

# La définition du droit administratif :

## A la recherche du critère perdu

---

**Il arrive un temps où l'étudiant en droit, après avoir fait ses armes sur l'état civil ou la Constitution, aborde le droit administratif. C'est alors le temps des désillusions. Non seulement cette discipline est d'une complexité redoutable, mais surtout, les raisonnements s'éloignent tant de la réalité que l'étudiant n'a qu'une vue partielle et incomprise des enjeux et des situations. Les cours de droit administratif sont souvent honnis pour deux raisons. La première est la technicité propre à la matière (songeons seulement au retrait et à l'abrogation des actes administratifs ou du contentieux contractuel !), la seconde est la difficulté d'en forger une définition. En effet, si les autres disciplines juridiques sont souvent au moins aussi complexes à définir, il est toujours possible d'en fournir un simple énoncé pédagogique, qui suffit pour les débutants à l'appropriation de la matière. Le droit administratif pour sa part, semble être réfractaire à cette simplification essentielle.**

**Cet écueil ne tient pas à un problème d'enseignement, tant les professeurs rivalisent d'ingéniosité pour essayer d'expliquer la matière. Il tient plutôt à la somme plus que conséquente de définitions possibles et de travaux publiés, et aussi, aux débats pléthoriques qui ont agité cette question en doctrine. Pourtant, malgré sa complexité redoutable, la définition du droit administratif, rien que par les controverses doctrinales savoureuses et révolues qu'elle a engendrées, reste une fabuleuse aventure, que cet article va tenter de retranscrire.**

## Sommaire

<b>I. Comment définir le droit administratif ? Une approche historique</b>	p.3
<b>A. La préhistoire du droit administratif : trois critères approximatifs (1790-1873)</b>	p.4
1. <i>L'apparition du droit administratif : un coup de force par les textes</i>	p.4
2. <i>Le développement du droit administratif : la jurisprudence dans le silence des textes</i>	p.7
<b>B. L'affirmation du droit administratif : un critère roi (1873-1921)</b>	p.8
1. <i>L'arrêt Blanco (GAJA, N°1).</i>	p.8
2. <i>Les interprétations divergentes de l'arrêt Blanco</i>	p.10
3. <i>Le critère du service public</i>	p.11
<b>C. La crise du droit administratif : des critères multiples (1921 - ?)</b>	p.12
1. <i>Le critère du service public : déchéance et survivance</i>	p.12
2. <i>Le critère de la puissance publique</i>	p.15
3. <i>Refondation du critère de la puissance publique : les bases constitutionnelles du droit administratif</i>	p.16
4. <i>Refondation du critère de la puissance publique : Le droit administratif, droit du service public, et le contentieux administratif, contentieux de la puissance publique</i>	p.18
<b>Conclusion sur la première partie</b>	p.19
<b>II. Comment critiquer la définition du droit administratif ?</b>	p.20
<b>A. La critique de l'unicité du critère</b>	p.20
<b>B. La critique de la vision traditionnelle de l'administration</b>	p.21
<b>C. La critique de la politique jurisprudentielle du juge administratif</b>	p.23
<b>Conclusion</b>	p.25
<b>Pour en savoir plus</b>	p.26
<b>I. Textes</b>	p.26
<b>II. Arrêts</b>	p.26
<b>III. Ouvrages</b>	p.27
<b>IV. Articles</b>	p.27

Pour envisager la question de la définition du droit administratif, la seule option qui semble s'imposer est d'avoir une approche historique. Car le droit administratif n'est pas une construction *ex nihilo*. Il n'est pas cet organisme froid et abscons que les futurs juristes abordent à contre coeur, et qui semble se développer tentaculairement dans des directions opposées et multiples. Il est une réponse à des besoins sociaux précis, et il est produit par l'évolution de la notion d'Etat, et des rapports entre celui-ci et les individus.

Le droit administratif est daté par la doctrine. On situe son origine de manière particulièrement précise : les années 1790-1800 pour ses racines, l'année 1873 pour son affirmation et surtout, son émancipation. Dès lors, l'examen de sa définition ne peut être qu'historique (I). A travers cette riche évolution, la notion de critère émerge avec force, et transcende les débats. Quel est le critère de définition du droit administratif ? Qu'est ce qu'un critère ? Cette quête, qui d'ailleurs, ne semble pas être terminée, a permis à des auteurs et des travaux de marquer durablement l'histoire de notre science, à notre droit public de se constituer en véritable corps, et à notre droit administratif, de devenir une construction solide, rationnelle, parfois copiée, et facteur de progrès.

Mais il ne s'agit pas non plus d'occulter le revers de la médaille. Comme Janus, le droit administratif a deux visages. A l'architecture élaborée, aux raisonnements fouillés et à la volonté d'affirmation de la discipline répond une dimension plus problématique. Celle d'un droit éternellement en crise, pris dans un étau de plus en plus serré, dont l'un des mors serait le droit privé, et l'autre le droit européen. Egalement, puisque lié à la notion d'Etat, les évolutions historiques et sociales influent sur le droit administratif, jugé, inertiel, inadapté, et surtout, dominateur. La définition et l'évolution du droit administratif sont abondamment commentées, et l'on ne peut faire l'économie de leur critique, positive ou négative (II).

L'important est de toujours garder une volonté de nuance. Le droit administratif est une discipline qui se construit depuis 200 ans. L'abondance des thèses, des travaux, des courants est telle qu'on ne peut jamais que caricaturer, donner de grandes tendances, simplifier. L'étudiant qui lira ces lignes doit donc toujours considérer que telle affirmation est contestable, que telle autre est simpliste, mais n'est-ce pas là une incrédulité salvatrice que se doit d'appliquer tout scientifique ?

## **I. Comment définir le droit administratif ? Une approche historique**

Le droit a une histoire, qui explique son architecture. Le droit administratif, fort logiquement, n'échappe pas à cette règle. C'est en effet cette histoire particulière qui explique la volonté très forte de définition qui a animé les auteurs et les praticiens de la discipline. Si l'on devait essayer de définir des périodes, il serait envisageable de considérer que le droit administratif a d'abord connu une préhistoire (A). Elle est marquée par la naissance textuelle de la matière, si tant est que l'on puisse affirmer une telle naissance. Très vite, on a cherché à le définir, par le biais de critères successifs qui ne répondront pas aux attentes des praticiens et des administrés. La deuxième période est alors une phase d'affirmation et de développement (B). C'est l'avènement de la jurisprudence d'un organe fortement institué : le Conseil d'Etat. C'est aussi la naissance d'une notion reine : le service public. C'est ce dernier qui est majoritairement utilisé à l'époque pour définir la matière. Mais elle entre rapidement en crise, le critère de définition ne réussissant plus à rendre compte de la réalité. La troisième période, contemporaine, est celle de la crise du droit administratif, si tant est qu'il en existe une (C). C'est une période de recherche tous azimuts, où de nombreux auteurs donnent leur idée de définition, et donc, forgent leur(s) critère(s).

## A. La préhistoire du droit administratif : trois critères approximatifs (1790-1873)

Une précision s'impose : qu'est ce qu'un critère ? Le Littré nous indique à l'entrée « Critère » : « Voir criterium ». Cette seconde entrée indiquant pour sa part : « Terme de philosophie. Marque qui fait discerner, juger. Le criterium de la vérité ». Le critère est donc un élément de compréhension (discerner) et de raisonnement (juger). Pour le droit administratif, le critère est cet élément qui permet à un individu lambda de discerner une situation administrative d'une autre situation. Et donc, le critère suppose la simplicité la plus absolue. Par un raisonnement unique, rapide, par une formule miracle, le justiciable, l'étudiant, le praticien, le juge, le professeur, doivent reconnaître immédiatement l'application du droit administratif (ou le besoin de l'appliquer). Il est ainsi aisé de comprendre pourquoi ce critère de reconnaissance se confond avec le critère de la compétence du juge administratif. Normalement, un acteur juridique observe une situation juridique, et selon un critère de reconnaissance, considère qu'il s'agit d'une discipline juridique donnée. Dès lors en découle la compétence d'un juge donné. Ici, la définition du critère de reconnaissance est concomitante de celle de la compétence : c'est au juge administratif qu'il revient d'établir sa propre compétence, qu'il ne tire pas (complètement) des textes. Ainsi donc, le critère du droit administratif est tant un critère de reconnaissance qu'un critère de compétence.

Avant de débiter l'aventure du critère administratif, il faut se poser une question primordiale : pourquoi a-t-on besoin d'un critère en droit administratif ? En effet, l'étudiant rompu à l'exercice du droit civil ou du droit constitutionnel ne pourra s'empêcher de constater que dans un cours portant sur l'un ou l'autre, la définition de la matière occupe en tout et pour tout quelques pages. En droit administratif au contraire, une grande partie du cours est en général consacrée à ce problème de définition. Pourquoi en droit administratif, et pas dans une autre discipline ? Seul un détour historique permet de comprendre cette volonté de définition de la matière administrative.

Le droit administratif n'est pas présenté comme un droit qui a évolué avant d'être codifié, comme le droit civil. Il n'est pas non plus un droit fort ancien, intrinsèque à la gouvernance de l'Etat comme l'est le droit constitutionnel. Il n'est pas immémorial. Au contraire, il surgit, incandescent, des transformations révolutionnaires (1). Il faut alors le tailler, l'insérer dans le champ juridique préexistant, lui faire une place. Et cette place ne peut pas se faire autrement qu'en cherchant à le définir. Cette définition allant jusqu'à retracer son histoire, et créer une fiction selon laquelle, il serait inenvisageable d'imaginer un Etat sans droit administratif (voir le II pour plus de développements sur ces questions). Dès lors que les textes impliquent un droit administratif, cette création n'est pas autosuffisante. Il faut que des tribunaux jugent, que des praticiens utilisent ces outils, que les auteurs systématisent la matière. Le droit administratif commence donc à se construire et se développer (2).

### 1. L'apparition du droit administratif : un coup de force par les textes

#### La loi des 16-24 août 1790

La Révolution a balayé l'administration de l'Ancien Royaume. C'est d'abord une destruction systématique des organes administratifs de l'Etat (comme les Conseils du Roi par exemple). C'est aussi une forte rationalisation : des réformes nombreuses, dont la seule réellement utile sera

le découpage administratif, qui vient mettre de l'ordre dans le maillage successif de territoires et de compétences. Enfin, une nouvelle idéologie apparaît, avec des thèmes aussi prégnants que le légicentrisme (la loi est la norme première, puisque c'est l'expression de la volonté générale), le libéralisme politique (exacerbation des libertés, de la citoyenneté, Déclaration des droits de l'homme, constitutionnalisme...) et surtout, la séparation des autorités administratives et judiciaires.

La loi des 16-14 août 1790 a pour vocation de refonder l'organisation judiciaire du royaume (à ce propos, il est intéressant de constater que son premier titre concerne l'arbitrage). Le Titre II contient 21 articles, dont celui-ci :

*« Article 13. 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 ».*

Cela signifie que l'administration ne peut plus être jugée par les tribunaux judiciaires. Cet article a bien évidemment une motivation. On peut distinguer deux causes :

**Les parlements d'Ancien Régime.** Ces institutions judiciaires ont eu une nette tendance sous l'Ancien Régime à briser les volontés de réforme. Notamment, issus de l'ancien devoir féodal de conseil, les parlements pouvaient lors de la vérification d'un texte avant sa promulgation prendre des itératives remontrances, ces dernières empêchant le texte d'être dûment promulgué. Charles IX prend une ordonnance (dite de Blois) en 1566 pour interdire ces remontrances (qui d'itératives, deviennent simples, c'est à dire, n'intervenant qu'après la promulgation du texte. Cela revient à transformer la remontrance en simple conseil postérieur au lieu qu'elle soit un obstacle). Mais l'ordonnance ne sera jamais appliquée. Louis XIV, lorsqu'il entame la codification de la procédure civile en 1667, décide de réhabiliter l'ordonnance : les parlements sont mâtés. Mais à sa mort, en 1715, le régent Philippe d'Orléans passe un marché avec le Parlement de Paris : si ce dernier casse le testament de Louis XIV, il lui permet à nouveau de prendre des itératives remontrances. La *Séance de la flagellation* de Louis XV sera inutile : le Roi ne reprendra jamais le dessus. Si bien qu'une fois toutes les tentatives de réformes profondes avortées (de Nemours, Necker, Calonne, de Lomennie de Brienne, Maupeou), le Roi décidera d'outrepasser les pouvoirs d'obstruction du Parlement en convoquant les Etats-Généraux. Nous sommes en 1788... Autre problème posé par les parlements : les arrêts de règlement (qui avant d'être interdits par le code civil, sont interdits par la loi des 16-24 août 1790). Ainsi, les révolutionnaires veulent empêcher que les tribunaux nouvellement créés n'imitent leurs aînés, et décident donc, d'une part, de les soumettre totalement à la loi, et d'autre part, de les empêcher d'être une gêne pour l'administration.

**La séparation des pouvoirs.** La Révolution fait de la séparation des pouvoirs l'un des principes cardinaux de sa réforme (pour preuve, l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme : *« Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution »*). Or, le fait que le pouvoir judiciaire puisse juger l'administration, c'est à dire le pouvoir exécutif, posait un problème majeur aux révolutionnaires.

Pour ces deux raisons principales, l'administration est soustraite aux tribunaux judiciaires. Le **décret du 16 fructidor An III** (2 septembre 1795) réitère la séparation des autorités dans un

article unique :

*« La convention nationale, après avoir entendu son comité des finances, décrète qu'elle annule toutes procédures et jugements intervenus, dans les tribunaux judiciaires, contre les membres des corps administratifs et comités de surveillance, sur réclamations d'objets saisis, de taxes révolutionnaires, et d'autres actes d'administration émanés des dites autorités pour l'exécution des lois et arrêtés des représentants du peuple en mission, ou sur répétition des sommes et effets versés au Trésor public. Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration de quelque espèce qu'ils soient, aux peines de droit, sauf aux réclamants à se pourvoir devant le comité des finances pour leur être fait droit, s'il y a lieu, en exécution des lois, et notamment de celle du 13 février dernier ».*

Cela dit, la loi ou le décret n'indiquent jamais, à aucun moment, que l'administration doit être soumise à un juge spécial. Aucune juridiction d'exception n'est créée. Ainsi, va se développer la théorie de l'administrateur-juge. *« Juger, c'est encore administrer »*. Ainsi, l'administrateur va lui-même régler ses conflits avec les particuliers.

Le système est totalement insatisfaisant, puisqu'aucune garantie n'est apportée, ni sur la capacité du juge, ni sur son impartialité. Il fallait donc s'interroger sur la création d'une juridiction. Mais au lieu de créer des juridictions autonomes et d'exception (ce qu'on ne souhaitait pas en 1790 pour ne pas reproduire les errements de l'Ancien Régime), on préfère créer des juridictions consultatives.

#### La Constitution de l'An III (Consulat – 25 décembre 1799)

Le Premier Consul a radicalement transformé l'administration de la France révolutionnaire. Reprenant à son compte le découpage administratif, il structure identiquement chaque échelon territorial : une assemblée délibérante et un représentant du pouvoir exécutif, tous nommés. Il réinstalle également quelques éléments de l'administration d'Ancien Régime : notamment le Conseil d'Etat qui peut s'observer comme une résurgence du Conseil du Roi. Et il met en place, pour satisfaire à la séparation des autorités, des juridictions administratives embryonnaires.

**L'article 52 de la Constitution de l'an VIII** crée le Conseil d'Etat : *« Sous la direction des consuls, un Conseil d'Etat est chargé de rédiger les projets de lois et les règlements d'administration publique, et de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative »*. Parallèlement, le Titre VI (*« De la responsabilité des fonctionnaires publics »*) et plus particulièrement l'article 75 disposent que *« Les agents du Gouvernement, autres que les ministres, ne peuvent être poursuivis pour des faits relatifs à leurs fonctions, qu'en vertu d'une décision du Conseil d'Etat : en ce cas, la poursuite a lieu devant les tribunaux ordinaires »*.

La situation est difficilement tenable. Aucun agent de l'Etat ne peut faire l'objet d'un recours direct. Tout individu peut cela dit effectuer un recours gracieux auprès de l'administration, ce qui est l'expression même de l'administrateur-juge. C'est le ministre qui est compétent en premier ressort. Le chef de l'Etat lui-même traite de l'appel de ces décisions. Très vite, il ne peut faire face tant au nombre des questions à résoudre qu'à leur technicité. Il consulte donc le Conseil d'Etat. En pratique, son avis sera toujours suivi, tant et si bien qu'il devient virtuellement le juge d'appel des recours gracieux auprès des ministres-juges. C'est un système de justice retenue : le Conseil d'Etat propose seulement un jugement, qui doit être avalisé par le souverain.

Au niveau local, la **loi du 28 pluviôse An VIII** créé des Conseils de préfecture. Ces derniers devront, selon l'article 4, se prononcer :

« Sur les demandes de particuliers, tendant à obtenir la décharge ou la réduction de leur cote de contributions directes ; Sur les difficultés qui pourraient s'élever entre les entrepreneurs de travaux publics et l'administration, concernant le sens ou l'exécution des clauses de leur marché ; Sur les réclamations des particuliers qui se plaindront de torts et dommages procédant du fait personnel des entrepreneurs, et non du fait de l'administration ; Sur les demandes et contestations concernant les indemnités dues aux particuliers, à raison des terrains pris ou fouillés pour la confection des chemins, canaux et autres ouvrages publics ; Sur les difficultés qui pourront s'élever en matière de grande voirie ; Sur les demandes qui seront présentées par les communautés des villes, bourgs ou villages, pour être autorisées à plaider ; Enfin, sur le contentieux des domaines nationaux ».

Ainsi, les Conseils de préfecture ont des compétences d'attribution, somme toute assez réduites. Mais ce sont des institutions non négligeables : s'ils sont remplacés en 1926 par des Conseils de préfecture inter-départementaux, ceux-ci deviennent, en 1953, les tribunaux administratifs.

## 2. Le développement du droit administratif : la jurisprudence dans le silence des textes

Le juge administratif, à partir de l'an VIII, peut donc connaître des litiges opposant les particuliers à l'administration. Immédiatement se pose la question de sa compétence. Ordinairement, la compétence d'un juge est directement établie par le texte qui l'institue. Mais les textes instituant la séparation des autorités ne disposent en rien d'une compétence juridictionnelle. Il y est seulement indiqué que l'administration ne doit pas être soumise au juge judiciaire (en réservant le cas des compétences d'attribution des Conseils de préfecture). A *contrario* donc, le juge administratif doit-il considérer que toute activité administrative lui soit soumise ? Cette vision serait trop extensive. Ainsi, le Conseil d'Etat développe successivement trois critères.

**L'Etat débiteur.** La théorie est fondée sur deux textes : la loi des 16 juillet et 8 août 1790, et le décret du 28 septembre 1793. Ces deux textes interdisaient selon une interprétation contestable du juge administratif au juge judiciaire de prendre une quelconque sanction pécuniaire contre l'Etat (CE, 1855, *Rotschild*). Mais ce premier critère de compétence du juge administratif était trop extensif. En effet, le juge administratif ne pouvait pas connaître de tous les cas où l'Etat devait se voir opposer une sanction pécuniaire.

**L'acte d'autorité.** La fin du XIX<sup>e</sup> siècle consacre majoritairement la distinction entre actes d'autorité et actes de gestion. Quand l'administration utilise un acte d'autorité, elle se voit appliquer le droit administratif. Quand en revanche elle utilise un acte de gestion, le droit privé s'applique. L'acte d'autorité serait ici un acte de commandement : décision unilatérale, interdiction, réglementation... L'acte de gestion est un procédé évoquant plutôt le droit privé (un contrat par exemple). Cette distinction était reprise par les principaux auteurs de l'époque (Batbie, Ducrocq, Aucoc, Laferrière, Berthélémy...) mais critiquée par Duguit. Il est certain que ce critère est quelque peu restrictif d'une part, et complexe à mettre en œuvre d'autre part (la distinction entre les deux catégories d'actes n'est pas aisée).

**La gestion publique.** C'est un argumentaire tiré du raisonnement du Tribunal des Conflits dans l'arrêt *Blanco* du 8 février 1873. La gestion publique est une situation dans laquelle l'administration utilise des procédés dérogatoires au droit commun. Lorsqu'il y a gestion

publique, il y a droit administratif. Lorsqu'il y a gestion privé, il y a droit privé. Le critère semble très proche de la distinction entre acte d'autorité et acte de gestion, mais il existe en réalité une différence fondamentale. L'acte d'autorité nécessite une situation de commandement. La gestion publique ne nécessite aucun commandement, mais seulement une situation qui diffère du droit commun. Le champ est donc plus vaste.

La définition du droit administratif, lorsque celui-ci est encore balbutiant, passe donc par plusieurs stades. Le premier est la reconnaissance d'un **critère purement organique** fondé sur les textes de référence : toute activité exercée par une personne publique est soumise au juge administratif. Mais le critère, trop extensif, est rapidement abandonné pour un **critère matériel** : si l'Etat doit se plier à une amende, le droit administratif s'applique. Trop extensif à nouveau, ce critère est également abandonné. Apparaissent alors successivement **deux critères formels**. La distinction entre acte d'autorité et acte de gestion, qui permet de bien limiter l'étendue du contentieux administratif, mais qui est en réalité trop restrictif et complexe à mettre en œuvre. Puis, selon une interprétation particulière de l'arrêt *Blanco*, la distinction entre gestion publique et gestion privée.

L'arrêt *Blanco* est l'un des premiers grands arrêts de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, rendus par le Tribunal des Conflits et le Conseil d'Etat. C'est durant cette période que sont forgés les principes cardinaux de la matière : recours pour excès de pouvoir, acte administratif unilatéral, responsabilité extra-contractuelle... Pour autant, l'interprétation de l'arrêt *Blanco* n'est pas toujours unanime. Si certains auteurs y voient la consécration de la gestion publique (Gilles Lebreton) d'autres auteurs, notamment immédiatement postérieurs l'arrêt, y voient la consécration d'un autre critère : le service public (Duguit, Jèze).

## **B. L'affirmation du droit administratif : un critère roi (1873-1921)**

Le Conseil d'Etat est institué en 1799. Le Tribunal des Conflits pour sa part en 1848. Pourquoi a-t-il fallu attendre 1873 pour qu'un arrêt fondateur du droit administratif apparaisse ?

La raison est simple. La *loi Dufaure* du 24 mai 1872 rompt avec la justice retenue qui était jusque là la seule possibilité de jugement pour le Conseil d'Etat. Désormais, la justice est déléguée : le Conseil d'Etat est une véritable juridiction. L'évolution ne s'est pas fait attendre : l'arrêt *Blanco*, un an plus tard, est considéré comme la pierre angulaire du droit administratif selon Jèze (1). Le séisme, largement reconstruit postérieurement de cet arrêt va entraîner des divergences d'interprétation, certes tout au long du XX<sup>e</sup> siècle, (2) mais dont ressortira vainqueur au début dudit siècle le critère du service public (3).

### *1. L'arrêt Blanco (GAJA, N°1).*

« Vu l'exploit introductif d'instance, du 24 janvier 1872, par lequel Jean Y... a fait assigner, devant le tribunal civil de Bordeaux, l'Etat, en la personne du préfet de la Gironde, Adolphe Z..., Henri X..., Pierre Monet et Jean A..., employés à la manufacture des tabacs, à Bordeaux, pour, attendu que, le 3 novembre 1871, sa fille Agnès Y..., âgée de cinq ans et demi, passait sur la voie publique devant l'entrepôt des tabacs, lorsqu'un wagon poussé de l'intérieur par les employés susnommés, la renversa et lui passa sur la cuisse, dont elle a dû subir l'amputation ; que cet accident est imputable à la faute desdits employés, s'ouïr condamner, solidairement, lesdits employés comme co-auteurs de l'accident et l'Etat comme civilement responsable du fait de ses employés, à lui payer la somme de 40,000 francs à titre d'indemnité ;

*Vu le déclinatoire proposé par le préfet de la Gironde, le 29 avril 1872 ; Vu le jugement rendu, le 17 juillet 1872, par le tribunal civil de Bordeaux, qui rejette le déclinatoire et retient la connaissance de la cause, tant à l'encontre de l'Etat qu'à l'encontre des employés susnommés ; Vu l'arrêté de conflit pris par le préfet de la Gironde, le 22 du même mois, revendiquant pour l'autorité administrative la connaissance de l'action en responsabilité intentée par Y... contre l'Etat, et motivé : 1° sur la nécessité d'apprécier la part de responsabilité incombant aux agents de l'Etat selon les règles variables dans chaque branche des services publics ; 2° sur l'interdiction pour les tribunaux ordinaires de connaître des demandes tendant à constituer l'Etat débiteur, ainsi qu'il résulte des lois des 22 décembre 1789, 18 juillet, 8 août 1790, du décret du 26 septembre 1793 et de l'arrêté du Directoire du 2 germinal an 5 ;*

*Vu le jugement du tribunal civil de Bordeaux, en date du 24 juillet 1872, qui surseoit à statuer sur la demande ;*

*Vu les lois des 16-24 août 1790 et du 16 fructidor an 3 ; Vu l'ordonnance du 1er juin 1828 et la loi du 24 mai 1872 ;*

*Considérant que l'action intentée par le sieur Y... contre le préfet du département de la Gironde, représentant l'Etat, a pour objet de faire déclarer l'Etat civilement responsable, par application des articles 1382, 1383 et 1384 du Code civil, du dommage résultant de la blessure que sa fille aurait éprouvée par le fait d'ouvriers employés par l'administration des tabacs ;*

*Considérant que la responsabilité, qui peut incomber à l'Etat, pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil, pour les rapports de particulier à particulier ;*

*Que cette responsabilité n'est ni générale, ni absolue ; qu'elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés ;*

*Que, dès lors, aux termes des lois ci-dessus visées, l'autorité administrative est seule compétente pour en connaître ;*

*DECIDE : Article 1er : L'arrêté de conflit en date du 22 juillet 1872 est confirmé. Article 2 : Sont considérés comme nonavenus, en ce qui concerne l'Etat, l'exploit introductif d'instance du 24 janvier 1872 et le jugement du tribunal civil de Bordeaux du 17 juillet de la même année. Article 3 : Transmission de la décision au garde des sceaux pour l'exécution ». (N.B. : c'est nous qui soulignons).*

Le point de départ de l'affaire est tragique : un employé de la manufacture des tabacs de Bordeaux pousse un wagonnet et renverse accidentellement une fillette, qui devra être amputée d'une jambe.

Le père de la fillette souhaite faire condamner l'Etat devant les tribunaux judiciaires en vertu de sa responsabilité civile. Le préfet élève le conflit, et le Tribunal des Conflits est donc fort logiquement saisi. On remarque que l'arrêt cite tout d'abord dans ses visas le critère initial de compétence du juge administratif : l'Etat débiteur.

Le raisonnement de l'arrêt apparaît fort simple : les principes du Code civil ont vocation à régir des rapports entre particuliers, et ne peuvent donc servir de base pour engager la responsabilité de l'Etat. L'Etat ne peut être responsable que selon des règles spéciales, qui doivent varier, selon « *les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés* ». Ces règles doivent être dégagées et mises en œuvre par le juge administratif. Et quand une règle spéciale est appliquée à l'Etat, il y a compétence du juge administratif : est présente ici l'assimilation du critère de la reconnaissance d'une situation de droit administratif et du critère de la compétence du juge administratif, qui comme nous l'avons vu *supra*, est assez logiquement

effectuée par les auteurs.

L'abandon de la distinction entre acte d'autorité et acte de gestion est également aisément observable. La faute est commise par un agent public qui pousse un wagonnet, au sein d'une manufacture de tabac. Il s'agit clairement d'un acte de gestion, et non d'un acte d'autorité visant à imposer un commandement. Il y a pourtant application du droit administratif.

L'arrêt paraît pourtant assez restrictif : la seule question envisagée est celle de la responsabilité de l'Etat du fait de ses agents. Pourtant, le raisonnement du juge administratif peut être généralisé à l'ensemble du droit administratif : l'Etat ne peut pas être soumis aux règles du Code civil, mais doit être soumis à des règles particulières, dérogatoires, considérées comme spéciales, et qui sont élaborées par le juge administratif. C'est ce qui fonde pour beaucoup d'auteurs l'autonomie du droit administratif : la discipline n'est pas une simple agrégation de règles dérogatoires, mais un véritable système propre et autonome.

Pour autant, la doctrine s'oppose sur l'interprétation de l'arrêt fondateur du droit administratif.

## 2. *Les interprétations divergentes de l'arrêt Blanco*

La raison de ces divergences est simple : la décision de 1873 est passée totalement inaperçue à l'époque. C'est une trentaine d'années plus tard que la doctrine, souhaitant légitimer et théoriser le droit administratif, a ressuscité l'arrêt *Blanco* pour en faire la pierre angulaire de la discipline. Et dès lors, on peut envisager trois interprétations différentes.

**Restrictive.** L'arrêt *Blanco* est surévalué. Il ne fait rien d'autre que de poser une « *non applicabilité de principe du droit administratif* » et non pas une autonomie du droit administratif (Paul Amselek, de Laubadère). A chaque fois qu'une situation semble relever du droit administratif, et qu'un texte n'indique pas expressément la compétence du juge administratif, alors **elle peut** ne pas être soumise au droit privé, mais ce n'est ni un principe ni une obligation.

**Le critère de la gestion publique.** L'arrêt *Blanco* reste muet sur cette question, mais les conclusions du Commissaire du gouvernement David montrent bien que ce dernier qualifie la situation de l'espèce comme une situation de gestion publique, entraînant donc la compétence du juge administratif (« *Mais il ne s'agit pas de l'Etat propriétaire ou personne civile ; il s'agit de l'Etat puissance publique, à qui l'on vient demander compte d'un dommage causé par ses préposés dans l'accomplissement de leur service. Or, en principe général, l'Etat puissance publique n'est pas soumis aux règles du droit civil ; il ne l'est pas non plus à la compétence judiciaire ; il n'en pourrait être autrement que si une loi l'avait formellement déclaré* » (c'est nous qui soulignons).

**Le critère du service public.** Duguit et Jèze notamment, se basant tant sur la lettre de l'arrêt (« *services* ») que sur les conclusions du Commissaire du gouvernement (« [Les juges judiciaires] sont radicalement incompétents pour connaître de toutes les demandes formées contre l'administration à raison des services publics, quel que soit leur objet ») fondent grâce à l'arrêt *Blanco* l'ensemble du droit administratif sur le service public. Quand un service public est concerné, le droit applicable est toujours administratif, et le juge compétent est toujours administratif.

Le critère du service public va, à partir du début du siècle, connaître un état de grâce : effectivement l'ensemble du droit administratif, peu ou prou, semble confirmer la théorie. Mais rapidement le critère ne suffira pas, pour des raisons tant intrinsèques qu'extrinsèques.

### 3. *Le critère du service public*

Pour Yves Gaudemet, un service public est une activité d'une collectivité publique visant à satisfaire un besoin d'intérêt général. C'est là une définition pédagogique couramment rencontrée dans les manuels et articles. Ainsi, une piscine municipale, l'éradication des animaux nuisibles, la fourniture d'électricité, sont des services publics.

Le postulat de base sous-tendant la théorie du service public est qu'il existe deux sortes d'activité. Des activités privées, qui n'ont pas pour but l'intérêt général, mais un intérêt privé, plus ou moins collectif, et des activités publiques, qui ont l'intérêt général pour objectif.

Duguit et Jèze, en réinterprétant l'arrêt *Blanco*, mais en se fondant également sur d'autres jurisprudences, bâtissent la notion de service public. Il est le critère du droit administratif, et donc, celui de la compétence du juge administratif. Ainsi, tout service public donne lieu à l'application du droit administratif. Un certain radicalisme de ces théories survient dans les écrits des deux auteurs. Pour Duguit, l'Etat est une agglomération de services publics. Pour Jèze, le régime administratif est assimilable au service public, ce dernier n'étant qu'un procédé technique synonyme du premier. C'est une vision généreuse de la société et de l'Etat. Ce dernier doit fournir aux citoyens un ensemble de prestations minimales, toujours plus nombreuses, de manière égalitaire et continue.

La jurisprudence va rapidement faire sienne ces notions, en consacrant l'idée que la compétence du juge administratif découle directement de la présence d'un service public. Et partant, le critère du droit administratif n'est autre que ce service public (CE, 1903, *Terrier*, TC, 1908, *Feutry*, CE, 1910, *Thérond*).

Ainsi, les conclusions du Commissaire du gouvernement Romieu sous l'arrêt *Terrier* : **«*Tout ce qui concerne l'organisation et le fonctionnement des services publics proprement dits, généraux ou 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* »** (c'est nous qui soulignons).

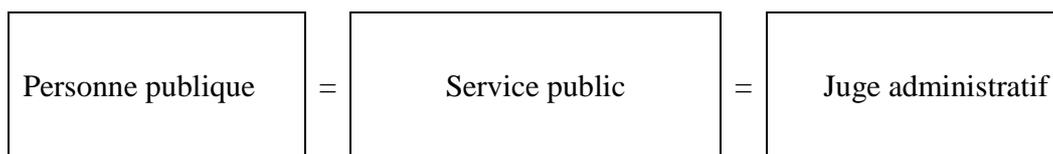
Dans l'arrêt *Feutry*, il s'agit d'un incendie provoqué par un aliéné échappé d'un asile dont le requérant souhaite rendre l'Etat responsable : **«*Considérant que cette assignation ne vise aucune faute personnelle à un agent de l'Administration et se détachant de sa fonction ; qu'elle incrimine l'organisation et le fonctionnement d'un service à la charge du département et d'intérêt public ; que l'appréciation des fautes qui auraient pu se produire dans l'exécution de ce service n'appartient pas à l'autorité judiciaire ; que c'est donc à bon droit que le préfet de l'Oise a revendiqué pour l'autorité administrative la connaissance de la demande formée par le sieur Feutry contre le département de l'Oise* »** (c'est nous qui soulignons).

L'arrêt *Thérond* concerne pour sa part un contrat passé entre une commune et un particulier pour la mise en fourrière des chiens errants : **«*Considérant qu'en traitant dans les conditions ci-dessus rappelées avec le sieur X..., la ville de Montpellier a agi en vue de l'hygiène et de la sécurité de la population et a eu, dès lors, pour but d'assurer un***

*service public ; qu'ainsi les difficultés pouvant résulter de l'inexécution ou de la mauvaise exécution de ce service sont, à défaut d'un texte en attribuant la connaissance à une autre juridiction, de la compétence du Conseil d'Etat ».*

Le fait que le critère du droit administratif soit le service public permet d'imposer aux activités de l'Etat un ensemble de principes auxquels on ne peut déroger que par la loi : les principes généraux du droit, qui n'ont pas de base textuelle mais sont découverts par le juge administratif. Si le régime du service public est rapidement énoncé par Rolland dans les années 30 (les fameuses *Lois de Rolland*), la jurisprudence ne se les appropriera qu'à partir des années 50. Citons donc l'égalité des usagers devant le service public, qui a engendré de nombreux épigones (CE, 1951, *Société des concerts du conservatoire*, CE, 1948, *Société du Journal l'Aurore*, CE, 1974, *Denoyez et Chorques*), le principe de continuité du service public (CE, 1950, *Dehaene*) et le principe de mutabilité du service public (CE, 1961, *Vannier*).

Ainsi, au début du XX<sup>e</sup> siècle, le droit administratif semble avoir trouvé sa stabilité : les personnes publiques gèrent des services publics qui sont de la compétence du juge administratif. Le critère organique de reconnaissance du droit administratif (une personne publique) correspond tout à fait au critère matériel de reconnaissance du droit administratif et de compétence du juge administratif : le service public.



Mais très rapidement, les choses se complexifient.

### **C. La crise du droit administratif : des critères multiples (1921 - ?)**

Si une période de crise s'amorce, elle est due d'une part à la difficulté de maniement du service public, et d'autre part, à l'apparition de nouvelles pratiques administratives (1). D'autres critères vont donc être élaborés pour mieux rendre compte de la jurisprudence, comme le critère de la puissance publique (2), des bases constitutionnelles du droit administratif (3), et la construction de René Chapus (4).

#### *1. Le critère du service public : déchéance et survivance*

##### a) La question des services publics industriels et commerciaux

Si la plupart des auteurs choisissent la date du 22 janvier 1961 pour annoncer le déclin du service public (et parfois même, du droit administratif), il est possible d'en observer les prémises en 1912.

Sous conclusions du Commissaire du gouvernement Blum, l'arrêt du Conseil d'Etat de 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges* marque une rupture. La commune de Lille conclut avec une société un contrat de livraison de fournitures (pour l'anecdote, des pavés). Il est évident que la société exécute pour la ville de Lille un service public. Mais la simple fourniture des pavés constitue un contrat « *exclusif de tous travaux à exécuter par la société* ». La société, quand elle

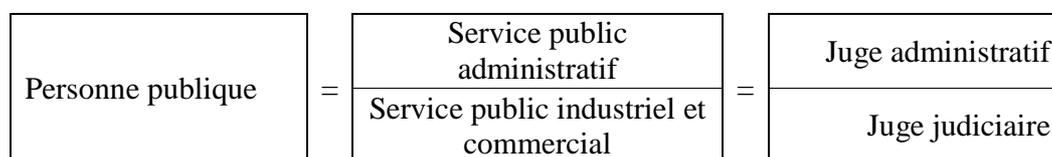
fournit les pavés à la ville de Lille, n'est pas dans la position de l'exécutant d'un service public, mais dans celle d'un fournisseur, comme dans un contrat privé. Ce qu'indique le Conseil d'Etat : « *Considérant que le marché passé entre la ville et la société, [...] avait pour objet unique des fournitures à livrer selon les règles et conditions des contrats intervenus entre particuliers ; qu'ainsi ladite demande soulève une contestation dont il n'appartient pas à la juridiction administrative de connaître* ». Ainsi, dans l'exécution d'un service public, il peut y avoir plusieurs éléments différents (on dit que le service public constitue une opération) dont certains peuvent ne pas relever du droit administratif.

Est ici également présente l'idée qu'un acte, pour qu'il soit considéré comme administratif, doit contenir des dispositions, ou être intrinsèquement, exorbitant du droit commun. Ici, le contrat ne contenant aucune clause particulière, uniquement valide si une personne publique est partie au dit contrat, le Conseil d'Etat le considère comme de droit privé. S'il avait contenu une clause telle qu'elle ne saurait exister dans un contrat liant seulement deux particuliers, le Conseil d'Etat l'eût considéré comme de droit administratif. C'est la naissance d'un nouveau critère : la puissance publique (voir *infra*).

Quoi qu'il en soit, l'automaticité suivant laquelle tout service public est soumis au droit administratif commence donc à s'étioler puisqu'au sein de chaque service, il faut distinguer entre les différents actes juridiques.

Mais le coup de grâce au service public est porté par l'arrêt du Conseil d'Etat de 1921, *Société commerciale de l'Ouest Africain*. Un bac permettant de passer d'une rive à l'autre d'une lagune subit un accident. Puisqu'il s'agit d'un service public, il semble évident qu'il s'agisse d'une compétence administrative. Mais le Tribunal des conflits, constatant que « *le bac d'Eloka ne constitue pas un ouvrage public* » et que « *la colonie de la Côte-d'Ivoire exploite un service de transport dans les mêmes conditions qu'un industriel ordinaire* » va livrer une solution surprenante : malgré le fait qu'il s'agisse d'un service public, il s'avère analogue à une activité privée, cette nature conférant une compétence de principe au juge judiciaire.

C'est la naissance des services publics industriels et commerciaux. Il s'agit bien de services publics, mais leur architecture, leur forme, n'en font pas une opération différente d'une opération classique entre particuliers. Ils ressortent donc de la compétence judiciaire. Ainsi, l'équivalence entre critère organique et critère matériel semble ne plus fonctionner.



#### b) La question des personnes privées gérant un service public

Le fait qu'une personne privée gère un service public ne pose pas de problème à la théorie du service public. C'est typiquement le cas de l'arrêt *Thérond* par exemple. Cela dit, il est toujours clairement établi que la personne privée agit sous l'empire, le contrôle et la sollicitation de la personne publique. Ce n'est qu'un exécutant, et l'exécutant d'un service public industriel et

commercial.

**Les personnes privées gérant un service public administratif.** Les choses se complexifient quand l'on observe l'arrêt du Conseil d'Etat de 1938, *Caisse primaire aide et protection*. En effet, auparavant, c'était toujours, soit une personne publique qui contrôlait étroitement l'exécution par une personne privée du service, soit la personne publique qui gérait elle-même selon le droit privé le service. Ici, les rôles sont inversés. C'est la personne privée qui a une gestion publique du service. Cette gestion peut même se faire sans aucune dévolution de la part de la personne publique. La personne privée peut, spontanément, assumer un service public. Pour ajouter encore de la difficulté, il peut arriver que le lien entre la personne publique et la personne privée soit extrêmement ténu (CE, 1956, *Epoux Bertin*). Dans cette affaire, l'acte qui lie la personne privée à l'administration est un « *contrat verbal* ». Et il n'y a plus besoin, comme dans l'arrêt *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, que le contrat passé entre la personne publique et la personne privé contienne des clauses exorbitantes du droit commun pour que le contrat soit de la compétence du juge administratif : seul l'objet du service suffit.

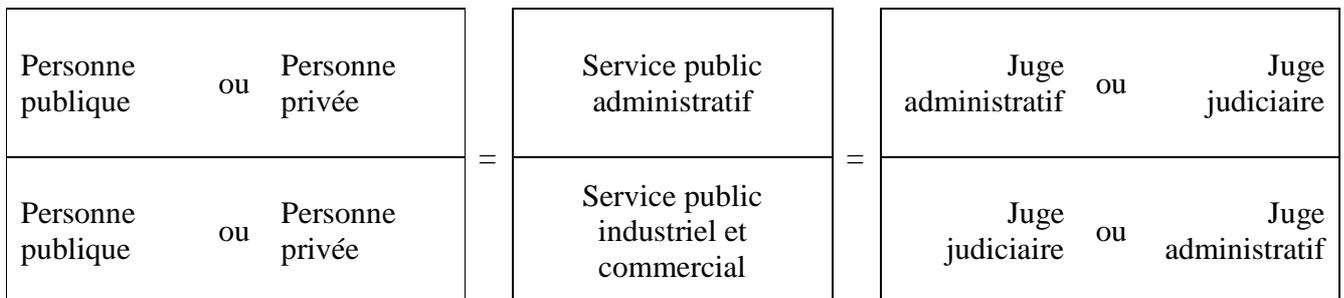
Le pas est important : le contrat peut n'avoir aucune différence avec le droit privé, si l'objet seul du contrat est un service public, alors le juge administratif est compétent. Ainsi donc, non seulement une personne privée peut gérer un service public administratif, mais la gestion et même la dévolution de ce contrat peuvent n'avoir aucune forme de droit public.

**Les personnes privées gérant un service public industriel et commercial.**

La solution sera transposée aux travaux publics dans l'arrêt *Consorts Grimouard* du même jour. Si ces arrêts semblent contredire la jurisprudence de l'arrêt *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, (le service public suffit, plus besoin d'une clause exorbitante) elle complexifie encore la théorie du service public.

En réalité, les services publics gérés par les personnes privées restent très largement soumis au droit privé.

Le critère du service public donne lieu à de grandes difficultés, et il est déformé pour pouvoir s'appliquer à la jurisprudence hésitante du Conseil d'Etat. Il n'y a en tout cas plus grand lien entre le critère organique et le critère matériel. De plus, mais cela ne sera pas étudié en détail ici, il y a des hypothèses où un service public industriel et commercial peut donner lieu à la compétence du juge administratif (pour certains membres du personnel par exemple) tandis que des services publics administratifs peuvent donner lieu à la compétence du juge judiciaire (certains contrats par exemple).



Devant ces difficultés, d'autres constructions que celles de Duguit, Rolland ou Jèze vont apparaître.

## 2. *Le critère de la puissance publique*

C'est à la fois le critère actuellement dominant, mais aussi le critère le plus fortement à nuancer. Tout d'abord, les auteurs ne s'entendent pas exactement sur la notion : puissance publique, prérogative de puissance publique, gestion publique, gestion administrative... les termes ne manquent pas. De plus, le service public n'est pas abandonné par la jurisprudence : ce dernier sert toujours à définir les grandes notions du droit administratif : le domaine public, l'agent public, acte administratif...

Pour essayer de schématiser le débat, le service public, porté par l'école de Bordeaux, s'attachait aux fins de l'action administrative : l'intérêt général. L'école de Toulouse, qui sous l'impulsion de Hauriou renouvelle le critère de la puissance publique, s'attache plutôt aux moyens de l'action administrative. Ce sont ces moyens, ces outils, qui vont déterminer si le régime est, ou non, administratif.

Paradoxalement, c'est Hauriou qui dans un article de 1892 évoque pour la première fois la théorie du service public. Mais devant la difficulté de définition de ce dernier, il considérera que le critère du droit administratif doit être plus facilement identifiable. L'avènement d'un critère de la puissance publique est facilement justifiable : d'abord, la jurisprudence n'a jamais complètement abandonné l'idée d'une distinction entre gestion privée et gestion publique (voir les conclusions Romieu sous *Terrier* par exemple). Ensuite, le fait que les personnes privées puissent assumer un service public administratif entraîne un besoin de rendre compte du régime à appliquer.

La prérogative de puissance publique, c'est l'acte de commandement que la personne publique peut choisir d'utiliser, et que ne peut pas détenir la personne privée. Mais si l'on s'en tenait à cette idée, alors la théorie de la puissance publique n'aurait pas de différence d'avec l'ancienne distinction entre acte de gestion et acte d'autorité. Ce ne sont pas forcément des actes de commandement. La puissance publique peut également désigner des procédés exorbitants du droit commun sans être des actes de commandement. Par exemple, une clause exorbitante du droit commun dans un contrat entraîne la reconnaissance du régime administratif (dans l'arrêt du Conseil d'Etat de 1963, *Société coopérative agricole « La Prospérité fermière »*, une clause suivant laquelle l'administration peut diriger, contrôler, ou surveiller l'exécution du contrat est une clause exorbitante). Le régime exorbitant de la conclusion du contrat peut entraîner, même s'il ne contient pas lui-même de clauses exorbitante, une compétence du juge administratif (CE, *Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant*). En l'espèce, EDF a l'obligation d'acheter aux producteurs autonomes d'électricité leur production. Le contrat, en lui-même, est tout à fait analogue à un contrat classique de droit privé, mais cette obligation qu'a EDF de le conclure entraîne la qualification de contrat administratif et donc la compétence du juge administratif. L'acte d'une personne publique ou privée, est considéré comme un acte administratif s'il est pris en vertu d'une prérogative de puissance publique (TC, 1963, *Werling*).

Pour autant, le critère de la puissance publique subit des critiques, dont trois cruciales. Tout d'abord, certains moyens utilisés dans des relations privées sont tout à fait singuliers, tellement

singuliers qu'ils pourraient être considérés comme exorbitants du droit commun. Ils ne sont pourtant pas porteurs d'une idée de puissance publique. C'est le cas par exemple des contrats d'adhésion, ou de ce que certains auteurs de droit public économique nomment la puissance privée. Ensuite, la prérogative de puissance publique ne permet pas de rendre compte de toutes les situations dans laquelle l'administration doit être soumise au juge administratif : outre des droits particuliers liés à la puissance publique, l'administration se voit imposer ce que Rivero nomme des sujétions de puissance publique (ou encore, des « *prérogatives en moins* ». Enfin, ce critère uniquement formel de la puissance publique ne permet pas de rendre compte de la fin du service public : l'intérêt général, ni des cas où cet intérêt général commande de ne pas utiliser la puissance publique.

Les années 50 sont donc synonymes, à nouveau, de crise pour la doctrine administrativiste. En effet, aucun auteur n'arrive à rendre compte de l'ensemble du droit administratif avec un seul critère : le service public n'est pas efficient depuis 1921, la puissance publique pose d'autant plus de problèmes qu'elle ne rend pas suffisamment compte de la finalité de l'action administrative. Pour autant, il semble quand même le plus efficace, et quelques auteurs vont tenter de le renouveler dont notamment Georges Vedel et René Chapus.

### 3. *Refondation du critère de la puissance publique : les bases constitutionnelles du droit administratif*

Georges Vedel publie dans les *Etudes et documents du Conseil d'Etat* de 1954 un article intitulé : « Les bases constitutionnelles du droit administratif », article dont il reprendra les conclusions dans les préfaces successives de son manuel (notamment la 7<sup>e</sup> édition dans laquelle il répond avec beaucoup d'élégance à la critique de Charles Eisenmann).

Selon Georges Vedel, la théorie du service public, qui utilise donc un critère matériel de définition du droit administratif, ne s'inscrit pas dans les canons de notre droit public, qui donnerait plus d'importance au critère organique. Il convient donc d'essayer de définir le droit administratif, non pas selon un critère matériel, mais organique.

Son second postulat est également novateur : puisque l'ensemble du droit positif, de la hiérarchie des normes, découle de la Constitution, c'est à dire de la norme la plus élevée, c'est dans cette Constitution que l'on doit repérer le critère de définition du droit administratif. D'autant plus que la théorie du service public n'a pas de fondation constitutionnelle.

A l'inverse, la jurisprudence du Conseil d'Etat montrerait bien que le droit administratif se fonde sur la Constitution, que le mode d'action de l'administration soit le service public ou la police (CE, 1918, *Heyriès*, CE, 1919, *Labonne*).

La Constitution fonctionne par des distinctions organiques. Ainsi, Vedel exclut de l'administration, et donc du droit administratif, le Parlement et l'autorité judiciaire. Le gouvernement est donc le seul détenteur de l'action administrative. Autrement dit, le pouvoir exécutif et l'action administrative sont des termes synonymes.

Mais, si le droit administratif doit être identifié chaque fois que le pouvoir exécutif agit, la

compétence du juge administratif, tout comme le champ du droit administratif serait trop important. Il faut donc affiner le critère. Vedel utilise alors un critère matériel : il faut distinguer suivant les activités de gouvernement (politique) et les activités administratives. Ainsi, ne participent pas de l'action administrative les relations extérieures et les rapports entre pouvoirs publics.

Enfin, une seconde exigence de réévaluation du critère survient : la question de la gestion privée de l'administration. A chaque fois que l'administration agit comme un particulier (et donc, à chaque fois que cette action est soumise au droit privé), le droit administratif ne doit pas s'appliquer. *A contrario*, le droit administratif s'applique lorsque l'Etat agit avec des prérogatives de puissance publique.

Dès lors, l'administration est « *l'ensemble des activités du gouvernement et des autorités décentralisées étrangères à la conduite des relations internationales et aux rapports entre pouvoirs publics et s'exerçant sous un régime de puissance publique* ». Le droit administratif est le droit applicable à l'action de l'administration, et le juge compétent pour en connaître est le juge administratif. La puissance publique, quand à elle, est la faculté de poser unilatéralement des règles à portée générale.

La théorie de Vedel est finalisée en 1954, c'est à dire quatre ans avant la Constitution de 1958. Cette dernière est adoptée, et comporte en son sein la révolution qu'est le binôme article 34 / article 37 (pour mémoire, l'article 34 de la Constitution énumère les compétences du Parlement : c'est le domaine de la loi ; l'article 37 disposant que tout ce qui n'appartient pas au domaine de la loi ressort du gouvernement). Il n'y a dès lors plus besoin de parler de pouvoir exécutif, puisque les compétences du Parlement sont clairement énoncées et surtout, limitées. Désormais, le droit administratif est le droit commun de la puissance publique. C'est la présomption d'administrativité.

Cette théorie a subi deux critiques particulièrement fortes.

**Charles Eisenmann**, « La théorie des « bases constitutionnelles du droit administratif » », *RDP*, 1972, p. 1435-1441. Si le droit administratif peut effectivement avoir une base constitutionnelle, rien n'indique que ce soit la Constitution qui pose sa définition ou son critère. Dès lors, inférer de la Constitution une définition du droit administratif semble exclu. De plus Vedel indique que l'administration ne peut pas utiliser de procédés de droit privé. Or, l'administration, qui a pour fonction d'exécuter la loi, peut exécuter celle-ci par des procédés de droit privé lorsqu'ils sont eux-mêmes prévus par la loi. Enfin, les éléments permettant d'identifier l'administration dégagés par Vedel ne sont pas contenus dans la Constitution mais dans des normes inférieures.

**Roger Latournerie**, « Sur un Lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public. Agonie ? Convalescence ? Jouvence ? », *EDCE*, 1960, p. 61-159. Vedel indique qu'on ne doit pas définir le droit administratif par un critère matériel. Pourtant, après être parti d'un critère organique très général, il lui adjoint deux critères matériels. De plus, cela reste une théorie de la puissance publique, dès lors soumise à l'écueil selon lequel l'action administrative doit absolument avoir une finalité, que seule la théorie du service public permet d'imposer : l'intérêt général. Et surtout, la théorie de Vedel est très éloignée des solutions jurisprudentielles.

4. *Refondation du critère de la puissance publique : Le droit administratif, droit du service public, et le contentieux administratif, contentieux de la puissance publique*

René Chapus, dans un article fameux (« Le service public et la puissance publique », *RDP*, 1968, p. 235-282), puis dans son manuel, va élaborer une nouvelle définition du droit administratif.

Il commence par refuser d'admettre que le droit administratif puisse être à la fois un droit du service public et de la puissance publique puisque ce serait alors un droit des fins et des moyens. C'est parce que les auteurs souhaitent faire de l'une ou l'autre théorie le facteur d'explication du droit administratif en incorporant dans ce dernier une dimension qui ne devrait pas y figurer : celle du contentieux. Le critère de compétence du juge administratif ne peut être le même que celui du droit administratif, car le droit et son contentieux ne sont visiblement pas la même chose.

Ainsi, le critère du service public permet de définir le droit administratif. Car le service public est une activité, assurée par une personne publique (ou sous le contrôle d'une personne publique) en vue de l'intérêt public. Souvent, l'une des deux conditions semble manquer, et il faut alors utiliser un faisceau d'indices.

Le cœur de la reconnaissance du service public (et donc du droit administratif) est de différencier l'intérêt public de l'intérêt privé. Il peut en effet exister deux sortes d'intérêts publics : le plus grand service (satisfaire l'intérêt du plus grand nombre) et le plus grand profit (satisfaire l'intérêt de l'organisme qui gère l'activité). Lorsque le service plus grand profit a pour but de financer un intérêt public, c'est un service public, sinon, c'est un intérêt privé, qui ne peut pas être considéré comme un service public.

A l'inverse, les règles de compétence du juge administratif ne sont pas assises sur la théorie du service public, mais sur celle de la puissance publique. Certes, on a pu croire que si le service public permettait de définir les grandes notions du droit administratif, alors il était prépondérant pour la définition du contentieux. Chapus montre en réalité que ces jurisprudences ne font que relier service public et puissance publique, et que c'est de là que découle la compétence administrative (et non pas directement du service public). Le seul cas où le service public est directement lié à la compétence du juge administratif, c'est lorsqu'il s'agit d'un service public administratif, c'est à dire, quand le régime de puissance publique est implicite, obligatoire.

Chapus termine son article en indiquant que cette différence entre droit administratif et contentieux administratif, si elle existe, est fortement illogique, et doit donc être résorbée, par des réformes qu'il conseille.

La théorie de René Chapus a trouvé un adversaire éloquent en la personne de Paul Amssek (« Le service public et la puissance publique, Réflexions autour d'une étude récente », *AJDA*, 1968, p. 492-514). Reprenant consciencieusement l'argumentation de l'auteur, Amssek considère que le service public ne peut pas être le critère de base du droit administratif, d'abord parce que tous les services publics ne sont pas soumis à un régime de droit administratif (Parlement, justice) et que le droit administratif n'est pas toujours lié au service public (gestion du domaine privé des personnes publiques par exemple). Enfin, les règles de droit administratif ne sont pas inspirées par le service public (en réalité, mise à part les lois de Rolland, le service public n'inspire que peu le droit administratif).

Amselek critique également l'idée selon laquelle le contentieux administratif serait le contentieux de la puissance publique. Pour la première raison que le juge judiciaire lui-même peut connaître du contentieux de la puissance publique (notamment quand existent des atteintes à la liberté individuelle, comme la voie de fait par exemple). Il oppose alors sa propre théorie : c'est lorsque le litige entraîne essentiellement l'application de règles spéciales, que le juge administratif est compétent. Si les règles à appliquer sont plutôt analogues au droit privé, c'est alors le juge judiciaire qui est compétent. Ce serait une sorte de « *clause générale de compétence administrative* » (théorie de « la nature de la situation » critiquée par Latournerie dans son article cité *supra*). Des indices permettent au juge administratif d'analyser les situations qui s'offrent à lui pour décider ou non de sa compétence. Le premier d'entre eux est le service public, le second un ensemble de paramètres montrant la dérogation au droit commun.

### **Conclusion sur la première partie**

Si l'on s'attache à une analyse sommaire des critères de reconnaissance du droit administratif utilisés, on remarque une grande diversité. Le critère organique abandonné dès le milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, selon lequel toute activité de l'administration devrait être soustraite à la compétence du juge judiciaire, a été rapidement abandonné au profit de nouveaux critères, dont est ressortie l'idée de gestion publique, réutilisée par des auteurs comme Vedel ou Chapus.

La longue histoire de la définition du droit administratif a semblé prendre fin avec les deux décisions du Conseil constitutionnel relatives à la juridiction administrative et au juge administratif.

La première consacre le Principe fondamental reconnu par les lois de la République d'indépendance de la juridiction administrative fondé sur la loi du 24 mai 1872 (CC, 1980, *Loi de validation*). La seconde identifie un nouveau Principe fondamental reconnu par les lois de la République, celui de la compétence de ces juridictions administratives (CC, 1987, *Conseil de la concurrence*). « [R]elèvent de la compétence des juridictions administratives **l'annulation ou la réformation des décisions prises dans l'exercice de prérogatives de puissances publiques par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle** ». Ainsi, on trouve ici deux critères de définition de la compétence administrative. Le premier est organique : il faut une autorité exerçant le pouvoir exécutif (ou un organisme contrôlé par l'une d'elle). Mais l'on remarque bien la nécessité d'une personne publique. Le second critère est matériel : l'existence d'une prérogative de puissance publique.

Pour autant, la décision du Conseil ne fait pas l'unanimité. Notamment, la décision semble consacrer plusieurs possibilités d'érosion de cette compétence : les matières réservées au juge judiciaire et la possibilité de création de blocs de compétence par la loi. Et surtout, de nombreux pans de la compétence du juge administratif ne sont toujours pas constitutionnellement garantis : responsabilité, contentieux contractuel... Plus précisément pour la question du critère de compétence du juge administratif, *quid* du cas où la prérogative de puissance publique est exercée par une personne privée ? Enfin, la décision du Conseil constitutionnel reprenant le principe d'une définition de la compétence du juge administratif par la puissance publique encourt toutes les critiques relatives à ce critère, et notamment la question de l'absence de conditions de finalité.

Il faut garder à l'esprit que l'exposé conduit *supra* ne peut être que simplifié. Ainsi, le critère

organique (une personne publique agit selon le droit administratif) est toujours présent dans toute théorie, même remanié ou sous-utilisé, même s'il n'en est pas fait mention. De même, la chronologie peut paraître contestable : les prémisses du service public peuvent être décelés avant le début du XIX<sup>e</sup> siècle, tout comme la puissance publique. De même, les théories des auteurs ont été extrêmement simplifiées, tout comme les critiques qui leur ont été faites, d'autant qu'après la critique vient le temps pour certains de la remise en question. Une bibliographie en fin d'article permettra à l'étudiant désireux d'approfondir ces notions de s'abreuver directement à la source, travail indispensable du scientifique. Une fois familiarisé avec les différents travaux doctrinaux sur le sujet, l'étudiant devra également faire preuve d'esprit d'initiative, trouver des similitudes ou des oppositions, mais quoi qu'il arrive, questionner les textes, les mouvements doctrinaux, les thèses. Il trouvera rarement la réponse, son raisonnement sera sûrement bancal mais il aura le mérite d'essayer de critiquer et de faire avancer la connaissance, ce qu'il sera tenté dans cette seconde partie.

## **II. Comment critiquer la définition du droit administratif ?**

Il convient ici de se détacher quelque peu de l'historicité de la matière, et d'avoir une vision plus conceptuelle. La première question à envisager est celle du critère en tant que tel, et du problème de la définition (**A**). En effet, si tant d'efforts infructueux ont été déployés depuis si longtemps pour forger le critère de définition du droit administratif, ce dernier peut-il être considéré comme existant ? De même, on ne peut envisager la question du droit administratif sans se pencher sur la définition de l'administration (**B**). La vision dominante oscille entre une administration considérée comme un corps de biens, de services et de personnels, et une administration-activité, avec des procédés particuliers et/ou un objectif particulier. Mais n'est-ce pas une vision quelque peu réductrice et historiquement centrée ? Enfin, il convient en guise d'ouverture de s'interroger sur la politique jurisprudentielle du droit administratif (**C**).

### **A. La critique de l'unicité du critère**

On peut faire deux critiques. La première peut être illustrée avec la décision du Conseil constitutionnel de 1987 précitée. En effet, il est bien évident que le critère défini par le Conseil constitutionnel permet de définir la compétence du juge administratif. Or, il est tentant d'y voir une définition du droit administratif. A y bien regarder, il reste évident que ce critère est réducteur au regard de ce qu'est aujourd'hui le droit administratif. Mais cela tient-il au fait que le droit administratif et la compétence du juge administratif doivent chacun être définis par deux critères différents, ou au fait que le critère même de la compétence du juge administratif est, dans la décision du Conseil, extrêmement réducteur ?

C'est finalement la question que se posait déjà René Chapus dans son article de 1968 précité. Il concluait alors que le droit administratif n'est pas le contentieux administratif, mais qu'il serait souhaitable qu'il le soit. Il met ainsi à bas une centaine d'années de recherches qui ont eu tendance à identifier le critère de la définition du droit administratif et le critère de la compétence du juge administratif. Cette assimilation, nous l'avons déjà vu, est logique. La vision la plus répandue en droit administratif est de considérer que l'administration, quand elle doit réaliser un objectif, peut le faire de deux manières. Par le droit privé, et c'est alors sous l'empire du droit privé, et sous une compétence du juge judiciaire, ou par le droit public, et c'est alors sous l'empire du droit administratif, et sous la compétence du juge administratif. Cette vision montre

clairement l'assimilation. Si seul le juge administratif applique le droit administratif, il est normal que son critère de compétence soit le même que le critère de définition des règles qu'il applique.

Dans la critique sur l'article de René Chapus précitée, Paul Amselek pose les linéaments d'une inexistence du critère unique. Pour lui, le juge judiciaire peut également appliquer du droit administratif sous l'égide de textes particuliers (responsabilité civile) ou de jurisprudence forgées par le juge administratif lui-même (service judiciaire par exemple). Et le juge administratif, lui, peut également appliquer du droit civil, ou créer des règles de droit administratif calquées sur du droit privé.

D'ailleurs, ajoutons que la montée en puissance du droit de la concurrence et du droit européen ont tendance à faire du juge administratif un véritable juge de droit commercial ou de droit des affaires, avec de véritables analyses de marché, symétriquement à l'attitude du juge judiciaire.

L'autre pan de la critique contre l'idée d'un critère unique concerne une analogie avec les autres branches du droit. Jean Rivero, dans un article qui a fait date (« Existe-t-il un critère du droit administratif ? », *RDP*, 1953, p. 279-295) effectue la remarque suivante : aucune autre branche du droit n'essaye de se définir par un seul critère. Toutes sont gouvernées par de grands principes qui s'articulent. Seul le droit administratif possède cette préoccupation, apparemment impossible à réaliser. La raison est simple : le droit administratif se crée en 1790 par différenciation d'avec le droit privé. Il faut guider le juge et le plaideur. La doctrine a donc la nécessité de construire un système simple et rapide, et doit donc essayer d'ordonner le droit administratif (et identiquement la compétence du juge administratif) par un critère unique.

Ainsi, peut-être faudrait-il envisager un droit administratif défini par plusieurs critères. Le premier, pour beaucoup d'auteurs, serait l'intérêt général, qui doit toujours être le moteur du droit administratif (Rivero, Waline, Latournerie...). Les thèses divergent ensuite sur le second, mais Rivero y ajoutait les prérogatives de puissance publique et les « *servitudes* » ou « *sujétions* » de *service public* ».

Concernant le critère de la compétence du juge administratif, tout dépend de la vision que les auteurs ont du droit administratif. Ainsi, pour Paul Amselek, ce dernier n'est pas l'ensemble des règles spéciales à l'administration (vision communément admise). Pour lui, ce découpage pédagogique ne peut pas fonctionner. Pour définir une discipline, les auteurs ont tendance à privilégier des césures matérielles : le droit civil est l'ensemble des règles applicables entre particuliers, le droit de l'environnement l'ensemble des règles qui concernent l'environnement... Il propose d'appliquer ce raisonnement quelque peu tautologique au droit administratif, qui serait le droit appliqué à l'administration. Ce droit, il peut être administratif lorsque l'administration n'agit pas à la manière d'un particulier. Il peut être privé si l'administration choisit d'agir comme un particulier. Mais en ce cas, il faut militer, comme le fait Paul Amselek, pour un bloc de compétence au profit du juge administratif : tout le droit qui est appliqué à l'administration, public ou privé, doit être de sa compétence. Ici, il est évident que le critère de définition du droit administratif sera fortement différent de celui de la compétence du juge administratif.

## **B. La critique de la vision traditionnelle de l'administration**

Nous avons indiqué *supra* que le manque d'entrain des étudiants envers le droit administratif tient sûrement à la complexité redoutable de ses constructions. Mais au delà de cet aspect, nous

venons de constater que même la définition de ce droit semble irréalisable.

Une raison qui nous semble majeure est celle du lien (évident) entre droit administratif et administration. Quand le droit administratif commence à s'élaborer, après la loi des 16-24 août 1790, il s'élabore pour permettre à l'administration d'agir sans devoir composer avec les tribunaux, comme cela avait été le cas sous l'Ancien Régime. Mais il faut garder à l'esprit qu'à l'époque, l'administration a peu de prises sur la société civile.

L'administration, en effet, est le reflet de l'Etat, son outil pour agir sur la société. Et au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, l'Etat est ce qu'on appelle un « Etat-gendarme ». Son but est de ne traiter que des tâches essentielles pour la nation, de ses préoccupations régaliennes. Ainsi, ce n'est que progressivement que l'administration va diversifier ses activités, agir dans l'économie, proposer des services à tous, confier des missions aux personnes privées. C'est l'avènement de l'Etat-providence. Puis, au début des années 70, l'Etat n'est plus le protecteur de la société. C'est une structure lourde, complexe, enchevêtrée, que l'on doit écarter des relations entre particuliers. Son immixtion est vécue comme une insupportable ingérence. Il y a donc un repli de l'Etat sur ses fonctions régaliennes, sans pour autant qu'il abandonne entièrement certaines de ses anciennes missions.

On ne peut qu'observer une coïncidence, voir une concomitance entre les différentes phases des travaux doctrinaux sur le droit administratif et l'évolution de la société. A la première phase de l'Etat-gendarme correspond l'alternance d'un critère purement organique et de plusieurs critères dont le plus important met l'accent sur la puissance publique, c'est à dire, sur la souveraineté de l'Etat, sur son pouvoir. L'Etat-providence est quant à lui marqué en droit administratif par une vision plus généreuse mais aussi plus pléthorique de son action : le service public. Et quand l'Etat change de nature, et se résorbe quelque peu, ressurgit la puissance publique, plutôt vue comme une exorbitance du droit commun que comme un procédé de commandement.

Les visions doctrinales de l'administration ne rendent pas assez compte de trois dimensions de l'administration.

L'histoire. Si la plupart des auteurs considèrent comme fausse la thèse selon laquelle le droit administratif serait né en 1790, ils ne conviennent pas non plus qu'il existait en tant que tel avant cette date. Ils identifient plutôt une sorte de préhistoire du droit administratif, un embryon malingre fait de quelques mécanismes épars. Les théories actuelles de l'administration ne prennent pas assez en compte les notions administratives anciennes, nées de l'Ancien Régime, et même antérieurement, du droit romain et du droit canonique. De même, n'est-il pas pertinent de dire que les cadres de raisonnement que les auteurs utilisent actuellement proviennent essentiellement de la Révolution et du Consulat, et donc, que les notions, les représentations, le vocabulaire, n'ont pas fondamentalement changé depuis 1789 ? Pourtant, la société a radicalement changé depuis la Révolution. Sur ces questions : voir l'article de Denis Baranger cité en bibliographie.

La réalité. Le droit, notamment administratif ne permet pas de rendre compte d'un certain nombre de questions propres à l'administration. Ainsi, le droit administratif est organisé selon le principe du pouvoir hiérarchique : telle une pyramide, l'administration est organisée de la base vers le sommet en strates, chacune possédant un certain nombre de compétences et donc de pouvoirs. En réalité, même les strates inférieures peuvent avoir un pouvoir, parfois important, sur

leurs supérieurs hiérarchiques : contrôle de l'information, réticences, microdécisions... De même, des pouvoirs parallèles existent à côté du pouvoir hiérarchique (le prestige par exemple). Surtout, l'administration obéit à son propre système, particulièrement opaque pour le droit administratif : circulaires, directives, notes de service, lettres, protocoles... Cette remarque vaut même pour les relations de l'administration avec l'extérieur : relations administré – fonctionnaire, ou administration – entités civiles. Ces liens se font de plus en plus souvent verbalement, par *soft law*, par régulation, et sont donc difficilement assimilés par le droit administratif. Enfin, chaque service administratif cherche à maximiser ses compétences et se trouve par conséquent en rivalité avec d'autres services (les directions des finances et du budget par exemple) ou même subissent la concurrence d'autres entités plus floues (cabinets ministériels et ministères, think-tanks et commissions, sans parler du lobbying...).

La politique. Il existe une politique administrative. L'administration est traversée par un ensemble de réseaux (grands corps, affinités politiques, clientélisme, syndicalisme). Ces réseaux n'ont pas en ligne de mire le seul bien commun. Ils cherchent à maximiser leur propre intérêt, qui peut coïncider, ou ne pas coïncider du tout, avec l'intérêt général. Il y a le développement de tactiques, de zones de contrôle... Mais la politique ne se situe pas seulement au niveau de l'administration même : la politique jurisprudentielle a une vision particulière de l'administration, et lui imprime certaines impulsions et certaines limites.

Tout ça indique que l'administration ne peut pas être étudiée seulement comme un organe particulier de l'Etat. Elle ne peut pas non plus être une simple activité avec un objectif ou des fins particulières. Elle est la somme de toutes ces dimensions, mais elle est quelque chose de plus. Nous pourrions parler ici d'institution. Pour le doyen Hauriou, une institution est un groupe social, soumis à une idée d'œuvre (c'est à dire, un idéal à réaliser), structurée par un pouvoir organisé, et continuellement acceptée par des manifestations de communion. Cette institution est traversée par des courants différents et contradictoires, elle se chevauche avec d'autres institutions, elle concurrence d'autres institutions. Ainsi, les hauts fonctionnaires appartiennent autant à la sphère politique qu'à la sphère administrative. L'administration est en concurrence avec les entreprises, avec les associations... L'administration en tout cas, véhicule plus qu'un organe, plus qu'une activité. Elle est une portion de la société, et doit être étudiée comme telle.

Dès lors, le droit administratif, concentré sur une seule vision de l'administration, un seul critère, ne peut rendre compte de son action. Le juge et la doctrine plaquent sur les actions administratives des concepts qui rendent incomplètement compte de la réalité sociale.

### **C. La critique de la politique jurisprudentielle du juge administratif**

Une dérive quelque peu politique du droit administratif est identifiable dès 1790. Car en effet, vouloir soustraire l'administration à la compétence du juge judiciaire n'indiquait nullement que l'on doive appliquer des règles spéciales à l'administration. Comme dans les pays anglo-saxons, il suffisait de soumettre l'administration à un autre juge certes, mais qui aurait tout de même appliqué des règles classiques de droit privé. Les Etats-Unis, le Royaume Uni, possèdent peu de règles dérogatoires au droit commun (mais il est vrai que concernant l'Etat, on ne peut faire l'économie d'un minimum incompressible de règles dérogatoire).

Certes, la dérive ne provient pas ici uniquement du juge administratif. Les administrateurs juges sont ceux qui ont mis en œuvre dès le départ cette vision particulière du droit et de l'Etat. Mais

très rapidement, le Conseil d'Etat, même en justice retenue, aura cette volonté de créer des règles spéciales. Or, elles n'allaient pas de soi. C'est ensuite, quand la doctrine, au début du XX<sup>e</sup> siècle, a voulu légitimer le droit administratif, qu'elle en a fait une alternative unique au droit privé. Le droit administratif existe parce qu'il est indispensable. Il ne l'est pourtant pas forcément.

Un autre exemple est celui de la théorie de service public. Il est évident que la notion de service public est fortement idéologique (pour s'en convaincre : l'article de Philippe Jourdan, « La formation du concept de service public », cité en bibliographie). Elle est idéologique d'abord pour les raisons mêmes de sa théorisation : l'école du service public, désireuse de soumettre l'Etat au droit sans passer par l'autolimitation de celui-ci construite par la doctrine allemande, veut le soumettre à un impératif simple et incontestable. Le service public est si lié à la notion d'intérêt général, qui lui seul peut limiter l'Etat, qui lui seul peut justifier son action, que sa propre définition est totalement tributaire de celle de l'intérêt général.

Or, la définition de l'intérêt général est éminemment politique. Prenons un exemple simple. Le Conseil d'Etat peut juger dans les années 20 qu'une association sportive n'est pas un service public, n'y voyant pas l'intérêt général, puis découvrir dans les années 70 un service public du sport. L'intérêt général est temporalisé. Mieux, mais ce n'est pas là une surprise, il est social. Il est une photographie, à l'instant t, des préoccupations de la société. Et donc, la justification de l'existence ou non du service public, et donc, des frontières de l'administration, est fortement marquée politiquement.

Aux Etats-Unis, l'intérêt général est en réalité l'intérêt particulier de la majorité du moment, tandis qu'en France, l'intérêt général transcende les volontés particulières (sur ces questions, l'excellent ouvrage d'Elizabeth Zoller, *Introduction au droit public*, Coll. Précis Dalloz, Paris, Dalloz, 2006). Pourtant, difficile de ne pas voir à l'œuvre dans la définition forcément contextuelle de l'intérêt général une expression de la majorité politique (ou sociale, c'est selon) de l'époque. L'intérêt général n'a qu'une définition : celle que le juge lui donne dans telle ou telle décision.

Dans son article (cité en bibliographie), Bertrand Chenot nous indique qu'il est selon lui vain de chercher à théoriser le droit. Celui-ci est une construction sociale, et ne suit pas un mouvement général lors de sa production. Dès lors, le rattacher à de grandes constructions revient pour le scientifique à plaquer sur la matière son propre besoin personnel de cohérence. C'est la nécessité de croire en quelque chose de plus grand que la simple accumulation, causale ou non, de règles et de comportements juridiques. Ce n'est pas pour cela qu'il faut abandonner tout effort de théorisation. Ce dernier est nécessaire pour le praticien, pour l'étudiant, pour le législateur, pour le juge, car il permet d'essayer de comprendre les relations juridiques. Mais, il faut toujours le confronter au réel, car si une loi fondamentale du droit fonctionne encore, c'est parce que la société n'a pas encore évolué sur ce point, ou pas encore assez pour que le fossé entre le comportement ou la règle juridique effectivement observée et son abstraite théorisation ne soit plus acceptable.

## **Conclusion**

Espérons que ces quelques précisions sur l'histoire du droit administratif auront permis à l'étudiant d'y voir un peu plus clair sur ces questions si délicates. La définition du droit administratif n'est pas chose aisée, tant pour des raisons intrinsèques à la matière (développement très récent de la législation et de la codification, matière particulièrement prétorienne, idéologies nombreuses, technicité...) que pour des raisons de théorisation (assimilation malheureuse des deux critères, volonté louable mais impossible du critère unique, relativité des constructions juridiques). Pour autant, c'est une magnifique matière pour peu qu'elle soit abordée patiemment. Les métamorphoses qu'elle subit actuellement ne la rendent que plus intéressante, tant notre vision française de l'Etat y est implicitement concernée.

**Antoine Faye**

Doctorant contractuel à l'Université Panthéon-Assas Paris II

## **Pour en savoir plus**

### I. Textes

Loi des 16-24 août 1790

[http://fr.wikisource.org/wiki/Loi\\_sur\\_l%E2%80%99organisation\\_judiciaire\\_des\\_16-24\\_ao%C3%BBt\\_1790](http://fr.wikisource.org/wiki/Loi_sur_l%E2%80%99organisation_judiciaire_des_16-24_ao%C3%BBt_1790)

Constitution de l'An VIII

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-du-22-frimaire-an-viii.5087.html>

Loi du 28 pluviôse An VIII

[http://www.u-picardie.fr/labo/curapp/revues/root/45/Annexe.pdf\\_4a0d2b2344d22/Annexe.pdf](http://www.u-picardie.fr/labo/curapp/revues/root/45/Annexe.pdf_4a0d2b2344d22/Annexe.pdf)

### II. Arrêts

Conclusions du Commissaire du gouvernement David sous l'arrêt *Blanco*

[http://www.lexinter.net/JPTXT2/conclusions\\_david1.htm](http://www.lexinter.net/JPTXT2/conclusions_david1.htm)

CE, 1903, *Terrier*, GAJA n°12

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007634922&dateTexte=>

CE, 1908, *Feutry*, GAJA n°12.2, 21.2, 26.1, 33.1.

[http://archiv.jura.uni-saarland.de/france/saja/ja/1908\\_02\\_29\\_tc.htm](http://archiv.jura.uni-saarland.de/france/saja/ja/1908_02_29_tc.htm)

CE, 1910, *Thérond*, GAJA n°21.

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007631419&dateTexte=>

CE, 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, GAJA n°26.

[http://lexinter.net/JPTXT2/arret\\_societe\\_des\\_granits\\_porphyroides\\_des\\_vosges.htm](http://lexinter.net/JPTXT2/arret_societe_des_granits_porphyroides_des_vosges.htm)

CE, *Heyriès*, 1918, GAJA n°32.

[http://lexinter.net/JPTXT2/arret\\_heyries.htm](http://lexinter.net/JPTXT2/arret_heyries.htm)

CE, 1919, *Labonne*, GAJA n°36.

[http://lexinter.net/JPTXT2/arret\\_labonne.htm](http://lexinter.net/JPTXT2/arret_labonne.htm)

CE, 1921, *Bac d'Eloka*, GAJA, n°37.

[http://lexinter.net/JPTXT2/arret\\_societe\\_commerciale\\_de\\_l'ouest\\_africain.htm](http://lexinter.net/JPTXT2/arret_societe_commerciale_de_l'ouest_africain.htm)

CE, 1938, *Caisse primaire aide et protection*, GAJA n°53.

[http://lexinter.net/JPTXT2/arret\\_caisse\\_primaire\\_aide\\_et\\_protection.htm](http://lexinter.net/JPTXT2/arret_caisse_primaire_aide_et_protection.htm)

CE, 1956, *Epoux Bertin et Consorts Grimouard*, GAJA n°74.

[http://lexinter.net/JPTXT2/arret\\_epoux\\_bertin.htm](http://lexinter.net/JPTXT2/arret_epoux_bertin.htm)

[http://lexinter.net/JPTXT2/arret\\_ministre\\_de\\_l'agriculture\\_c\\_consorts\\_grimouard.htm](http://lexinter.net/JPTXT2/arret_ministre_de_l'agriculture_c_consorts_grimouard.htm)

CC, 1980, *Loi de validation*.

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/depuis-1958/decisions-par-date/1980/80-119-dc/decision-n-80-119-dc-du-22-juillet-1980.7775.html>

CC, 1987, *Conseil de la concurrence*.

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1987/86-224-dc/decision-n-86-224-dc-du-23-janvier-1987.8331.html>

### III. Ouvrages

BENOIT (F.-P.), *Le droit administratif français*, Paris, Dalloz, 1968, vol. 1/, 897 p.

CAILLOSSE (J.), *La constitution imaginaire de l'administration : recherches sur la politique du droit administratif*, Paris, Presses universitaires de France, coll. « Les Voies du droit », 2008, vol. 1/, 421 p.

CHAPUS (R.), *Droit administratif général. I*, Paris, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 2000, vol. 1/, 1399 p.

FRIER (P.-L.) et PETIT (J.), *Précis de droit administratif*, Paris, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 2010, vol. 1/, X-568 p.

JESTAZ (P.) et JAMIN (C.), *La doctrine*, Paris, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2004, vol. 1/, 314 p.

LEBRETON (G.), *Droit administratif général. Tome 1, L'action administrative*, Paris, A. Colin, coll. « Cursus », 1996, vol. 1/, 255 p.

RIVERO (J.) et WALINE (J.), *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 1998, 529 p.

SEILLER (B.), *Droit administratif. I, Les sources et le juge*, Paris, Flammarion, coll. « Champs. Université », 2010, vol. 1/, 341 p.

VEDEL (G.), *Droit administratif*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 1961, vol. 1/, 712 p.

VEDEL (G.) et DELVOLVE (P.), *Droit administratif*, Paris, Presses universitaires de France, coll. « Thémis », 1980, vol. 1/, 1087 p.

### IV. Articles

AMSELEK (P.), « Le service public et la puissance publique, Réflexions autour d'une étude récente », *RDP*, 1968, pp. 492–514.

BARANGER (D.), « Le piège du droit constitutionnel, I. L'histoire constitutionnelle et la science du droit constitutionnel », *Jus Politicum*, décembre 2009, n° 3.

BENOIT (F.-P.), « Les fondements de la justice administrative », in *Le juge et le droit public : Mélanges offerts à Marcel Waline*, Paris, LGDJ, 1974, vol.2, pp. 283–295.

BIZEAU (J.-P.), « Le juge administratif n'est-il plus que le juge de la puissance publique ? », *AJDA*, 1992, pp. 179–193.

BRAIBANT (G.), « Le rôle du Conseil d'Etat dans l'élaboration du droit », in *Mélanges René Chapus, Droit administratif*, Paris, Montchrestien, 1992, pp. 91–102.

CAILLOSSE (J.), « Droit et politique : vieilles lunes, nouveaux champs », *Droit et société*, 1994, n° 26, pp. 127–155.

CHAPUS (R.), « Le service public et la puissance publique », *AJDA*, 1968, pp. 235–282.

DEBBASCH (C.), « Le droit administratif, droit dérogatoire au droit commun ? », in *Mélanges René Chapus, Droit administratif*, Paris, Montchrestien, 1992, pp. 127–133.

DELVOLVE (P.), « Paradoxes du (ou paradoxes sur le) principe de séparation des autorités administratives et judiciaire », in *Mélanges René Chapus, Droit administratif*, Paris, Montchrestien, 1992, pp. 136–145.

HAURIOU (M.), « Droit administratif », in *Répertoire du droit Administratif*, Société d'imprimerie et librairie administrative et des chemins de fer, Paris, 1882, vol.14, pp. 1–28.

JOURDAN (P.), « La formation du concept de service public », *RDP*, 1987, pp. 89–118.

JULIEN-LAFERRIERE (F.), « La dualité de juridiction, un principe fonctionnel ? », in *Mélanges Roland Drago, L'unité du droit*, Paris, Economica, 1966, pp. 395–426.

LATOURNERIE (R.), « Sur un Lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public. Agonie ? Convalescence ? Jouvence ? », *EDCE*, 1960, pp. 61–159.

LEMOYNE DE FORGES (J.-M.), « Postface, Le juriste arrive toujours plus tard », in *Mélanges Roland Drago, L'unité du droit*, Paris, Economica, 1966, pp. 481–486.

MOUSSA (H.), « Le droit administratif de René Chapus », in *Mélanges René Chapus, Droit administratif*, Paris, Montchrestien, 1992, pp. 455–482.

QUERMONNE (J.-L.), « Administration publique et science politique », in *Mélanges René Chapus, Droit administratif*, Paris, Montchrestien, 1992, pp. 559–569.

RIVERO (J.), « Existe-t-il un critère du droit administratif ? », *RDP*, 1953, pp. 279–295.

RIVERO (J.), « Apologie pour les faiseurs de systèmes », *D. Chronique*, 1951, coll. « Chronique », p. 99.

ROBERT (J.), « Droit administratif et droit constitutionnel », *RDP*, 1998, pp. 971–978.

TEBOUL (G.), « A propos de la coutume dans la jurisprudence administrative, Dialogue intérieur », in *Mélanges René Chapus, Droit administratif*, Paris, Montchrestien, 1992, pp. 589–597.

TRUCHET (D.), « A propos de l'évolution du droit administratif : « loi d'extension » et « loi de divergence » », in *Mélanges René Chapus, Droit administratif*, Paris, Montchrestien, 1992, pp. 633–645.

TRUCHET (D.), « Label de service public et statut du service public », *AJDA*, 1982, pp. 427–439.

VENEZIA (J.-C.), « Le droit administratif français est-il encore un droit dérogatoire au droit commun ? », in *Etat, Loi, Administration, Mélanges Spiliotopoulos*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 453–459.