

QUE SAIS-JE ?

Le droit administratif

PROSPER WEIL

Professeur émérite à l'Université de Droit,
d'Économie et de Sciences sociales de Paris

DOMINIQUE POUYAUD

Maître de Conférences
à l'Université Panthéon-Assas

Dix-septième édition corrigée

198^e mille



TABLE DES MATIÈRES

Introduction	3
PREMIÈRE PARTIE	
<i>LE THÈME DE L'ACTION</i>	
Chapitre I — La dispersion des organes : de l'action directe à l'action indirecte	29
Chapitre II — La diversification des moyens : des prérogatives aux sujétions et de la gestion publique à la gestion privée	41
Chapitre III — La gradation des fins : service public et activité d'intérêt général	59
Chapitre IV — Le régime juridique : droit public et droit privé	65
DEUXIÈME PARTIE	
<i>LE THÈME DU CONTRÔLE</i>	
Chapitre I — La limitation par le droit : le principe de légalité	79
I. L'élément limité : le champ d'application du principe, 79 — II. L'élément limitatif : les sources de la légalité, 84 — III. Le rapport de légalité : pouvoir discrétionnaire et compétence liée, 88.	
Chapitre II — La soumission au juge : le principe de séparation	91
I. Le contrôle par la juridiction administrative, 95 — II. Le contrôle par la juridiction judiciaire, 115 — III. Vers l'unité de la compétence contentieuse?, 122.	
Conclusion	124
Bibliographie	127

INTRODUCTION

L'existence même d'un droit administratif relève en quelque sorte du miracle. Le droit qui régit l'activité des particuliers est imposé à ceux-ci du dehors, et le respect des droits et obligations qu'il comporte se trouve placé sous l'autorité et la sanction d'un pouvoir extérieur et supérieur : celui de l'Etat. Mais que l'Etat lui-même accepte de se considérer comme « lié » par le droit (étymologiquement, la loi est ce qui lie), cela mérite l'étonnement. Il est dans la nature des choses qu'un gouvernant croie, de bonne foi, être investi du pouvoir de décider discrétionnairement du contenu et des exigences de l'intérêt général. Il faut qu'il fasse effort sur lui-même pour se considérer comme tenu de rester dans les voies d'un droit qui lui dicte certaines conduites et lui en interdit d'autres. A plus forte raison doit-il considérer comme peu normal de voir ses décisions soumises à la censure d'un juge : au nom de quoi ce dernier, irresponsable, serait-il plus infallible que l'homme placé aux leviers de commandes et qui, lui, est responsable de ses actes ? Certes nous sommes aujourd'hui accoutumés à voir l'Etat limité par le droit et soumis au contrôle juridictionnel ; il faut de temps à autre une réaction gouvernementale un peu vive pour nous permettre d'apprécier les choses à leur juste valeur. N'oublions pas d'ailleurs les leçons de l'histoire : la conquête de l'Etat par le droit est relativement récente et n'est pas encore universellement achevée. Les lents progrès de l'organisation internationale nous révèlent, sous un autre aspect, cette répugnance

de toute « souveraineté » à admettre un jugement autre que le sien propre. En France même, où le *Rechtsstaat* a depuis longtemps supplanté le *Poliezi-staat*, les progrès les plus importants ne remontent pas à plus d'un siècle, et il subsiste encore, on le verra, des zones où l'action gouvernementale se déploie à l'abri du droit : la « raison d'Etat » ne capitule pas du jour au lendemain.

Ce qui est vrai de l'Etat en général l'est encore plus de celui des trois pouvoirs de l'Etat qui s'est vu attribuer la part la plus importante de la souveraineté : le gouvernement. En France, on l'a souvent souligné, la séparation des pouvoirs n'est pas, ou n'est pas essentiellement, une distinction des fonctions correspondant à une division du travail, mais une répartition des attributs de la puissance inhérente à la souveraineté interne de l'Etat. Or, des trois pouvoirs, le gouvernement est sans conteste celui qui a bénéficié, dans ce partage, de la part du lion : il est le seul à détenir directement la force publique, au plein sens du terme ; c'est lui qui est appelé à prendre les innombrables décisions exigées au jour le jour par la vie de l'Etat ; c'est à lui enfin qu'ont bénéficié le plus l'extension des attributions et l'accroissement des pouvoirs de l'Etat depuis le début du siècle.

Or le gouvernement est lui-même soumis aujourd'hui au droit et au contrôle juridictionnel. Et cela non seulement dans ses rapports avec les autres pouvoirs — lesquels relèvent du droit constitutionnel — mais aussi dans la marche de cet immense appareil qui est à sa disposition pour faire prévaloir sa volonté dans l'ordre interne et que l'on appelle l'administration.

Dans son acception la plus large et la plus immédiatement perceptible, le droit administratif est l'ensemble des règles définissant les droits et obligations de l'administration, c'est-à-dire du gouvernement, et de l'appareil administratif. Il régit l'un des trois pouvoirs de

l'Etat, et le plus puissant des trois : ce trait fondamental, qui tient à ses « bases constitutionnelles » (Vedel), ne doit jamais être négligé. Le droit administratif n'est pas, et ne peut pas être, un droit comme les autres : si ces mots avaient un sens, on dirait volontiers qu'il n'est pas un droit juridique, mais un droit politique. En tout état de cause, ses règles, concepts et institutions ne peuvent être jaugés à l'aide des étalons d'usage courant en droit civil. Il s'insère dans ces problèmes fondamentaux de la science politique que sont les rapports entre l'Etat et le citoyen, l'autorité et la liberté, la société et l'individu. L'annulation d'une décision administrative n'a rien à voir avec celle d'un contrat passé entre deux particuliers ou d'un acte privé : l'histoire du droit français et celle de maints droits étrangers comme du droit international sont là pour nous rappeler que le pouvoir d'annuler la décision d'une autorité publique est quelque chose de proprement extraordinaire, qui ne s'obtient qu'au terme d'une longue évolution. Seules les apparences permettent de comparer la responsabilité de l'Etat à celle d'un particulier : pour admettre que le propre de la souveraineté n'est pas de « s'imposer à tous sans compensation » (Laferrière), il a fallu attendre la fin du siècle dernier en France, 1946 ou 1947 aux Etats-Unis et en Grande-Bretagne.

Né d'un miracle, le droit administratif ne subsiste au surplus que par un prodige chaque jour renouvelé. Non seulement aucune force ne peut contraindre matériellement le gouvernement à se soumettre à la règle de droit et à la sentence du juge, mais l'Etat peut, en théorie du moins, mettre fin, quand il le désire, à l'autolimitation qu'il a consentie. Pour que le miracle se produise et qu'il dure, diverses conditions doivent être remplies, qui tiennent à la forme de l'Etat, au prestige du droit et des juges, à l'esprit du temps. Le droit administratif ne peut

donc être détaché de l'histoire, et notamment de l'histoire politique ; c'est en elle qu'il trouve son ancrage, c'est à elle qu'il doit sa philosophie et ses traits les plus intimes. Il ne s'agit pas de rappeler le passé, mais de connaître le sol même dans lequel le droit administratif a puisé la sève qui le nourrit encore aujourd'hui.

Le droit administratif ne remonte guère qu'au dernier tiers du siècle dernier. C'est un droit jeune, qui a subi en une centaine d'années une rapide évolution. Chacune des étapes qu'il a franchies l'a d'ailleurs marqué de façon indélébile, et, s'il est commode de parler en termes de temps et de croissance, il serait peut-être plus exact d'évoquer une image géologique : à chacun des âges correspond une couche différente, tant et si bien que le droit administratif actuel comporte des éléments qui remontent à des époques et, partant, relèvent de conceptions très diverses. La compréhension de ce phénomène est essentielle à qui veut connaître cette discipline et, mieux encore, comprendre ses problèmes les plus fondamentaux.

I. — La préhistoire du droit administratif

C'est entre la Révolution de 1789 et la fin du Second Empire que le droit administratif émerge lentement du néant et que s'esquissent les traits dominants de ce que Hauriou appellera plus tard le « régime administratif » : l'existence d'une juridiction administrative spécialisée et la soumission de l'administration à des règles différentes de celles du droit privé.

1. **L'administration soustraite au contrôle des tribunaux.** — Les juridictions de l'Ancien Régime avaient mené une guerre sournoise, et souvent efficace, contre les tentatives de la monarchie de moderniser l'administration et de réformer la société. Cette résistance des

parlements devait atteindre son paroxysme sous Louis XV et Louis XVI. Ainsi s'explique-t-on que l'une des premières mesures de la Constituante fut de briser net, par la loi des 16-24 août 1790, toute velléité, et même toute possibilité, pour les tribunaux, de défier l'autorité de l'État :

« 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. » Cette disposition, dont la nouveauté rendit probablement l'application malaisée, dut d'ailleurs être répétée, cinq ans plus tard, par le décret du 16 fructidor an III : « Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration, de quelque espèce qu'ils soient, aux peines de droit. »

La signification de ces textes est claire. Il s'agissait, en posant le principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire, d'empêcher les tribunaux de gêner l'administration et, à cet effet, de leur interdire la connaissance des litiges intéressant l'administration. Le pouvoir judiciaire, dont la mission naturelle est de trancher les litiges en disant le droit, sortait affaibli et abaissé de l'épreuve. La crainte de voir le juge « troubler les opérations des corps administratifs » sera telle d'ailleurs que le juge administratif lui-même ne se reconnaîtra pas, sauf texte l'y autorisant, le droit de prononcer des injonctions à l'égard de l'administration. Une importante décision du Conseil constitutionnel de 1987 a estimé que, si les textes de 1790 et de l'an III n'ont pas en eux-mêmes valeur constitutionnelle, un principe fondamental reconnu par les lois de la République, principe de valeur constitutionnelle, réserve à la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises par les autorités administratives dans l'exercice des prérogatives de puissance publique. Née de considérations historiques contingentes, la protection

de l'administration contre l'ingérence du pouvoir judiciaire se voit ainsi partiellement érigée deux siècles plus tard en règle constitutionnelle à laquelle le législateur lui-même ne peut désormais plus porter atteinte.

2. Une juridiction administrative intérieure à l'administration. — Soustraite aux juridictions ordinaires, l'administration était en fait délivrée de tout contrôle juridictionnel : les réclamations des administrés étaient jugées par l'administration elle-même, qui se trouvait ainsi être en même temps juge et partie (système dit du ministre-juge). Avec Bonaparte se dessine cependant une évolution nouvelle : au sein même de l'appareil administratif vont se créer des rouages chargés plus spécialement de l'étude des affaires contentieuses. Déjà la loi du 28 pluviôse an VIII avait créé les conseils de préfecture chargés, sous la présidence du préfet, de statuer sur certains litiges étroitement définis. Mais c'est la création, par la Constitution de l'an VIII, du Conseil d'Etat qui allait permettre les transformations les plus profondes.

Conçu essentiellement comme le conseil juridique du gouvernement, le Conseil d'Etat se vit rapidement chargé par le Premier Consul, puis par les chefs d'Etat successifs, de préparer un projet de solution aux litiges dans lesquels l'administration était partie. Le gouvernement statuait, mais sa décision était préparée par un organe spécialisé.

Au cours des premières décennies du siècle, la spécialisation s'accrut progressivement : création en 1806, au sein du Conseil d'Etat, d'une « commission du contentieux », devant laquelle les parties exposent leurs thèses selon une procédure de type juridictionnel et par l'intermédiaire d'avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation ; accentuation de la juridictionnalisation de la procédure sous la Monarchie de Juillet ; et surtout habitude, vite instaurée, de voir confirmer purement et simplement par le chef de l'Etat la solution proposée par le Conseil d'Etat. Il ne restera qu'un pas à accomplir : faire coïncider le droit avec le fait, c'est-à-dire passer de la *justice retenue* à la *justice déléguée* et reconnaître au Conseil d'Etat le caractère d'une véritable juridiction.

La juridiction administrative est donc née de l'administration elle-même et a grandi en son sein. Ce caractère n'a pas été effacé par l'évolution ultérieure : le Conseil d'Etat demeure plus proche de l'administration — par son recrutement, ses fonctions et, surtout, son état d'esprit — qu'une juridiction ne l'est normalement des justiciables qui relèvent d'elle : ce qui ne veut pas dire qu'il ne bénéficie pas d'une totale indépendance, mais implique seulement une affinité et une compréhension qui ont contribué pour beaucoup à l'essor du droit administratif. « L'administration a besoin d'un juge qui lui soit propre. D'un juge qui, loin de lui manifester de la complaisance, peut d'autant mieux la soumettre au respect du droit qu'il connaît ses rouages et n'est pas dupe des apparences » : ces mots de M. Chirac, alors Premier Ministre¹, traduisent une conception qui trouve ses racines dans les origines mêmes de la juridiction administrative.

3. Des règles de droit autonomes. — N'étant pas un véritable juge et se bornant à préparer les décisions du chef de l'Etat, le Conseil d'Etat ne s'estimait pas lié par les règles du Code civil. Aussi fut-il rapidement acquis que les dispositions du Code relatives au louage de services, aux contrats, à la responsabilité n'étaient pas applicables d'emblée aux litiges entre l'administration et les particuliers. Soustraite aux tribunaux, l'administration se voyait dès lors soustraite également au droit civil. Et c'est ainsi qu'au fil des espèces, le Conseil d'Etat forgera lui-même les règles applicables à l'administration et que s'affirmera l'existence d'un droit administratif autonome, c'est-à-dire d'un droit qui peut certes ressembler sur tel point particulier au droit civil, mais qui ne tire pas

1. Discours d'installation du vice-président du Conseil d'Etat (26 février 1987).

son autorité du Code civil. Le Conseil d'Etat a secrété le droit administratif comme une glande secrète son hormone : la juridiction a précédé le droit et, sans celle-là, celui-ci n'eût pas vu le jour.

II. — La période classique

La loi du 24 mai 1872 donne au Conseil d'Etat la justice déléguée ; désormais l'administration est soumise au contrôle d'une véritable juridiction, qui statue directement « au nom du peuple français ». Cette loi institue en même temps un Tribunal des conflits, composé en nombre égal de membres du Conseil d'Etat et de conseillers à la Cour de cassation et chargé de statuer sur les conflits de compétence entre les deux ordres juridictionnels, l'administratif et le judiciaire.

La date de la réforme n'est pas le fruit du hasard. La République va s'installer, et le régime du libéralisme, tant politique qu'économique, va débiter. De grands textes d'inspiration libérale vont donner à l'administration française ses assises modernes : le département et la commune sont organisés sur de nouvelles bases, les grandes libertés (presse, association, etc.) reçoivent leur chartre législative, les rapports entre le législatif et l'exécutif se fixent. Dans ce cadre, le droit administratif, élaboré par le Conseil d'Etat, connaîtra lui aussi sa « belle époque ». Les « grands arrêts » foisonnent, posant les principes fondamentaux de la nouvelle discipline : dès 1873, par le célèbre arrêt Blanco, le Tribunal des conflits pose le principe de la responsabilité de l'Etat, mais d'une responsabilité qui n'est « ni générale ni absolue » et qui « a ses règles spéciales », que seule la juridiction administrative est compétente pour appliquer ; le contrôle du juge administratif va s'exercer alors même que la décision attaquée aurait été inspirée par des motifs politiques ; les conditions de recevabilité du

recours pour excès de pouvoir s'assouplissent, les moyens d'annulation s'élargissent ; la responsabilité de l'Etat s'affirme, ainsi que sa distinction avec la responsabilité personnelle des fonctionnaires ; la théorie des contrats administratifs acquiert sa physionomie propre, et celle de la décision exécutoire prend corps. C'est l'époque des magistrales conclusions des commissaires du gouvernement qui ont nom David, Romieu, Pichat, Léon Blum, etc. C'est l'époque aussi où la doctrine construit ses grands édifices classiques : Laferrière d'abord, à la fin du siècle, puis Hauriou, Duguit, Jèze. Si le droit administratif a bien entendu évolué après 1920, il s'est développé à partir des principes fondamentaux posés au cours de ces quarante-cinq années qui séparent la fin de la guerre de 1870 du début de celle de 1914. Mais, plus que des principes et des solutions, ce sont les dogmes mêmes sur lesquels il est fondé et les méthodes selon lesquelles il s'est développé qui constituent l'héritage de cette période faste.

1. **Les dogmes.** — A) Le premier est d'ordre politique : primauté de l'individu face à l'Etat et affirmation de « droits naturels et imprescriptibles de l'homme ». C'est en effet à la Révolution de 1789, et plus précisément à la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, que le Conseil d'Etat emprunte, au lendemain de 1872, sa philosophie politique. Entre la liberté et l'autorité, il choisit sans hésitation la première comme donnée primordiale, la liberté pouvant seulement être restreinte lorsque la loi le permet. « Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché » : à cette formule de la Déclaration fait écho la célèbre proposition des commissaires du gouvernement : « En matière de police, la liberté est la règle et la restriction l'exception. » Aussi le droit administratif va-t-il manifester une méfiance particulière à l'égard de celui des trois pouvoirs de l'Etat qui

lui paraît le plus redoutable pour les libertés individuelles : le gouvernement. « Le citoyen contre les pouvoirs », certes ; mais surtout contre celui qui recèle le plus de dangers pour ses droits fondamentaux. De là le principe de la subordination politique du gouvernement au parlement : ne désignait-on pas pudiquement le gouvernement du nom d' « exécutif », pensant ainsi avoir exorcisé le démon et conjuré les risques inhérents à la puissance naturelle d'un pouvoir que l'on savait fort bien ne pas être seulement d'exécution ? De là aussi la subordination juridique du règlement, acte émané du gouvernement, à la loi : le règlement ne pouvait être pris qu'en application d'une loi et conformément à la loi, et l'on rattachait même à l' « exécution de la loi » des pouvoirs propres au gouvernement comme le maintien de l'ordre public et le fonctionnement des services publics. De là enfin la responsabilité de l'Etat pour les « fautes » commises par l'administration et la nécessité d'un contrôle juridictionnel des décisions du gouvernement, ainsi que l'extension progressive de ce contrôle à toutes les décisions gouvernementales, y compris celles revêtant un caractère réglementaire : l'adoption par le Conseil d'Etat, à partir du début du siècle, d'un critère organique de l'acte administratif susceptible de recours pour excès de pouvoir n'est que la manifestation juridique de cette volonté d'assujettir entièrement au droit et au juge ce pouvoir redouté et suspecté.

Des autres pouvoirs, en revanche, on se méfie moins, car on ne pense pas qu'ils puissent menacer les droits de l'homme. Cela est naturel pour le pouvoir judiciaire ; mais cela est vrai aussi du pouvoir législatif. La loi, à laquelle « tous les citoyens ont le droit de concourir personnellement », n'est-elle pas « l'expression de la volonté générale » ? et comment imaginer que le peuple puisse s'opprimer lui-même ? De cette mystique de la loi découle une triple conséquence. Les matières les plus

importantes sont réservées à la loi — en particulier toutes celles qui touchent à la liberté et à la propriété (impôts, infractions et pénalités, libertés publiques, etc.). La loi devient synonyme et consubstantielle du droit : la loi est le droit, et l'on parlera de légalité ou d'illégalité là où l'on veut évoquer la régularité ou l'irrégularité. Enfin, contrairement aux décisions du gouvernement, la loi est soustraite à tout contrôle juridictionnel de validité et ne peut engager la responsabilité de l'Etat : elle est la norme à laquelle l'exécutif doit se conformer, et l'on ne voit pas au nom de quoi on confronterait cette « expression de la volonté générale » à une norme supérieure.

La confiance dans le législateur s'oppose ainsi à la suspicion dans laquelle est tenu le gouvernement : la loi est l'acte initial, inconditionné et incontestable ; le règlement l'acte second, conditionné et contestable (Vedel). Du parlement, il n'y avait rien à dire, sauf qu'il pouvait faire ce qu'il voulait. Du gouvernement, on précisait : qu'il agisse, mais qu'il observe la loi ; qu'il agisse, mais qu'il répare les dommages causés par son action (Hauriou).

Les leçons de l'expérience et les bouleversements constitutionnels ont révélé l'irréalisme de cette conception traditionnelle. On sait aujourd'hui qu'une assemblée parlementaire ne respecte pas nécessairement les libertés fondamentales des citoyens et que la loi peut être aussi dangereuse pour ces dernières que le règlement administratif. On sait aussi que certaines conjonctures politiques placent le parlement dans la main du gouvernement et font de la loi parlementaire le simple reflet de la volonté gouvernementale. On sait enfin que le pouvoir législatif n'est pas toujours exercé par une assemblée de représentants élus de la nation, mais peut l'être, dans certaines circonstances, par le gouvernement lui-même.

Il faudra cependant attendre l'instauration par la Constitution de 1958 d'un contrôle de la constitutionnalité des lois et l'évolution audacieuse de la jurisprudence du Conseil constitutionnel à partir de 1971 pour que la loi cesse de bénéficier de l'immunité absolue dont elle jouissait traditionnellement.

Cette évolution n'a toutefois pas effacé toute trace des postulats anciens. Sans doute fait-on moins confiance à la loi que naguère, mais on n'en continue pas moins à lui faire confiance plus qu'on ne le fait à l'acte administratif. Si le règlement a un champ d'application plus large qu'avant 1958, les matières « nobles » demeurent réservées par la Constitution à la loi ; et si le règlement peut aujourd'hui régir de vastes domaines, il demeure assujéti au contrôle juridictionnel dans sa plénitude, alors que la loi continue à bénéficier de maintes protections. Contrairement à l'acte administratif, elle ne peut être contestée par n'importe quel intéressé, mais seulement par certaines autorités et dans certaines conditions. Le contrôle du Conseil constitutionnel, possible seulement avant la promulgation de la loi, se limite à une espèce de blocage à la source : une fois promulguée, la loi redevient toute-puissante et peut impunément porter atteinte aux libertés, écarter les « principes généraux du droit », voire même déroger, ou autoriser le gouvernement à déroger, à une disposition de la Constitution ou de son Préambule. A l'état naissant, la loi est plus fragile aujourd'hui que naguère ; après sa promulgation, elle bénéficie d'une immunité aussi solide, que sous les Républiques précédentes. L'échec, en 1990, d'un projet visant à instaurer un contrôle de la loi promulguée, à la disposition des justiciables, a maintenu cette situation.

B) Le second des dogmes forgés entre 1870 et 1914 est celui du service public. Pour reprendre des expressions usées à force d'avoir été employées, l'Etat-gendarme, qui assure la défense, la police et la justice, commence à céder le pas à l'Etat-providence, qui assure des prestations à ses citoyens. C'est l'époque où l'administration cherche à établir l'infrastructure routière, fluviale et ferroviaire, où le gaz puis l'électricité se développent, où l'assistance et l'hygiène deviennent des missions d'intérêt général. En un mot, selon l'expression de Duguit, une « transformation formidable » se produit : « Ce qui apparaît au premier plan, dit-il, ce n'est plus le pouvoir de commander, c'est l'obligation d'agir pratiquement. »

Le service public, entreprise publique assurée dans l'intérêt public, devient l'alpha et l'oméga du droit administratif : l'administration agit et ne peut agir qu'en vue du service public, ses pouvoirs doivent être adaptés aux besoins du service public, le droit qui la régit « a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service » (arrêt Blanco), etc. Ne pouvait-on pas dire alors que « tout ce qui concerne l'organisation et le fonctionnement des services publics constitue une opération administrative, qui est, par sa nature, du domaine de la juridiction administrative » (concl. Romieu sur CE, Terrier, 1903) ? La notion de service public a certes subi depuis cette époque bien des avatars ; nul ne contestera cependant qu'elle demeure l'âme et l'inspiration du droit administratif. Pour tout juriste nourri dans le séraïl quels mots plus riches de contenu que ceux de « besoins du service », « bonne marche du service public », « continuité du service public », etc. ? C'est de cette époque qu'ils proviennent, en même temps d'ailleurs que les « lois » fondamentales du service public : la continuité du service, l'égalité des citoyens devant le service, l'adaptation du service aux besoins du moment¹.

Si la crainte de voir le gouvernement violer la loi et porter atteinte aux libertés individuelles a conduit le droit administratif à limiter et à contrôler le gouvernement, la notion de service public a, en revanche, poussé à un élargissement de ses pouvoirs : pour satisfaire aux besoins du service, l'administration doit disposer des moyens d'action nécessaires. De là la notion de prérogatives de puissance publique ou de moyens exorbitants du droit commun. Alors que dans la vie privée les droits et obligations se créent surtout par voie contractuelle, l'intérêt du service public exige que l'administration

1. Cf. J. Chevallier, *Le service public*, « Que sais-je ? », n° 2359.

puisse imposer unilatéralement sans passer d'abord devant le juge, des obligations aux particuliers ; et sa décision doit être tenue pour juridiquement valable tant que l'intéressé n'a pas fait prononcer son annulation par le juge. L'administration agit, l'administré conteste après coup : telle est la portée de ce « privilège du préalable » qui constitue l'élément le plus remarquable de la théorie de la « décision exécutoire ».

Dès l'époque classique se dessine ainsi la problématique du droit administratif. D'un côté suspicion à l'égard du gouvernement, que l'on redoute de voir attenter aux droits naturels et imprescriptibles du citoyen, de l'autre nécessité pour le gouvernement de disposer des moyens nécessaires à la satisfaction des services publics ; la première exigence appelle une limitation et, partant, un contrôle de l'administration, la seconde suscite l'octroi à l'administration de privilèges et de prérogatives. Cette tension reflète la profonde contradiction, souvent relevée, qui caractérise toute la vie politique française, laquelle retient certes comme donnée primordiale les droits de l'individu, mais ne peut pour autant dissimuler une solide tradition de centralisation et d'autoritarisme. Entre ces deux pôles, la synthèse est impossible : tout au plus peut-il y avoir, à chaque moment, un point d'équilibre, toujours menacé, toujours remis en cause selon les mouvements pendulaires de l'histoire.

2. Les méthodes. — L'originalité des modes d'élaboration du droit administratif découle directement de là. Dégageant la règle de droit en même temps qu'il l'applique, le Conseil d'Etat a été conduit à exercer un arbitrage permanent entre les nécessités de l'action administrative et celles de sa limitation. Cherchant à assurer au citoyen une protection contre le pouvoir, le Conseil d'Etat ne pouvait oublier qu'il lui incombait également d'assurer à l'administration les moyens

d'action nécessaires et de la mettre à l'abri d'exigences susceptibles de compromettre les intérêts généraux dont elle avait la charge. On a souvent parlé de conciliation : on ne peut cependant concilier ce qui est fondamentalement contradictoire et hétérogène. C'est donc un arbitrage toujours discutable qu'il a fallu réaliser, et la tâche du juge n'était pas facile, en l'absence de tout code ou texte de loi lui dictant sa conduite.

Aussi n'y a-t-il pas lieu de s'étonner que le Conseil d'Etat ait parfois recours à des méthodes déroutantes. Tantôt il pose une définition en des termes apparemment précis, mais dont le contenu concret doit être défini dans chaque cas d'espèce : c'est le procédé que l'on pourrait appeler des définitions stables à contenu variable. Tantôt des régimes juridiques diamétralement opposés coïncident avec des concepts antinomiques, mais la ligne frontière de ceux-ci est définie de manière telle que le juge peut la placer dans chaque affaire où il veut, de sorte que c'est le régime désiré par le juge qui conditionne la détermination de la notion : tel est le procédé des notions limitrophes à frontières mouvantes. Parfois on a l'impression que certains avantages sont accordés en bloc, puis retirés dans le détail, ou qu'un principe solennellement posé se trouve vidé de son contenu dans son application. Dans bien des cas, le juge se sert de notions dont le contenu n'est pas défini, si tant est qu'il n'est pas indéfinissable : l'« existentialisme juridique » (Chenot) a l'air de se moquer des essences et des catégories, et plus d'une formule semble servir à « masquer d'un mot l'arbitraire du juge » (Waline). A côté de matières évolutives, le droit administratif connaîtra des secteurs figés, rappelant les temps anciens : le droit administratif paraît constitué d'îlots autonomes, répondant à des règles propres. Droit secret et ésotérique, a-t-on dit ; *imperatoria brevitatis* des sentences, dont l'importance réside aussi souvent dans ce qui n'y est pas exprimé que dans ce qui s'y trouve ; « construction intellectuelle originale alliant curieusement, à l'empirisme et au sens des réalités, la subtilité et le goût des nuances » (Rivero). Tous ces traits, bien connus, sont en général imputés au caractère jurisprudentiel de ce droit. Mais ce facteur n'est pas le seul, et n'est probablement pas le plus important.

La raison profonde de ces méthodes quelque peu déconcertantes réside dans l'ambiguïté fondamentale d'une discipline qui se veut tout à la fois instrument de

libéralisme et garant de l'action administrative, protection du citoyen contre le gouvernement et moyen d'épanouissement de la volonté gouvernementale. La solution de ce problème ne pouvait aller sans quelques subtilités, et l'on peut dire que le plus grand titre de gloire du Conseil d'Etat est d'y être parvenu de la moins mauvaise façon possible.

III. — La crise de croissance

Lors de la première guerre mondiale, le droit administratif avait ainsi acquis sa personnalité propre. Cela ne signifie cependant pas que rien ne se soit produit depuis 1920. Très rapidement, en effet, les changements économiques et sociaux provoquèrent une grave crise de croissance dont le droit administratif n'est pas sorti sans difficulté.

1) En premier lieu, l'Etat a développé ses activités d'ordre économique. Pendant la guerre il s'était fait ravitailleur, transporteur et assureur. Dans les années 20, il va s'occuper de pétrole (Compagnie française des Pétroles) et de potasse (Mines domaniales de Potasse d'Alsace). Mais ces interventions n'étaient encore justifiées que par des raisons contingentes : les hostilités et la guerre dans le premier cas, la gestion de biens laissés à la France par le vaincu dans le second. A partir de 1936, la volonté délibérée succède au hasard : nationalisation de l'industrie aéronautique en 1936, création de la SNCF en 1937, nationalisation de l'électricité, du gaz, des charbonnages, des principales banques de dépôt et de compagnies d'assurances en 1945-1946, nationalisation d'importantes sociétés industrielles, banques et compagnies financières en 1982. Même si l'important mouvement de privatisations amorcé en 1986 et développé en 1993 a fait refluer la vague, la présence de l'Etat et celle des autres

collectivités publiques dans la vie économique continuent à constituer un aspect fondamental du paysage administratif français.

Les nouveaux secteurs économiques de l'activité administrative ne pouvaient pas être régis par le droit élaboré par le Conseil d'Etat pour l'administration d'avant 1914 : leur soumission aux lois et usages du commerce était indispensable pour leur assurer la souplesse de gestion nécessaire et leur faciliter l'insertion dans le milieu économique dans lequel ils étaient appelés à vivre. C'est pourquoi la jurisprudence a dû admettre (TC, affaire dite du bac d'Eloka, 1921) que ces services soient dans leur ensemble régis par le droit privé : on parlera à leur propos de services publics industriels et commerciaux. Sans doute n'excluait-on pas auparavant la possibilité d'une gestion privée de l'administration, c'est-à-dire d'une soumission de certains de ses actes au droit privé et au juge judiciaire : mais cela ne concernait alors, en dehors de la gestion du domaine privé — laquelle, pour des raisons difficiles à élucider, n'était précisément pas considérée comme un service public — que certains contrats ne contenant aucune clause exorbitante du droit commun, tels ceux relatifs à des fournitures courantes. Le « virage » de 1921 (Eisenmann) consista à admettre que des services entiers, et non plus des actes isolés, pouvaient vivre sous l'empire du droit privé et échapper au contrôle du juge administratif. De larges pans de l'activité administrative allaient, dès lors, se détacher du droit administratif proprement dit pour retomber sous l'empire du droit privé et le contrôle des juridictions judiciaires, et l'on devra dorénavant distinguer le droit administratif *lato sensu* — tout le droit applicable à l'administration — du droit administratif *stricto sensu* — la part de ce droit qui est autonome et spéciale : la confusion des mots et des idées ne faisait que commencer.

2) En même temps que l'administration se voyait soumise partiellement au droit privé, le droit administratif spécial, par un mouvement inverse, débordait du cadre de l'administration proprement dite. Depuis longtemps, le concessionnaire de service public était en quelque sorte annexé par le droit public, en raison de l'intimité de sa collaboration avec l'administration dans la réalisation du service public. Mais ce cas devait cesser d'être exceptionnel à partir du moment où l'administration utilisa de plus en plus fréquemment la collaboration de personnes et d'organismes privés. On s'aperçut dans les années 30 que la satisfaction de l'intérêt général n'était pas le monopole des collectivités publiques et que des personnes privées y pourvoyaient également ; on parla d'abord d'entreprises privées d'intérêt général, puis, plus ouvertement, de personnes privées investies d'une mission de service public (transporteurs publics, caisses d'assurances sociales, exploitants d'outillages portuaires, etc.). Cela conduisit, d'une part, à assujettir les intéressés à un contrôle administratif, puis à de véritables obligations de service public, d'autre part, à leur accorder le bénéfice de certaines prérogatives de puissance publique (CE, *Autobus Antibois*, 1932 ; *Vézia*, 1935 ; *Caisse primaire Aide et Protection*, 1938 ; *Compagnie maritime de l'Afrique orientale*, 1944) et, corrélativement, à les soumettre dans cette mesure au droit administratif spécial et à la compétence administrative. Dans un stade ultérieur, l'Etat créera de toutes pièces, en vue d'assurer une mission de service public, des organismes auxquels il confèrera le caractère et le statut de personnes privées : tel sera le cas, après 1945, des caisses de sécurité sociale et d'allocations familiales, ainsi que des innombrables associations et organismes de tous genres créés autour de l'administration sous la forme juridique de personnes privées. Organismes réellement privés colla-

borant à des tâches d'administration, organismes facticement privés créés par l'administration pour assurer certaines missions d'intérêt général : l'action administrative cesse dès lors d'être exclusivement celle de l'appareil administratif pour s'orienter du côté des personnes privées.

3) Le double mouvement que l'on vient de décrire a fait perdre au droit administratif, à partir des années 40, toute unité et toute clarté, et nul ne savait plus à quel signe reconnaître l'application du droit administratif spécial et la compétence de la juridiction administrative.

Qualifier l'organisme en cause de personne publique ou de personne privée ne présentait plus une utilité décisive : les collectivités publiques se voyaient en partie soumises au droit privé et les personnes privées régies partiellement par le droit public. Le régime de certains organismes était fixé sans qu'il ait même paru nécessaire d'en déterminer avec précision la nature juridique. Le but de service public n'était pas davantage un critère satisfaisant, car certaines activités de l'administration se voyaient, en dépit de leur but de service public évident, régies essentiellement par le droit privé. L'utilisation de prérogatives de puissance publique paraissait à certains fournir un critère plus satisfaisant ; mais s'il était possible de conclure de cette utilisation à l'application d'un régime de droit public, comment résoudre le problème du régime de droit applicable lorsque c'est ce régime précisément qui déterminait la possibilité ou l'impossibilité d'utiliser de telles prérogatives ? Fallait-il alors dire tout simplement que le droit administratif spécial et la compétence administrative doivent être retenus lorsque l'activité litigieuse est soumise à un régime de droit public, ou interesse des rapports de droit public, ou pose des questions de droit public ? Certains n'ont pas hésité à le faire ; mais le problème reste entier : à quoi reconnaître, précisément, qu'une activité doit être soumise à un régime de droit public, ou interesse des rapports de droit public, ou pose des questions de droit public ?

Où qu'ils se tournassent, les plaideurs se heurtaient à l'impossibilité de trouver une réponse satisfaisante à cette question pourtant fort simple : devant quel juge dois-je porter mon procès et quelles règles lui sont-elles

applicables ? Le contentieux administratif devenait une loterie, et ses spécialistes les plus avertis des devins auxquels nul ne pouvait se fier avec certitude.

Sur le plan théorique, la situation n'était guère plus brillante.

On assistait à ce spectacle déroutant d'une discipline prenant tous les jours plus d'importance, mais dont on ignorait la nature profonde, dont le fondement cessait d'être immédiatement perceptible et dont les limites étaient incertaines : un domaine dans lequel il fallait entrer, mais dont nul ne détenait la clé ni ne connaissait les contours. Toutes les explications proposées, tous les critères suggérés avaient une âme de vérité ; aucun n'était la vérité. La crise du droit administratif n'était pas un vain mot. Confusion des idées, complexité des solutions : voilà le tableau du droit administratif dans les années de l'après-guerre. La responsabilité n'en incombait ni au Conseil d'Etat ni à la doctrine, mais à l'extraordinaire enchevêtrement des réalités administratives dans un Etat qui se voulait en même temps libéral et dirigiste et dont l'accroissement des pouvoirs et l'extension des attributions ont été accompagnés d'un foisonnement de nouveaux types d'intervention.

IV. — Le droit administratif « en mutation »

Le Conseil d'Etat a précédé le droit administratif qui a été, comme la *common law*, « secrété dans les interstices de la procédure », illustrant la maxime anglaise *Remedies precede rights*. Mais l'un et l'autre ont été et demeurent tellement liés que l'interrogation sur le bilan et les perspectives de l'un à la veille de son bicentenaire vaut également pour l'autre.

La crise de croissance ne s'est ni prolongée ni résolue selon un processus purement endogène. Les

facteurs nés au sein même de l'ordre administratif ont dû se combiner avec des contraintes issues du monde extérieur. La crise est recouverte par des données nouvelles qui posent des problèmes autres que ceux qui l'avaient engendrée et qui suscitent à leur tour de nouvelles réflexions. Le droit administratif est « en mutation » (J. Chevallier).

Ces données nouvelles tiennent à la remise en cause du juge administratif et du droit administratif, à l'encadrement de l'un et de l'autre par un environnement normatif modifié et à un paysage institutionnel renouvelé.

1. **La remise en cause du juge et du droit administratif.** — La controverse, qui fut vive à certains moments de l'histoire, sur les mérites et les démérites du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, sur la dualité de juridictions, sur l'autonomie du droit administratif semblait au milieu des années 70 appartenir au passé.

Non seulement le modèle de « l'ordre administratif » français paraissait définitivement acquis dans le pays qui lui avait donné naissance, mais il avait largement essaimé, notamment en ce qui concerne l'organisation juridictionnelle, dans de nombreux pays soustraits à l'influence anglo-saxonne. Bien plus, le système contentieux français avait fourni les structures essentielles du contentieux communautaire. On vantait les audaces du juge administratif qui avait réussi à renforcer la soumission de l'administration au droit grâce à l'élargissement des normes de référence — on pense, notamment, à la théorie des principes généraux du droit — et à l'approfondissement du contrôle des actes administratifs. On se félicitait de la protection croissante assurée aux administrés par l'extension de la responsabilité administrative, avec la disparition des derniers flots d'irresponsabilité, le recul de l'exigence de fautes qualifiées et l'admission de plus en plus fréquente d'une responsabilité sans faute des personnes publiques.

Mais, en dépit de ce que l'on pourrait appeler l'approvisionnement de la doctrine et de la classe politique, les

réticences à l'égard du juge administratif et de son droit se sont récemment renforcées. « Le droit administratif n'a plus bonne réputation » (Delvolvé). La complexité des règles de compétence, le caractère semi-secret d'un droit jurisprudentiel avare de motivations, des codifications commodes pour les spécialistes mais d'un maigre secours pour les profanes : autant de facteurs mille et mille fois dénoncés.

Deux raisons ont fait monter ces réticences du ton de la doléance à celui de la rébellion. La première est l'excessive lenteur de la justice administrative, à laquelle s'ajoute la force d'inertie de l'administration, souvent en retard pour exécuter les décisions qui la condamnent. La seconde raison se trouve dans la résistance longtemps opposée par le Conseil d'Etat, non pas à la construction européenne, mais au système juridico-judiciaire qui la sous-tend ; primauté de l'ordre juridique communautaire sur les ordres juridiques nationaux, autorité directe des normes et des sentences communautaires, emprise de la Cour de justice de Luxembourg sur les juridictions nationales. Même si, comme on le verra, des remèdes ont été apportés à ces maux, les transferts législatifs de compétence au profit de la juridiction judiciaire, considérée comme plus appropriée, se sont multipliés, dessaisissant ainsi le juge administratif d'une partie de sa compétence.

Mais ce n'est pas seulement au profit de la juridiction judiciaire que le juge administratif a été dépouillé de son monopole dans le contrôle de l'action administrative : il partage désormais ce rôle avec le Conseil constitutionnel, le médiateur de la République, la Cour de justice des communautés européennes et la Cour européenne des droits de l'homme.

2. Un nouvel environnement normatif. — Naguère élaboré de manière autonome par le Conseil d'Etat sans

contraintes autres que quelques rares dispositions législatives, le droit administratif se voit aujourd'hui soumis à un environnement normatif de plus en plus divers et contraignant. Les textes de loi se multiplient, provoquant, selon certains, un déclin de la fonction jurisprudentielle, même s'ils introduisent plus d'exceptions ponctuelles qu'ils ne posent de principes. Les décisions du Conseil constitutionnel qui définissent, parallèlement à celles du Conseil d'Etat, des normes juridiques s'imposant à l'administration viennent également limiter l'absolue liberté du Conseil d'Etat. Même si le Conseil constitutionnel n'est pas une cour suprême et n'a pas de pouvoirs de contrôle sur le Conseil d'Etat, ses décisions exercent une influence certaine sur la jurisprudence de ce dernier, la réciproque étant d'ailleurs vraie. La recherche d'une harmonie, voulue par les deux corps, restreint l'autonomie de l'un comme de l'autre. L'importance croissante des normes internationales et communautaires enfin, constitue l'un des traits majeurs de l'évolution contemporaine du droit administratif.

3. Un nouveau paysage institutionnel. — L'administration se complique, ce qui entraîne une dispersion du pouvoir. La décentralisation, la création d'un nouvel échelon — la région — qui se superpose aux autres, la place croissante faite aux spécificités locales, l'enchevêtrement des compétences, la déconcentration, la multiplication des organismes de coopération spécialisés (groupements d'intérêt public, villes nouvelles, communautés de communes et communautés de villes), la prolifération des « autorités administratives indépendantes » (CNIL, CSA, Conseil de la concurrence...) qui échappent aux classifications classiques, le transfert de certains pouvoirs au niveau européen : toutes ces évolutions donnent un peu l'impression que devaient éprouver nos aïeux quand, sous Louis XV, des admi-

nistrations d'un type nouveau se superposèrent, sans l'effacer, à l'administration du Roi-Soleil.

Si cette diversification provoque une multiplication des autorités investies du pouvoir normatif, ce dernier tend en même temps à décliner au profit de techniques conventionnelles. De plus en plus l'administration est faite de concertation et de consensus plus que de commandement. Les autorités négocient entre elles, et elles négocient avec les administrés organisés. Les contrats entre personnes publiques se multiplient. L'Etat, les collectivités locales, les établissements publics, les universités deviennent des partenaires. Du fait de la complexité croissante de l'administration et du droit administratif, le monument de style classique a laissé sa place au baroque (Braibant).

On ne saurait enfin faire abstraction de l'idéologie libérale qui prévaut depuis quelques années dans une large partie du monde, notamment au sein de l'Union européenne, et qui se traduit, en France comme ailleurs, à la fois par une politique de privatisation et par une déréglementation d'activités jusque-là étroitement contrôlées par la puissance publique. Il n'est pas exclu que cette évolution affecte, d'une manière ou d'une autre, la conception du « service public à la française » et altère l'équilibre des concepts et des règles auquel le droit administratif avait abouti, non sans mal, depuis la fin de la deuxième guerre mondiale.

Quelque profonds qu'ils soient, ces changements n'affectent toutefois pas la problématique du droit administratif : conférer à l'administration les moyens de ses fins, d'une part ; assurer la soumission de l'administration au droit, d'autre part. Les thèmes de l'action et du contrôle constituent, aujourd'hui comme hier, la trame de notre discipline.