

AJDA 1995 p.167**Une des formes de l'Etat nouveau du monde : réflexions sur le droit administratif français**
📖(1)**Sabino Cassese, Professeur à l'université de Rome La Sapienza****Une contribution française**

Le droit civil est l'oeuvre de l'antique civilisation romaine. Le droit constitutionnel s'est développé, de manière quasi simultanée, dans de nombreux pays tels que l'Angleterre, l'Allemagne, l'Italie et la France. Le droit administratif est l'oeuvre de la France. Mieux encore, c'est un des apports les plus originaux que la France aura donnés à la civilisation juridique.

- Ces affirmations sont confirmées par l'opinion de trois observateurs, un Français, un Anglais et un Américain qui ont écrit à des époques diverses (1846, 1885, 1902).

Le premier est Tocqueville qui s'est attardé sur le droit administratif dans sa présentation à l'Académie des sciences morales et politiques, en 1846, du *Cours de droit administratif* de M. Macarel. Tocqueville observait : « La Révolution française, qui a introduit tant de nouveautés dans le monde, n'a rien créé de plus nouveau que cette partie de notre droit politique qui se rapporte à l'administration proprement dite. [...] On peut prévoir que notre droit administratif deviendra graduellement celui du monde civilisé 📖(2). » Puis, en concluant, il affirmait : « On peut tenir pour certain que partout où une révolution semblable se fera, et elle se fait dans toute l'Europe, ici par les peuples, là par les princes, tantôt à l'aide des lois politiques, plus souvent sous le couvert des lois civiles, on verra naître quelque chose d'analogue à notre droit administratif ; car ce droit lui-même n'est qu'une des formes de l'Etat nouveau du monde : nous l'appelons le système français ; c'est le système moderne qu'il faut dire 📖(3). »

Le plus grand constitutionnaliste anglais de l'époque victorienne, professeur à Oxford, Albert Venn Dicey 📖(4), dans son ouvrage le plus célèbre, commence ainsi l'examen de l'opposition entre « rule of law » et « droit administratif » : « Dans de nombreux pays continentaux, et notamment en France, il existe un *scheme of administrative law* - que les Français appellent *droit administratif* - qui repose sur des idées très éloignées des principes de base sur lesquels est fondée notre *English common law* et plus particulièrement de ce que nous appelons la *rule of law* 📖(5). » Plus tard, en 1902, l'Américain Frank J. Goodnow, auteur de la première étude systématique de droit administratif comparé, observait : « Durant ces dernières années, avec le grand développement que connaît en Europe l'intérêt pour les matières administratives, le terme *administrative law*, qui est en réalité la simple traduction d'une expression française, s'est peu à peu imposé dans notre vocabulaire juridique et aujourd'hui il a été reconnu par certains des meilleurs penseurs juridiques 📖(6). »

Comme on le voit, Tocqueville revendique la paternité française du droit administratif et prévoit son développement dans l'ensemble du monde civilisé. Dicey reconnaît la primauté française du « droit administratif », mais déclare qu'il est étranger au droit anglais et à la « rule of law ». Goodnow reconnaît implicitement la primauté française, et - au contraire de Dicey - estime qu'il bénéficie désormais d'une certaine reconnaissance au sein des droits américain et anglais.

ï Mais quels sont les traits distinctifs de ce produit original des institutions et de la culture françaises ? C'est tout d'abord Macarel, dont Tocqueville présentait le *Cours* en 1846, qui peut nous aider à les identifier. Il affirme, en se référant aux « lois administratives » : « Ce qui les distingue est ceci : c'est que les règles de conduite qu'elles nous prescrivent constituent généralement des modifications aux règles tracées par la loi naturelle ou par la loi civile, des restrictions aux facultés que celles-ci nous reconnaissent ou nous accordent. » Le droit administratif a un « caractère tout spécial et restrictif ». Afin d'étudier ce droit spécial, Macarel expose le programme de travail suivant : « Préciser, sur chaque matière, le droit commun du pays, quant aux choses et quant aux personnes ; rechercher ensuite les exigences de l'utilité publique et leurs motifs ; expliquer la nature et l'étendue des modifications ou restrictions légales que ces exigences ont fait établir ;

enfin, et comme conséquence, exposer les droits et les devoirs respectifs de l'administration et des citoyens, c'est-à-dire le droit positif de notre pays⁽⁷⁾. »

L'idée du droit administratif comme « droit spécial » sera reprise de manière plus systématique par Hauriou, à la fin du XIX^e siècle. Hauriou observait : « J'y ai examiné notamment la question grave de savoir si la personnalité de l'Etat doit être interprétée comme une sorte de fisc, n'ayant que des droits très proches des droits privés, ainsi qu'on tend à le faire en Allemagne. Je suis arrivé sur ce point à une conclusion négative. La tradition du droit public français est de conserver à la plupart des opérations administratives un caractère accentué de puissance publique, c'est pour cela que le contentieux en est attribué à une juridiction administrative ; il importe de maintenir cette tradition. Limiter l'Etat n'est pas la même chose que l'énerver ou le diluer ; l'Etat est une organisation rationnelle, mais en même temps un gouvernement. Il est bon que l'administration sache qu'elle use de droits exorbitants dans l'intérêt de la chose publique ; si elle se persuadait jamais qu'elle use de droits très proches des droits privés, elle en arriverait à fonctionner pour elle-même, à croire qu'elle gère sa propre affaire, comme le fit l'administration de Byzance. »

Plus loin, Hauriou précise ce qu'il entend par « droits de puissance publique » : « Les droits de puissance publique se reconnaissent d'abord à ce qu'ils entraînent des prérogatives qui dépassent celles dont usent les simples particuliers ; ensuite, dans le droit français du moins, à ce que les litiges qu'ils provoquent sont de la compétence des tribunaux administratifs⁽⁸⁾. » Il reviendra sur ce thème dans un autre chapitre en précisant que « les droits de puissance publique sont ceux qui donnent aux personnes administratives une contrainte sur les citoyens, et qui, par conséquent, peuvent entraîner des obligations pour les personnes et des charges pour la propriété, exorbitant du droit commun⁽⁹⁾ ».

Ce point de vue restera fermement établi, même si, plus tard, l'accent est mis sur les lois qui encadrent l'administration. Guy Braibant écrit par exemple : « Pour caractériser ce droit spécial qu'est le droit administratif on emploie fréquemment l'expression de "puissance publique" : le droit administratif serait le droit applicable à la puissance publique ou comportant des "prérogatives de puissance publique" [...] Le droit administratif ne se caractérise pas seulement par rapport au droit civil par des majorations de pouvoir au profit de l'administration, il n'y a pas seulement des différences en plus, il y a aussi des différences en moins, des minorations de pouvoir, des obligations propres à l'administration et que ne supportent pas les particuliers⁽¹⁰⁾. »

Un droit spécial

Le droit administratif naît donc en France et son originalité consiste - selon la position unanime de la culture juridique française - dans le fait d'être un droit spécial, dérogatoire par rapport au droit civil. Pour cette raison, c'est un droit autonome séparé des autres branches du droit. Mais en quoi le droit administratif français est-il précisément spécial ?

- La première raison de la spécialité du droit tient à la spécialité du juge. Cependant peut-on faire découler un dualisme de droits substantiels du dualisme judiciaire ? Deux éléments font en effet peser de sérieux doutes sur le schéma juge spécial - droit spécial.

En premier lieu, et cela dès les origines, plusieurs types de « recours de pleine juridiction » (encore appelés « recours de plein contentieux ») peuvent se présenter au juge administratif français.

Ces recours (qui constituaient initialement, avant que ne soit consacrée la pratique du « recours pour excès de pouvoir », la part la plus importante de la justice administrative) ne tendent pas seulement à l'annulation de l'acte, mais visent aussi à juger les comportements de l'administration, à la condamner au paiement d'une indemnité, etc.

En outre, au moins en ce qui concerne la matière contractuelle, la juridiction administrative peut travailler dans deux sens, sur recours d'un particulier qui engagerait une action contre l'administration ou sur recours de l'administration qui engagerait une action contre un particulier.

Donc, s'il est vrai que le juge est spécial, il n'est cependant pas vrai qu'il travaille toujours de manière spéciale, car les recours dont il peut avoir connaissance ne sont pas différents de ceux qui sont adressés au juge judiciaire. Il est saisi également sur la base d'initiatives de l'administration (cela veut dire que l'administration ne peut se faire justice à elle-même, lorsqu'elle donne force exécutoire à ses décisions).

En second lieu, au cours des dernières années (à partir des années soixante), le juge administratif

français a poussé l'élargissement de son contrôle des faits jusqu'à en vérifier l'existence, à évaluer la qualification et à considérer l'adéquation de la décision attaquée par rapport à eux ; il a étendu son contrôle aux résultats, allant jusqu'à rechercher si la décision comportait des coûts excessifs par rapport au bénéfice qu'elle produisait ; il a estimé comme étant de son rôle de contrôler l'erreur manifeste relative aux motifs ou au contenu des mesures administratives. Enfin, il a introduit le contrôle de la « nécessité », de l'« adaptation » et de la « proportionnalité » de l'activité administrative. Ainsi, en élargissant ses méthodes de contrôle de l'administration, le juge administratif est devenu un redoutable contre-pouvoir.

Si le juge administratif est distinct du juge ordinaire, cela ne signifie pas qu'il doit nécessairement appliquer un droit différent ou agir avec des instruments différents.

- La seconde raison de la spécialité du droit administratif réside dans le fait que l'administration dispose de pouvoirs particuliers. Selon la *vulgate*, l'administration dispose d'un pouvoir d'action unilatéral, puisqu'elle peut intervenir sans le consentement des particuliers et sans l'intervention du juge : c'est le « privilège de l'action d'office » (ou « privilège de la décision exécutoire ») et le « privilège de l'exécution forcée » (11). Mais ce pouvoir dérogatoire est-il si étendu que cela ?

En premier lieu, deux éléments essentiels d'ordre privé échappent à ce pouvoir : la liberté et la propriété. Les initiatives de l'administration en matière de liberté ne peuvent pas être mises en oeuvre sans l'intervention du juge ordinaire. L'article 66 de la Constitution de 1958 dispose que l'autorité judiciaire est « gardienne de la liberté individuelle ».

La propriété privée, dont il est parfois nécessaire de pouvoir disposer pour des motifs d'intérêt général (comme par exemple la réalisation de travaux publics), ne peut être transférée par un simple acte administratif : « pas d'expropriation par mesure administrative », notait Hauriou qui ajoutait : « L'on remarquera une chose curieuse, c'est que la protection est plus grande peut-être pour la propriété que pour la personne. Cela tient à ce que l'atteinte à la propriété est bien plus facile à saisir et à réparer, parce qu'elle est d'ordre pécuniaire. Mais cela prouve, une fois de plus, de quelle importance est la propriété pour l'individu, non seulement comme source de richesse, mais comme garantie d'indépendance » (12).

Que ce soit dans le cas de la liberté, ou dans celui de la propriété (mais il y a beaucoup d'autres domaines pour lesquels le contrôle de l'administration est confié au juge judiciaire), non seulement la décision de l'administration n'est pas exécutoire, mais de surcroît, c'est le juge judiciaire, et non le juge administratif, qui est chargé d'ordonner l'exécution.

En second lieu, il a toujours été reconnu que « les droits de personne privée sont les droits des personnes administratives qui ne leur donnent pas de contrainte sur les citoyens et par conséquent pas de prérogatives exorbitantes du droit commun ». Or, cette distinction des droits des personnes publiques entre « droits de puissance publique » et « droits de personne privée » (pour adopter la terminologie d'Hauriou) est de la plus grande importance. D'un côté, elle pose une limite à la publicisation intégrale de l'activité de l'administration. De l'autre, elle permet d'élargir ou de restreindre les deux sphères, celle du droit spécial et celle du droit ordinaire, selon les changements historiques, accentuant ainsi tantôt l'aspect autoritaire, tantôt l'aspect libéral du droit administratif (13).

Les vicissitudes de la distinction entre « services publics administratifs » et « services publics industriels et commerciaux » (14) sont particulièrement significatives. Les modifications de frontière entre le droit privé et le droit administratif, à l'intérieur même de l'administration, ont été perçues par le juge administratif qui, à côté de sa capacité à élargir la protection des particuliers contre les moyens dérogatoires employés par l'administration, a fait preuve de modération quant à la fixation de limites à son activité.

On peut dire la même chose de la science du droit administratif : l'affirmation orgueilleuse de sa propre originalité ne l'a pas empêchée de s'interroger périodiquement sur les limites dans lesquelles l'administration reste soumise au droit ordinaire, de douter de l'existence d'un « critère du droit administratif » (15) et d'affirmer enfin que « les règles applicables à l'action administrative relevaient tantôt du droit administratif spécial, tantôt du droit privé » et « la spécialité du droit administratif réside précisément dans un amalgame des éléments de droit public et de droit privé, le dosage de ces éléments variant selon les matières » (16).

Toutes ces remarques font surgir un doute : et si le droit applicable à l'administration française, et cela dès le siècle dernier, n'était pas aussi spécial et dérogatoire qu'on voudrait bien le faire croire ?

A cette première interrogation s'en ajoute une seconde, fondée sur l'analyse comparative du développement du droit relatif à l'administration, mais qui ne pourra malheureusement pas être approfondie ici. Un examen concret des institutions d'autres pays permet de constater que leurs administrations étaient dotées de pouvoirs spéciaux, même lorsque l'existence d'un droit administratif n'était pas reconnue (comme en Grande-Bretagne^[17]) et que, à l'opposé, elle était reconnue (comme, par exemple, aux Etats-Unis) même s'il n'était pas fondé sur des pouvoirs particuliers, ni sur un juge spécial. Ces pays n'avaient donc pas fait de ces éléments les bases constituantes et essentielles du droit administratif^[18].

Trois hypothèses

Ces doutes conduisent à au moins deux conclusions provisoires. Premièrement : l'histoire aurait pu suivre un autre cours, à savoir que le droit administratif français aurait pu ne pas se développer (le Conseil d'Etat restant en place - comme de nombreux autres juges - mais à la périphérie du système ou finissant, à l'inverse, par être attiré dans l'orbite du système judiciaire ordinaire, et l'étude du droit administratif se montrant moins soucieuse d'affirmer sa nature particulière, séparée du droit civil). Secondement : si la spécialité des pouvoirs de l'administration et la spécialité du juge ne sont pas des éléments indispensables du droit administratif, la science française devait avoir des raisons particulières et plus profondes pour percevoir le phénomène en premier (et avec tant d'anticipation) et l'étudier avec autant de soin et de manière si élaborée et si riche.

Les hypothèses qui peuvent expliquer le cours particulier qu'ont pris, en France, les événements pour cette branche du droit, ou plutôt et mieux encore, de sa prétendue spécialité, sont au nombre de trois, qui s'additionnent les unes aux autres.

- La première concerne l'histoire constitutionnelle de la France. De manière globale, la bureaucratie et l'administration en général sont dans une position seconde au sein des autres systèmes : aux Etats-Unis, jusqu'à une époque relativement récente, les employés fédéraux pouvaient être engagés et remerciés par le chef de l'exécutif (*spoils system*). En Grande-Bretagne, le *civil service* s'est affirmé tard, seulement dans la seconde moitié du siècle dernier, il ne s'est libéré du *political patronage* qu'au cours du XX^e siècle, pour se stabiliser ensuite dans une position garantie mais mineure, selon le modèle du *yes, minister*^[19]. En Italie, la bureaucratie a toujours été soumise aux gouvernements et aux partis qui les composaient ; de même, pour des raisons liées à sa provenance géographique et à ses origines sociales, elle a préféré jouer un rôle mineur, non indépendant.

La France est une exception. Dès le XIX^e siècle - selon la formule de R. de Jouvenel -, « les bureaux gouvernent » et le « ministre est prisonnier des bureaux^[20] ». Le juge administratif dispose d'une fonction prééminente car, selon la formule du garde des Sceaux Dufaure (employé dans un rapport sur la réforme de 1872, écrit cinq ans après^[21]), « tout vient aboutir au Conseil d'Etat ».

La France est le seul pays dans lequel se soit affirmée une « société administrative^[22] ». En son sein la haute administration a joué un rôle constitutionnel, comme un véritable pouvoir qui n'était pas différent de la noblesse des siècles précédents.

La première hypothèse est donc la suivante : le développement du droit administratif est dû à l'évolution historique particulière qu'a connue la France. Un pouvoir administratif, séparé du pouvoir exécutif, s'y est développé. Ce développement a été en avance par rapport aux autres pays où, au contraire, le premier restait subordonné au second (si du moins il est possible de les distinguer dans le cadre d'un pouvoir exécutif unique). Ainsi, l'affirmation d'un droit administratif séparé du droit politique (pour adopter la terminologie de Macarel et de Tocqueville) peut être considérée comme un réflexe d'auto-affirmation de la part d'une administration entendue comme sujet constitutionnel séparé du gouvernement.

- La deuxième hypothèse est liée à la première. Pour ne pas rester absorbé par le corps politique, le corps administratif devait mettre en place ses propres principes, règles ou doctrines. Cette tâche fut confiée à un nombre important de personnalités de grand talent dont la caractéristique commune fut de réunir quatre fonctions dans le cours de leur vie : fonctionnaire, juge, publiciste, professeur (beaucoup en eurent une cinquième, à savoir une activité politique comme député ou comme ministre). En tant que fonctionnaires, ils avaient une expérience directe de ce phénomène nouveau qu'était l'administration. En tant que juges, ils définissaient les règles et les critères d'action de l'administration^[23]. En tant que publicistes, ils rassemblaient et ordonnaient les lois

et règlements administratifs (Macarel raconte que de Gerando avait rassemblé, trié et ordonné plus de 80 000 textes de lois et de règlements^[24]) dans des ensembles théoriques harmonieux. Ils dégagèrent les principes auxquels ces textes étaient soumis. En tant que professeurs enfin ils avaient un rôle de divulgation et ils formaient de nouveaux fonctionnaires. Lorsqu'ils exerçaient une fonction politique, ils contribuaient à la rédaction des lois administratives qu'ils avaient ou qu'ils auraient à exécuter, juger, analyser, enseigner.

Pendant tout le XIX^e siècle, ceux qui enseignaient le droit administratif ou qui en faisaient leur sujet d'étude étaient également juges ou fonctionnaires ou du moins l'avaient été. Gerando exerça diverses carrières dans l'administration active au cours de sa vie et fut conseiller d'Etat, tout en enseignant en même temps le droit administratif, à la faculté de droit de l'université de Paris à partir de 1819. Macarel, plus jeune d'une vingtaine d'années, suivit le même parcours, collègue pendant quatorze ans, à partir de 1825, de Gerando au Conseil d'Etat et partageant avec lui des activités d'enseignement, de publiciste et d'écrivain. Ce fut aussi le cas de Cormenin, le contemporain de Macarel, d'Alexandre-Auguste Vivien, de dix ans plus jeune et qui mena également une carrière politique, d'abord en tant que député puis comme ministre de la Justice et des Travaux publics ; de Léon Aucoc ; plus tard, d'Edouard Laferrière, fonctionnaire à la direction générale de l'administration des cultes, gouverneur général de l'Algérie, conseiller d'Etat et publiciste des plus influents.

Leur exceptionnelle mobilité professionnelle allait de pair avec leur éclectisme. Ce dernier, allié à l'absence de barrières entre les fonctions, faisait d'eux un élément essentiel de la classe dirigeante.

La classe administrative aurait pu perdre cette place et voir ses particularités se fondre dans l'ensemble de la classe dirigeante, si elle n'avait conservé intacts ses principes et sa culture d'origine. C'est là que réside la clairvoyance et la grandeur de la haute administration française, comparée à celle des autres pays où il y eut pourtant aussi parfois des hauts fonctionnaires-juges-publicistes-hommes politiques. En France, le droit administratif était le lien de tous ces éléments.

Le droit administratif est donc un produit de l'histoire et de la culture. Les protagonistes de son évolution furent des constructeurs de sa tradition, mais aussi de son histoire. L'une et l'autre servaient à affirmer et à soutenir la position constitutionnelle de la haute administration, lui donnant un fondement social dans le corps d'origine.

Cela explique également la prédominance, au sein du droit administratif durant le XIX^e siècle (et, en partie, encore sa prédominance aujourd'hui), de l'élément autoritaire du libéralisme, élément qui suscitera les critiques de Tocqueville (ces critiques nourriront ensuite l'opposition que Dicey manifesta envers le droit administratif).

La deuxième hypothèse est donc la suivante : l'administration avait à sa tête un corps de fonctionnaires-juges-publicistes-professeurs (et hommes politiques), qui cherchaient à affirmer leur propre position et celle des institutions dans lesquelles ils travaillaient. Ce qu'ils firent en accentuant le caractère spécial et dérogoire du droit administratif, sinon des rangs entiers de fonctionnaires ne se seraient pas vu reconnaître les rôles, les pouvoirs et « statuts » privilégiés qu'ils ont connus. De même, le Conseil d'Etat n'aurait pas connu une histoire aussi glorieuse.

- La troisième hypothèse prend ses origines dans le siècle passé mais concerne l'époque contemporaine. Elle peut être présentée, rapidement, de la manière suivante : en 1885, Dicey, dans son *Introduction to the Law or the Constitution*, avait opposé la « rule of law » au « droit administratif », en soutenant que ce dernier était placé sous le signe de l'arbitraire. Lorsqu'il fut traduit en français en 1902, l'ouvrage de Dicey rencontra un très grand intérêt (il fut vite considéré comme un « livre célèbre^[25] »), mais il suscita une réaction ironique et critique chez Gaston Jèze et Maurice Hauriou s'indignant^[26]. Avec des accents nationalistes, il critiqua l'attaque que Dicey avait portée contre le « droit administratif » en expliquant que celui-ci protégeait mieux le citoyen que le droit anglo-saxon. Dans la fougue de sa polémique contre le défenseur de l'administration sans droit administratif, il finit par accentuer les caractéristiques spécifiques du droit administratif pour parler d'un véritable « régime administratif ».

L'argument principal est développé par le professeur de Toulouse dans la onzième édition de son *Précis de droit administratif* (1927). Il commence par définir les critères du « régime administratif » en opposant les « pays sans régime administratif » et les « pays à régime administratif ». Il identifie ensuite de cette manière les caractéristiques du « régime administratif^[27] » : « Les Etats à régime administratif, dont la France est le type le plus achevé, présentent un tout autre caractère. D'une part, toutes les fonctions administratives y ont été fortement centralisées et

confiées à un pouvoir unique ; d'autre part, ce pouvoir, en tant que juridique, c'est-à-dire en tant que chargé de l'administration du droit et de la loi en ce qui concerne son activité, n'est pas le pouvoir judiciaire, mais bien le pouvoir exécutif. Il s'ensuit une série de conséquences : les agents administratifs, au lieu d'être placés sous le contrôle des tribunaux ordinaires et de la loi ordinaire, sont placés sous l'autorité hiérarchique de chefs appartenant au pouvoir exécutif et sont régis par des lois et règlements spéciaux ; les autorités administratives agissent vis-à-vis des administrés par la procédure de la décision exécutoire sans autorisation préalable de la justice ; les citoyens ne peuvent point faire adresser des injonctions aux fonctionnaires par autorité de justice pour les contraindre à accomplir leur service ; les agents administratifs poursuivis en responsabilité sont couverts, jusqu'à un certain point, par une garantie administrative ; il n'y a pas une seule espèce de lois, mais il faut distinguer des lois ordinaires et des lois administratives ; il n'y a pas une seule espèce de juridiction, mais il y a une juridiction administrative à côté de la juridiction ordinaire, et ces deux ordres de juridiction sont séparés constitutionnellement ; pour régler les conflits d'attribution entre les deux autorités, un tribunal des conflits est nécessaire ; enfin, outre l'autorité de la loi et du juge ordinaire, les citoyens sentent peser sur eux l'autorité du pouvoir administratif et de son interprétation des lois. »

Plus loin, Hauriou explique la « valeur pratique » du droit administratif français dans un paragraphe qui engage directement la polémique avec Dicey. Il affirme qu'« il ne suffit pas d'établir que notre droit administratif est, par rapport au droit commun, un droit exceptionnel autonome, il convient encore de dégager ses caractères spécifiques. Ils sont au nombre de trois : c'est un droit d'équité fait par le juge ; c'est un droit qui se place au point de vue de l'exercice des droits des administrations publiques et qui, par suite, est fondé sur la théorie de l'acte et sur celle de l'opération, parce que les droits s'exercent par des actes et par des opérations ; c'est un droit créateur de situations juridiques qui se surajoutent à celles de la vie civile ».

Puis, accentuant la polémique, il ajoute : « La grande divergence entre le droit anglais et le droit français résulte de ce qu'en droit anglais le fonctionnaire a toujours été responsable des violations du droit individuel qu'il pouvait commettre, tandis qu'en droit administratif, au début, il ne l'a pas été. Sans doute, depuis l'abolition de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII, le fonctionnaire est chez nous responsable dans une certaine mesure, mais cette réforme s'est produite trop tard, le pli était pris, tout le besoin de représailles avait trouvé sa satisfaction dans le recours contre l'acte et dans les actions en indemnité contre l'administration. Historiquement, l'article 75 de la Constitution de l'an VIII et la garantie des fonctionnaires sont cause, au moins autant que le principe de la séparation des pouvoirs, de la canalisation de notre droit administratif dans la théorie de l'acte. Je ne crois point que cela ait été fâcheux. Pour son développement théorique, notre droit y a certainement gagné ; au point de vue pratique, je ne sais pas si nous y avons perdu. Je considère la responsabilité des fonctionnaires, telle qu'elle est organisée en Angleterre, comme une bonne garantie constitutionnelle, mais comme un mauvais recours administratif, parce qu'elle est une trop lourde machine à remuer ; elle peut servir à éviter les gros abus de pouvoir, mais elle ne vaut rien contre les bévues journalières de l'administration, c'est-à-dire qu'elle laisse sans sanction l'excès de pouvoir proprement dit et la faute de service. C'est donc une garantie constitutionnelle qui a été nuisible au développement des garanties administratives. Notre droit, au contraire, a su engendrer des garanties administratives pour la bonne gestion des affaires ; il est vrai qu'il nous laisse exposés à quelques abus de pouvoir, mais nous verrons plus loin que l'on pourrait facilement remédier à ce défaut, et il faut bien savoir aussi que, dans une administration très développée, les bévues journalières sont un mal, qui, si on le laissait devenir chronique, serait très pénible. »

Ce qui est intéressant n'est pas de savoir qui avait raison, de Dicey ou d'Hauriou (28), ni si le système anglais était meilleur que le système français ou l'inverse (29). Ce qu'il faut noter au contraire, c'est que dans l'affirmation orgueilleuse d'Hauriou à propos de la qualité des principes français, on observe le renforcement du caractère distinctif du droit administratif français : lorsqu'on l'oppose à un autre, le droit administratif français finit par se présenter comme étant encore plus spécial, plus dérogoire, plus différent du droit civil.

Notre propos - développé très succinctement - a néanmoins touché beaucoup de thèmes. On peut ainsi résumer et conclure.

Un droit administratif ayant ses propres principes même s'il n'a pas toujours eu ses propres juges, s'est développé, selon des manières différentes, au cours du XIX^e siècle, dans de nombreux pays qui appartenaient soit à la famille des pays de code civil, soit à la famille des pays de *common law*. En France, cependant, il a acquis une importance particulière et la science juridique a été beaucoup plus sollicitée que dans les autres pays afin de contribuer à l'effort de construction de cette branche du droit. De nos jours, plus personne ne peut souscrire à la thèse, qui s'est diffusée entre 1885 et

la première moitié du XX^e siècle, selon laquelle il existerait deux catégories de systèmes juridiques : les systèmes comprenant un droit administratif et les systèmes sans droit administratif.

Ainsi, il semble que la première raison d'être du droit administratif ne doit pas être recherchée au sein même de ce droit, dans son juge spécial et dans ses pouvoirs particuliers comme l'a toujours fait la culture juridique française, mais en dehors de lui, dans l'acquisition d'une position constitutionnelle de la part de la haute bureaucratie et dans la reconnaissance du pouvoir administratif, comme pouvoir autonome par rapport au pouvoir exécutif.

Cet événement constitutionnel a connu un exceptionnel développement grâce à l'action, du moins en France, de deux facteurs, dont le premier est intervenu au cours du XIX^e siècle et le second au cours du XX^e siècle. Le premier est dû au fait que les enseignants et les théoriciens majeurs furent également des fonctionnaires (occupant des positions importantes), membres des principales juridictions administratives et, parfois, hommes politiques d'envergure. Le second repose sur l'opposition entre le modèle anglais et le modèle français (les deux plus grandes puissances mondiales à l'époque).

Si le premier facteur conserve encore aujourd'hui une importance, qui s'est accrue, le deuxième et le troisième ont disparu. Et c'est peut-être pour cela que la science juridique française s'interroge, toujours plus fréquemment, durant ces dernières années, sur les raisons d'être du droit administratif, reparcourant les sentiers déjà battus par le libéralisme au cours du XIX^e siècle [\(30\)](#). Jusqu'à présent, il n'y a pas encore eu de réponse convaincante à cette question.

Mots clés :

ACTE UNILATERAL * Acte administratif * Entrée en vigueur d'un acte administratif

CONTENTIEUX * Compétence * Répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction * Procédure administrative contentieuse * Recours contentieux * Recours de plein contentieux

FONCTION PUBLIQUE * Agent contractuel de l'administration * Catégorie d'agents de l'administration

SERVICE PUBLIC * Définition du service public * Service public à caractère administratif * Critères du service public

(1) Le 20 juin 1995, à l'occasion de son 50^{ème} anniversaire, l'AJDA a publié un numéro spécial intitulé « Des principes fondateurs à l'effectivité de la règle : bilan et perspectives d'un droit en mutation » qui, outre la présente contribution, comprend les articles suivants :

Editorial de Jean Boulouis, Jérôme Chapuisat et Pierre Le Mire, p. 1 [\(1\)](#).

Quarante ans de chronique de jurisprudence administrative, par Marceau Long, p. 7 [\(2\)](#).

Débat avec Guy Braibant, Roland Drago, Yves Gaudemet, Daniel Labetoulle, Arnaud Lyon-Caen, Pierre Le Mire, Jacques Moreau, Georges Vedel et Philippe Waquet, p. 11 [\(3\)](#).

Droit administratif et droit constitutionnel, par Olivier Schrameck, p. 34 [\(4\)](#).

Le juge administratif et le droit international : aspects récents de droit formel, par Gérard Teboul, p. 43 [\(5\)](#).

Droit administratif et droit communautaire, par Louis Dubouis, p. 66 [\(6\)](#).

Unions et désunions des sanctions du droit pénal et de celles du droit administratif, par Jacques-Henri Robert, p. 76 [\(7\)](#).

Droit administratif et droit des affaires, par Claude Champaud, p. 82 [\(8\)](#).

Autorités administratives et autorités juridictionnelles, par Jean-Marie Auby, p. 91 [\(9\)](#).


De la nécessité d'un droit administratif, par John Bell, p. 99 [\(10\)](#).


Droit administratif et codification, par Yves Robineau, p. 110 [\(11\)](#).

La bonne administration de la justice, par Jacques Robert, p. 117 [\(12\)](#).


Le formalisme, par Jean-François Lachaume, p. 133 .

L'administré face au droit administratif, par Jean Rivero, p. 147 .

La sécurité juridique, un principe qui nous manque ?, par Bernard Pacteau, p. 151 .


Le principe de proportionnalité, par Michel Fromont, p. 156 .

La réforme du contentieux administratif : du décret du 30 septembre 1953 à la loi du 31 décembre 1987, par Michel Combarous, p. 175 .


Tribunaux administratifs et cours administratives d'appel : un nouveau visage, par Bernard Stirn, p. 183 .

Le recours pour excès de pouvoir est-il frappé à mort ?, par Michel Bernard, p. 190 .

La cassation, par Jean Massot, p. 200 .

Le contentieux de la responsabilité : politique jurisprudentielle et jurisprudence politique, par Maryse Deguerge, p. 211 .

L'exécution des décisions de justice, par Jean-Paul Costa, p. 227 .

Le juge, un regard étranger, par Jürgen Schwarze, p. 233 .

(2) NDT. Toutes les citations d'auteurs français et de termes juridiques français figuraient en français dans le texte original de cet article.

(3) Rapport, in A. de Tocqueville, *oeuvres complètes*, publiées par Madame de Tocqueville, IX, *Etudes économiques, politiques et littéraires*, Paris, Lévy, 1866, P. 59 et 73 ; sur ce texte V. A. M. Battista, *Diritto amministrativo e storia sociale* ; la tesi di Tocqueville e le sue fonti, in *Studi su Tocqueville*, Firenze, Centro editoriale Toscano, 1989, p. 271, et, sur le texte de Battista, L. Mannori, *Tocqueville critico di Macarel*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n° 18, 1989, p. 607.

(4) NDT. Les citations d'auteurs anglais figuraient en anglais dans le texte original de cet article.

(5) A. V. Dicey, *Introduction to the study of the Law of the Constitution*, London, Macmillan, 1961, p. 328-329.

(6) F. J. Goodnow, *Comparative Administrative Law*, New York, G. P. Putnam's Sons, 1902, p. 7.

(7) M. Macarel, *Cours de droit administratif*, Paris, Gustave Thorel Libraire, 1848, p. 26 et ss. A la suite de Macarel, Tocqueville (préc., p. 74) observera que : « si notre système administratif a été conçu par la liberté, il a été complété par le despotisme ». On trouve le même type d'observations dans De Cormenin, *Questions de droit administratif*, 3^e éd., Bruxelles, Tarlier, 1834, p. 11, qui note que l'assemblée constituante avait soustrait l'administration aux tribunaux, craignant que ceux-ci n'en bloquent l'action. Le danger que constituait un pouvoir arbitraire et despotique, aggravé par le caractère incohérent et improvisé de la législation, était alors évident.

(8) M. Hauriou, *Précis de droit administratif*, Paris, Larose, 3^e éd. 1897, pp. III et 243.

(9) M. Hauriou, *Précis de droit administratif*, préc., p. 558.

(10) G. Braibant, *Le Droit administratif français*, Dalloz, 3^e éd. 1992, pp. 165 et 167. cf. également P. Weil, *Le Droit administratif*, PUF, 8^e éd., p. 43, qui parle de « dérogations en plus ou en moins ».

(11) C'est du moins le point de vue français. On peut noter que les observateurs anglais et américains ont toujours eu une opinion différente lorsqu'ils admettent comme caractère distinctif du droit administratif français le principe de la responsabilité de l'Etat pour les dommages causés par ses agents. L'opinion de Dicey à ce sujet est connue. Celle de l'Américain J. W. Garner l'est moins : « Le caractère du droit administratif français, qui le distingue de façon fondamentale du droit anglais ou américain, réside dans les règles qu'il pose relativement à la responsabilité de l'Etat en cas de perte ou de dommage subi par les particuliers du fait des délits civils ("torti") de l'Etat ou de ses agents et dans les recours qu'il donne aux particuliers ainsi lésés pour obtenir réparation. En Angleterre et en Amérique c'est un principe juridique général que l'Etat n'est pas responsable des dommages causés par ses délits ou ceux de ses agents et qu'il ne peut être sanctionné, sans son consentement exprès, par les particuliers qui ont subi un dommage par suite de ces délits » (La Conception anglo-américaine du droit administratif, in *Mélanges Hauriou*, Sirey, 1929, p. 362).

(12) Préc., p. 562. Compte tenu, en outre, de ce que l'on en dira ci-dessous, à propos de Dicey, il est intéressant de noter ici que l'importance de l'attribution des questions relatives à la propriété et à l'expropriation aux tribunaux ordinaires n'échappait pas à l'attention de la culture française. Ainsi Antoine Ribot, dans sa préface à la traduction du livre de Dicey, *Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, Paris, Giard-Brière, 1902, p. XVI observait : « M. Dicey a écrit un chapitre intitulé : »Du régime de la loi opposé au droit administratif" , comme si le droit administratif était nécessairement synonyme d'arbitraire. Il se fait une idée trop absolue de notre système quand il dit que toutes les affaires où les droits d'un individu sont en question par rapport à l'Etat ou aux fonctionnaires qui le représentent, tombent dans le domaine du droit administratif. Cela n'est vrai qu'avec des restrictions et des distinctions qui échappent forcément aux jurisconsultes des pays étrangers. Les questions de propriété, par exemple, même lorsqu'elles mettent un individu aux prises avec l'Etat, demeurent des questions de droit civil et appartiennent aux tribunaux ordinaires, mais d'une manière générale, M. Dicey a raison de signaler le contraste qui existe, à ce point de vue, entre la Constitution de l'Angleterre ou celle des Etats-Unis et les Constitutions des Etats du continent européen. » Sur l'histoire de l'expropriation, on dispose aujourd'hui de l'important travail de L. Lacchè, *L'expropriation pour cause d'utilité publique*, in *Scienza giuridica, politiche legislative e pratiche urbanistiche nella Francia del XIX secolo*, volume en cours de publication.

(13) Les lignes préliminaires de l'étude de M. Hauriou, *La gestion administrative. Etude théorique de droit administratif*, Paris, Larose, pp. III-IV, sont symptomatiques à ce sujet : « Je n'insisterai pas sur les conséquences diverses de cette théorie de la gestion, je les ai suffisamment développées dans le corps du travail. J'observerai seulement qu'elle se recommande par deux avantages principaux. Le premier est qu'elle peut mettre fin à la crise que subit le droit administratif français. Depuis un certain nombre d'années, l'axe de celui-ci s'était déplacé ; il avait abandonné les régions où s'exécutent les services publics pour se porter vers celles où s'élaborent les décisions de principe de la puissance publique ; en d'autres termes, il avait incliné vers l'acte de puissance publique et le contentieux de l'annulation, désertant le contentieux de la pleine juridiction ; la théorie de la gestion permettra, je crois, de revenir à une situation plus normale, car il n'est pas naturel que ce qu'il y a de plus réel dans l'administration, l'exécution des services publics, n'occupe pas la place principale dans le droit administratif. Un second avantage, corollaire du premier, est que le droit administratif une fois solidement établi dans la gestion et dans le contentieux de la pleine juridiction comme dans son élément propre, la jurisprudence et la doctrine pourront travailler à réduire le domaine du contentieux de l'annulation au profit du contentieux de la pleine juridiction en développant constamment le point de vue de la gestion ; de la sorte, le droit administratif enrichira la liste des droits acquis des administrés et augmentera leur efficacité, ce qui, après le bon fonctionnement des services publics, est le bénéfice le plus appréciable que l'on doive attendre de la société contractée avec l'administration. »

(14) Sur cette distinction, V. G. Braibant, *Du simple au complexe - quarante ans de droit administratif (1953-1993)*, EDCE n° 45, 1993, p. 411.

(15) J. Rivero, *Existe-t-il un critère du droit administratif ?*, RDP 1953, p. 290.

(16) P. Weil, *Le Droit administratif*, préc. pp. 73 et 75.

(17) S. Cassese, Albert Venn Dicey e il diritto amministrativo, in *Quaderni fiorentini*, 1990, n° 19.

(18) Il suffit de citer F. J. Goodnow, *Comparative administrative law*, préc.

(19) NDT. Allusion à la réplique d'une série télévisée britannique illustrant l'obéissance automatique des fonctionnaires britanniques envers leur ministre.

(20) *La République des camarades*, Paris, 1914.

(21) Cité par P. Legendre, *Histoire de l'administration*, PUF, 1968, p. 509 (il figure désormais dans P. Legendre, *Trésor historique de l'Etat en France*, Fayard, 1992).

(22) Legendre, préc., p. 546 ; mais tout le chapitre intitulé La formation d'un type bureaucratique, pp. 409-556, est important.

(23) Certains les classaient ensuite de manière systématique, afin de fournir un guide au citoyen et à l'administration : on pense en particulier au travail entrepris par Macarel avec les *Éléments de jurisprudence administrative*, dans lesquels il exposait ainsi son programme : « J'ai pensé que faire connaître les principes qui régissent chacune des matières du contentieux administratif, ce serait à la fois éclairer les citoyens sur leurs devoirs et leurs intérêts, et faciliter peut-être l'amélioration de nos lois administratives. Il serait toutefois difficile de présenter sous la forme d'axiomes invariables les principes qui régissent l'administration, si mobile de sa nature. Cependant, la suite de ces principes forme une espèce de jurisprudence dont l'observation doit être d'autant plus obligatoire que, dans l'absence de la loi, cette jurisprudence est le seul guide des juges administratifs. Et c'est aussi parce qu'elle est exposée à de fréquentes modifications qu'il était plus utile d'en saisir et d'en fixer les principaux caractères, afin de poser l'ordre et la règle où n'ont jusqu'ici régné que trop souvent, et par la force des choses, la contradiction et l'arbitraire ».

(24) Préc., p. III.

(25) Ainsi par L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Paris Brocard, vol. 1, p. 488.

(26) Sur Hauriou, L. Sfez, *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*, Paris, Pichon, 1966.

(27) M. Hauriou, *Précis de droit administratif*, Sirey, 9^e éd. 1927, p. 2.

(28) Sur ce problème, S. Cassese, *La ricezione di Dicey in Italia e in Francia, Contributo allo studio del mito dell'amministrazione senza diritto amministrativo*, en cours de publication.

(29) Au cours du XIX^e siècle, les libéraux français, à commencer par Tocqueville, nourrissaient une grande admiration pour le système anglais et s'opposèrent au Conseil d'Etat, à la juridiction administrative et aux privilèges de l'administration ; ces réserves déterminèrent l'attitude critique de Dicey qui à son tour débouchera sur l'opposition régime administratif - régime juridictionnel.

(30) L. Cohen Tanugi, *Le Droit sans l'Etat*, PUF, 1985 ; *Pouvoirs* 1988, n° 46 (numéro consacré au droit administratif) ; CURAPP, *Le Droit administratif en mutation*, PUF, 1993.

