratifs « a son principe dans le droit commun et duit être jugée par les principes de ce droit. Si cette action, par sa nature, réault contre l'administration elle-même et peut amener des condamnations envers elle comme responsable du fait de ses agents, cette responsabilité n'est aussi que la conséquence du droit commun ; les administrations publiques, conime réprésentant l'État, ne sont pas à l'abri des poursuites judiciaires qui ont pour objet de faire établir et déclarer cette responsabilité et de faire reconnaître les conséquences légales qui en découlent. » Ce sont les termes employés par la chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 19 décembre 1854 (administration des postes). Cpr., dans le même sens, Cassation 1et avril 1845 (Lapeyre). - 20 A diverses reprises,

préoccupait de donner aux administrés des garanties, en réglementant les conslits, en juridictionnalisant les agents administratifs chargés de statuer sur les recours, en faisant disparaître l'immunité des sonctionnaires, on s'est efforcé de cantonner les agents administratifs juridictionnalisés dans un domaine plus étroit.

La réaction a commencé après la chute du Premier Empire. Les tribunaux de tout ordre — la Cour de cassation et le Conseil

le législateur a manifesté sa volonté de reconnaître formellement le pouvoir de la victime de réclamer une indemnité à l'État et de créer ainsi à son profit une creance contre le patrimoine administratif. Il a condamné expressément le pouvoir discrétionnaire revendiqué en cette matière par l'Administration. Il l'a fait dans la loi du 8 juin 1895 sur la revision des procès criminels et correctionnels et sur la réparation des erreurs judiciaires; il l'a fait aussi dans la loi du 20 juillet 1899 sur la responsabilité civile des membres de l'enseignement public. Ces deux cas sont tellement importants qu'il convient d'y insister. Voici d'abord la déclaration très nette du sénateur Bérenger dans son rapport du 13 février 1894 sur la loi qui ouvrait aux victimes d'une erreur judiciaire un droit à indemnité : « Nous n'admettons pas que le droit de l'Etat n'ait pour cause que l'accomplissement d'un devoir purement moral, d'un simple acte de bienfaisance et d'humanité... La source de l'action, il faut savoir le reconnaître nettement, est dans l'obligation juridique de réparer la faute sociale dont sa prudence a dû le préserver... Cette prétendu doctrine de l'infaillibilité de l'État, de son irresponsabilité, ajoutaitil, n'est plus de notre temps : c'est une thèse féodale, et je regrette de la voir approuvée par le Gouvernement. » Cette déclaration à une importance considérable. Elle est la condamnation expresse de la thèse de l'Administration développée, à l'occasion de cette même loi, par le conseiller d'État Jacquin : « L'État ne saurait ètre engage pecuniairement par les erreurs commises par le juge... Mais si nous contestons le droit de la victime, si nous nions la responsabilité de l'État, si celui-ci n'est pas lie par une obligation juridique, n'y a-t-il pas licu de faire intervenir son action bien faisante pour assister les misères qu'une erreur judiciaire nura commises ? . (Voyez le rapport du conseiller d'État Jacquin; celui-ci déclare que toute solution contraire serait a un renversement des principes de notre droit public ..) - Les travaux preparatoires, de la loi de 1899 ne sont pas moins significati s. Il fut décide que le patrimoine administratif de l'État payerait les indemnités pour dommages causés dans les établissements d'instruction publique de tout ordre en cas d'accidents survenus sans la faute personnelle des fonction-naires. Au cas de faute personnelle, la responsabilité personnelle de l'agent serait en jeu. Le législateur a encore lei voulu appliquer l'idée générale suivante : « l'État, dans les administrations autres que l'instruction publique, est considéré comme responsable, du fait des personnes qu'il emplole, des accidents ou des avaries causés par son malériel, etc... La proposition qui impose cette ressonsabilité à l'Etat (en matière d'enseignement public) n'est qu'une application du droit commun. 2 (Rapport du sénateur Thézard, 31 janvier 1899, Officiel, Documents, Sénat, 1899, p. 60 et s.) — Il faut enfin signaler la discussion qui s'est engagée devant le Sénat, les 3 et 7 juin 1904, sur une proposition de M. Géurju portant modification de Matière de Sénat, les 3 et 7 juin 1904, sur une proposition de M. Géurju portant modification de Matière de Sénat, les 3 et 2 juin 1904, sur une proposition de M. Géurju portant modification de Matière de Sénate de Séna l'article 108 de la loi du 5 avril 1884. Le Couvernement, par l'organe de son commissaire du Couvernement, M. Bruman, a persisté dans la vieille théorie de l'irresponsabilité de la souveraineté. Mais cette thèse n'a manifestement pas trouvé d'écho au Sénat. l'armi les sénateurs qui ont pris la parole, pas un n'a défendu la thèse gouvernementale de l'irresponsabilité; et la plupart ont très vivement protesté contre cette doctrine périmée.

d'État — se sont attachés à trouver un critérium qui permit de limiter les pouvoirs juridictionnels de l'administration. Cola a été possible grâce au concours de circonstances que j'ai déjà rappelées.

Tout d'abord, les agents judiciaires, après la Restauration, ont repris confiance. L'inamovibilité réduite dont ils jouissent depuis la Charte de 1814 les a rendus un peu moins timorés vis-à-vis de l'administration. D'autre part, les Gouvernements n'ent plus osé les appeler brutalement à la suite du Conseil d'État pour y recevoir de sévères admonestations, ni manier avec rigueur cette arme commode du consiit, qu'émoussa d'ailleurs l'ordonnance de 1828. De plus, dans la crise d'impopularité que traversa le Conseil d'État après la chute de Napoléon le et qui faillit l'emporter, sa jurisprudence dut se montrer moins intransigeante dans l'application de la règle de la séparation des autorités. Ensin, l'enseignement du droit administratif développe l'esprit d'analyse et propagea un peu de libéralisme.

De tous côtés, on s'est donc appliqué, à partir de la Restauration, à chercher un critérium logique permettant d'augmenter le champ d'action des agents véritablement juridictionnels, des agents judiciaires. On cédait ainsi en partie à l'opinion publique qui, pendant très longtemps, s'est plu à voir en ceux-ci les seuls tribunaux véritables, les tribunaux ordinaires. Les écrivains et les juridictions de tout ordre ont donc essayé d'assigner des limites nettes et non arbitraires à la compétence respective des juges judiciaires et des agents administratifs.

<sup>1.</sup> Pendant longtemps, les expressions a tribunaux s, a justice s ont exclusivement désigné, dans la terminologie du législateur, les agents judiciaires. Ex.: loi du 8 mars 1810 sur les expropriations pour cause d'utilité publique publique publique publique publique publique s'opère par l'autorité de la justice. » Article 2. a Les tribunaux ne peuvent prononcer l'expropriation... » Cpr. mèmes formules dans les articles 1 et 2 de la loi du 7 juillet 1833 et de la loi du 3 mai 1841. Même après que les agents administratifs chargés de statuer sur les recours ont pris la physionomie de tribunaux, l'opinion publique les a encore considérés comme des tribunaux exceptionnels, de qualité inférieure. Le législateur lui-même a parfois employé l'expression — vicieuse, mais caractéristique de cet état d'esprit — « tribunaux ordinaires » comme synonyme de a tribunaux judiciaires ». Cpr. article 63, loi du 10 juillet 1837, reproduit par la loi du 5 avril 1884, article 164, 6 2 : 4 les oppositions (aux états de produits dresses par les maires pour le recouvement des créances communales), lorsque la matière est de la compétence des tribunaux ordinaires, sont jugées comme affaires sommaires. » Cpr. aussi article 107, loi du 5 avril 1884; les tribunaux y désignent les tribunaux judiciaires,

Cette tàche a été extrêmement ardue. Plus ou moins consciemment, on a voulu ménager ce que l'on appelait « le pouvoir administratif », dont la prépondérance en France est, pour beaucoup, un dogme intangible. On a subi l'influence de ce préjugé dominant chez les gouvernants, dans l'administration et même chez la plupart des jurisconsultes, que les agents judiciaires sont les ennemis nés des agents administratifs, qu'il y a toujours à craindre leurs tentatives de compromettre la chose publique par leur intervention — malveillante ou tout au moins inconsidérée — dans la marche normale de l'administration.

Quelque opinion que l'on ait sur cet état d'esprit, il n'a cessé d'exister et d'influer sur la solution de la question que j'étudie. Un de ses essets a été la timidité des modifications apportées 2.

2. Gela seul explique pourquoi la préoccupation de restreindre le clump d'action des tribunaux administratifs, si pressante pour la période de la Restauration, n'ait pas abouti à des réformes plus effectives. Cpr. le discours de Gaêtan de Laroche-foucauld au comité seéret de la Chambre des députés (séance du 9 avril 1828),

<sup>1.</sup> Cet état d'esprit apparaît dans toutes les justifications de la juridiction admi-nistrative qui ont été présentées au cours du xixe siècle, dans la doctrine ou à la tribune des assemblées législatives. C'est l'esprit qui anime en doctrine — sous la Restauration: de Cormenin, Da Gonseil d'État (1818, p. 91 et s.); Sirey, Du Gonseil d'État selon la Charle constitutionnelle; de Gérando, Droit administratif; Henrion de Pansey, De l'Autorité judiciaire : Macarel, Des Tribunaux administralife, 1828; - sous la Monarchie de Juillet : de Cormenin, Questions de Droit administratif, 4º édition; Cotelle, Cours de Droit administratif, 2º édition, 1838, II, p. 154 et s.; - sous la Deuxième République : Vivien, Rapport sur la loi du 3 mars 1849, S. Lois annolées, 1849, p. 9 et s.: — sous le Second Empire: Foucart, Éléments de Droit public et administratif appliqué; Ducrocq, Traité de Droit administratif, etc., etc. — C'est aussi l'argument invoqué par beaucoup des écrivains de la fin du xixe siècle. Encore aujourd'hui, on répéte le mot de Loysel: l'intervention des tribunaux judiciaires dans l'administration e mettrait la couronne au gresse ». C'est déjà ce que disait le comte Portalis, garde des secaux, à la Chambre des députés, le 9 avril 1828 : L'administration n'existerait plus ; elle serait transportée tout entière à des sonctionnaires inamovibles et indépendants. Les tribunaux administreraient et gouverneraient l'État » (cité par Macarel, op. cit., p. 446). Et le ministre de l'instruction publique de Vatismesnii ajoutait, le lendemain (10 avril 1828): a Les tribunaux ne sauraient en connaître (des matières administratives); car s'ils en connaissaient, l'administration leur serait soumise; son action serait paralysée : son indépendance serait perdue sans retour. Quelques inconvénients particuliers qui peuvent dériver de la juridiction administrative ne sauraient entrer en balance avec cette grande perturbation de l'ordre social » (cité par Macarel, op. cit., p. 470). Dien rares sont ceux qui n'ont pas partage cette manière de voir. En ce seus Dupin, Chambre des députés, scance du 10 avril 1828 (cité par Macarel, op. ell., p. 470): a Pourquoi supposer que les tribunaux voudront toujours condamner le gouvernement? C'est leur faire in urc... L'administration trouvera justice dans les tribunaux; et si, dans le doute, l'orsqu'il y en aura, la justice décide pour la partie faible, il faudra s'en applaudir encore. Si le Trèsor public en est affecté, le budget y pourvoira.

On commença par déclarer de la compétence judiciaire les affaires les moins importantes, la gestion du domaine privé de l'État. Cela, pensait-on, ne peut pas compromettre la marche de l'administration. — On s'est aussi efforcé de soumettre aux tribunaux judiciaires la plus grande partie des affaires soulevées par l'administration locale: marchés de fournitures passés par les agents des départements, des communes, des établissements publics; actions en responsabilité contre les patrimoines départementaux et communaux. Encore ici, estimait-on, le pouvoir administratif n'a rien à redouter du judiciaire.

Jusqu'ici la doctrine entraîna facilement la jurisprudence. Alors on voulut aller plus loin. Certains auteurs posèrent la règle que ressortissaient, en principe, aux tribunaux judiciaires tous les recours contre les actes de l'administration que de simples particuliers auraient pu faire. Toutefois, la jurisprudence n'accepta pas aussi docilement cette dernière formule.

Quoi qu'il en soit, pour justisser ces nouvelles règles de compétence, on construisit, après coup, une théorie très ingénieuse, calquée, prétendit-on, sur la nature même de l'action des agents administratifs.

Il y a, affirma-t-on, deux sortes de contentieux administratif: le contentieux administratif par nature, le contentieux par détermination de la loi. Cette division correspond à la double action des agents administratifs, qui tantôt donnent des ordres, tantôt usent, comme

rapporté par Macarel, op. cil., p. 423 et s. et surtout p. 430 et s. t. « On dépouille, chaque jour, le Conseil d'État de tout ce qui ne lui appartient pas légalement, et on venge, en quelque sorte, aujourd'hui, la loi de toutes les usurpations qu'elle a subies depuis longtemps. » L'orateur cite un arrêt de la Cour de Nancy (cassé, il est vrai par la Cour de cassation) qui avait déclaré formellement l'illégalité de l'existence du Conseil d'État comme juridiction contentieuse. — Sur la nécessité de restreindre la compétence administrative, voyez l'aveu du ministre de Vatimésnii (Chambre des députés, séance du 10 avril 1828, cité par Macarel, op. cil., p. 480): « Je le dis, avec la franchise qu'il faut toujours apporter dans les discussions parlementaires..., ces lois ont trop donné à la juridiction administrative aux dépens de celle des tribunaux. Il est donc utile de revoir toutes ces lois et de les modifier. » Sur la suspicion qui frappait l'impartialité du Conseil d'État comme tribunal, voyez le discours de Dupin à la Chambre des députés, séance secrète du 10 avril 1828 (cité par Macarel, op. cil., p. 462): « l'ien n'égale le désespoir des plaideurs quand on leur annonce qu'ils seront jugés par le Conseil d'État. Sans doute, les préventions sont exagérées... Mais je parle du fait de l'opinion communément répandue; elle est défavorable à la juridiction administrative : on ne se croit en sureté que devant les tribunaux... Cette déflance du public, à l'égard de la juridiction administrative : on ne se croit en sureté que devant les tribunaux... Cette déflance du public, à l'égard de la juridiction administrative :

les particuliers, des moyens du droit civil. Dès lors, dans le contentieux administratif par nature il faut ranger tous les recours soulevés par des actes des agents administratifs dans lesquels on peut voir les manifestations de l'autorité publique, de la puissance publique, — en d'autres termes, les recours contre les actes par lesquels les agents administratifs ordonnent, commandent aux individus. Pour les recours formés à l'occasion d'actes par lesquels les agents administratifs se sont bornés à gérer les affaires publiques par les procédés employés par les particuliers, la compétence administrative est exceptionnelle. Il faut un texte pour la consacrer : c'est le contentieux administratif par détermination de la loi.

<sup>1.</sup> Voici comment s'exprime Laserrière (Jurid. adm., 2º édit., I, p. 478 et s.), le commentateur le plus autorisé de l'interprétation qui a prévalu à la fin du xixe siècle : « Echappent de plein droit à la compétence judiciaire... seulement les actes et les opérations qui se rattachent à l'exercice de la puissance publique et qui excèdent, à ce titre, les facultés des citoyens. Ces facultés, qui sont égales pour tous dans les rapports des individus entre eux, le sont aussi dans leurs rapports avec l'administration, lorsque celle-ci fait, en vue d'intérêts généraux, ce qu'un simple citoyen pourrait faire en vue d'intérêts particuliers. Mais ces facultés ne sont plus égales entre les individus et l'administration, lorsque celle-ci exerce la puissance qui lui a été déléguée. Ce n'est plus alors le principe d'égalité qui domine, mais, au contraire, le principe d'autorité : droit de commandement d'un côté, devoir de soumission de l'autre. Les actes que l'administration accomplit en vertu de cette délégation, les règles qu'elle édicte, les droits qu'elle confere, les injonctions ou les interdictions qu'elle prononce portent l'empreinte d'un pouvoir propre : ce sont des actes de puissance publique » (p. 478). . La règle est différente pour les actes de gestion, c'est-à-dire pour ceux que l'administration accomplit en qualité de gérant et d'in-tendant des services publics et non comme dépositaire d'une part de souverainete. Les facultés que l'administration exerce dans l'accomplissement de ces actes n'excedent pas, en général, celles que les citoyens possedent en vertu du droit privé, ou qu'ils peuvent s'attribuer par des stipulations librement consenties... A l'égard de ces actes, les principes de compétence sont différents : tandis qu'une loi est néceses actes, les principes de competence sont unerents i tanus qu'une loi est nécessaire pour donner exceptionnellement compétence aux tribunaux (judiciaires) sur un acte de puissance publique, une loi est nécessaire pour la leur ôter sur un acte de gestion. Le contentieux des actes de puissance publique est administratif de sa nature, celui des actes de gestion n'est administratif que par la détermination de la loi » (p. 485).

<sup>2.</sup> Un des premiers jurisconsultes qui ait essayé de tracer une ligne de démarcation précise entre le contentieux administratif et le contentieux judiciaire est liention de Pansey (De l'Autorité judiciaire, 116 édit., parue en 1810, in-80; 20 édit., 1818, in-40; 30 édit., 1827, 2 vol., in-80; 40 édit., Les Œuvres judiciaires du président Ilention de Pansey, Paris, 1846, 1 vol. in-80. Je elte d'après l'édition de 1846). Dans les chapitres 41 et s. de son livre qui acquit une grandé autorité, cet auteur fait les distinctions suivantes : 10 il détermine d'abord « les affaires qui, par leur nature, appartiennent au contentieux administratif. 2 « Le gouvernement, dit-il, n'est juge des difficultés qui peuvent s'élèver sur l'interpédation ou l'exécution de ses actes que lorsqu'il agit comme gouvernement et dans l'intérêt général de la société. Il en serait autrement si la contestation avait pour objet des droits réels, des prétentions foncières, ou des immeubles que des actes

Cette restriction à la notion, qui avait prévalu dans les périodes révolutionnaire et impériale, des « matières administratives », cette limitation du « pouvoir administratif » ont réalisé un progrès considérable : de ce chef, les garanties des administrés se sont beaucoup accrues. Il est incontestable aussi que, au point de vue de la théorie juridique, la tentative de saire une délimitation des compétences d'après un critérium tiré de la nature des actes et des recours constitue un effort louable. En dernière analyse, en effet, l'évolution que nous avons retracée a tendu à réserver aux tribunaux administratifs les recours contre les manifestations unilatérales de volonté des agents administratifs, et à attribuer aux tribunaux judiciaires les contentieux des actes contractuels et des agissements matériels. Sous le nom d'actes de puissance publique, d'autorité, de commandement, on range les actes réglementaires, les actes administratifs unilatéraux, les saits de volonté à conséquences juridiques. Et le nom d'actes de gestion est réservé aux actes contractuels et aux agissements matériels. D'autre part, au point de vue de la nature des recours, le critérium qui a fini par prévaloir à la fin du xixe siècle tend à réserver les recours en annulation à la juridiction administrative et à laisser les actions en justice proprement dites, le contentieux de pleine juridiction, aux tribunaux judiciaires 1.

du gouvernement auraient déclarés faire partie du domaine de l'État, et que des particuliers réclameraient comme leur appartenant à titre patrimonial... C'est aux tribunaux qu'il appartient de statuer sur les questions de cette nature. » (Chapitre \$\lambda\$1.) « Le contentieux est judiciaire, écrit encore Henrion de Pansey (chap. \$\lambda\$2), toutes les fois qu'il est question de statuer sur les rapports des citoyens entre eux; il n'est administratif que lors qu'il s'a it de prononcer entre les particuliers et le Gouvernement, agissant non comme proprétaire, mais comme gouvernement ». 2º Henrion de Pansey énumère ensuite les affaires qui, par leur nature, appartiennent au contentieux judiciaire, mais que des textes de loi ont attribuées arbitrairement à l'autorité administrative. — On reconnaître facilement là la double distinction — enseignée couramment à la fin du xixe siècle — en contentieux administratif par nature et contentieux administratif par détermination de la loi; en actes de puissance publique et actes de gestion. D'ailleurs, il convient d'ajouter que les auteurs modernes ne se rencontrent pas toujours avec Henrion de l'ansey sur les applications des idées générales.

<sup>1.</sup> Geci apparait bien dans la justification de l'existence des juridictions administratives, telle qu'elle est présentée par lierthélemy, op. cit., 2º édit., p. 24 et s. « Les litiges du contentieux administratif normal tendent tous, en définitive, à faire constater par l'autorité administrative supérieure spécialement désignée pour cet examen qu'une autre autorité de même ordre a indument ou irrégulièrement disposé des pouvoirs qui lui appartenaient. » Voyez encore p. 844 et s. — De son côté, Hauriou, op. cit., 6º édition, p. 709, a bien vu que le critérium logique conduit fatalement à « condamner à mort le contentieux de pleine juridiction » des tribunaux administratifs. — C'est aussi sur le terrain des recours en annulation que

Ce sont la des avantages incontestables. Néanmoins, la théorie a soulevé trois critiques principales:

1º Elle ne rend pas compte, a-t-on dit, des textes législatifs sur les compétences respectives des agents juridictionnels administratifs et judiciaires. Cette théorie, en effet, est en contradiction avec toutes les lois — elles sont nombreuses — qui donnent le contentieux d'actes dits de gestion à des tribunaux administratifs (marchés de fournitures de l'État, marchés de travaux publics, ventes de domaines de l'État, etc.). Il est trop commode, ajoute-t-on, de se débarrasser de ces textes génants, en déclarant qu'ils sont exceptionnels.

2º On a aussi reproché à la théorie ou bien de ne pas appliquer logiquement son critérium, ou bien d'aboutir à des distinctions injustifiables. En effet, si la règle de la séparation des autorités administrative et judiciaire signifie que les actes de puissance publique seuls doivent aller aux tribunaux administratifs, il faut interpréter restrictivement les textes qui dérogent à cette règle. Or, l'opinion qui a prévalu est, au contraire, celle de l'interprétation extensive de ces textes exceptionnels. Exemple : contentieux des travaux publics, actions tendant à faire déclarer l'État débiteur 1. Il y, a la une inconséquence, d'autant plus inexplicable qu'on ne va pas jusqu'au

déjà se placèrent les hommes d'État, qui, sous la Restauration, curent à défendre le Conseil d'État contre les attaques du parti libéral. Voyez les discours du baron Cuvier, conseiller d'État, du 27 mai 1819, du 7 juin 1821 (Chambre des députés). Ces discours, qui sont remplis d'erreurs juridiques, sont caractéristiques de la tendance naturelle que je signale. « Le Conseil d'État, affirmait Cuvier en 1821, n'est point un tribunal, comme on affecte de vous le dire. Il ne prononce jamais sur des droits acquis... Deux exceptions seulement ont lieu à cette règle et semblent donner au Conseil d'État une apparence judiciaire : les affaires de domaines nationaux et les décomptes des fournisseurs... Le contentieux du Conseil d'État n'est qu'un recours contre des décisions administratives dont le Gouvernement fait faire un deuxième examen... »

<sup>1.</sup> C'est l'interprétation que préconise, pour les actes des agents de l'Etat, Laferrière, op. cil., 1, p. 485 et s. « En premier lieu, le contentieux des actes de gestion peut être déféré à la juridiction administrative par des dispositions générales de la loi aussi bien que par des dispositions spéciales ; il n'est pas besoin que tous ces actes solent dénommés ou définis ; il suffit qu'ils rentrent dans des catégories largement tracées par le législateur,.. En second lieu, il est des actes qui concourent à la gestion des services publics, à l'administration des biens possèdés ou surveillés par l'État, mais qui, en même temps, se rattachent si étroitement à l'exercice de la puissance publique qu'ils échappent de plein droit à la compétence judiciaire, comme si cette puissance était seule en jeu... L'élèment contractuel qui s'ajoute, dans ce cas, à l'acte de puissance publique, ne le transforme pas pour cela en simple acte de gestion. Par cela seul que la puissance publique se manifeste dans ces décisions, elles relèvent exclusivement de la juridiction administrative el échappent de plein droit à la compétence des tribunaux (judiciaires). »

bout, et que l'on écarte arbitrairement l'interprétation extensive dès qu'il s'agit non plus du patrimoine administratif de l'État, mais de celui des communes, des départements, des établissements publics 1. - Mais si; pour rester sidèle au critérium posé, l'on interprète les textes restrictivement, on aboutit à confier à des tribunaux différents, judiciaires et administratifs, la solution de recours soulevés par un même acte. Cela apparatt tout d'abord pour les actions dirigées contre les patrimoines administratifs locaux. Pourquoi un acte ayant même nature entraînerait-il la compétence d'autorités juridictionnelles dissérentes, suivant que le recours est dirigé contre le patrimoine administratif de l'État ou contre le patrimoine administratif départemental ou communal? De plus, en matière de dommages causés aux personnes par l'exécution des travaux publics, l'interprétation restrictive écarte la compétence des conseils de préfecture pour certains dommages — ceux causés aux personnes alors que cette compétence est admise pour les dommages causés aux propriétés 2. Voilà les bizarreries auxquelles conduisent le critérium logique et l'interprétation restrictive. On devra aller devant un tribunal judiciaire pour les dommages causés aux personnes, et devant un conseil de présecture pour les dommagés causés aux, propriétés, alors que l'un et l'autre recours peuvent résulter d'un même accident .

3º Ensin, conclut-on, le critérium proposé diminue, en réalité, les garanties des administrés, malgré l'intention évidente de les rensorcer. Donner aux tribunaux judiciaires les actions en justice proprement dites soulovées par les actes de l'administration, c'est en consier la solution à des juges ignorants du droit administratif, c'est priver les justiciables du bénésice d'un tribunal techniquement plus capable de bien juger, sans qu'il y ait aujourd'hui l'excuse de leur donner un juge plus impartial.

<sup>1.</sup> C'est ce que fait Laferrière, par exemple, pour les contrats administratifs des départements et des communes, op. cit., II, p. 154.

s. C'est l'interprétation extensive qui a prévalu en cette matière, au cours du nixe siècle, en doctrine et en jurispradence. On entend largement la loi du 28 pluviose an VIII, article 4, en matière de travaux publics. Laferrière, op. clt., II, p. 166 et s.

<sup>3.</sup> En ce dernier sens, Berthélemy, op. cit., 2º édition, p. 600 et s. : « l.es dommages aux personnes ne peuvent pas être l'effet d'actes d'autorité de l'administration. Pour eux, la justification de la compétence administrative n'existe plus; elle devient une véritable anomalie » (p. 602).

A mon avis, ces dissérentes objections ont une valeur bien inégale. Tout d'abord, un point me paraît incontestable; il saut mettre hors de cause les textes législatifs. L'étude attentive des lois attributives de compétence, l'examen des travaux préparatoires prouve, jusqu'à l'évidence, que le législateur, lorsqu'il a consacré tantôt la compétence administrative, tantôt la compétence judiciaire, n'a pas suivi un critérium logique; il a été guidé par des considérations tirées non de la nature des actes ou des recours, mais de l'utilité pratique ou de convenances politiques. La chose est manifeste pour les textes de la période révolutionnaire; je crois l'avoir prouvé!. Tous les efforts faits après coup pour donner à ces textes une signification théorique n'y changeront rien?.

Pour les textes postérieurs à la période révolutionnaire, la démonstration n'est pas moins décisive. Quelques exemples suffirent.

La loi des 7-11 septembre 1790 avait attribué aux tribunaux judicinires « la police de conservation, tant pour les grandes routes que pour les chemins vicinaux ». Une loi du 29 floréal an X enleva à l'autorité judiciaire la répression des contraventions de grande

<sup>1.</sup> Cpr., en outre, les très exactes explications historiques fourniès par Berthélemy, op. bit., 2º édition, p. 26 et s., touchant la compétence administrative en matière de travaux publics, de ventes domaniales.

<sup>2.</sup> Parmi ces explications après coup, il en est de bien curieuses et de bien inattendues. Voici, par exemple, comment Henrion de Pansey Justifie la compétence administrative pour les actions tendant à faire déclarer l'État débiteur. Au contentieux administratif par nature, cerit Henrion de l'ansey (De l'Autorité judiciaire, op. cit., chap. 41), appartiennent e toutes les demandes à fin de payement de salaires, honoraires, vacations, indemnités que peuvent faire ceux qui ont agi, négocié, en un mot travaille, de quelque manière que ce soit, pour le Couvernement. Le reglement de ces demandes exige un compte, des pieces comptables, en un mot une liquidation, et la liquidation de toutes les créances qui peuvent être exercées contre le Gouvernement est dans le domaine du pouvoir administratif. S'il n'en était pas ainsi, si ces liquidations étaient portées devant les tribunaux (judiciaires), les juges pourraient, à leur gré, constituer le Trésor public débiteur de sommes plus ou moins considérables, et, par des erreurs qui seraient d'autant plus fréquentes que ces sortes d'affaires leur seraient moins familières, démolir successivement la fortune publique. Plus simplement, les agents judiciaires sont écartés parce qu'ils sont suspects. C'est bien l'idéo révolutionnaire. Mais alors pourquoi parler de la nature juridique des actes? - On l'a compris. Beaucoup d'auteurs plus récents ne raisonnent plus comme Henrion de l'ansey. Pour Laferrière (op. cit., I, p. 435 et s.; 485 et p. 598 et s.), ces matières appartiennent au contentieux administratif par détermination de la loi. « Le règlement de créances provenant de contrats ou de quasi-contrats de l'État : soldes, traitements, pensions, émissions de rentes, opérations de Trésorerie, etc., toutes ces opérations... relèvent de la juridiction administrative, mais elles n'en relèvent pas en vertu du seul principe de la separation des pouvoirs. »

voirie, pour l'attribuer au conseil de préfecture. Puis, une loi du 9 ventôse an XIII vint encore réduire la compétence des tribunaux judiciaires en donnant aux conseils de préfecture les usurpations et anticipations commises sur les chemins vicinaux. Il est évident que l'idée qui a présidé à ce partage de compétence entre les tribunaux judiciaires et les tribunaux administratifs, suivant qu'il s'agit de petite ou de grande voirie, ne peut pas être une idée théorique!. C'est une raison d'utilité pratique qui l'a inspirée. On a trouvé que les agents judiciaires n'étaient pas assez sévères?.

La loi du 18 mars 1810, qui a établi la compétence judiciaire en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique, a été uniquement inspirée par le désir de Napoléon de donner aux administrés la garantie d'un véritable contrôle juridictionnel et de rassurer l'opinion publique que le sans-gêne des agents administratifs avait mécontentée. Plus tard, la loi du 3 juillet 1877 sur les réquisitions militaires a consacré la compétence judiciaire surtout par imitation des lois sur l'expropriation pour cause d'utilité publique. Dans les deux

<sup>1.</sup> Laserrière, op. cit., I, p. 706, note 1, à propos des difficultés que soulère l'interprétation des lois sur la voirie, fait cette constatation caractéristique : 4 La répartition des compétences, ainsi tracée par le Tribunal des conflits de 1850, est assurément rationnelle et conforme aux principes. Mais il faut reconnaître que la législation ne s'en est pas toujours inspirée. » Pour mieux dire, la législation ne s'est jamais préoccupée des prétendus principes.

<sup>2.</sup> Regnault de Saint-Jean d'Angely disait dans l'exposé des motifs de la loi du 29 floréal an X: « Les poursuites sont rares, peu actives, et rarement poussées jusqu'à la condamnation des délinquants. Cette espèce de silence de l'administration, d'inaction de la justice, a encouragé les empiétements, les dégradations..... Il est temps, au moment où l'ordre va renaissant, où les routes se réparent, se plantent, où les canaux se construisent...., de rendre à la police conservatrice une action sure, prompte, sévère. Il faut conséquemment que l'administration, chargée de faire et de conserver, puisse poursuivre, atteindre, frapper ceux qui détruisent, altèrent le produit de ses travaux... Il faut que, sans aller devant les tribunaux de police correctionnelle auxquels la connaissance de ces délits est tribune ils soient reprimés par l'administration même, revêtue à cet effet d'un nouveau pouvoir, réclamé pour elle par les circonstances et même par les principes (?1), »

<sup>3.</sup> Dans le projet du Gouvernement (art. 25), l'indemnité était fixée par la juridiction administrative (conseil de préfecture), sous prétexte qu'il y avait analogie avec un marché de fournitures. Le Parlement a substitué la compétence du juge de paix et du tribunal civil : « Cela a l'avantage considérable, déclarait le sénateur de Bastard dans son rapport, de mettre le tribunal à la portée des parties intéressées et de rendre plus facile l'appréciation de l'indemnité, plus prompte la décision définitive. » De plus « il y a ici une véritable expropriation de la propriété mobilière ». Il est donc « tout naturel de trouver, dans le règlement de l'indemnité due pour expropriation mobilière, quelque chose d'analogue à ce qui se passe dans le règlement de l'indemnité pour expropriation d'immeubles. » Or « la loi du 8 mars 1810 est venue enlever aux tribunaux administratifs le règlement de cette indem-

147

SÉPARATION DES AUTORITÉS ADMINISTRATIVE ET JUDICIAIRE.

cas, le critérium logique préconisé cût voulu, puisque l'acte était de puissance publique, que le contentieux fût administratif.

En matière de listes électorales et d'élections, le contentieux a été déclaré tantôt judiciaire, tantôt administratif pour des raisons de convenance pratique et non pour des raisons tirées de la nature des actes. Ainsi, d'après la loi du 5 février 1817 (art. 5), le contentieux des listes électorales pour les élections législatives appartenait au préset en conseil de présecture (art. 5). Puis, l'expérience ayant prouvé que des abus d'autorité étaient commis par les présets dans la rédaction des listes électorales, la loi du 2 juillet 1828 décida que la décision du préset en conseil de présecture pourrait être attaquée devant la Cour royale (art. 18). C'est la solution consacrée plus tard par les lois du 19 avril 1831 (art. 33) pour les élections législatives, et du 22 juin 1833 (art. 29 et suiv.) pour les listes destinées à l'élection des conseils généraux et des conseils d'arrondissement. Néanmoins, pour les listes en matière d'élections municipales, le contentieux administratif (préset en conseil de présecture) sut maintenu par la loi du 21 mars 1831 (art. 46). Encore aujourd'hui, bien qu'il soit devenu judiciaire pour la plupart des listes électorales! (élections politiques, locales, consulaires 2), néanmoins, pour les listes des conseils de prud'hommes, la compétence des conseils de présecture a été conservée; le système de la loi municipale du

nité pour la consier à l'autorité judiciaire... Par suite, si un tribunal est compétent aujourd'hui en matière d'exprepriation mobilière..., ce ne peut être un tribunal administratif.

<sup>1.</sup> C'est la loi du 15 mars 1849 qui a chargé le juge de paix de statuer sur les réclamations en matière de listes électorales. On chercherait vainement dans les travaux préparatoires de cette loi une raison tirée de la nature de l'acte ou du recours. Le seul argument présenté en faveur de la compétence des juges de paix fut la proximité de ce magistrat du domicile des réclamants. Mais il est incontestable qu'à cette époque de réaction contre la juridiction administrative, on a écarté d'instinct la compétence de l'autorité administrative en cette matière.

<sup>2.</sup> D'après le code de commerce de 1807, article 619, le préfet dressait les listes d'élections consulaires, sauf approbation du ministre de l'intérieur. C'était donc le ministre qui statuait sur les réclamations. — Le décret du 28 août 1848 a conféré ces réclamations au tribunal civil avec recours possible devant la Cour de cassation. Le décret du 2 mars 1852 revint au système du code de 1807; préfet et ministre de l'intérieur (circulaire du ministre de l'intérieur du 19 mars 1852). Le décret-loi du 7 octobre 1870 établit la compétence du tribunal civil et la loi du 21 décembre 1871 confirma cette solution. Enfin la loi du 8 décembre 1883 (art, 5 et 6) attribue compétence au juge de paix et à la Cour de cassation. — Ainsi la compétence de té tantôt administrative (1807 à 1848; 1852-1870), tantôt judiciaire (1848-1852; 1870 à nos jours). Les raisons de ce changement ont été d'ordre politique.

21 mars 1831 leur a été déclaré applicable (L. 1er juin 1853, art. 8).

— Co sont aussi des raisons de convenance qui ont fait déclarer judiciaire le contentieux des élections aux tribunaux de commerce (L. 18 déc. 1883, art. 3), alors que, d'ordinaire, les réclamations en matière d'élections vont devant l'autorité administrative.

C'est ensin pour des motifs d'utilité pratique que, dans l'article 2 de la loi du 20 juillet 1899 sur la responsabilité civile des membres de l'enseignement public, l'on a consacré la compétence des tribunaux judiciaires (juge de paix, tribunal civil).

La conclusion est donc qu'il ne faut pas chercher dans les textes le critérium des compétences. A vouloir le faire, on s'expose à construire une théorie des actes de l'administration contraire aux faits 2. La vérité est qu'il faut résolument mettre de côté les textes, puisqu'ils n'ont pas été inspirés par une idée théorique uniforme, puisque les législateurs ont toujours ignoré les distinctions, ou les ont trouvées trop subtiles. Dès lors, s'il y a des textes qui cadrent avec le critérium dégagé par la doctrine et par la jurisprudence au cours du xixe siècle, c'est très ordinairement un pur hasard. La nature des actes n'a pas été la raison décisive. Il n'y a donc pas lieu d'en tirer argument en faveur d'un certain système d'interpré-

<sup>1.</sup> Certains proposaient le conseil de préfecture (le sénateur Thézard, rapporteur de la loi, séance du 21 mars 1899). Les sénateurs Demôle et Cordelet ayant demandé la compétence judiciaire, la Commission rédigea l'article 2 dans ce sens ; le Sénat l'a voté sans discussion (séance du 20 juin 1899). Lors du retour de la loi à la Chambre des députés, le ministre de la justice Monis a déclaré (séance du 30 juin 1899) : « L'hypothèse visée par la loi... est celle d'un procès directement dirigé contre l'État lui-même, en vue de le faire déclarer débiteur, Dans ces conditions, il faudrait avoir recours à la juridiction administrative et au Conseil d'État ; il est certainement plus expédient et plus à la portée de tout le monde, il sera aussi plus économique de prendre la voie indiquée par l'article 2 », c'est-à-dire la voie judiciaire.

a. C'est ce qui, à mon avis, est arrivé au professeur Hauriou. Sa théorie des actes est inspirée par la préoccupation de la faire cadrer à la fois avec les textes législatifs chaotiques et avec les solutions logiques de la jurisprudence. Sa tentative est très ingénieuse. Mais elle est impuissante à construire une théorie acceptable des actes administratifs. D'abord, elle repose sur une base trop fragile, en tant qu'elle suppose au législateur des intentions qu'il n'a jamais eues. De plus, la théorie doit forcément être vague, flottante. C'est l'un des principaux reproches que j'adresse à la théorie de la gestion administrative. Après coup, la théorie de la gestion peut tout expliquer, parce qu'on peut voir de la gestion partout, ou n'en pas voir, L'avantage du système, son but, c'est de donner à la compétence administrative en matière d'actions en justice proprement dites un fondement juridique solide. A mon avis, si la compétence des tribunaux administratifs réussit à s'étendre, ce sera à raison de l'utilité prátique que cette solution présente pour les administrés Quel meilleur fondement pourrait-on trouver à cette extension?

séparation des autorités administrative et judiciaire. 149 tation de la règle de la séparation des autorités, — pas plus, d'ailleurs, qu'il ne faut étayer des objections sur les dispositions législatives qui contredisent ce système.

Si cette première objection tirée des textes ne porte pas, en revanche les bizarreries des solutions auxquelles aboutit le critérium logique constituent une critique assez grave. Elles mettent le justiciable dans un grand embarras lorsqu'il veut porter son action en justice.

Plus sérieux encore est l'argument tiré de l'ignorance des agents judiciaires en matière de droit administratif. Cette ignorance est 🕅 indéniable. En fait, il n'est pas contestable qu'avec le recrutement actuel de la magistrature les actions en justice dirigées à l'occasion d'actes administratifs seront ordinairement mal jugées par les tribunaux civils et cours d'appel. Mieux vaut, pour les justiciables, s'adresser à des jurisconsultes qui ont consacré leur vie à l'étude du droit public, qu'à des agents qui ne connaissent guère que le droit privé. La spécialisation, qui, à juste titre, tend à prévaloir partout, ne saurait être mauvaise en matière juridictionnelle. Sans doute, l'objection n'est pas une objection de principe; elle vise en réalité le recrutement des tribunaux judiciaires. Elle serait sans grande force si ces derniers étaient plus souvent composés de jurisconsultes versés dans les dissérentes branches du droit. Mais il faut tenir compte des faits. Or, nous voyons, d'un côté, des juges inhabiles aux questions administratives, et de l'autre des juges rompus à ces memes affaires. Cette constatation devait avoir une influence. C'est elle qui me paratt avoir conduit, en doctrine et en jurisprudence, à modisser pour la troisième sois, mais dans un sens extensis, l'interprétation classique de la fameuse règle de la séparation des autorités administrative et judiciaire.

Section IV. — Signification actuelle de la règle de la séparation des autorités administrative et judiciaire.

Tous les jours, les juridictions administratives offrent aux administrés des garanties plus précieuses. Le temps n'est plus où l'expression « tribunaux judiciaires » était synonyme de justice, et celle de « tribunaux administratifs » synonyme d'arbitraire et de bon plaisir. L'organisation juridictionnelle très perfectionnée actuellement en

vigueur dans les tribunaux administratifs, la nouvelle allure prise par la procédure du consit positif d'attributions après la création du Tribunal des consits, la possibilité réelle pour les administrés de mettre en jeu la responsabilité des agents administratifs en cas de saute lourde, ensin le changement de jurisprudence — très savorable aux administrés — qui a marqué les premières années du xx\* siècle en ce qui concerne les actions en responsabilité dirigées contre les patrimoines administratifs, — toutes ces circonstances nouvelles devaient instuer et ont inslué sur le sentiment de l'opinion publique vis-à-vis de la juridiction administrative et, par suite, sur l'étendue même de la compétence des tribunaux administratifs . Il convient d'insister sur les saits qui sont en train d'amener cette modification des règles de compétence.

## I. - Développement des garanties reconnues aux administrés.

Je n'ai rien à ajouter à ce que j'ai dit sur la procédure du constit positif d'attributions et sur la responsabilité personnelle des agents administratifs.

En ce qui concerne l'organisation juridictionnelle, si tout n'est point parfait, s'il n'y a pas l'inamovibilité, l'essentiel, du moins, a

<sup>1.</sup> C'est ce que constatait déjà Vivien en 1849. (Rapport sur la loi du 3 mars 1849, dans Sirey, Lois annotées, 1849, p. 10, 11º colonne.) Comme exemples de l'inhabileté des agents judiciaires à juger les matières administratives, on peut citer les nombreuses affaires dans lesquelles les tribunaux judiciaires et le Conseil d'État ont été concurremment appelés à donner l'ur solution. Parmi les plus connues, epr. Cass. déc. 1862; 25 août 1864 et Conseil d'État 25 février 1864, Lesbats; 7 juin 1865. Tout récemment, Cass. 25 oct. 1900, Gorel, S. 1903, 1, 302; 31 décembre 1903, affaire Pescloux; et Conseil d'État 6 juillet 1902, Gorel, S. 1903, 3, 65 et la note d'Hauriou.

Il faut ajouter la science administrative consommée de ceux qui, au Conseil d'État, dirigent sa jurisprudence. Bien passé est heureusement le temps où Macarel constatait la présomplueuse ignorance qui régnait dans la magistrature administrative, où, « à l'exception de quelques exemples honorables, on semblait vouloir ne s'attacher qu'aux règles posées par les décisions dont on a été le témoin, sans recourir à la science qui donne en si peu de temps une si longue expérience », « Une expérience de quinze années, et la longue étude de ses actes, déplorait Macarel, m'ont donné la conviction qu'il y a, en général, parmi les magistrats de cet ordre, peu d'amour de la science et d'ardeur au travail dont elle est le fruit. C'est un grand mal; car une conscience droite ne suffit point au juge, et son zèle même peut l'égarer. » (Op. ett., p. 505 et s.)

<sup>2.</sup> C'est co qu'avait prévu, avec une grande perspicacité, Macarel, des 1828, dans son remarquable livre consacré aux Tribunaux administratifs. Il prévoyait le temps où a la sagesse de ses décisions aura acquis (à la magistrature administrative) cette haute considération morale qui lui manque encore. 3 (P. 567.)

151

été obtenu, à savoir : la publicité, le débat contradictoire, le bon marché relatif de la procédure. J'estime, avec la plupart de ceux qui étudient la jurisprudence administrative, que les garanties d'impartialité qu'offre aux justiciables le juge administratif de droit commun, le Conseil d'État, sont plus grandes que celles que présente le juge judiciaire de droit commun, le tribunal civil de première instance.

Un autre sait extremement remarquable et qui est la manisestation d'un état d'esprit nouveau, c'est l'extension considérable que, au cours de ces dernières années, le Conseil d'État a donnée au contentieux de l'annulation. D'une part, les sins de non-recevoir autresois opposées aux recours pour excès de pouvoir et tirées, soit de la nature de l'acte<sup>2</sup>, soit du désaut d'intérêt<sup>3</sup>, soit de l'existence d'un recours parallèle<sup>4</sup>, ont beaucoup perdu de leur rigueur. D'autre

<sup>1.</sup> Pour les agents judiciaires, en fait, l'inamovibilité véritable n'existe qu'à la Cour de cassation: pour les autres juges judiciaires, l'avancement ruine la règle de l'inamovibilité. C'est un mal reconnu par tout le monde. Les conseillers d'État sont, en fait, sinon en droit, inamovibles. Il n'y a pas d'exemple de révocation d'un conseiller d'État depuis 1875. Mieux vaudrait évidemment l'inamovibilité de droit. Néanmoins, l'inamovibilité de fait a permis au Conseil d'État de rendre des arrêts extrêmement graves contre l'État (12 janvier 1835, Compagnie du chemin de fer de Paris à Orléans, Recueil, p. 31 et s.). L'inamovibilité de droit est d'ailleurs réclamée, depuis la Restauration, par beaucoup de publicistes et d'hommes d'État très favorables à la juridiction administrative. (Cpr. en ce sens, pour la Restauration, Macarel, Des Tribunaux administratifs, op. cit., 1828, p. 482 et s.; et pour l'heure actuelle, l'excellente note de II. Berthélemy, op. cit., 2° édit., p. 849.)

<sup>2.</sup> Cpr. supra p. 107 et s., l'évolution de la jurisprudence en matière d'actes de gouvernement.

<sup>3.</sup> Parmi les arrêts les plus remarquables, il faut citer l'arrêt du Conseil d'État du 29 mars 1901, Casanova (Recueil, p. 333, et S. 190, 2, 373 et la note d'Hauriou), et l'arrêt du 12 décembre 1903, Lot, Revue gen. d'adm., 1903, III, p. 437 et s. Ces deux arrêts ont considérablement modifié la notion de l'intérêt requis pour se pourvoir pour excès de pouvoir. En particulier, le dernier arrêt a orienté la jurispru-dence du Conseil d'État dans un sens très favorable aux administrés. Le Conseil d'État a déclaré recevable le recours formé par un archiviste-paléographe contre la nomination à un emploi que le ministre, soutenait le requérant, avait, par une Jausse interprétation de la loi, enlevé aux archivistes-paléographes. Ceci marque la tendance de la jurisprudence à se contenter d'un simple intérêt pour former un recours pour excès de pouvoir, alors même que le grief allégué est la fausse application de la loi : « Considérant que les dispositions de l'article 7 de la loi du 14 mai 1887 qui exigent qu'aux Archives nationales les titulaires d'emplois, autres que celui de conmis, soient pris parmi les archivistes-palcographes, conferent à ces derniers un droit exclusif à l'obtention de ces emplois; qu'ainsi le sieur Lot, en sa qualité d'archivistepaléographe, a un intérêt personnel et est par suite recevable à demander l'annulation de toute nomination faite contrairement aux dispositions qui précèdent.

<sup>4.</sup> Conseil d'État 29 mars 1901, Casanova, Recueil, p. 333, et S. 1902, 3, 73 et la note d'Hauriou; 24 juillet 1903, commune de Massat; 7 août 1903, Chabot,

part, le Conseil d'État se montre de plus en plus sévère pour apprécier la conduite fonctionnelle des agents administratifs; il exige que ceux-ci se conforment non seulement à la lettre de la loi, mais encore à son esprit; il veut qu'ils se servent des pouvoirs qui leur sont confiés, uniquement pour atteindre des buts strictement légaux et non pour satisfaire des rancunes ou des passions politiques.

Quant à la responsabilité des patrimoines administratifs, une véritable révolution est en train de s'accomplir. A la jurisprudence qui ne voyait dans l'indemnité prélevée sur les patrimoines administratifs, au cas d'acte de puissance publique préjudiciable, qu'une sorte de secours gracieux alloué en la forme juridictionnelle, le Conseil d'État tend à substituer la solution, plus favorable aux administrés, de la situation juridique individuelle, du droit véritable sanctionné par l'action en justice proprement dite.

Roy et autres, (Les deux derniers errets dans la Revue gén. d'adm., 1903, III, p. 299 et s., avec une note de Ch. Rabany; cpr. aussi S. 1904, 3, 1 et la note d'Hauriou.)

<sup>1.</sup> Sur le développement de la notion de détournement de pouvoir, voyez les arrêts suivants: Conseil d'État 16 novembre 1900, Maugras, Recueil, p. 617; 29 mars 1901, Gasanova, Recueil, p. 333 et S. 1902, 3, 73 et la note d'Hauriou; 31 janvier 1902, Graziet'i, Recueil, p. 55; Rerue gén. d'adm., 1902, I, p. 282 et la note de Le Gouix, et S. 1902, 3, 113 et la note d'Hauriou; 19 juin 1903, Ledochowski, Rev. gén. d'adm., 1903, II, p. 166 et la note de Le Gouix.

<sup>2.</sup> Ce n'est pas ici le lieu de développer longuement ce changement de jurisprudence. Je me borne à citer trois arrêts récents qui sont la manifestation de ce nouvel état d'esprit. Première affaire. Conseil d'État 27 février 1903, Zimmermann. On trouvera l'arrêt et les conclusions de M. Romicu, commissaire du Gouvernement, dans le Recueil des arrêts du Gonseil d'État, 1903, p. 179 et s.

Deuxieme affaire. - Conseil d'Etat 23 mai 1903, Le Berre. - Un sous-officier avait été l'objet de deux cassations de grade irrégulières, postérieurement annulées pour ce motif par le ministre. Ces mesures disciplinaires avaient causé un grave préjudice matériel et moral au sous-chicier, en le mettant dans l'impossibilité d'être nomme adjudant, puis de contracter un nouvel engagement et d'obtenir ainsi, après quinze ans de service, une pension de retraite et un emploi civil. En consequence, le sous-officier, victime des mesures disciplinaires irrégulières, demandait que l'État fût condamné à lui payer une indemnité de 33 000 fr. Le ministre de la guerre opposait une fin de non-recevoir tirée principalement de ce que . l'État ne saurait être pécuniairement responsable des conséquences d'actes de puissance publique »; accessoirement, le ministre ajoutait que le requérant e n'invoque pas un préjudice matériel direct et certain; que le seul qu'il ait éprouvé a été réparé par le rappel de toutes les allocations auxquelles il avait eu droit comme sergent-major depuis le jour où il a été privé de cet emploi jusqu'au jour de sa libération; que le préjudice moral éprouvé a été réparé par la nomination du requérant en qualité d'officier de réserve et par l'allocation de la médaille militaire. . - D'ordinaire, les arrêts rendus en matière de responsabilité de l'État à la suite d'actes dits de puissance publique sont ainsi libelles : « En admettant que les faits allégues par le requérant lui aient causé un préjudice, ces faits ne sont pas de nature à lui ouvrir un droit à indemnité contre l'État . Cpr. Conseil d'Etat 13 janvier 1899, Lepreux,

Il importe d'avoir bien présentes à l'esprit toutes ces circonstances pour comprendre le mouvement des idées. Les deux propositions suivantes expliquent le régime juridique actuellement en viqueur.

1º Les administrés ont de plus en plus la juste sensation que les

Recueil, p. 18, et S. 1900, 3, 1 et la note d'Hauriou : « Considérant qu'il est de principe que l'Etat n'est pas, en tant que puissance publique, responsable de la n'gli-gence de ses agents; considérant, des lors, qu'en admettant même que le sieur Lepreux pût relever une faute personnelle de la part des agents.... il ne serait pas fondé à soutenir que l'État dût en être déclaré pécuniairement responsable, » Conseil d'État 15 décembre 1899, Adda, Recueil, p. 734: « Considérant que, pour réclamer à la ville de Constantine une indemnité à raison du préjudice que lui aurait causé l'arrêté du maire qui l'a révoqué de ses fonctions.... le sieur Adda se fonde sur ce que cette mesure disciplinaire aurait été prononcée par le maire en violation des formes prescrites par l'arrêté réglementaire du 18 mai 1887; mais considérant, d'une part, que l'arrêté de révocation d'un fonctionnaire communal ne peut, même s'il est irrégulier, engager la responsabilité pécuniairs de la commune ; considérant, d'autre part, qu'en tenant pour exactes les allégations du requérant, la seule voie de recours qui lui fût ouverte était celle du recours pour excès de pouvoir..... Conseil d'Etat 15 déc. 1839, Lefevre, Recueil, p. 735. — Dans ses conclusions, le commissaire du Gouvernement Teissier a très nettement répudié cette jurisprudence : Doit-on étendre le principe de l'irresponsabilité de l'État aux actes dits de puissance publique? On l'a dit maintes fois, mais sans donner à l'appui de cette affirmation aucune espèce de motif juridique..... Le commissaire du Gouvernement proposa au Conseil d'État de repousser l'ancienne formule et d'adopter la suivante : Considérant que le ministre reconnaît que les mesures disciplinaires prononcées contre le sieur Le Berre l'ont été contrairement aux prescriptions des lois de 1881 et 1889 et que, notamment, les dispositions de la loi de 1883 n'ont pas été respectées : que le défaut d'accomplissem nt des formalités qui entourent la cassation engage la responsabilité de l'Élat (ou que l'illégalité de la cassation est de nature à engager)... et qu'ainsi c'est à tort que le ministre a déclaré que le sieur Le Berre n'était pas recevable à demander la réparation du préjudice qui lui avait été causé. Mais considérant qu'à la suite du retrait par le ministre des mesures disciplinaires qui l'avaient frappé, le sieur Le Berre a touché les allocations auxquelles il avait droit : que, dans les circonstances de l'affaire, il ne justifie pas d'un dommage plus considérable lui permettant de réclamer, en outre, l'allocation d'une indemnité. » Le Conseil d'État, dans son arrèt du 29 mai 1903, n'a pas adopté la rédaction que lui proposait le commissaire du Gouvernement et qu'il a trouvé trop doctrinale; mais il a écarté l'ancienne formule, ce qui est absolument capital. De plus, il n'a rejeté la requête qu'après avoir constaté que les allocations dont avait bénélicié le requérant étaient une réparation suffisante du préjudice causé, ce qui est la reconnais-sance même du droit du requérant. — Voici l'arrêt : « Considérant que, par une décision du 22 mai 1900, le ministre de la marine a annule comme ayant été irréqulièrement prises les mesures disciplinaires dont le sieur Le Berre avait été l'objet, et que, sans vouloir recourir à une nouvelle instruction, il a, comme consequence de cette annulation, prescrit le rappel des diverses allocations que le requérant aurait du toucher, comme sergent-major en activité de service; - que les réparqtions qui précèdent sont les seules que le sieur Le Berre était en droit de prétendre ; que, d'ailleurs, il a été ultérieurement relevé de l'atteinte portée à sa considération par l'attribution de la médaille militaire et sa nomination au grade d'officier de

Troisième affaire. — Conseil d'État, 11 décembre 1903, Villenave c. ville d'Alger. — « Vu la requête présentée par le sieur Villenave, ingénieur civil, et tendant

tribunaux administratifs actuels sont de véritables juges, qui leur font vraiment justice. L'autorité administrative compétente pour connaître des matières administratives n'est plus, à leurs youx, comme

à ce qu'il plaise au Conseil annuler une délibération.... par laquelle le conseil municipal de la ville d'Alger a rejeté sa demande d'indemnité à raison du préjudice que lui a causé son licenciement prononcé par arrêté du maire d'Alger... de ses fonctions d'ingénieur en chef du service des travaux communaux. Ce faisant, attendu que, si le maire peut, en vertu de la loi du 5 avril 1884, révoquer les employés communaux, cette faculté ne doit pas s'exercer au mépris des droits acquis; qu'il en est ainsi lorsque la commune méconnaît les formes et conditions qu'elle a elle-même fixées pour la stabilité des emplois; qu'en l'espèce, le reglement du 30 décembre 1879, sur les services municipaux de la ville d'Alger, visé dans l'arrêté de nomination du requérant, disposait que le licenciement d'un employé municipal ne peut être prononcé qu'après convocation d'un conseil de discipline; qu'aux termes d'autres articles du même règlement, toute affaire comportant décision doit être soumise à un conseil d'administration composé de tous les membres de la municipalité sous la présidence du maire; qu'au cas actuel, aucune de ces conditions n'a cté remplie; qu'au fond la mesure prise contre le requérant constitue une révocation déquisée; condamner la ville d'Alger; 10 à payer au requérant une indemnité de 25 000 fr. ; 2º à lui rembourser les retenues s'élevant à 1 015 fr. qu'il a versées...; - Vu le mémoire en désense présenté pour la ville d'Alger, représentée par son maire en exercice à ce dument autorisé...., et tendant au rejet de la requête avec dépens par les motifs qu'un arrêté de licenciement ne peut, même s'il est irrégulier, engager la responsabilité pécuniaire de la commune ; qu'au fond d'ailleurs, il n'y a cu, en l'espèce, ni violation du règlement — la disposition du règlement invoquée d'une part ne s'appliquant qu'à la révocation par mesure disciplinaire, et la réunion d'un conseil d'administration sous la présidence du maire n'étant qu'une mesure d'ordre intérieur ne constituant nullement une gerantie procurce au personnel - ni une révocation déguisée, puisque la mesure prise n'est que la consequence d'une réorganisation de service : - Considérant qu'à nucun moment il n'est intervenu de contrat entre la ville et le requérant à l'occasion du service à la tête duquel il a été placé et que c'est par arrêté du maire... qu'il a été nommé ingénieur en chef...; - Considérant que... le maire l'a licencié de cet emploi,.... à la suite d'une délibération du conseil municipal décidant la réorganisation du service; que cette délibération a fixé à trois mois de traitement l'indemnité que le conseil municipal a jugé équitable de lui accorder ; que, dans les circonstances de l'affaire, cette indemnité est suffisante et que le requérant n'est pas fondé à réclamer des dommages-intérêts.... » Le commissaire du Gouvernement Teissier avait demandé au Conseil d'État de repousser la sin de non-recevoir opposée par la commune et par le ministre de l'intérieur; il avait rappelé ses conclusions et l'arrêt rendu dans l'affaire Le Berre; enfin, avait-il ajouté, « il ne nous paraît pas qu'une commune puisse, à toute époque, et sans raison, renvoyer du jour au lendemain un de ses agents, sans indemnité. Les principes généraux du droit, les règles les plus élémentaires de l'équité exigent, en pareil cas, suivant nous, l'allocation d'une indemnité pour permettre à ces agents ainsi sacriflés de chercher une situation nouvelle. L'attribution des trois mois de traitement alloués par le conseil municipal est une indempité suffisante .. A rapprocher : 1º l'arrêt du Conseil d'État du 9 juin 1899, Bergeon c, ville d'Agde, Recueil, p. 415 : Considérant que.... la suppression de son emploi, prononcée régulièrement.... ne peut ouvrir à son prosit (du fonctionnaire révoqué) droit à aucune indemnité contre la commune. » 2º Conseil d'État du 8 sout 1899, Burgat, Recueil, p. 593 : « Considérant que.... c'est sans droit que le requérant soutient que la mesure prise contre lui (révocation) a été irréqulière et qu'elle a pu engager la responsabilité pécuniaire de la ville.....

à la sin du xyme siècle et dans la première partie du xixe siècle, une autorité justement suspecte de partialité pour l'administration, daignant quelquesois accorder aux administrés des secours en cas de préjudice. Désormais, il importe peu aux justiciables, au point de vue de l'impartialité, d'aller devant les tribunaux administratifs ou devant les tribunaux judiciaires. La juridiction administrative est, au moins, aussi impartiale que la judiciaire. La règle de la séparation des autorités administrative et judiciaire ne signisse donc plus que les actes des agents administratifs sont soustraits à tout contrôle juridictionnel ou ne sont soumis qu'à un contrôle juridictionnel réduit; elle signisse que ces actes sont soumis à des tribunaux administratifs qui se livreront à un contrôle vraiment et pleinement juridictionnel, c'est-à-dire tel que doit l'exercer un juge digne de ce nom, exclusivement préoccupé d'assurer le respect de la loi, quelles que soient les parties en cause.

2º La règle avant cette nouvelle signification, la question s'est tout naturellement posée de savoir s'il convenait de maintenir l'interprétation qui avait prévalu au cours du xixe siècle et qui tendait à restreindre le plus possible la compétence des agents juridictionnels administratifs et à les cantonner dans le contentieux de l'annulation. Peut-être la solution qui avait fini par prévaloir était-elle plus logique; mais, incontestablement, les tribunaux administratifs sont mieux placés que les judiciaires pour juger les actions administratives, c'est-à-dire pour appliquer les théories du droit public et administratif, de même que les tribunaux judiciaires sont mieux outillés pour rendre la justice en matière civile, c'est-à-dire pour appliquer les théories du droit civil et privé. L'intérêt bien entendu des administrés étant que les « affaires administratives » aillent devant la juridiction administrative, on a songé à étendre la compétence de celle-ci. Non seulement, a-t-on dit, le contentieux de l'annulation doit lui appartenir en principe - ce qui est l'abou-

<sup>1.</sup> Tel serait cependant encore aujourd'hui le droit en vigueur, si l'on en croit certains écrivains: R. Jacquelin, L'Évolution de la procédure administrative, Revue de droit public, 1903, I, 387 : « Dans une large mesure, la juridiction administrative continue à traiter l'action comme un simple recours gracieux. » Ces lignes me semblent traduire exactement l'ancien et regrettable état d'esprit, mais ne plus convenir aux idées qui prévalent de nos jours au Conseil d'État. La notion du caractère gracieux des indemnités allouées aux victimes des actes de l'administration me paraît avoir disparu aujourd'hui.

tissant logique de l'évolution historique française — mais aussi le contentieux au fond, toutes les fois que l'action en justice met en jeu une théorie spéciale de droit administratif.

## II. - Le droit actuel; règles de compétence.

Tolles sont les conclusions auxquelles sont arrivés quelques publicistes et certains membres du Conseil d'État.

En doctrino, à côté de l'ancienne théorie faisant la répartition des compétences d'après la classification en actes de puissance publique et actes de gestion — théorie qui conserve des partisans nombreux et convaincus — un système nouveau a été proposé : les tribunaux administratifs, quant au contentieux de pleine juridiction, connattraient de tous les litiges nés à l'occasion « des actes et des opérations qui constituent l'exécution des services publics », de toutes les actions en indemnité formées par les administrés contre les patrimoines administratifs à l'occasion de « l'exécution des services publics ».

Do son côté, le Conseil d'État a suivi une évolution dans le sens de l'extension de la compétence de la juridiction administrative. Cola est certain. Reste à résumer cette jurisprudence en des formules précises. Ici commence la difficulté.

<sup>1.</sup> En ce sens, Berthélemy, op. cit., 2º édit., p. 21 et s. ; p. 844 et s.

<sup>2.</sup> En ce sens, Hauriou, Droit adm., 5º cdit., p. 797 et s. et surtout p. 799, 800 et 801 (Cpr. aussi la note moins précise d'Hauriou sous l'arrêt Terrier, S. 1903, 3, 25 et s.): « 1º En principe, la juridiction administrative doit être saisie du contentieux de pleine juridiction souleve par les actes et les openations de gestion PUBLIQUE, c'est-à-dire par les actes et les opérations qui constituent l'exécution DES SERVICES PUBLICS. Il en est de même du contentieux sur les indemnités réclamées par les administrés se trouvant vis-à-vis de l'administration dans une situation de cestion publique, c'est-à-dire dans la situation de collaborateurs à l'exè-CUTION DES SERVICES PUBLICS. » - 2º « Les tribunaux judiciaires doivent être saisis du contentieux de pleine juridiction souleve par les actes et les opérations de destion privée des administrations publiques, à moins d'exception consacrée par un texte. - Lorsqu'il s'est produit par le fait de l'administration une pérossession DÉFINITIVE DE PROPRIÉTÉ, les tribunaux judiciaires peuvent être saisis de demandes tendant à compenser par une indemnité pécuniaire l'expropriation indirecte.....-Les tribunaux judiciaires sont compétents encore pour les poursuites intentées contre les fonctionnaires, avec cette réserve que l'appréciation de la nature de la faute est réservée au Tribunal des conslits, si le préset élève le conslit. »

<sup>3.</sup> C'est ce que constate l'un des jurisconsultes qui ont contribué et contribuent le plus à ce mouvement, le savant commissaire du Gouvernement Romieu, conclusions dans l'arrêt du 6 février 1903, Terrier, S. 1903, 3, 25 et s. « La compétence administrative s'élargit de jour en jour par l'action lente mais incessante de la

Tout récemment, le Conseil d'État a été invité, d'une manière très catégorique et très pressante, par l'un de ses commissaires du Gouvernement, à adopter les formules suivantes : « Tout ce qui concerne l'organisation et le fonctionnement des services publics proprement dits, généraux, locaux — soit que l'administration agisse par voie de contrat, soit qu'elle procède par voie d'autorité -- constitue une opération administrative qui est, par sa nature, du domaine de la juridiction administrative, au point de vue des litiges de toute sorte auxquels elle peut donner lieu. - Toutes les actions entre les personnes publiques et les tiers, ou entre ces personnes publiques elles-mêmes, et fondées sur l'exécution, l'inexécution ou la mauvaiso exécution d'un service public, sont de la compétence administrativo, et relèvent, à défaut d'un texte spécial, du Conseil d'Etat, jugo de droit commun du contentieux de l'administration publique, générale ou locale. » Voila le champ que l'on propose d'assigner à la compétence administrative. Voici maintenant la formule qui délimiterait le terrain des tribunaux judiciaires: « Il faut réserver, pour les départements et les communes, comme pour l'État, les circonstances où l'administration doit être réputée agir dans les mêmes conditions qu'un simple particulier et se trouve soumise aux mêmes règles comme aux mêmes juridictions. » Développant le sens du criterium, on ajoute: « Cette distinction entre ce qu'on a proposó d'appeler la gestion publique et la gestion privée 2 peut se faire soit à raison de la nature du service qui est en cause, soit à raison de l'acte qu'il s'agit d'apprécier. Le service peut, en esset, tout en intéressant une personne publique, ne concerner que la gestion de son domaine privé; on considère, dans ce cas, que la personne publique agit comme une personne privée, comme un pro-

jurisprudence. » — L'origine lointaine — mais certaine — de ce mouvement est la décision du Tribunal des conflits du 8 juin 1873, Blanco: « Dans une action en responsabilité contre le patrimoine administratif de l'État, le Tribunal des conflits a fondé la compétence administrative non sur la loi du 26 septembre 1793, mais uniquement sur le principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire et sur la loi du 24 mai 1872 d'après laquelle le Conseil d'État statue souverainement sur les recours « en matière contentieuse administrative ». — « C'était, comme le constate le commissaire du Gouvernement Nomieu, l'abandon définitif des anciens textes relatifs à la liquidation des dettes de l'État, considérés comme inutiles, »

<sup>1.</sup> C'est dans l'affaire qui a donné lien à l'arrêt du 6 sévrier 1903, Terrier, S. 1903, 3, 26 et s., que le Conseil d'État a été saisi par son commissaire du Gouvernement Romieu des formules reproduites au texte. (S. 1903, 3, 28, 3° colonne.)

<sup>2.</sup> C'est la terminologie proposée par Hauriou, op. et loc. cit.

priétaire ordinaire, dans les conditions du droit commun. D'autre part, il peut se faire que l'administration, tout en agissant, non comme personne privée, mais comme personne publique, dans l'intérêt d'un service public proprement dit, n'invoque pas le bénéfice de sa situation de personne publique, et se place volontairement dans les conditions d'un particulier - soit on passant un de ces contrats de droit commun. d'un type nettement déterminé par le Code civil (location d'un immeuble, par exemple, pour y installer les bureaux d'une administration), qui ne suppose par lui-même l'application d'aucune règle spéciale au fonctionnement des services publics, soit en effectuant une de ces opérations courantes que les particuliers font journellement, qui supposent des rapports contractuels de droit commun, et pour lesquelles l'administration est réputée entendre agir comme un simple particulier (commande verbale chez un fournisseur, salaire à un journalier, expedition par chemin de fer aux tarifs du public, etc.). »

Co nouveau criterium aboutirait aux consequences suivantes : 1º Lo contentieux de l'annulation appartient, par sa nature, à la juridiction administrative. C'est la solution ancienne. - 2º Le contentieux de pleine juridiction, en tant qu'il s'agit du domaine privé, appartient, par sa nature, à la juridiction judiciaire, C'est encore la solution ancienno. — 3º Lo contentieux de pleine juridiction, en tant qu'il s'agit de la gestion des services publics, appartient, par sa nature, aux tribunaux judiciaires, toutes les fois que l'administration, en accomplissant l'acte qui sert de base à l'action en justice, s'est placée volontairement dans les conditions d'un particulier :. C'est aussi la solution ancienno. — 4º Lo contentieux de pleine juridiction, en tant qu'il s'agit de la gestion des services publics, appartient, par sa nature, aux tribunaux administratifs, toutes les fois que l'acte de l'administration qui sert de base à l'action en justice suppose lui-même l'application d'une règle spéciale au fonctionnement des services publics. C'est sur ce point que le criterium nouyeau se sépare du système en faveur dans la deuxième moitié du xıxe siècle.

<sup>1.</sup> Sur ce point, Romieu se sépare d'Hauriou. Ge dernier, en effet, déclare administratifs tous les contrats par lesquels s'exécutent les services publics. (Cpr. Droit adm., op. cit., p. 206, note 2; et la note dans Sirey, 1900, 3, 81.)

Quant à déterminer « les cas dans lesquels on so trouve en présence d'un service public fonctionnant avec des règles propres, ou, au contraire, en face d'actes qui, tout en intéressant la communauté, empruntent la forme de la gestion privée et entendent se maintenir exclusivement sur le terrain des rapports de particulier à particulier, dans les conditions du droit privé », c'est, a-t-on dit, à la jurisprudence à le faire .

Le Conseil d'État adopte-t-il les formules proposées? Ce qui est certain, c'est que, s'il ne l'a pas encore fait, il y tend manifestement. Si, en esset, on analyse avec soin — et sans idée préconçue — les arrêts les plus récents du Conseil d'État et les dernières décisions du Tribunal des consiits, on est amené à constater la consécration de la compétence administrative par nature, toutes les fois que l'action natt à l'occasion d'un service public et ne repose pas sur un acte contractuel?

Je laisse, tout d'abord, de côté les cas dans lesquels la loi a formellement attribué la compétence: travaux publics, marchés de fournitures de l'État, domaines nationaux, etc.

Cette observation faite, la jurisprudence me paraît avoir adopté les règles suivantes :

1° Toutes les fois que le recours contentieux au fond repose sur une manifestation unilatérale de volonté d'un agent administratif, la compétence est, par sa nature, administrative. Ex.: contentieux des traitements, des pensions; action en indemnité à raison d'une révocation, d'un licenciement par suite de suppression d'em-

<sup>1.</sup> Romieu, op. e! loc. cil., S. 1903, 3, 29, 1re colonne: « Il appartient à la jurisprudence de déterminer pour les personnes publiques locales, comme elle le fait pour l'Étal, dans quels cas on se trouve... »

<sup>2.</sup> Je laisse de côté le contentieux de l'annulation qui, par sa nature, est administratif. Cela est admis par tout le monde.

<sup>3.</sup> Conseil d'État 29 juillet 1898, Fayard, Recueil, p. 601. Le recours repose sur l'acte unilatéral de nomination.

<sup>4.</sup> Pensions de l'État ou des départements et des communes. Conseil d'État 4 juillet 1884, Bussereau. Les contestations qui peuvent s'élever entre un département et un de ses agents, pour l'application des statuts de la caisse des retraites des employés de ce département à la liquidation de la pension à laquelle cet agent prétend avoir droit à raison des fonctions qu'il a exercées, appartiennent au contentieux administratif. Le recours repose tout entier sur l'acte unilatéral de nomination de l'agent.

<sup>5.</sup> Conseil d'État 13 décembre 1889, Gadot, S. 1892, 3, 17; 8 août 1899, Bargat, Recueil, p. 593; 15 décembre 1899, Adda, Recueil, p. 734; 29 mai 1903, Le Berre.

ploi; action en payement de primes promises par une décision unilatérale<sup>2</sup>; action en paiement d'une subvention promise par acte unilatéral<sup>3</sup>, etc.

2º Toutes les fois que le recours contentieux au fond repose sur une manifestation contractuelle de volonté, la compétence est, par sa nature, judiciaire 1, même s'il s'agit de la gestion d'un service public et sans qu'il y ait à distinguer entre les services de l'État et les services locaux.

1. Conseil d'État 9 juin 1899, Bergeron c. ville d'Agde, Recueil, p. 415; 11 décembre 1903, Villenave c. ville d'Alger.

<sup>2.</sup> Conseil d'État 6 février 1903, Terrier, S. 1903, 3, 25. Voici l'affaire. Le sieur Terrier avait demandé vainement au département de Saône-et-Loire le payement d'un certain nombre de primes promiscs par le couseil général pour la destruction des vineres. Sur l'action portée devant le Conseil d'État, celui-ci s'est déclaré compétent : « Considérant qu'étant donnés les termes dans lesquels a été prise la délibération du conseil général allouant des primes pour la destruction des animaux nuisibles et a été voté le crédit inscrit à cet effet au budget départemental de l'exercice 1900, le sieur Terrier peut être fondé à réclamer l'allocation d'une somme à ce titre; que, du refus du préfet d'admettre la réclamation dont il l'a saisi, il est ne, entre les parties, un lilige dont il appartient au Gonseil d'Etat de connaître.... » On remarquera que l'affaire soulevait une question de droit civil : La manifestation unilaterale de volonté peut-elle créer une obligation juridique ? Le cas est absolument identique à celui d'un pa ticulier qui promettrait une récompense à celui qui rapportera un objet perdu. Avec le criterium de Romieu, la compétence n'auraitelle pas dù être judiciaire, contrairement à l'affirmation contenue dans les conclusions (S. 1903, 3, 29, 2º colonne)? Sons doute, on peut dire que la destruction des vipères doit être considérée comme faisant l'objet d'un véritable service public; mais le commissaire du Gouvernement Romieu déclare que la compétence administrative suppose la réunion de deux conditions : le service public, un acte accompli en dehors des conditions d'un parliculier. La première condition est bien remplie; la seconde l'est-elle?

<sup>3.</sup> Conseil d'État set juin 1900, Moreau, Recueil, p. 383.

A. En fait, pour la plupart des actes contractuels accomplis pour le compte de l'Etat, un texte consacre la compétence administrative. En particulier, la jurisprudence du Conseil d'État interpréte très largement le décret du 11 juin 1806 qui attribue compétence au Conseil d'État pour les marches de fournitures. (Cpr. Conseil d'Etat 25 fevrier 1869, Pinard.) Des lors, en fait, la règle s'applique surtout aux actes contractuels accomplis pour le compte des administrations locales. (Trib. des conflits 11 mai 1901, Casadavant, Recue'l, p. 459; deux décisions du 8 novembre 1902, Faillelle, Recueil, p. 645, commune de Villeneuve, Recueil, p. 646; 28 novembre 1903, préfet des l'yrénées-Orientales.) Très caractéristique à cet égard est l'affaire Moreau qui a donne lieu à un arrêt du Conseil d'État du 1et juin 1900 (Recuell, p. 383) et à une décision du Tribunal des consits du 16 novembre 1901 (Recueil, p. 809). Voici l'espèce. Une dome Moreau, sage-femme, s'est installée dans une commune en considération de la subvention annuelle promise par le conseil municipal. Plus tard, le conseil municipal supprime la subvention annuelle. Action en indemnité formée par la sage-femme contre le patrimoine administratif communal. Le Conseil d'État (10 juin 1900) déclare : De trois choses l'une : 1º ou bien a le conseil municipal s'est borné à voter une indemnité annuelle pour la sage-femme qui viendrait s'installer dans la commune » à titre de subvention purement gracieuse, auquel cas, il y a acte administratif unitalèrat et compétence administrative; 2º ou bien, il y a eu de ce

3° Toutes les fois que le recours contentieux au fond est formé à raison d'un agissement matériel positif ou négatif, omission, négligence d'un fonctionnuire administratif, la compétence est, par sa nature, administrative si la responsabilité d'un patrimoine administratif est engagée et mise en cause de .— La compétence, par sa nature, est judiciaire, si la responsabilité personnelle du fonctionnaire administratif est engagée et mise en cause d.

Si le recours contentieux au fond est formé à raison des agisse-

chef creation d'un emploi municipal, nomination d'un fonctionnaire municipal et révocation de ce fonctionnaire, auquel cas il y a acte unitatera! et compétence administrative pour apprécier s'il y a lieu à indemnité à raison de la révocation. Dans l'espèce, cette indemnité est refusée, attendu que « des circonstances de la cause il ne resulte pas que la sage-femme ait occupe un emploi municipal; par suite, le refus du conseil municipal de maintenir la subvention ne constitue pas une suppression d'emploi »; 3º ou bien « par le fait de l'offre de la commune et de son acceptation, il s'est forme entre la sage-femme et la commune un contrat synallagmatique, auquel cas, comme aucune disposition de loi n'a attribué compétence aux tribunaux administratifs pour juger les difficultés nées d'une convention de cette nature », c'est à tort qu'un tribunal administratif se déclarerait compétent pour connaître de la demande en indemnité. C'est aussi la thèse adoptée par le Tribunal des conflits (16 novembre 1901): « Considérant que, dans les conditions où elle a exerci dans la commune... sa profession de sage-femme, la dame Moreau ne saurait être regardée comme ayant occupé un emploi municipal ; d'autre part, que la convention qu'elle prétend s'être formée entre elle et la commune constitucrait un contrat de droit commun dont la connaissance ressortirait à l'autorité judiciaire...

1. Conseil d'État 0 janvier 1899, Hæges!ram, Recueil, p. 1; 13 janvier 1899, Société des produits céramiques de Boulogne-sur-Mer, Recueil, p. 19: a Considérant que la responsabilité de l'État serait engagée s'il était établi que l'inondation

peut être imputée à un défaut de vigilance de ses agents... »

2. Pour les actions en indemnité contre le patrimoine administratif de l'État, la solution est traditionnelle (Conflits 15 mars 1902 Mascaras, Recueil, p. 209) ! « Considérant que... le Tribunal (civil)... s'est à bon droit déclaré incompétent pour connaître de la demande, en tant qu'elle était dirigée contre l'État... » La jurisprudence invoquait autrefois, pour s'étayer, les lois de la période révolutionnaire : aujourd'hul, elle s'appuie sur la règle de la séparation des autorités administrative et judiciaire. (Gpr. sur ce point : Berthelemy, op. cit., 2º édit., p. 600 et s.; et les conclusions de Romieu dans l'arrêt Terrier, S. 1903, 3, 28, 1º colonne.) Pour les actions en indemnité contre les patrimoines administratifs des départements, des communes ou des établissements publics, la solution est plus récente ; mais elle paralt certaine. (Conseil d'Etat 31 janvier 1902, Grosson, Recueil, p. 56.) Dans cette affaire, le Conseil d'État a reconnu sa compétence pour statuer sur une demande d'indemnité dirigée contre un patrimoine administratif communal pour le dommage cause à un tripler par les voies de fait commiscs par le maire dans l'administration des abattoirs de la commune. En effet, le Conseil d'État a examiné la réclamation du fondt e Considérant que les communes ne peuvent être déclarées responsables à raison des faules personnelles de leur maire... . Cpr. Trib. des conflits, 19 mars 1904, Maudière.

3. La solution est traditionnelle. Parmi les décisions les plus récentes, on peut citer l'arrêt Grosson du 31 janvier 1902 (Recuell, p. 57), rendu dans l'espèce rappelée à la note précédente : « Sur les conclusions à fins d'indemnité : en ce qui concerne la

ments matériels d'un agent non fonctionnaire, la compétence est, par nature, judiciaire — que l'action soit dirigée contre l'agent luimême ou contre le patrimoine administratif de l'État, du département, de la commune, etc. 1.

4° Les recours contentieux au fond formés à raison du préjudice causé par des animaux ou choses inanimées appartenant à l'administration ou employés par elle sont, par leur nature, de la compétence administrative si l'accident s'est produit à l'occasion d'un service public<sup>2</sup>; la compétence sera judiciaire si l'accident a lieu en dehors d'un service public, dans la gestion du domaine privé<sup>3</sup>.

Les solutions de la jurisprudence du Conseil d'État me paraissent très acceptables.

Par leur caractère compréhensif, elles semblent de nature à réaliser l'unité de compétence pour une même catégorie de litiges et à faire cesser l'incohérence que l'on reproche, non sans raison, au système classique. Par leur précision, elles paraissent écarter, pour le justiciable, toute hésitation sur le tribunal à saisir de son recours. Sur-

responsabilité du maire: Considérant que des termes de la requête il résulte que, la demande d'indemnité du sieur Grosson se sonde exclusivement sur des faits qui, dans le cas où ils seraient établis, constitueraient une faute personnelle du maire et dont, à ce tilre, il n'appartient qu'à l'autorité judiciaire de connaître... » [Cpr. aussi Trib. des consilies, 15 mars 1902, Mascaras, Recueil, p. 209 : « Considérant que... le tribunal (judiciaire)... à bon droit... l'a retenue (la demande) en tant qu'elle visait la responsabilité personnelle des sieurs S. et G. » Consilies 27 juin 1903, Fargère, Rev. gén. d'admin., 1904, 1, 56. Consilies, 19 mars 1904, Maudière.]

<sup>1.</sup> Ex.: régisseur d'un domaine particulier de l'État, architecte ou ingénieur exécutant des travaux, administrateur des biens d'une succession en déshérence, pâtres communaux, etc. (Cpr. Laferrière, op. cit., 1, p. 684, 687. Trib. des consits 10 déc. 1898, Mirandol, p. 795.)

<sup>2.</sup> Trib. des consilts 1st février 1873, Blanco; Conseil d'État 21 juin 1895, Games, Recueil, p. 509 (et les conclusions de Romieu): « Considérant que le sieur C..., ouvrier à l'arsenal..., a été blessé... par un éclat de métal projeté sous le choc d'un marteau-pilon... »; 7 décembre 1895, Ghenal, Recueil, p. 795 : « Considérant que la requête... a pour objet de faire condamner à payer... des dommages-intérêts en réparation des préjudices résultant des b'essures faites... par un cheval d'officier; ... Considérant qu'il résulte de l'instruction que... le cheval du médecin-major..., au moment où l'accident... s'est produit était conduit à la visite du vétérinaire par un soldat-ordonnance; que, dans ces circonstances, le ministre de la guerre n'est pus fondé à soulinir que cet accident n'est pas survenu en vivoice commandé; que, dès lors, il appartient au Conseil d'État 1et février 1901, Petrae, Recueil, p. 118; 15 novembre 1901, Leborgne, Recueil, p. 802.

<sup>3.</sup> Trib. des conflits 24 mai 1884, Linas, Recueil, p. 430 : « Considerant que la demande n'est pas dirigée contre l'État à raison d'actes fuits pour l'exécution des services publics, mais contre l'État propriétaire et responsable à ce titre d'après l'article 1381 du Code civil... »

tout, elles donnent aux litiges administratifs le juge le plus capable de les bien résoudre.

Voilà incontestablement des garanties très sérieuses pour les administrés. Peut-être le système n'a-t-il pas les belles lignes du criterium classique. Mais, de cela, le justiciable n'a nul besoin. Ce qu'il lui faut, c'est un juge capable, impartial, facile à connaître. Ce juge, la jurisprudence du Conseil d'État et du Tribunal des conflits le lui donne. C'est cê qui explique la faveur que rencontre l'extension de la compétence administrative, à laquelle travaillent le Conseil d'État et le Tribunal des conflits.

Cela aboutit à faire porter la plupart des recours contentieux au fond devant le Conseil d'État. Il n'y a pas à s'en plaindre. Le Conseil d'État offre aux administrés plus de garanties de capacité et d'impartialité que, les tribunaux civils d'arrondissement. C'est l'impression que laisse toute la dernière jurisprudence du Conseil d'État, et que seuls des esprits prévenus peuvent contester. A l'heure actuelle, le Conseil d'État est, en France, le gardien vigilant des droits des individus et l'adversaire résolu de l'arbitraire des agents administratifs de tout rang. Telle est l'idée qui explique et justifie la nouvelle interprétation donnée à la règle de la séparation des autorités administrative et judiciaire.

<sup>1.</sup> A coup sûr, si la jurisprudence aboutissait à multiplier les cas de compétence des conseils de préfecture, il faudrait faire des réserves. Mais, en fait, la compétence réelle des conseils de préfecture reste insignifiante. Tout d'abord, le conseil de préfecture a une compétence exceptionnelle. Les cas de contentieux de pleine juridition sont, pour lui, peu nombreux. En outre, l'appel au Conseil d'État est toujours possible. Si l'affaire en vaut la peine, comme en matière de travaux publics ou d'impôts directs, l'appel est presque toujours formé. Et très souvent la loi le rend extremement facile et peu conteux (impôts directs).

## TABLE DES MATIÈRES

CHILD THE STATE OF	erice Benediction
E Introduction	ages. 5
Chapitre Ic.	
LA NOTION DE L'ETAT. QU'EST-CE QUE L'ÉTAT ?	9
Section I. — Théories allemandes et françaises sur la personna- lité de l'État	9
Section II. — La notion de l'État d'après la méthode d'observa-	15
Chapitre II.	
Les gouvernants et les agents administratifs. La fonction publique.	22
Section 1. — Distinction des gouvernants et des agents	23
\$ 1. — Existence de la distinction des gouvernants et des agents en droit positif français	24 26
Section II Situation particulière des gouvernants	27
S 1. — Origine des gouvernants	28 30 34
Section III. — Situation particulière des agents. La fonction pu-	36
S 1. — La désignation des agents	30 30
désignation des agents?	40 42 40

## Chapitre III.

LES ACTES DES GOUVERNANTS ET DES AGENTS	54
Section I. — Classification formelle des actes des gu. vernants et des agents	55
Section II. — Classification des actes d'après leur contenu	56
Chapitre 1V.	•
RÉGIME JURIDIQUE DES ACTES DES GOUVERNANTS ET DES AGENTS	73
SECTION 1. — Règles de compétence et de formes	73
Section II. — Théorie des recours	77
§ 1. — Régime juridique des recours contentieux proprement dits 1	87
S 2. — Régime juridique des recours en annulation	. 80
1. — Règles communes aux recours en annulation	90
II. — Règles spéciales aux recours administratifs et aux recours juridictionnels	06
Section III Actes non susceptibles de recours	100
§ 1. — Régime juridique des actes législatifs, des actes parle- mentaires et des actes de gouvernement, au point de vue des	
recours.	101
I. — Actes législatifs	101
III. — Actes de gouvernement	107
S 2. — Regime juridique des reglements d'administration pu-	.07
blique	111
Chapitre V.	
Des agents juridictionnels compétents pour statuer sur les recours.	115
Section I. — Vue d'ensemble. — Système anglais. — Système français.	115
S 1 Le système anglais	117
\$ 2. — Le système français	120

TABLE DES MATIÈRES.	167
SECTION II. — La règle de la séparation des autorités adminis-	l'ages.
trative et judiciaire. — Ses origines. — Sa signification pri- mitive	•
Section III. — Déformation de la théorie primitive de la sépara- tion des autorites administrative et judiciaire au cours du xixº siècle	
SECTION IV. — Signification actuelle de la règle de la séparation des autorités administrative et judiciaire	
I. — Développement des garanties reconnues aux administrés	
II Le droit actuel; règles de compétence	156