

## **Licence en Droit**

### **Deuxième année**

#### **Cours de Droit administratif**

ID webinaire 96116260841

Code secret : n8!Gkv

#### **Introduction**

L'étude du droit administratif renvoie à la distinction droit public – droit privé

Le droit administratif est une branche du droit public

En tant que discipline académique, il a pour objet l'étude des règles applicables aux activités des administrations publiques, celles que le droit constitutionnel rattache au pouvoir exécutif.

L'existence du droit administratif repose ainsi sur une idée d'apparence simple

Les activités d'intérêt collectif prises en charge par les administrations publiques (c'est-à-dire les institutions que la loi charge d'exécuter des missions d'intérêt général : Etat, collectivités territoriales, établissements publics et parapublics) sont d'une nature particulière

En conséquence, elles exigent l'application de règles de droit spécifiques, l'utilisation de techniques juridiques spécifiques, la conception de notions et catégories juridiques distinctes.

Cette idée est ancienne.

Tocqueville a pu montrer qu'elle remonte au moins à l'Ancien Régime et les Romains connaissaient la distinction du droit public et du droit privé.

Elle n'a cependant pas été consacrée par un texte solennel

Aucune disposition d'aucune des Constitutions de la France n'y a jamais fait référence ;

Aucune loi n'en a posé formellement le principe : il n'y a pas en droit administratif de texte équivalent au Code civil.

Cette idée résulte d'un long processus de maturation historique de la pensée juridique.

Lorsqu'ils veulent dater la fondation de cette conception, les auteurs contemporains citent un arrêt du TC datant des débuts de l'ère républicaine : l'arrêt Blanco

Dans cet arrêt, le Tribunal des conflits a jugé que la responsabilité qui peut incomber à l'Etat pour les dommages causés aux particuliers du fait des activités d'intérêt général qu'il entreprend ne peut pas être régie par les principes qui sont établis dans le code civil pour les rapports de particulier à particulier (Tribunal des conflits 8 févr. 1873 Blanco, GAJA, n°1) mais doivent obéir à des règles spéciales tenant compte de la nature particulière des relations qui lient l'Etat et les particuliers

Cependant, la solution retenue par le Tribunal des conflits n'est pas sortie de nulle part.

- Elle découle notamment d'un texte datant de la Révolution : La loi des 16 et 24 août 1790 qui a interdit aux tribunaux judiciaires de connaître des activités de l'administration publique. Ce qui ne peut se justifier que par la volonté de faire échapper l'Administration à l'application du droit privé.

- En fait, c'est une constante de la pensée politique française.

1 On en trouve trace dès l'Ancien Régime sous l'impulsion des légistes royaux. La Révolution ne fera que systématiser et pérenniser les institutions administratives de l'Ancien Régime. \*

L'autonomie du contentieux administratif était consacrée par l'édit de Saint-Germain de 1641 donc sous le règne de Louis XIII et à l'instigation de Richelieu.

Voir Tocqueville, l'Ancien régime et la Révolution, p. 125

Voir aussi Firmin Lafferrière, Introduction à l'histoire des institutions administratives ; discours prononcé à l'ouverture du cours de droit administratif de la faculté de Rennes le 30 avril 1838.

• « *Le droit civil s'alimente des trésors d'une science lentement élaborée par les génies de tous les âges. La France est la patrie des jurisconsultes ; elle a recueilli en 16 siècles l'héritage des jurisconsultes romains, et le droit civil du 19<sup>e</sup> n'est pas ingrat envers ses pères; il reconnaît également les services et la gloire de l'école romaine et de l'école française ou coutumière ; il puise sans cesse à leurs sources inépuisables.*

*Le droit public et administratif de la France actuelle n'a pas les mêmes avantages. Il ne trouve point dans le passé ressources si abondantes où la science moderne peut se retremper avec vigueur. Cette différence frappe au premier coup d'œil ; toutefois, messieurs, il ne faudrait pas se l'exagérer, ni méconnaître les services que le droit administratif peut retirer de l'étude des temps antérieurs.*

*A ne consulter que les formes apparentes, les titres des fonctions, notre droit public et administratif est sans aïeux. Il date de 1789. Mais sous les formes extérieures, revêtues aujourd'hui par les pouvoirs sociaux, vit un esprit qui vient du passé, plus qu'on ne le croit peut être. Si le lien intellectuel qui unit l'époque présente aux époques antérieures n'est pas aussi visible dans le droit administratif que dans le droit civil, il existe cependant : la révolution, en brisant les formes, n'a pas rompu complètement la chaîne des idées. Les ouvrages des siècles précédents contiennent des richesses que nous tacherons de recueillir dans l'intérêt de la science ».*

2 Cette idée n'est pas inconnue des autres systèmes juridiques et l'on retrouve l'existence d'un droit spécifique à l'administration dans l'ensemble des systèmes étrangers

- On a coutume depuis les travaux du grand constitutionnaliste anglais Albert Dicey (1835-1922) qui disait ne rien vouloir savoir du droit administratif français, d'opposer les pays de common law au système de droit administratif. L'évolution du droit anglais montre cependant que le Royaume Uni n'ignore pas totalement le droit administratif
  - voir l'institution des administratives tribunaux et surtout du contentieux du judicial review (à partir de 1977) qui permet de sanctionner les excès de l'administration dans l'application des lois. Ce qui est une manière pour le juge anglais par delà la protection des droits individuels de garantir la souveraineté du Parlement.

Si l'idée que les activités d'intérêt général prises en charge par les autorités publiques doivent faire l'objet d'un traitement juridique à part est donc assez aisément admise dans tous les systèmes juridiques, la mise en pratique de cette idée se révèle beaucoup plus difficile à mettre en œuvre.

En effet, dès lors qu'il s'agit de concevoir les institutions et instruments juridiques en mesure d'en assurer la mise en œuvre pratique, plusieurs questions se posent et elles peuvent ne pas recevoir pas partout des réponses identiques

1. Une première question portera sur le périmètre de ce droit spécial.

Doit-il régir tous les aspects de l'activité des collectivités publiques ?

- La question revêt une importance capitale depuis qu'au début du XX<sup>e</sup> siècle la conception de l'Etat-Providence a succédé à celle l'Etat Gendarme.
- Se trouve alors légitimée l'intervention des collectivités publiques qui loin de se borner à exercer des fonctions de réglementation et d'organisation délivre des prestations largement assimilables à celle des entreprises privées
- Sous l'influence du droit communautaire et du principe de libre concurrence se développe au contraire depuis les années 1990 une conception tendant à maintenir les interventions publiques en dehors de la sphère marchande

2. Quel degré de particularité ces règles doivent-elles revêtir ?

- Faut-il construire un droit totalement original qui répudie en bloc et une fois pour toutes les techniques et les logiques du droit civil
- Ou au contraire ne faut-il rechercher une règle spéciale que dans la mesure et dans les hypothèses où le droit civil n'est pas en mesure de répondre aux besoins de l'activité administrative

3. La question du degré d'originalité du droit administratif en cache une autre :

- Ces règles spéciales doivent-elles être mises en œuvre par une juridiction particulière ou par les juridictions de droit commun ?

4. Quel degré de particularité doit avoir cette juridiction par rapport aux juridictions de droit commun ?

En fait, les réponses apportées varient selon l'histoire, la culture, le contexte politique ou économique de chaque système juridique.

Le droit administratif est lié à la conception que l'on se fait à un moment donné du pouvoir de l'Etat ;

La pratique du droit administratif connaît ainsi pour s'en tenir au continent européen de multiples déclinaisons

Et le contenu de ce droit varie avec l'évolution des conceptions politiques

La réponse donnée par le droit français dépend historiquement très largement de l'importance accordée à l'Etat dans la pensée politique française et de l'institution corrélatrice d'une juridiction administrative séparée de l'ordre judiciaire.

Il est difficile de donner une définition précise du droit administratif sans que chaque terme de la définition ne donne lieu à discussion et controverse doctrinales.

Il est cependant possible d'en donner une vision approchée à partir de ses relations

avec le système politique

avec l'ordre juridique

avec l'organisation juridictionnelle

## Chapitre 1

### *Le droit administratif et ses rapports avec la conception de l'Etat en France.*

L'Etat occupe une place centrale dans la pensée politique française.

La conception du droit administratif découle de cette manière de penser l'Etat.

Le droit administratif a accompagné la construction de l'Etat en France à qui depuis l'origine il cherche à offrir un corps de règles adapté.

Ainsi le droit administratif est né à la Révolution française de la volonté de ne pas soumettre l'Etat (les décisions des autorités politiques) aux règles de droit privé.

En ce sens, le droit administratif apparaît historiquement comme une entorse aux nouveaux principes constitutionnels issus de la DDHC de primauté de la loi, de garantie des droits et de séparation des pouvoirs.

- Et en effet, le droit administratif révolutionnaire conserve nombre des traits du droit de l'Ancien Régime : c'est un droit fait pour servir les intérêts supérieurs de l'Etat, empreint à ce titre d'autoritarisme et composé de règles juridiques éparses mais distinctes du droit commun, qui confère à l'Etat un statut juridique privilégié

C'est en ce sens que le droit administratif peut passer pour un droit politique :

- au sens où il a pour fonction première d'extraire le traitement juridique des questions administratives de la sphère du droit commun
- et dans la mesure ensuite où les règles qui le structurent sont directement tirées du système de valeurs –donc de la conception politique– que la juridiction administrative, elle-même placée au cœur de l'Etat, se fait de l'Etat et de l'action publique.

C'est ainsi que marqué à l'origine par la sacralisation de l'Etat, ce droit conçu sous la Révolution comme un instrument au service de l'Etat jacobin (1), va progressivement s'affirmer avec le triomphe des idées républicaines comme une limite au pouvoir d'Etat (2) avant d'être à son tour banalisé à l'époque contemporaine avec la remise en cause de l'Etat, la décentralisation, la construction européenne et les développements de l'économie de marché et la pensée néo-libérale (3)

### **Section 1 Le droit administratif, droit de l'Etat jacobin**

La sacralisation de l'Etat est une constante de la pensée politique française. Elle remonte à la construction du pouvoir Royal et s'est trouvée consolidée après la Révolution sous le double effet du légicentrisme et du Bonapartisme.

Elle a donné la centralisation administrative impliquant l'idée d'une supériorité juridique de l'Etat dont le droit administratif est l'instrument

#### **§1. La centralisation administrative et l'idée de supériorité juridique de l'Etat.**

Dans la pensée juridique française, l'Etat n'a jamais été juridiquement assimilable aux particuliers : il est l'incarnation juridique du pouvoir politique.

Cette conception est au fondement de la centralisation administrative qui fut le mode originel d'organisation de l'Etat en France sous l'Ancien Régime (Colbertisme), la Révolution et l'Empire (Jacobinisme). Notre système administratif français conserve encore aujourd'hui une partie de ces éléments structurants qui ont historiquement justifié la supériorité juridique de l'Etat

La supériorité juridique de l'Etat a ainsi reposé historiquement

### 1. Sur le primat reconnu au politique sur le droit

Le droit c'est la LOI c'est-à-dire l'expression de la volonté générale (telle que résultant de délibération des représentants de la Nation.

- L'Etat étant compris comme la personnification de ce corps politique souverain qu'est la Nation.
- Il en découle au plan de l'organisation administrative des conséquences très importantes qui tiennent à la confusion au sommet de l'Etat des hiérarchies politique et administrative.
- On retrouve certains de ces éléments encore aujourd'hui dans la Constitution de la Ve République.
  - Le président de la République, le Premier ministre sont des autorités politiques et administratives : à ce dernier titre, ils disposent du pouvoir réglementaire et de nomination aux emplois publics (selon des règles complexes de répartition (article 13 et 21)
  - Le Premier Ministre est le chef de l'Administration (art 20 C)
  - les Ministres sont placés dans leurs domaines respectifs à la tête d'une administration centrale sur laquelle ils exercent leur pouvoir hiérarchique : contrôle des actes, pouvoir de donner des instructions)
  - Les services de l'administration organisés sur un modèle hiérarchique ne sont ainsi que le relais du pouvoir politique. Le règlement des affaires administratives est centralisé parce qu'appelant un traitement politique.
    - Un des enjeux majeurs de la réforme administrative est de remettre en cause ce type fonctionnement soit par l'adoption de lois de décentralisation (en particulier depuis 1983) soit par le développement de mesures de déconcentration.

### 2. Sur l'absence de séparation véritable entre la chose publique et la société civile.

- Le primat donné à la loi fait que l'ensemble des problèmes économiques, politiques et sociaux doit être traité par le pouvoir politique (cf la disparition des corps intermédiaire à la Révolution)
- Toutes les affaires intéressant la société ont ainsi vocation à être réglé par la Loi donc en dernière analyse par l'Administration d'Etat chargé d'exécuter la loi.
- Il en résulte une conception interventionniste du rôle de l'Etat.
  - Conformément à la tradition colbertiste, l'Etat interventionniste traduit la propension de l'administration d'Etat de se saisir de toute affaire de prendre en charge toute activité nouvelle de nature à un moment donné à répondre aux besoins de la population y compris en matière économique en dépit de l'affirmation du principe de la liberté du commerce et de l'industrie.
  - On verra que la notion de service public va servir l'alibi juridique à cette conception politique

### 3 . Le centralisme administratif s'appuie ainsi sur un certain nombre de relais institutionnels

- Sur l'institution des préfets qui représentants du Gouvernement dans les départements permet le quadrillage du territoire national et qui placés sous l'autorité directe du pouvoir politique

constituent le pivot de la structure hiérarchique de l'administration française elle-même longtemps confortée par l'absence d'une réelle décentralisation politique.

- Sur le rôle central du Conseil d'Etat qui exerce à la fois la fonction de conseil juridique du Gouvernement, de pépinière de la haute administration et de juge de l'administration.
- Sur l'existence enfin d'une fonction publique d'Etat qui a permis la constitution d'un corps homogène d'agents publics régi par le système de la carrière (dissociation du grade et de l'emploi) qui induit la séparation des emplois privés et publics, la spécialisation des emplois publics et la construction d'une culture de l'administration distincte de celle de l'entreprise.

Dans cette conception de l'Etat jacobin, interventionniste, ou encore colbertiste, le droit administratif va essentiellement être conçu comme l'instrument du pouvoir d'Etat.

## §.2. Le droit administratif, instrument du pouvoir d'Etat

Dans la vision classique, le droit administratif s'apparente à un instrument au service du pouvoir d'Etat, à un droit de privilèges

- Un droit doublé d'un privilège de juridiction avec l'existence du juge administratif
- C'est un « droit politique » qui vise à soustraire l'Etat à l'application du droit commun

Dès sa fondation, sous la Révolution et l'Empire, le droit administratif a reposé sur la sacralisation de la Puissance publique, sur la volonté historique d'offrir au Pouvoir Exécutif (donc au pouvoir politique) un cadre juridique spécifique, adapté à ses missions et caractérisé par l'existence de pouvoirs et de protections exorbitants du droit commun, que ni le code civil ni le juge judiciaire n'auraient été en mesure de lui attribuer.

C'est le sens initial du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires tiré de la loi de 16 et 24 août 1790 qui soustrait l'activité des administrations publiques au contrôle des juridictions judiciaires dont leur statut leur confère une relative indépendance à l'égard du pouvoir politique : « 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 raisons de leurs fonctions »

- C'est l'objet aussi des premières décisions rendues par le Conseil d'Etat statuant au contentieux que d'écarter les principes du code civil afin de s'assurer des intérêts supérieurs de la politique.
- Sous l'Empire, le droit administratif vise ainsi principalement à protéger de toute remise en cause les acquis de la Révolution dans les matières qui auraient dû relever du droit civil (G. Bigot, L'exorbitance dans la formation historique du droit administratif, in l'exorbitance du droit administratif en questions).
- Nombreux sont les arrêts du Conseil d'Etat venant garantir le principe d'irrévocabilité des ventes dans les litiges relatifs aux biens nationaux ou aux familles d'émigrés dépossédés sous la Révolution.
- C'est encore dans une certaine mesure le sens de l'arrêt fondateur Blanco du 8 février 1873 qui affirme que la responsabilité de l'Etat dont il vient d'admettre le principe « n'est ni générale ni absolue », ce qui revient immédiatement à admettre qu'il est des cas où les nécessités du service tendront à exclure ou à limiter la responsabilité de l'administration, subodorant ainsi que destiné à faire prévaloir l'intérêt de la société et les besoins du service public sur les résistances individuelles, le droit administratif est par essence un droit inégalitaire
- Ainsi il est incontestable que le droit administratif repose aujourd'hui encore sur un certain nombre de prérogatives spéciales forgées au bénéfice exclusif de la Puissance publique dans ses rapports avec les particuliers
- En ce sens, le droit administratif apparaît comme un droit inégalitaire.

- Au premier rang de ces « privilèges » (prérogatives du puissance publique) on retrouve le pouvoir reconnu à l'administration d'imposer des obligations juridiques, de prescrire des interdictions, de créer de droits sans que le consentement des destinataires de la règle soit requis.
- C'est le pouvoir de décision unilatérale
- Ce pouvoir de décision unilatérale conduit à opposer de manière frontale la conception du droit administratif à celle du droit civil où l'autonomie de la volonté, l'échange réciproque des consentements font du contrat et non de l'acte unilatéral l'acte juridique type des relations entre particuliers.

■ Pour autant l'acte unilatéral n'est pas inconnu du droit privé (testament, licencement) et à l'inverse contrat trouve à s'appliquer en droit administratif

- L'unilatéralité des rapports entre l'administration et les citoyens se trouve encore conforter par le privilège dit du préalable qui permet à l'administration d'obtenir l'exécution de plein droit de ces décisions.

■ A la différence des particuliers dans leurs rapports réciproques, l'administration n'a ainsi jamais à réclamer un titre exécutoire au juge, il lui suffit de prendre une décision à laquelle les administrés devront se soumettre, sous peine parfois comme pour les règlements de police de poursuites pénales, sauf à eux de tenter d'en obtenir l'annulation ultérieure par le juge.

■ Le privilège du préalable est attaché à la technique de la décision unilatérale. En ce sens, ce n'est pas un procédé propre au droit administratif (B. Seiller, l'exorbitance en questions, précité). Ce qui signifie que l'on retrouve le même effet en droit civil dès lors que le procédé de l'acte unilatéral est mis en œuvre. Mais c'est beaucoup plus rare qu'en droit administratif

- Par ailleurs, nombre de constructions jurisprudentielles ont pu paraître historiquement dictées par le souci de satisfaire aux intérêts de l'Etat : ainsi de celles qui ont
  1. interdit tout recours contre les actes politiques du gouvernement (théorie des actes de gouvernement)
  2. interdit aux militaires, détenus et élèves de contester les décisions de l'autorité hiérarchique (théorie des mesures d'ordre intérieur aujourd'hui en recul depuis les arrêts Harduain et Marie de 1995)
  3. conforté le pouvoir hiérarchique des ministres et des chefs de service
 

(Conseil d'Etat 1950 Dehaene qui offre aux ministres dans le silence de la loi le pouvoir de limiter le droit de grève des agents publics ,

Conseil d'Etat 1950 Quéralt faisant du pouvoir hiérarchique un principe général du droit, c'est-à-dire une règle existant sans texte le prévoyant

ou encore les arrêts reconnaissant de manière limitée l'intérêt à agir des agents publics contre leur administration
  4. reconnu à l'administration contractante le pouvoir de résilier ou de modifier unilatéralement les contrats auxquels elle est partie (CE 1910 Cie générale des tramways)



5. celles encore qui en dépit de textes contraires ont offert à l'intervention de l'Etat et aux collectivités territoriales en matière économique un cadre juridique propice à son développement (CE 1930 Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers)

D'un point historique, on pourrait encore citer des jurisprudences anciennes aujourd'hui qui étaient très défavorables aux administrés

CE 1938 Chambre syndicale des constructeurs de moteurs d'avions révoquée qui enfermait dans d'étroites conditions la possibilité d'obtenir du juge le sursis à exécution d'un acte administratif manifestement illégal

CE 1933 Leloir qui refusait que le juge administratif puisse adresser des injonctions à l'administration y compris quand elle refusait de se plier à la chose jugée par lui

Ou encore le principe d'intangibilité des ouvrages publics qui interdisait d'ordonner la démolition des ouvrages publics construits par erreur sur la propriété privée.

Si cette présentation du droit administratif instrument du pouvoir d'Etat n'est pas totalement fautive, elle reste cependant partielle

Car le droit administratif conçu sous l'Empire a changé

## **Section 2. Le droit administratif, droit de l'Etat républicain**

Le droit administratif ne peut être pensé indépendamment de son contexte politique.

- A partir de la Troisième République, dans le cadre des développements du libéralisme politique, il a aussi été conçu par le juge administratif comme un moyen de tempérer les excès du centralisme administratif, comme un mécanisme de protection des intérêts individuels et d'affirmation du principe de légalité
- La formule du professeur Weil qui parle ainsi de « miracle » pour expliquer tend à effacer la dimension politique du droit administratif.
- A ce titre, le droit administratif est devenu une limite au pouvoir d'Etat

### **§.1 Le droit administratif, instrument d'affirmation du principe de légalité**

Le principe de légalité exprime l'idée que l'action de l'administration n'est pas libre mais qu'elle doit être subordonnée au respect d'un certain nombre de règles l'habilitant à agir, déterminant des procédures à suivre, définissant les droits des administrés.

Cette idée au fondement du droit administratif ne s'est pas imposée sans difficulté.

On observera d'abord qu'historiquement l'Etat et son administration ont manifesté une réelle réticence à admettre des bornes à leurs activités et encore plus à être jugée par une autorité extérieure

voir plus loin le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires.

Ensuite, il a existé et existe encore des zones de non-droit (actes de gouvernement, mesures d'ordre intérieur, intangibilité des ouvrages publics, interdiction d'adresser des injonctions à l'administration) en voie il est vrai sinon d'éradication du moins de limitation

La soumission de l'administration au droit caractérise ainsi un certain nombre de sociétés régies par ce que la doctrine appelle depuis la fin e XIXe siècle l'Etat de droit (cf. la doctrine allemande du *Rechtsstaat*) par opposition à la situation de l'Etat de police qui l'aurait historiquement précédé.

Selon cette distinction issue de la pensée juridique allemande, le pouvoir d'Etat dans l'Etat de police est affranchi de l'obligation de respecter le droit : c'est un système juridique où l'autorité administrative peut de façon discrétionnaire appliquer aux citoyens toutes les mesures qu'elle juge utile de prendre en vue de faire face aux circonstances et d'atteindre les objectifs qu'elle se fixe.

A la différence du gouvernement arbitraire ou despotique, l'Etat de police accorde une large part au droit mais c'est un droit purement instrumental sur lequel l'administration dispose d'une totale maîtrise sans être tenue au respect de règles supérieures qui s'imposeraient à elle. Régie par son propre droit, l'administration n'est juridiquement pas tenu par les règles de droit qu'elle peut modifier à sa guise et selon intérêt.

L'Etat de droit est au contraire un État qui dans ses rapports avec ses sujets se soumet à un régime de droit : ce qui veut dire le pouvoir ne peut user que des moyens autorisés par l'ordre juridique. Au cœur de la théorie de l'Etat de droit, il y a ainsi le principe selon lequel les divers organes de l'Etat ne peuvent agir qu'en vertu d'une habilitation juridique. L'administration ne peut ainsi faire usage de la force matérielle que dans les cas prévus par la règle de droit. La puissance se transforme ainsi en une compétence instituée et encadrée par le droit.

La construction de l'Etat de droit implique

- ***D'abord, la juridicisation des rapports entre l'administration et les administrés*** Les citoyens doivent ainsi disposer des moyens juridiques de contraindre les autorités à respecter les règles dont elles sont les destinataires. Dans sa forme achevée, l'Etat de droit implique ainsi que les administrés dispose des voies de recours devant un juge indépendant leur permettant d'obtenir la sanction des abus que sont susceptibles de commettre les autorités administratives.
- Mais aussi ***l'extranéité des règles applicables à l'administration*** les normes auxquelles sont soumises l'administration ne sont pas l'œuvre du seul pouvoir exécutif, elles émanent aussi d'autorités extérieures à l'administration (le Parlement, le Peuple souverain, les accords internationaux ou encore les juridictions).
- En pratique, la doctrine de l'Etat de droit a conduit notamment au XIXe siècle à l'affirmation de la supériorité de loi sur l'administration.

L'origine du passage de l'Etat de police à l'Etat de droit est l'objet de discussions doctrinales, deux thèses s'affrontent :

Certains y voit une limitation extérieure de l'Etat qui prendrait sa source soit dans le droit naturel (par exemple les droits de l'homme) ou dans la conscience sociale [l'opinion publique](c'est l'explication de Duguit et du positivisme sociologique)

D'autres à l'image de la doctrine allemande (IHERING, JELLINECK) ou de CARRE de MALBERG en France l'analysent en une autolimitation de l'Etat.

- Ces thèses ne rendent que partiellement compte de la limitation du pouvoir par le droit. La soumission de l'Etat au droit trouve son explication dans un contexte social et économique (l'avènement du capitalisme) et dans l'idéologie qui a présidé à son apparition. L'Etat de droit est né en France comme en Grande Bretagne dans une société animée par l'idéologie libérale et démocratique.
- C'est en ce sens que la formule de Prosper Weil est discutable

L'Etat de droit repose sur le plan théorique sur l'idée de la structure hiérarchique du droit.

Cette doctrine notamment a été enseignée à partir les années 1920 par le juriste autrichien **Hans Kelsen** à travers sa théorie de la formation du droit par degrés. Selon Kelsen, le droit ne saurait s'identifier à la seule loi. La formation de la volonté collective de l'Etat s'effectue ainsi par degré descendant en partant de la Constitution qui est à la base de l'ordre juridique interne et à laquelle doivent être subordonnés les autres normes juridiques jusqu'aux actes administratifs d'exécution matérielle en passant par les lois et les règlements. Kelsen décrit l'ordre juridique comme un ensemble de règles hiérarchisées organisés sous la forme d'une pyramide.. Chaque degré de l'ordre juridique affirme Kelsen est reproduction du droit par rapport au degré supérieur et création du droit par rapport

au degré inférieure. Il en déduit que chaque degré de l'ordre juridique tire sa validité de sa conformité avec le degré supérieur. Ainsi l'acte administratif tire sa validité de la loi : parce qu'il est adopté selon la procédure prévue par la loi, parce que son contenu est conforme aux règles de fond fixées par la loi. Et la loi elle-même tire sa validité de la Constitution

- Pour l'essentiel, la hiérarchie des normes découle de la hiérarchie des organes : l'autorité d'une norme dépend de la légitimité politique de l'organe dont elle émane.

Le droit français n'a longtemps retenu qu'en partie cette conception pyramidale du droit :

- L'Etat de droit a d'abord été un État légal. Le droit s'est ainsi longtemps identifié à la seule loi voté par le Parlement. Ce que traduit la notion de principe de légalité. La suprématie de la Constitution sur la loi indiscutée dans son principe va rester jusqu'à l'institution du CC non sanctionnée juridiquement. Sous la III<sup>e</sup> République, la souveraineté parlementaire s'opposant à un quelconque contrôle de constitutionnalité des lois notamment par les tribunaux ordinaires comme en atteste la très vivace théorie de la loi-écran
  - C'est qu'en France la soumission de l'administration au droit assurée par le CE au moyen du REP résulte de la conjonction de deux idées.
    - Il s'agit tout d'abord du *culte de loi*, expression de la volonté générale comme l'affirme l'article 6 DDHC, qui résulte lui-même de la croyance en la souveraineté démocratique et dans le gouvernement représentatif Instrument de la loi, l'administration trouve dans celle-ci et uniquement dans celle-ci à la fois le fondement et les limites de son action.
    - Il s'agit ensuite du *principe de la séparation des pouvoirs* (art. 16 DDHC) qui assigne à l'administration et à l'exécutif une place seconde. La séparation des pouvoirs a ainsi permis la conciliation entre l'idée de souveraineté inhérente à tout État et celle de pouvoir soumis au droit : « Le pouvoir législatif garde la souveraineté absolue, le pouvoir exécutif est à pour représenter le côté par lequel l'Etat peut être lié » écrivait ainsi Hauriou.
- C'est dans ce contexte que le droit administratif s'est avérée l'outil le plus efficace pour limiter le pouvoir d'Etat (faute de pouvoir limiter la loi et le Parlement)

## §.2. Le droit administratif, limite au pouvoir d'Etat.

Ainsi, à l'opposé de l'idée de privilèges censés être détenus par l'administration, on montrera aisément que même dans l'utilisation de ses pouvoirs exorbitants, l'administration, placée sous le contrôle du juge, se doit toujours de poursuivre l'intérêt général.

Et tout l'effort de la jurisprudence administrative depuis la fin du XIX<sup>e</sup> siècle a été de faire disparaître toute part d'arbitraire administratif et d'enseigner à l'administration que dans un Etat démocratique, l'intérêt général exige toujours la conciliation du pouvoir administratif avec les droits individuels des particuliers.

- Le droit administratif n'est pas ainsi fait que de privilèges,
  - il est fait aussi de tout un réseau de garanties et de protections juridictionnelles (recours pour excès de pouvoir, théorie de la voie de fait, principes généraux du droit, responsabilité de la puissance publique, théorie de l'exécution d'office )
  - ainsi que de techniques de contrôle parfois très sophistiquées (contrôle de la qualification juridique des faits contrôle du bilan, contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, modulation des effets d'une annulation contentieuse) qui assurent la soumission de l'administration au droit

L'administré, parce qu'il est aussi citoyen, c'est ainsi vu reconnaître une série de droits

1. Droits essentiellement d'agir en justice au moyen surtout du recours pour excès de pouvoir : construction juridique originale (le recours est de nature objective) qui permet à tout administré dont l'intérêt serait lésé par une décision qui lui paraît illégale d'en demander l'annulation au juge
  2. par la possibilité aussi d'engager devant le juge la responsabilité de la puissance publique tant du fait de ses actes fautifs ou de ses agents que des dommages anormaux que son fonctionnement peut occasionner
- On remarquera que pendant longtemps le droit administratif français à la différence d'autres systèmes juridiques a surtout misé sur des moyens de protection basé sur le recours au juge. C'est le citoyen-justiciable qui se trouvât ainsi défendu. Puis à partir des années 1970, un certain nombre de droits d'ordre procédural ont été reconnu au citoyen-administré indépendamment du recours au juge : droit à être entendu par l'administration avant qu'elle ne décide, droit à voir les décisions qui lui sont opposées être motivées, droit à la communication des documents administratives, droit à la protection des fichiers détenus par l'administration, droit à saisir le médiateur de la République des cas de « maladministration » susceptible de recevoir à défaut d'une solution juridique au moins un règlement équitable.
  - Ces règles qui forment la procédure administrative non contentieuse sont un moyen tout aussi efficace de lutte contre les risques d'arbitraire administratif, elles contribuent par ailleurs à l'amélioration des relations entre l'administration et les citoyens et participent de ce point de vue de l'idéal démocratique.

Au demeurant, y compris dans ses aspects strictement opérationnels (ceux destinés à donner à l'administration les moyens d'agir, le droit administratif comprend aussi un certain nombre de sujétions particulières qui constituent autant de contraintes pour l'action administrative.

Aux dérogations « en plus » qui correspondent aux privilèges de l'administration, il faut opposer, à la suite de Jean Rivero dans son article paru à la Revue du droit public en 1953, les dérogations « en moins » : celles qui imposent à l'administration des obligations renforcées par rapport à celles que rencontrent les particuliers dans leurs relations réciproques.

- Ainsi l'administration publique n'a pas à l'égal des propriétaires privées la libre disposition de ses biens : le principe d'inaliénabilité lui interdit toute cession du domaine public ; et il lui est encore interdit de procéder à des libéralités.
- De même, si l'Administration peut recourir au contrat, elle n'a pas généralement le libre choix de son cocontractant, ni la possibilité d'inclure dans ses contrats certaines clauses, n'y de contracter dans toutes matières
- . A l'identique, l'Etat employeur, comme l'ensemble des collectivités publiques ne peut recruter librement ses personnels, sauf à organiser un concours de recrutement obéissant à une procédure très précise et destinée à garantir l'égalité admissibilité des citoyens aux emplois publics.

Ces éléments conduisent à relativiser la supériorité juridiques de l'Etat

D'abord, la règle exorbitante du droit commun n'est en effet pas forcément une prérogative ou un privilège particulier reconnu à l'administration dans l'exercice de son activité. La règle exorbitante c'est une règle différente du droit commun, une règle que l'on ne retrouve pas dans le commerce juridique entre particuliers.

Ensuite, même quand il s'agit d'une prérogative spéciale, elle s'exerce dans le respect des finalités imposées à l'administration et sous le contrôle du juge.

### **Section.3. Les mutations contemporaines du droit administratif, droit d'un Etat désacralisé**

Les développements les plus récents confortent même l'idée d'une certaine désacralisation de la puissance publique:

L'Etat est concurrencé de toute part : par les organisations internationales, par les collectivités territoriales (décentralisation), par les acteurs privés (sociétés multinationales, opérateurs économiques, associations, ONG) qui invitent à une nouvelle forme de gouvernance (et non plus de gouvernement) moins verticale et plus horizontale

C'est le thème de l'Etat post-moderne notamment défendu par le professeur Jacques Chevalier

Le droit administratif ne pouvait échapper à ses évolutions : il est mû à son tour par des forces (décentralisation, construction européenne, libéralisme économique.) qui participent au désengagement de l'Etat et à la banalisation voire à la contestation de son droit

D'abord parce que la technique juridique a évolué. La supériorité juridique de l'Etat ne suffit plus pour organiser les sociétés complexes. L'incitation, la négociation ont pris la place de la prescription et de la contrainte : le contrat se développe dans les relations entre l'Etat et les acteurs sociaux y compris dans les rapports entre administrations publiques. L'inégalité du droit administratif s'atténue : on a parlé de la civilisation du droit public

Ensuite parce que la régulation de la société par le droit tend aujourd'hui à être supplanté dans les administrations publiques par d'autres approches (sociologie des organisations, économie du droit) et d'autres procédés (gouvernance, dérégulation, évaluation) qui, disqualifiant la rationalité juridique, en relativise la dimension instrumentale :

le droit administratif est ainsi perçu comme un obstacle à la modernisation de l'administration (l'exemple type est le droit de la fonction publique qui est perçu comme un obstacle à la mise en œuvre d'une véritable politique des ressources humaines).

Dans ce contexte, c'est le rôle du juge administratif conformément à sa fonction historique de faire évoluer le droit administratif pour l'adapter à ce nouveau système de valeurs tout en préservant l'équilibre entre l'intérêt général et les droits individuels, promouvoir l'un sans sacrifier l'autre et réciproquement)

La jurisprudence et la loi (sous l'impulsion du Conseil d'Etat) ont connu de très importantes évolutions dans ce cadre

- 1) par le renouvellement des règles que le juge applique à l'administration. Les exemples sont nombreux : droit de la concurrence (CE 1997 Million et Marais), le principe de sécurité juridique qui protège les changements trop brusques de réglementation (CE 2006 Soc. KPMG )
  - 2) par les pouvoirs qu'il exerce sur l'administration. De très grandes évolutions ont eu lieu récemment : la réforme des référés administratifs par loi du 30 juin 2000, la reconnaissance du pouvoir d'injonction du juge administratif par la loi 8 février 1995), la modulation dans le temps des effets d'un jugement d'annulation (CE 2004 Association AC !)
- Mais la différence essentielle avec la situation antérieure est toutefois que le juge administratif ne maîtrise plus les normes qu'il applique à l'administration et qu'il est tenu de prendre en compte la production normative d'autres acteurs institutionnels (CJCE, CEDH, CC..., législateur)

## Chapitre 2. La place du droit administratif au sein de l'ordre juridique

Comme on le sait la présentation de l'ordre juridique est organisée autour de la distinction à valeur d'ailleurs plus idéologique qu'instrumentale du droit privé et du droit public.

- Dans le cadre de cette distinction, le droit administratif est traditionnellement opposé au droit civil à la fois pour marquer l'inaptitude de principe du droit civil à l'égard des questions administratives que pour mesurer le degré d'originalité du droit administratif à l'égard de ce qui est censé être le « droit commun »

Sans remettre en cause complètement la différenciation du droit administratif et du droit civil, les transformations contemporaines de l'ordre juridique, en particulier l'application aux activités publiques de règles nouvelles à vocation transversale liées à l'émergence du droit constitutionnel et à l'intégration dans l'ordre juridique national de normes et de principes venues du droit international et surtout du droit européen, ont profondément affecté l'originalité d'un modèle juridique conçu par la jurisprudence du Conseil d'Etat pour recueillir des règles spéciales nécessaires à la réalisation de l'intérêt général

### Section 1. Droit administratif et droit civil : l'autonomie du droit administratif en question.

Selon que l'on se place depuis le droit privé ou depuis le droit public, la représentation du droit administratif varie.

Ainsi, se plaçant du point de vue du droit privé, certains auteurs ont expliqué que le droit administratif est une dérogation, une entorse au droit privé qui est considéré comme étant le droit commun, comme le vrai droit dont l'application est de principe.

- Cette explication est très largement erronée (FP Benoit La distinction du droit administratif et du droit privé in le droit administratif français, Dalloz 1968).
- Son principal inconvénient est de laisser croire que le droit administratif est une entorse, une exception à un droit privé dont l'existence et l'application serait un principe.
- Cette présentation repose surtout sur un postulat de polyvalence du droit privé. Or le droit civil n'est pas un droit polyvalent. I
- Il faut bien admettre en effet des cas où l'application du droit privé à l'administration n'est pas envisageable en raison du caractère inédit en cette matière des questions abordées. Il n'y a pas de dérogation au droit privé parce que son application n'est pas de principe.
- L'existence du droit administratif s'explique ainsi par l'existence de situations que le droit privé n'a pas vocation ni n'est pas en mesure de régler.

La présentation du droit administratif comme un droit dérogatoire a été ainsi très largement abandonnée par la doctrine au profit d'une réflexion bâtie sur l'hypothèse d'un droit autonome.

- Mais on constatera tout de même que le discours juridique perpétue l'ancienne présentation à travers certaines formules dont celle par exemple de « clauses exorbitantes du droit commun ».

Si l'on retient l'idée d'autonomie du droit administratif il convient alors de ne pas verser dans l'excès inverse et d'en donner une présentation extrême en expliquant que le droit administratif, droit foncièrement original répudie en bloc les techniques et les concepts du droit privé.

En effet, l'originalité du droit administratif ne doit pas en effet être exagérée sous peine de fausser à nouveau la compréhension du droit appliqué à l'administration

## §.1. L'autonomie du droit administratif

Si les auteurs s'accordent sur le constat, ils divergent par contre sur les justifications

### A. Le constat de l'autonomie du droit administratif

L'autonomie du droit administratif découle de la formule même de l'arrêt Blanco rendu en matière de responsabilité.

- « la responsabilité qui peut incomber à l'État du fait du service public ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le code civil pour les rapports de particulier à particulier »

L'idée que l'Etat et les personnes publiques sont régies par des règles qui ne sont pas celles prévues par le Code civil pour les rapports entre particuliers se déclinent pour chacune des activités de l'administration

- Il existe ainsi des actes administratifs qui parce qu'unilatéraux repose sur un régime qui est propre au droit administratif et qui n'a pas d'équivalent en droit privé.
- De même les règles qui s'appliquent aux organisations administratives (col ter ; établissement public) n'ont pas d'équivalent dans le droit des sociétés ou des associations
- La jurisprudence a également forgé la notion de contrat administratif qui appelle des règles spécifiques (la théorie générale des contrats administratifs) pour permettre à l'administration de contrôler la manière dont son cocontractant exécute ses obligations contractuelles.
- Mais c'est encore les biens des personnes publiques (théorie du domaine public), les travaux (notion de travaux publics) ou les relations qu'elles entretiennent avec les agents qu'elles emploient (droit de la fonction publique) qui appellent des règles propres distinctes du droit privé.

La question de la raison d'être de ces règles spéciales (de droit administratif) a joué historiquement un rôle majeur. Car au-delà du souci initial de soustraire l'activité de l'administration au contrôle des juridictions judiciaires, il a fallu ensuite expliquer pourquoi l'activité administrative échappe au cadre du droit privé.

C'est à la résolution de cette interrogation que s'est attelée la réflexion doctrinale de la fin du XIXe siècle et de la première moitié du XXe siècle.

A priori l'autonomie du droit administratif s'explique par son objet : l'Administration.

- D'un point de vue politique, l'administration n'est pas en effet seulement un acteur du commerce juridique, elle est aussi une institution du pouvoir d'Etat. L'Administration appartient à l'ordre du pouvoir ; elle est l'instrument par lequel se réalisent les politiques d'intérêt général promues les autorités politiques de l'Etat (et notamment le législateur).

La difficulté a été d'appréhender d'un point de vue juridique les fondements du droit administratif. Les auteurs ayant multiplié les approchés différentes

L'enjeu de la discussion est importante. En effet, la recherche des fondements du droit administratif n'est pas purement spéculative mais elle a des retombées pratiques déterminantes. Réfléchir aux fondements du droit administratif conduit en effet à établir le (ou les) critère(s) de son application dans chaque espèce ainsi qu'à déterminer \_beaucoup d' auteurs ont fait le lien\_ la juridiction compétente en cas de litige

### B. Les théories explicatives du droit administratif

Plusieurs justifications ont été ainsi avancées.

Deux écoles de pensée se sont même historiquement opposées d'autant plus vivement que chacune détenait une part d'explication.

- L'école du Service public revient à expliquer dans le sillage de Duguit que la spécificité du droit administratif tient à sa finalité. Il y a lieu d'appliquer les règles

du droit administratif et de reconnaître la compétence du juge administratif chaque fois que l'administration entend donner satisfaction aux intérêts collectifs en assurant l'organisation et l'exécution de missions de service publics de manière adéquate.

- Léon Duguit expliquait qu'il revient à l'Etat –c'est sa raison d'être- de prendre en charge (et donc ait les moyens juridique d'assurer) les activités d'intérêt général "indispensables à l'interdépendance sociale». Au contraire, le droit privé a pour vocation à assurer la satisfaction des intérêts individuels (qualifiés parfois d'intérêts égoïstes par opposition à l'intérêt général qu'est censé poursuivre l'Etat). L'école du service public a le mérite de poser un principe supérieur (et explicatif) à la puissance de l'Etat : le service public mais la faiblesse de reposer sur une notion dont le contenu est affaire de circonstances et de choix politique donc difficilement utilisable en droit (dès lors que la fonction du droit public est de borner la puissance de l'Etat)
- L'autre école utilisait un critère formel : celui lié à l'exercice de prérogatives. C'est l'école de Toulouse et de la Puissance publique emmenée par Hauriou. Parce qu'il doit permettre à l'administration de faire triompher l'intérêt général des résistances individuelles, le droit administratif est essentiellement un droit inégalitaire qui repose sur des techniques impératives. Le droit administratif serait ainsi le droit de la Puissance publique caractérisé par la reconnaissance à l'administration de prérogatives de puissance publique c'est à dire de pouvoirs exorbitants du droit commun et chaque fois que l'administration utilise ce type de prérogatives, il y aurait alors lieu de lui appliquer les règles du droit administratif et d'affirmer la compétence du juge administratif. Cette approche a le mérite d'offrir un critère plus facilement identifiable mais l'inconvénient de ne pas d'expliquer en droit la supériorité juridique de l'Etat qui est posée comme donnée de départ.

Cette controverse doctrinale a dans l'ensemble tourné court.

- D'abord, parce que les deux thèses sont plus complémentaires qu'opposées. L'une repose sur la finalité du droit administratif, l'autre sur les moyens. Or c'est parce que l'administration poursuit des missions d'IG qu'elle se voit reconnaître des moyens juridiques différents.
- Ensuite, parce que le droit positif s'est écarté de ces systèmes d'explication. Les deux thèses ont ainsi échoué à fournir une explication globale qui expliquerait à la fois la compétence du juge administratif et l'application du droit administratif à une situation donnée

Par la suite, les analyses qui se sont développées en doctrine ont échappé à ce souci d'explication globale.

Moins spéculatives, elles cherchent à répondre à la question en se fondant directement sur les solutions élaborées par le droit positif.

- Ainsi de la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif. G. Vedel a proposé en ce sens une théorie explicative de l'existence du droit administratif à partir du référent constitutionnel qu'est la notion de pouvoir exécutif qui l'amène à réhabiliter le critère des prérogatives de puissance publique.
- De son côté, R. Chapus a dégagé une distinction à partir de l'analyse de la jurisprudence. Pour lui, le droit administratif est le droit du service public, tandis que le contentieux administratif est celui de la puissance publique

Ces systèmes d'explication, plus près de la jurisprudence, ont eu dans l'ensemble une portée juridique et explicative indéniable mais moins ambitieuse car le juge en rendant des arrêts recherche moins à construire des systèmes qu'à répondre à des difficultés contentieuses concrètes.

L'analyse de la jurisprudence permet de corroborer ces nouvelles constructions doctrinales



- En effet, la jurisprudence a opéré assez rapidement une dissociation entre la présence du service public et l'application du droit administratif.
  - Elle a admis une large soumission des services publics au droit privé et à la compétence judiciaire qui en résulte (TC 1921 Société commerciale de l'Ouest africain)
  - Elle a maintenu néanmoins un lien minimal entre les finalités particulières de l'action de l'administration et l'application d'un noyau dur de règles de droit adaptées à ces dernières. Ce que l'on dénomme les lois de Rolland ou lois du service public (voir nos développements sur la notion de service public) applicables y compris devant le juge judiciaire
- D'autre part, Le Conseil constitutionnel, dans sa célèbre décision du 23 janvier 1987 a par ailleurs posé –au moins au niveau constitutionnel- un critère de la compétence de la juridiction administrative qui s'inscrit assez directement dans la lignée de la théorie élaborée par G. Vedel
  - voir la décision reproduite au GAJA
  - De leur côté, le Conseil d'État et le Tribunal des conflits utilisent on le verra une combinaison pragmatique de critères pour procéder à délimitation des compétences juridictionnelles : l'entité est-elle ou non une personne morale de droit public, gère-t-elle un service public, dispose-t-elle de prérogatives de puissance publique

## §.2. Le particularisme du droit administratif relativisé

A la suite de l'arrêt Blanco, certains auteurs ont cru pouvoir élaborer une théorie du droit administratif débarrassée de toute référence au droit privé (Par exemple, Gaston Jèze).

Cette conception extrémiste n'a jamais totalement reflété la réalité. Dans des hypothèses nombreuses, que l'évolution récente tend à conforter l'administration se voit appliquée dans une proportion variable selon la nature ou les besoins de l'activité des règles ou des principes issus du droit privé.

Hypothèses qui conduisent les auteurs à s'interroger sur la définition même du droit administratif

### A. Les emprunts du droit administratif au droit privé

Les cloisons entre le droit privé et le droit administratif ne sont pas totalement étanches. Bien au contraire.

Deux situations méritent d'être mises en exergue :

- D'abord, une large part de l'activité administrative (au sens large) est soumise au droit privé et à la compétence des tribunaux judiciaires parce qu'elle utilise les procédés de gestion du droit privé.
- De nombreuses activités publiques sont ainsi gérées par des organismes de droit privé, le plus souvent créés de toute pièce par l'administration elle-même (sécurité sociale, fédérations sportives, SAFER, sociétés de chasse, associations municipales, société d'économie mixte).
  - Or le choix de ce mode de gestion, même s'il n'exclut pas toute présence du droit administratif (Conseil d'Etat Ass. 31 juillet 1942 Monpeurt, GAJA n°59) implique par définition une part croissante du droit privé dans le fonctionnement des activités de service public (Conseil d'Etat, 13 mai 1938 Caisse Aide primaire et Protection, GAJA n°57, GDDA, p. 261).
- Surtout, les personnes publiques peuvent conclure des contrats de droit commun, recruter des agents selon les lois du secteur privé ou gérer des activités entières selon les procédés du

droit privé. Il existe ainsi un domaine privé de l'administration qui s'oppose à son domaine public et plus fondamentalement encore des services publics à gestion privée dominante (les services publics à caractère industriel ou commercial) que l'on oppose depuis l'arrêt du Tribunal des conflits de 1921 Société commerciale de l'ouest africain aux services publics à gestion publique (GAJA n°39, GDDA, p.353).

- De nombreuses situations administratives appellent ainsi l'application d'un droit mixte où droit privé et droit public s'entrelacent..
- Par ailleurs, et c'est tout à fait différent, le juge administratif lui-même peut faire application du droit privé pour construire (élaborer) la règle qu'il va appliquer à l'administration. Le particularisme des règles appliquées par le juge administratif est ainsi variable.

Il existe des règles du droit administratif qui n'ont en principe aucun équivalent en droit privé, c'est le cas de toutes les procédures de contrainte et de commandement (régime des actes unilatéraux, sanctions, expropriation),

Mais d'autres, au contraire, ont leur pendant en droit privé et l'on l'on rencontre de nombreuses hypothèses où la loi ou le juge administratif ont emprunté au Code civil les règles, les principes ou les notions qu'ils appliquent à l'administration.

- Il s'agira par exemple de l'importation en droit administratif de notions générales

telles que celle de propriété,

de contrat qui entraîne avec elle l'application de la théorie des vices du consentement aux contrats de l'administration ,

du principe de responsabilité qui va de pair avec l'introduction des notions de faute, de préjudice ou de lien de causalité en droit administratif.

- Il s'agira parfois d'emprunts plus ponctuels ainsi des occupations du domaine public qui peuvent être constitutives de droits réels).

Cependant, l'emprunt ne lie pas le juge qui reste maître de sa jurisprudence

Ainsi l'importation de notions générale peut conduire à l'élaboration par le juge administratif de règles qui peuvent différer profondément des solutions tirées du droit privé

Par exemple du régime d'exécution des contrats administratifs, de la responsabilité sans faute de la puissance publique ou du régime d'utilisation des biens publics très éloigné par définition du régime de propriété),

Cette démarche n'a rien d'exceptionnelle. Elle est au cœur de la construction du droit administratif.

On la retrouve notamment à l'origine de la formulation de certains principes généraux du droit applicables aux agents publics (CE Ass. 8 juin 1973 Dame Peynet, Rec. p. 406 ; CE, sect. 23 avril 1982 Ville de Toulouse, Rec. p. 152).

Le juge vient ici transposer en droit administratif une norme en vigueur dans un autre droit et ici tiré du Code du travail (interdiction de licencier une femme enceinte, interdiction de verser une rémunération inférieure au SMIC)

Il est ainsi possible d'établir selon les domaines de l'activité administrative une gradation du particularisme du droit administratif. Le degré d'originalité varie ainsi selon la manière dont le législateur, les autorités administratives ou les juges puisent dans le corpus de droit privé.

Plusieurs situations peuvent être distinguées

La première solution consiste à élaborer, en s'inspirant dans une très large mesure du droit privé une règle propre à l'administration sans dire qu'elle vient du droit civil (exemple : la théorie des vices du consentement dans les contrats administratifs qui pour partie s'aligne sur la règle de droit privé).

Le juge peut aussi faire le choix de recevoir une règle de droit privé quitte à présenter cette dernière comme découlant d'un principe général : identique, la règle n'est pas forcément appliquée ensuite de la même manière –(ex : la responsabilité pour faute).

Une autre démarche, intermédiaire, consiste enfin à reprendre le principe d'une règle de droit privé tout en l'adaptant d'emblée aux données propres à l'administration (exemple : CE 1973 Tranoy à propos du mécanisme de la garantie décennale des constructeurs appliqué en tant que PGD aux marchés publics de travaux qui voit le juge exclure une partie des solutions consacrées par les tribunaux judiciaires)

Le droit privé est donc présent dans le régime administratif,

Cet entrelacement des règles conduit une partie de la doctrine à estimer que le particularisme des règles du droit administratif n'est pas le bon révélateur de l'autonomie du droit administratif et qu'il faudrait mieux s'intéresser au droit de l'administration plutôt qu'au droit administratif.

### B. L'influence des emprunts sur la définition même du droit administratif

L'emprunt au droit privé est à ce point consubstantiel du droit administratif que certains vont en tirer la conséquence la plus radicale

Charles Eisenmann explique que devait être appelée droit administratif l'ensemble des règles de droit applicables à l'administration sans qu'il y ait à distinguer selon que les règles lui soient ou non spéciales, applicables à elle seule ou valant aussi pour d'autres sujets de droit en dehors de la sphère administrative.

En bref, la règle est de droit administratif parce qu'elle est appliquée à l'administration

L'autonomie de l'administration est ici mise au premier plan au service d'une conception extensive du droit administratif identifié alors comme le droit de l'administration donc à partir d'un critère organique

- Cette thèse n'est pas retenue par la doctrine dominante

Car elle a des conséquences trop radicales car trop éloignées du droit positif

Elle conduirait en effet à reconnaître la compétence du juge administratif à toutes les hypothèses où on applique le droit administratif (droit de l'administration) donc à retenir un critère organique qui n'a jamais été celui de la jurisprudence/

Les auteurs en restent donc à une conception étroite du droit administratif défini comme constitué exclusivement des règles propres à l'administration et appliquées par le juge administratif,

Pour eux, la solution de droit privé est intégrée dans la jurisprudence du Conseil d'Etat sous la forme d'une règle de droit administratif et non en tant que règle de droit privé applicable à l'administration.

La règle est de droit administratif non en raison de son objet, ni même de son contenu mais parce qu'elle est appliquée par le juge administratif. Le lien entre la nature du droit applicable et la nature de la juridiction compétente est ainsi formellement préservé.

On perçoit tout de même la dimension un peu artificielle des catégories construites pour définir et justifier la compétence de la juridiction administrative par rapport au juge judiciaire

Artifice car une règle tirée du Code civil devient administrative pour la seule raison que la juridiction administrative décide, parce qu'elle n'apparaît pas inadaptée aux réalités administratives d'en faire application à l'administration ;

Artifice toujours quand cette même qualification est refusée aux règles dégagées et adaptées par les juridictions judiciaires chaque fois qu'elles ont à connaître du fonctionnement de l'administration

Ce qui sera le plus souvent à moins que, comme dans l'affaire *Giry* la Cour de cassation décide expressément de faire application de règles de droit administratif directement tirées de la jurisprudence du Conseil d'Etat (Cour de cassation, 23 novembre 1956, GAJA n°85).

En conclusion, on le voit le particularisme des règles applicables à l'administration doit être relativisée d'autant que les sources appliquées par le juge administratif sont de plus en plus diversifiées.

## Section 2.

### Droit administratif et construction d'un espace juridique commun

- La diversification des sources du droit conduit à faire du droit administratif un droit différent.

- 1 En raison de son histoire, du statut du Conseil d'Etat, de son mode de production normative, le droit administratif a correspondu initialement à « un corps de règles endogènes à la sphère publique » (F. Burdeau, Droit administratif, Dictionnaire de la culture juridique), imprégné de culture administrative car conçu par la haute administration (le CE dont on a souligné la dualité fonctionnelle) pour les besoins de l'action administrative nationale
- 2 Toutefois, depuis que le juge administratif est amené à appliquer à l'administration publique, principalement à partir des années 1980-1990 des règles dont elle n'est pas l'objet exclusif ni même central et dont le contenu pour partie lui échappe, le droit administratif est devenue un droit moins centré sur les préoccupations de l'administration traditionnellement basées sur l'ordre public et la sacralisation de l'intérêt général.
- 3 La mise en œuvre par le juge administratif de concepts, de catégories et instruments juridiques nouveaux venus de la CEDH, du droit communautaire, de la Constitution, du droit de la concurrence ou du droit pénal contribue à faire du droit administratif à l'image du droit privé un droit plus ouvert sur les questions de protection des droits individuels et des intérêts économiques marchands.

On assiste ainsi à la formation d'un espace juridique commun qui tend sinon à supplanter la distinction droit public-droit privé du moins à banaliser la teneur du droit administratif

#### §.1 Droit administratif et Constitution

Le droit administratif a pour objet de régir le fonctionnement de certaines autorités publiques : celles que la Constitution charge du pouvoir exécutif. A ce titre, les points de rencontre avec le droit constitutionnel sont a priori multiples : autorités exécutives, statut des collectivités locales, pouvoir réglementaire, législation déléguée.

Or paradoxalement la plupart des notions et concepts du droit administratif s'est construits sans référence directe à la Constitution.

Certes, il a toujours été admis que le juge administratif pouvait

- d'une part imposer à l'administration le respect des règles constitutionnelles.
  - Un acte contraire à la Constitution est ainsi normalement illégal et passible d'annulation
- d'autre part interpréter les dispositions de la Constitution
  - Ainsi faute de Conseil constitutionnel, le juge constitutionnel était le Conseil d'Etat lui-même.

Mais l'influence du texte constitutionnel devait rester limitée.

- Car la Constitution était sous la IIIe République essentiellement un texte de procédure visant à organiser d'abord les rapports entre les pouvoirs publics .

- Les lois constitutionnelles de 1875 n'étaient ainsi précédées d'aucune déclaration de droit, ni ne comprenaient de renvoi à celle de 1789. La Constitution de 1958 continue d'ailleurs d'illustrer cette tradition : son texte même ne contient que très peu de règles substantielles susceptibles d'encadrer l'action des autorités publiques ou de garantir les droits des administrés

Au contraire, pendant longtemps jusqu'au milieu des années 1950 le droit administratif qui incarnait la continuité de l'Etat a semblé prévaloir sur un droit constitutionnel frappé par l'instabilité chronique de nos régimes politiques.

Le rapport de force semble s'être aujourd'hui inversé avec le mouvement contemporain de constitutionnalisation du droit administratif.

## A. La prévalence historique du droit administratif sur le droit constitutionnel

Elle a trouvé à se manifester de plusieurs manières :

D'abord par la soumission des actes des autorités gouvernementales (Président de la République, Premier Ministre, Ministres) au contrôle du juge. Cette soumission repose sur l'idée que ces autorités ne sauraient, en dépit de leurs attributions constitutionnelles, être autre chose que des autorités administratives. L'immense majorité de leurs décisions [à l'exception de la théorie des actes de gouvernement] ont ainsi la nature d'actes administratifs, soumis à ce titre au contrôle de la juridiction administrative.

- Le principe en a été posé très tôt sous la III<sup>e</sup> République par le Conseil d'Etat dans son arrêt du 6 décembre 1907 Chemins de fer de l'Est : « Les actes du chef de l'Etat émanent d'une autorité administrative » même quand ces actes sont pris sur délégation directe du pouvoir législatif.

Ce principe de la subordination de l'administration gouvernementale au droit administratif a semblé un moment remis en cause en 1958 lorsque le Constituant, cantonnant la loi à un domaine réservé (art. 34), a semblé attribuer au Gouvernement une puissance normative initiale (art. 37), une sorte de pouvoir quasi législatif susceptible d'échapper au contrôle du juge administratif.

Fidèle à la conception traditionnelle du pouvoir exécutif, l'arrêt du Conseil d'Etat du 26 juin 1959 Syndicat général des ingénieurs conseils est toutefois venu rappeler avec force que l'attribution au Gouvernement d'un pouvoir réglementaire autonome n'avait d'aucune sorte transformé la nature juridique des actes réglementaires du Premier Ministre qui continuaient d'un point de vue organique, même sur la base de l'article 37 de la Constitution, à relever du contrôle du juge administratif (GAJA n°87).

- Les mêmes principes furent par la suite appliqués d'abord aux ordonnances prises sur le fondement de l'article 38 de la Constitution qui, à l'image des décrets-lois de la III<sup>e</sup> République, constituent des actes administratifs tant qu'elles n'ont pas été ratifiées par le Parlement (Conseil d'Etat, Ass. 24 novembre 1961 Fédération nationale des syndicats de police, Rec. p. 658) ; mais également aux actes du Président de la République pris sur la base d'une habilitation référendaire (Conseil d'Etat 19 octobre 1962 Canal, GAJA n°92) et à ceux pris en application de l'article 16 de la Constitution dès lors du moins qu'ils ne relèvent pas du domaine de la loi (Conseil d'Etat 2 mars 1962 Rubin de Servens, GAJA n°92).

La compétence du Conseil d'Etat à l'égard des autorités exécutives a ainsi amené la juridiction administrative à jouer le rôle d'un véritable juge constitutionnel.

- Le Conseil d'Etat a été -et il est encore (le Conseil constitutionnel ne disposant que d'une compétence d'attribution limitée au contrôle des actes du pouvoir législatif)- le juge de la soumission de l'Exécutif à la Constitution.
  - C'est ainsi, pour ne prendre qu'un exemple, au juge administratif -et non au Conseil constitutionnel, incompétent en l'espèce- qu'est revenue la mission de clarifier la répartition constitutionnelle des compétences réglementaires dévolues au Président de la République et au Premier ministre par les articles 13 et 21 de la Constitution.
    - Par l'arrêt Meyet du 10 septembre 1992, le Conseil d'Etat a ainsi été amené à tirer les conséquences pour l'exercice du pouvoir réglementaire du Premier Ministre de décrets signés par le Président de la République après délibération en Conseil des ministres. Cet arrêt qui élargit le champ de compétence réglementaire du Président de la République a une incidence déterminante sur les relations entre les pouvoirs publics constitutionnels notamment mais non exclusivement en période de cohabitation.

La prévalence du droit administratif sur la Constitution s'est encore exprimée encore par le recours à la théorie des principes généraux du droit

- En effet si le droit administratif ne s'est pas construit en dehors de l'héritage libéral de la Révolution française, la jurisprudence du Conseil d'Etat s'est assurée de la garantie des droits des administrés au moyen de normes qui lui sont propres.
- Faute de disposer d'un texte écrit sur lequel fondait son contrôle, le Conseil d'Etat avait forgé de manière prétorienne, avec la théorie des principes généraux du droit, ses propres instruments conceptuels, qui lui servaient en quelque sorte de constitution matérielle afin de rappeler à l'administration la force
  - notamment des principes de liberté et d'égalité (Conseil d'Etat, 28 mai 1954 Barel, GAJA n°80)
  - et de protection juridique (Conseil d'Etat 17 févr. 1950 Dame Lamotte, GAJA n°71, GDDA p. 658).

On citera encore la théorie de la loi-écran qui amène le juge administratif en cas de conflits de normes à arbitrer en faveur de la loi plutôt que de la Constitution et à refuser d'annuler un acte administratif contraire à la Constitution mais conforme à la loi (Conseil d'Etat 1936 Arrighi)

- L'explication de cette solution est paradoxalement d'ordre constitutionnel. Elle trouve son fondement dans la tradition constitutionnelle française et plus exactement dans le légicentrisme c'est à dire dans la conception française de la séparation des pouvoirs qui est depuis la Révolution entièrement dominée par la souveraineté de la loi. L'expression de cette conception se retrouve notamment dans la loi des 16 et 24 août 1790 qui interdit aux tribunaux à peine de forfaiture « de prendre part à l'exercice du pouvoir législatif » et « d'empêcher ou suspendre l'exécution » des lois. Ainsi parce que le Parlement est souverain, parce le juge est en conséquence subordonné à la loi, il ne saurait être question pour lui d'en vérifier la conformité à la Constitution.

La prévalence du droit administratif n'est cependant que toute relative. A mesure en effet que le juge administratif s'appuie sur la référence constitutionnelle, la Constitution s'affirme comme le fondement ultime du droit administratif

- C'est la célèbre thèse défendue par Georges Vedel qui s'est attaché à démontrer au début des années 1950 que les autorités administratives trouvant les ressorts de leurs actions dans l'idée de pouvoir exécutif la fonction constitutionnelle d'exécution des lois apparaît comme la clé d'explication du droit administratif : la référence ultime sur laquelle le Conseil d'Etat adosse en dernière analyse ses constructions jurisprudentielles
- Georges Vedel construit sa démonstration autour de trois arrêts qu'il considère comme les plus significatifs de l'essence du droit administratif : il s'agit des arrêts Heyriès de 1918, Labonne de 1919 et Dehaene de 1950. Dans ces trois affaires, la jurisprudence administrative va s'appuyer sur la mission d'exécution des lois dévolue à l'Exécutif par la Constitution (voir l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 : « Le Président de la République promulgue les lois, il en surveille et en assure l'exécution » pour accorder aux autorités gouvernementales des compétences normatives nouvelles qui ne se rattachent pas à l'exécution directe d'une loi précise mais qui vont s'avérer nécessaires pour sauvegarder comme l'écrit Georges Vedel « l'ordre juridique tout entier ».
  - Le rattachement à la Constitution permet ici en l'occurrence au Conseil d'Etat d'autoriser les autorités gouvernementales à prendre des mesures adaptées aux circonstances exceptionnelles (arrêt Heyriès, GAJA n°34 et Leçon n°22 avec la note Hauriou, S. 1922, 3, p. 49), à réglementer en l'absence de toute législation adéquate la conduite automobile (arrêt Labonne, GAJA n°38, GDDA p. 305) ou encore à organiser l'exercice du droit de grève dans les services publics (arrêt Dehaene, GAJA n°72, GDDA, p. 396)
  - Ces arrêts sont d'autant plus significatifs qu'ils permettent de rattacher à la fonction d'exécution des lois donc à la notion constitutionnelle de Pouvoir exécutif l'ensemble des missions de l'administration publique : à savoir l'exercice du pouvoir réglementaire, la police administrative et la gestion des services publics.

C'est donc tout le droit administratif qui découle matériellement de la Constitution quand bien même les sujétions et les prérogatives exorbitantes qui concrétisent ces différentes missions ont pu être forgées par le juge sans référence directe à la Constitution

- (Voir sur ce dernier point la critique de Charles Eisenmann, la théorie des « bases constitutionnelles du droit administratif », RDP 1972, p. 1345).

La théorie des bases constitutionnelles du droit administratif annonçait dans une certaine mesure ce qui allait venir avec la résurrection sous la Ve République de l'idée de Constitution c'est-à-dire une évolution d'une toute autre ampleur.

### B La constitutionnalisation du droit administratif

La place de la Constitution en droit administratif a considérablement évolué. Au contraire, en raison du développement de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, c'est opérer entre le droit constitutionnel et le droit administratif une véritable jonction (G. Vedel).

Les prémices de cette évolution se trouvent dans la Constitution de 1946

- Le Préambule de la Constitution de 1946 contient l'énonciation de principes économiques et sociaux, vise d'énigmatiques « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et renvoie pour le reste à la Déclaration des droits de 1789. L'article 81 de cette même Constitution assurait au demeurant à tous les citoyens « la jouissance des droits et libertés garantis par le Préambule de la présente constitution ». C'est ainsi que le Conseil d'Etat dans l'arrêt Dehaene reconnaît pour la première fois en 1950 l'existence du droit de grève dans les services publics en se fondant sur les dispositions du Préambule de 1946,
- Mais c'est sous l'empire de la constitution de 1958 que le mouvement de constitutionnalisation du droit administratif va réellement prendre son essor.
  - De façon assez paradoxale d'ailleurs, dans la mesure où, d'une part, le préambule de la Constitution se borne à proclamer l'attachement du peuple français aux principes énoncés par la Déclaration de 1789 et par le Préambule de 1946 et, d'autre part, où les constituants s'étaient opposés lors des travaux du comité constitutionnel à l'adoption d'un amendement ayant pour objet à l'image de l'art. 81 de donner force juridique aux dispositions du Préambule.

C'est d'abord au Conseil d'Etat qu'est dû le rétablissement de la valeur constitutionnelle du Préambule.

L'arrêt Société Eky 1960° montre que le juge administratif après 1958 a saisi la première occasion pour manifester sa volonté de ne pas dissocier le Préambule du reste de la Constitution : il y examine un moyen tiré de la violation de l'art. 8 de la Déclaration de 1789 relatif à la non rétroactivité de la loi pénale.

■ Mais ce mouvement devait rester limité : le Conseil d'Etat préférant encore à cette époque recourir à sa propre théorie des principes généraux du droit.

En fait c'est surtout à l'émergence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel que l'on doit le mouvement de constitutionnalisation du droit administratif.

- L'origine en remonte à la célèbre décision du 16 juillet 1971 qui intègre dans le bloc de constitutionnalité les dispositions du Préambule et subordonne désormais la loi à leur respect. Dans le préambule de la Constitution de 1958 (en tant qu'il renvoie à celui de 1946 et à la Déclaration de 1789, le juge constitutionnel va trouver l'essentiel des dispositions de fond susceptible d'encadrer l'action du législateur et indirectement celle de l'administration.
  - Le Conseil constitutionnel a ainsi progressivement proclamé la valeur constitutionnel de nombreux principes intéressants
    - la Liberté dans ses divers aspect (liberté d'association, liberté d'aller et venir, liberté du mariage, liberté d'enseignement,
    - l'Egalité sous ces multiples formes (égalité devant les charges publiques, égalité devant l'impôt, égalité dans l'accès aux emplois publics,
    - ainsi que de nombreux principes fondamentaux susceptibles d'intéresser directement le droit administratif tels que le droit de propriété y compris des personnes publiques, la continuité des services publics, le droit de grève, l'indépendance des professeurs d'université,

l'indépendance de la justice ou encore le droit au recours juridictionnel rattaché à l'article 16 DDHC.

Le développement de la jurisprudence du Conseil constitutionnel a profondément renouvelé les rapports entre le droit administratif et les sources constitutionnelles.

- D'abord parce que l'emprise du droit constitutionnel s'étend sur des pans entiers du droit administratif : les requérants sont conduits à multiplier les références à la Constitution dans leurs recours au juge administratif.
- Ensuite, parce que les juridictions administratives ne sont plus seule à interpréter les dispositions de la Constitution et qu'elles ne peuvent ignorer les interprétations retenues par le Conseil constitutionnel notamment quand elles doivent faire application d'un texte de loi qui a fait l'objet d'un examen préalable par le Conseil constitutionnel et plus largement qu'elles doivent prendre position sur une question déjà analysée par le CC (article 62)
- Enfin, parce que le contrôle de constitutionnalité réduit d'autant les risques d'écran législatif et d'entrée en vigueur de lois inconstitutionnelles

La révision de la Constitution en 2008 a encore accentué cette tendance avec l'introduction de la QPC

- Le texte prévoit un mécanisme de renvoi devant le Conseil constitutionnel saisi par le CE d'une QPC
- Il revient au CC d'apprécier la constitutionnalité de la loi et d'abroger la loi le cas échéant. L'affaire revient alors devant le juge administratif qui ne peut plus régler le litige en se fondant sur la loi jugée inconstitutionnelle.
- Cette réforme met fin à la théorie de la loi-écran et permet donc de contester une loi à l'occasion d'un litige ouvert devant le juge administratif ;

## **§.2 Droit administratif et globalisation**

L'influence de la globalisation sur le droit administratif s'exprime de deux manières différentes

- D'abord au sein des organisations internationales, il existe un certain nombre de règles qui s'apparentent au droit administratif (voir l'idée de droit administratif global ou transnational/ par ex : le régime des actes unilatéraux pris les autorités européennes)
- Ensuite, le droit international (notamment la CEDH) et européen (le droit de l'UE) est composé des règles de droit susceptibles d'avoir les administrations nationales pour objet..

Sans rentrer dans les détails, on relèvera que ces deux ordres juridiques supranationaux ont pour particularité de contenir

des règles d'abord dont l'objet est administratif

- d'abord directement parce qu'elles visent les comportements des administrations publiques
  - ainsi du droit de l'Union européenne qui en vue d'assurer la libre circulation des marchandises, des services et des personnes à l'intérieur de l'Union européenne définit les règles applicables aux services publics (au travers de la notion de services économiques d'intérêt général) limite l'attribution des aides publiques aux entreprises, impose l'ouverture à la concurrence des contrats publics, veille à l'égalité de traitement des ressortissants communautaire dans l'accès à la



fonction publique, encadre l'exercice du pouvoir de police administrative

- ainsi de la CEDH qui énumère les libertés fondamentales dont le respect s'imposent aux autorités publiques et limitent les atteintes susceptibles de leur être apportés
- Ensuite de manière indirecte dès lors que les autorités nationales sont chargées de l'exécution en droit interne du droit communautaire
  - Ce qui conduit à peser sur l'exercice du pouvoir réglementaire afin de s'assurer du plein effet du droit communautaire
  - Et par exemple imposer la motivation obligatoire d'actes administratifs individuels pris en application de certaines législations communautaires

Plus particulièrement ces deux ordres juridiques contiennent des règles extranationales qui s'imposent aux autorités nationales (article 55 de la Constitutionnel=

- y compris législatives (Conseil d'Etat 1989 Nicolo qui met fin à la théorie de la loi-écran)
- que et impliquent l'abstention des autorités nationales à appliquer des règles contraires sauf à engager la responsabilité de l'Etat y compris du fait de sa fonction législative devant ses propres juridictions (Conseil d'Etat 8 février 2007 Gardedieu

De surcroît, ces règles qui sont le plus souvent d'effet direct c'est-à-dire qu'elles ont la capacité de créer des droits ou des obligations dans le chef des particuliers et sont à ce titre susceptible d'être invoquées par les administrés devant leurs propres juridictions nationales

- Ce qui induisant en retour à la fois la garantie du droit d'accès à ce juge pour contester la violation de la règle de droit européen (CEDH article 6 §1) et l'extension des pouvoirs ou des contrôle du juge national pour assurer le respect de la règle de droit européen

Le droit européen a pour autre particularité

- de reposer sur des mécanismes de sanction internationale faisant intervenir des juridictions supérieure dont les décisions s'imposent –selon des modalités variables- dans l'ordre juridique national donc au juge administratif
- de n'apporter à la distinction du droit public et du droit privé qu'une importance secondaire parce que les règles en cause reposant sur des concepts autonomes sont le plus souvent susceptibles de l'appliquer aussi aux autorités publiques qu'aux particuliers ou entreprises privées
  - C'est le cas d'abord du droit au recours garanti par l'article 6

■ Par exemple, l'article 6 § 1 de la CEDH qui « en matière civile »garantit le droit de recours devant un tribunal indépendant dès lors que la contestation porte sur un droit de caractère patrimonial s'applique – sauf exception dans le contentieux de la fonction publique) alors même que l'acte en cause est pris par une autorité administrative dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique (CEDH 28 juin 1978 Köning c/ Allemagne).

■ Ainsi de toutes les décisions administratives qui mettent en cause le droit de propriété (expropriation, préemption, décision de classement ) mais aussi des mesures intéressant la carrière des agents publics.

- C'est le cas en droit de l'Union européenne

■ Par exemple de la notion d'entreprise dont la définition fonctionnelle est indépendante du statut juridique (public ou privé)de

l'organisme en cause et qui attire en conséquence dans le champ du droit de la concurrence des activités exercées par des collectivités publiques

■ Idem pour le droit social communautaire qui s'impose au statut de la fonction publique

Pour autant les droits international et européen n'ignorent pas la spécificité de l'administration publique et des règles à lui appliquer :

- Le droit de l'UE connaît la notion de Service d'intérêt général et même de service d'intérêt économique général qui permet de déroger au droit de la concurrence
- La CEDH admet l'ingérence des autorités publiques dans les droits individuels pour des motifs d'intérêt public, d'ordre public, de sécurité publique

Toutefois l'équilibre (entre les droits de l'Etat et les droits des particuliers) ne se situe pas exactement au même point que la jurisprudence administrative qui doit s'adapter

### §.3. *Droit administratif et nouvelles sources à vocation transversales législatives*

- Parallèlement au droit européen il existe aujourd'hui en jurisprudence un mouvement qui tend à l'indifférenciation des règles de droit applicables tant à l'administration qu'aux opérateurs privés
  - Le juge oppose ainsi le droit pénal à l'administration : CE 1997 Lambda (est illégale la décision administrative qui place un fonctionnaire en situation de violer la règle de droit pénal)
  - Ainsi que le droit de la concurrence : CE 1997 Million et Marais est illégale la décision administrative qui place une entreprise en situation de violer la concurrence voir aussi et CE 1999 Soc. Eda à propos des conditions d'attribution d'une autorisation d'occupation à des fins commerciales du domaine public aéroportuaire
  - Ou encore le droit de la consommation : CE 22 nov 2000 Sté L et P Publicité que le juge applique aux usagers des services publics

## Chapitre 3 Droit administratif et organisation juridictionnelle

Le droit administratif entretient avec la justice des relations singulières

L'élaboration du droit administratif s'accompagne dans le système juridictionnel français de l'existence d'un ordre juridictionnel spécial séparé des tribunaux judiciaires et ayant vocation à connaître de l'ensemble des questions administratives.

### Section 1 Droit administratif et juridiction administrative

Le droit administratif est né de la juridiction administrative.

Pour comprendre filiation particulière, il faut remonter aux origines du droit administratif.

Le droit administratif tire son origine du principe selon lequel "Juger l'administration c'est encore administrer". Cette idée est une constante de la pensée politique française. On en trouve trace dès l'Ancien Régime sous l'impulsion des légistes royaux. Mais, elle a vraiment germé avec la Révolution française qui consacre sur cette base le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires interdisant aux juges judiciaires de connaître du contentieux des activités administratives

Il résulte de cette interdiction historique un double paradoxe :

- d'abord que la juridiction administrative va naître de l'intérieur même de l'administration;
- ensuite que la création de la juridiction administrative a précédé l'élaboration par le juge administratif lui-même du droit administratif .

#### **§.1. Le juge administratif, un juge spécial né de l'administration**

Invoqué traditionnellement pour fonder l'existence d'une juridiction séparée de l'ordre judiciaire, le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires n'a pas nécessairement la force explicative que les auteurs veulent bien parfois lui attribuer.

D'abord, Georges Vedel devait le mettre en exergue, l'article 13 de la loi des 16-24 août 1790 qui interdit aux juges judiciaires de s'immiscer dans le fonctionnement de l'administration n'est qu'un alibi commode reposant sur une interprétation pour le moins étrange de la séparation des pouvoirs au sens où son application à la Révolution va aboutir dans un premier temps à ce que l'administration se retrouve sans juge.

Ensuite, s'il est le fait déclencheur, le principe de séparation ne constitue pas à proprement parler le fondement de la justice administrative qui s'est d'abord imposé dans les faits avant d'être consacrée dans les textes.

#### **A. Les paradoxes du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires**

Les paradoxes sont au nombre de 2 :

D'une part, le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires découle du principe de séparation des pouvoirs dont il constitue une sorte de déformation.

D'autre part, sa mise en œuvre débouche sur la création d'un nouvel ordre juridictionnel

1) Le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, une extrapolation contestable du principe de la séparation des pouvoirs

L'article 16 de la loi des 16 et 24 août 1790 proclame que

**« 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 ».**

Ce texte n'a sans doute pas à l'origine la portée que la doctrine du début du XIX<sup>e</sup> siècle va lui reconnaître. L'exégèse de ce texte ne permet pas a priori d'exclure toute idée de contrôle de l'activité administrative par le juge judiciaire.

Le texte ne parle en effet pas de pouvoir mais de fonctions administratives.

- C'est donc l'idée que l'autorité judiciaire ne peut exercer en même temps des fonctions d'administration et non qu'elle puisse contrôler l'administration qui se trouve ici exprimée. Confusion qui correspondait à une situation courante sous l'Ancien Régime où les tribunaux débordaient fréquemment de leurs champs de compétences pour entreprendre sur l'administration active
- Au contraire, le même texte (article 10) parle de pouvoir quand il s'agit d'interdire au juge judiciaire de contrôler la loi

Au demeurant juger n'est pas troubler (le terme fait penser davantage à l'interdiction d'un pouvoir d'injonction que de contrôle)

Enfin il paraît viser plus les fonctionnaires plus que les actes de l'administration elle-même.

En tout état de cause, ce texte va servir de prétexte à une interprétation maximaliste de la séparation des pouvoirs qui aboutit curieusement à interdire au juge judiciaire de contrôler l'activité administrative.

Cette interprétation est fondée sur un précepte ancien selon lequel « juger l'administration c'est encore administrer » mais a priori qui n'est plus conforme avec les idéaux de la Révolution Française telle qu'exprimés par la Déclaration des droits de l'homme.

Dans les faits, ce texte va se conjuguer avec la Constitution de l'an VIII qui dote la France de ces institutions administratives modernes (le Conseil d'Etat, les préfets, l'organisation départementale datent de l'an VIII) mais qui surtout pose les principes de la centralisation administrative qui feront de l'administration la clé de voute du système institutionnel français.

De la conjonction de ces textes naît une situation paradoxale :

Dès lors que les tribunaux judiciaires sont incompétents, les administrés n'ont d'autres recours que d'adresser leurs réclamations à l'administration elle-même et de remonter la hiérarchie au besoin jusqu'au degré suprême, obligeant l'administration à s'organiser pour recevoir les plaintes des particuliers : c'est le système de l'« administrateur-juge ».

Mais ce système est inique : il n'offre aucune garantie aux administrés, l'administration même hiérarchique n'aime pas avoir à se déjuger. C'est

pour le moins une curieuse conception de la séparation des pouvoirs qui prévaut alors !

Dans un premier temps, le principe est peu ou mal appliqué : d'où le décret de l'an III qui en intime à nouveau le respect: « défenses itératives.... »

Ensuite, la Constitution de l'an VIII qui charge le Conseil d'Etat, placé auprès du chef de l'exécutif pour l'assister dans l'exercice de ses fonctions administratives, de régler les difficultés apparues en matière administrative va servir de fondement à d'autres pratiques. La Constitution de l'an VIII constitue de ce fait le premier acte de naissance de la juridiction administrative.

## 2) *L'évolution vers la juridiction administrative*

Sous l'Empire, à partir de 1806, le Conseil d'Etat va prendre l'habitude d'instruire séparément les réclamations des administrés adressées à l'Empereur ou au Roi et de les examiner dans des formes qui rappellent celle de la justice judiciaire.

1806 car c'est la date de création au sein du Conseil d'Etat de la commission du contentieux qui est chargée des réclamations portées devant le chef de l'Etat.

Le décret du 11 juin 1806 est l'acte fondateur de la justice administrative : il est première consécration institutionnelle de la dualité des fonctions du Conseil d'Etat et donc en même temps de la spécificité de la fonction contentieuse.

A la suite de ce texte, la commission du contentieux du Conseil d'Etat va progressivement prendre l'habitude d'instruire séparément et dans des formes inspirées de la procédure judiciaire les réclamations adressées au chef de l'Etat.

Sous la restauration, la procédure se perfectionne, s'éloigne de la procédure administrative pour se rapprocher de celles des tribunaux judiciaires. Ce sont les ordonnances des 2 février et 12 mars 1831 qui innoveront ainsi en prévoyant :

La non participation à la fonction contentieuse des conseillers d'Etat en service extraordinaire : c'est à dire des conseillers issus de l'administration active et nommés directement par le gouvernement pour une période temporaire.

La publicité des audiences avec le droit pour les avocats de présenter des observations orales

L'institution des commissaires du gouvernement qui permet à un membre du CE de proposer lors de l'audience publique en conscience ce qui lui semble devoir être la solution à donner en droit et en équité à l'affaire.

Ainsi dès 1832, est rendu un arrêt condamnant l'Etat contrairement à la thèse défendue par le Ministre des finances et conformément aux conclusions du Commissaire du gouvernement qui refuse dès l'origine de l'institution de tenir le rôle d'un ministère public.

Institution impériale, le Conseil d'Etat entend ainsi faire taire les critiques à son endroit : alors que son rôle consultatif décline, il mise sur le développement de sa fonction contentieuse pour assurer sa pérennité.

Cette évolution marque aussi l'affirmation historique de la spécificité technique de la fonction contentieuse.

Devant la commission du contentieuse, il est question davantage de droit que d'opportunité, de technique juridique que de considérations politiques. En conséquence, le chef de l'Etat (ROI

ou EMPEREUR) va prendre l'habitude de laisser le Conseil d'Etat régler les litiges : il se contente de signer les arrêts proposés par le Conseil d'Etat sans rien n'y retoucher. C'est le système de la justice retenue

La juridiction du Conseil d'Etat y offrait d'incontestables garanties. Mais elle n'avait aucune existence légale, elle était le simple fruit d'une pratique. Sa consécration juridique date de la loi du 24 mai 1872.

Ce texte institue ( voir le rapport Batbie, discours devant la Chambre des députés), l'indépendance de la fonction juridictionnelle c'est à dire le système de la justice déléguée dans le cadre duquel le Conseil d'Etat accède au rang de juridiction de plein exercice, rendant désormais la justice non plus au nom du Chef du gouvernement mais au nom du Peuple souverain. Le Conseil d'Etat reçoit un véritable pouvoir juridictionnel : il ne se borne plus à émettre de simple avis contentieux soumis à l'aval du chef de l'Exécutif mais il rend de véritables arrêts avec autorité de la chose jugée.

Dès lors, la séparation de la juridiction administrative et de l'administration active était pratiquement acquise : elle allait l'être définitivement en 1889 avec l'arrêt Cadot où le Conseil d'Etat, suivant les conclusions du commissaire du gouvernement Jaegerschmidt, devait juger contrairement à l'ancienne théorie du ministre-juge que les réclamations des particuliers pouvaient être portées directement devant le Conseil d'Etat, les ministres n'étant d'aucune manière susceptibles d'exercer des attributions d'ordre juridictionnel.

La séparation définitive de l'administration et de la juridiction administrative n'a cependant jamais signifié la rupture des liens entre l'administration et son juge, ni le cantonnement du juge administratif dans des tâches exclusivement juridictionnelles.

Le juge administratif reste en France étroitement soudé à l'exécutif. Le Conseil d'Etat a conservé ses fonctions consultatives qu'organise d'ailleurs la Constitution.

Ses membres, issus du concours de l'école nationale d'administration, constituent un grand corps de l'Etat. Les nouvelles cours administratives d'appel créées en 1987 ainsi que les tribunaux administratifs ont également des attributions non contentieuses. Il y a là la preuve contemporaine de l'attachement de notre système juridique au principe selon lequel juger « l'administration c'est encore administrer ». Accident de l'histoire, née d'une interprétation sans doute erronée de la séparation des pouvoirs, la construction de la juridiction administrative en France est ainsi devenue une sorte de « modèle déposé »

L'édification historique du droit administratif a en effet montré que le juge de l'administration doit appartenir au milieu administratif, en avoir une connaissance intime, être au fait des impératifs et des subtilités de l'action publique, pour mieux la contrôler.

## **B. L'organisation singulière de la juridiction administrative**

L'ordre juridictionnel administratif comprend trois niveaux :

Les Tribunaux administratifs interdépartementaux juge de premier ressort du contentieux administratif,

Les Cours administratives d'appel

le Conseil d'Etat, au centre du système à la fois juge de cassation et pour certaines matières juge de premier et dernier ressort

- La situation est ainsi très différente de celle connue jusqu'en 1953 le Conseil d'Etat y était alors l'unique juridiction administrative de premier et dernier ressort (à l'exception du contentieux des travaux publics transférés depuis l'an VIII aux conseils de préfecture).

- C'est pour faire face à la croissance exponentielle des recours que le pouvoir réglementaire puis le législateur ont été conduit à deux reprises à instituer de nouvelles juridictions administratives :
  - Par un décret en 1953 avec la création des tribunaux administratifs qui substituent alors aux conseils de préfecture. Les TA sont au nombre aujourd'hui de 36 (28 en métropole)
  - Par une loi enfin avec l'institution des CAA au nombre aujourd'hui de 8 (Bordeaux, Metz, Nantes, Lyon, Paris, puis : Marseille97, Douai99 et Versailles04 ).

Ainsi, à l'image de l'institution judiciaire, la justice administrative s'est ainsi rapproché du citoyen pour devenir une véritable justice décentralisée pour autant son mode d'organisation est resté fidèle à sa tradition historique qui a vu la JA sortir du ventre de l'administration.

L'attachement au principe selon lequel "juger l'administration c'est encore administrer" trouve en droit français une double traduction

dans le statut personnel des juges.

dans la dualité fonctionnelle des juridictions.

### 1. Le statut des juges administratifs.

Les membres des juridictions administratives relèvent à la différence des magistrats de l'ordre judiciaire du statut général de la fonction publique et sont à ce titre des fonctionnaires comme la généralité des agents de l'Etat

Cette règle concerne autant les membres du Conseil d'Etat que les autres magistrats administratifs. Il en résulte une proximité apparente avec l'administration active qui n'altère cependant pas l'indépendance des juges administratifs

#### a) La proximité avec l'administration

Les modalités de recrutement largement analogues.

Les membres du Conseil d'Etat sont formés et recrutés dans les mêmes conditions que les cadres supérieurs de l'administration active, c'est à dire par la voie du concours de L'ENA qui constitue la voie d'accès principale au Conseil d'Etat.

- Les membres du Conseil d'Etat dont le statut est fixé par un décret du 30 juillet 1963 forment un corps qui comporte six grades : auditeurs de deuxième et de première classe, maître des requêtes, conseillers d'Etat, 6 présidents de section, et un vice-président.
- A ces membres qui ont vocation à faire carrière au sein du corps du Conseil d'Etat s'ajoute une catégorie particulière : **les conseillers d'Etat en service extraordinaire**. Ils sont nommés pour quatre ans seulement et siègent exclusivement au sein des sections administratives qu'ils font bénéficier de leur expérience d'universitaire, de syndicaliste, d'officier, de médecin.

Les magistrats administratifs (conseillers des TA et des CAA) forment un corps unique. Leur recrutement s'inspire des principes qui prévalent devant le Conseil d'Etat et assure l'homogénéité de ses membres.

- Ils sont en principe recrutés par la voie de l'ENA. Ce recrutement est aujourd'hui minoritaire (28 % des effectifs) : de l'ordre de 8 par an, il n'est pas de nature à satisfaire les besoins en effectifs des juridictions administratives.
- La voie d'accès principale aux TA-CAA est aujourd'hui constituée par un recrutement sur concours spécifique (les épreuves y sont exclusivement juridiques).

L'institution traditionnelle dans la fonction publique du tour extérieur constitue la seconde voie d'accès. Le gouvernement désigne à ce titre un maître des requêtes sur quatre et un conseiller sur trois.

■ Deux conditions seulement sont requises pour être nommé maître des requêtes : être âgé de trente ans minimum et avoir dix ans de service

dans l'administration ; la condition d'âge seule suffit pour être nommé conseiller mais elle est portée en 45 ans. Une partie de ces nominations est réservée aux membres des TA-CAA consacrant ainsi l'unité de la juridiction administrative et la mobilité des magistrats administratifs.

- L'intérêt du tour extérieur est d'enrichir le Conseil d'Etat d'une diversité d'expériences et de sensibilités (magistrats, préfets, avocats, anciens ministres) et d'assurer la promotion interne au sein de la juridiction administrative .

■ Le pourcentage réservés aux promotions internes (2/3 de conseillers, 3/4 de maître des requêtes) permettent d'éviter que ces nominations au tour extérieur aient une incidence significative sur les équilibres internes du Conseil d'Etat . Il reste que l'absence de critère et de procédure préalable de consultation du corps ne prémunit pas contre les choix politiques ou atypiques.

- Devant les TA-CAA, Des possibilités de **recrutement au tour extérieur** sont également ouvertes au profit de fonctionnaires de catégorie A présentant certaines conditions d'ancienneté et de niveau hiérarchique mais aussi de magistrats judiciaires ou d'universitaires.

■ Les mêmes catégories de personnel peuvent également y être **détachées** avec possibilité d'intégration au bout de 3 ans de service.

■ On notera que lors de la constitution des CAA, la loi du 31 décembre 1987 avait institué **un régime transitoire** de recrutement qui a permis pour le tiers des nominations de puiser largement dans les corps de la fonction publique même si ce régime était ouvert également aux magistrats de l'ordre judiciaire et sous certaines conditions aux avocats.

Il existe encore de larges possibilités de détachement vers l'administration active

Au-delà de ses missions organisées par la loi, le Conseil d'Etat s'apparente à un véritable corps de direction de l'administration. Le Conseil d'Etat se présente surtout comme un réservoir de la haute fonction publique.

- Les membres du Conseil d'Etat ont de larges possibilités d'exercer des activités à l'extérieur du Conseil d'Etat dans l'administration active :

■ soit cumulées avec leurs fonctions au CE comme c'est le cas très fréquent : les membres du CE étant appelés à participer ou à présider diverses commissions administratives d'étude, de contrôle, de gestion

■ soit exercées à titre exclusifs en position de détachement (fonctions de directeurs de services administratifs ou d'entreprises publiques) ou même sans détachement (cas de nominations dans les cabinets ministériels)

- Il se crée ainsi une osmose entre la haute juridiction administrative et l'administration active.

Enfin la fonction de Vice-président du CE atteste de la proximité culturelle avec l'Exécutif

La tradition attribue au Premier ministre la présidence du Conseil d'Etat; en pratique c'est le garde des sceaux qui l'assume lors des séances protocolaires ; dans la réalité, la présidence effective incombe au vice-président nommé en Conseil des ministres au sein du corps. L'actuel vice-président est Bruno Lasserre depuis 2018. Avant lui Jean-Marc Sauvé et M. Renaud Denoix de Saint Marc ou encore à M. Marceau Long avait été nommé après avoir exercé les fonctions de Secrétaire général du Gouvernement

2) L'indépendance à l'égard de l'administration.



Le statut des membres de la JA peut laisser planer des doutes quant à leur indépendance à l'égard du pouvoir politique.

Cette indépendance est assurée de manière variable soit de manière coutumière au Conseil d'Etat soit par les textes pour ce qui concerne les juridictions territoriales

L'indépendance du Conseil d'Etat à l'égard des pressions politiques ne résulte pas de texte de loi ni même de la Constitution. Elle résulte d'un ensemble de pratiques administratives jamais remises en cause et formant une sorte de coutume.

- Cette coutume découle d'abord d'une tradition d'extrême réserve de la part du gouvernement à l'égard des membres du Conseil d'Etat, tradition telle qu'elle est plus protectrice que le seraient les meilleurs textes.
  - On doit ainsi relever l'usage selon lequel et en dépit des textes l'avancement au sein du Conseil d'Etat est assuré de façon automatique c'est à dire en fonction de la seule ancienneté en conséquence les membres du CE n'ont rien à craindre ni à espérer du gouvernement en ce qui concerne le déroulement de leur carrière au sein du Conseil.
  - Ainsi la nomination des commissaires de gouvernement (rapporteurs publics depuis le 4 janvier 2009) ou des présidents et des présidents-adjoints de section relèvent de choix interne au Conseil d'Etat.
    - Le décret du Président de la République ne fait qu'entériner ce choix
- De même, réserve faite des périodes d'épuration (notamment en 1944-1945), on ne compte que deux affaires de révocation du Conseil d'Etat en raison de leur divergence de vue avec le gouvernement :
  - en 1852, donc sous l'Empire, l'affaire Reverchon en relation avec les suites du coup d'Etat du 2 déc. 1851 où le dit commissaire du gouvernement s'était prononcé contre la confiscation des biens de la famille d'Orléans ;
  - L'affaire Jacomet en 1960 en liaison avec les événements d'Algérie à l'égard des prises de positions d'un conseiller d'Etat au titre de ses activités administratives extérieures au Conseil d'Etat et d'ailleurs réintégré par la suite.

L'indépendance du Conseil d'Etat à l'égard des pressions politiques résulte encore de l'esprit de corps des membres du CE. Les membres du Conseil d'Etat sont attachés à l'indépendance de l'institution, elle fait partie de leur éthique professionnelle, de la grandeur de leurs fonctions.

Elle s'appuie d'ailleurs sur des spécificités statutaires

- On rentre jeune au Conseil d'Etat, on y fait carrière sans être intégré à la hiérarchie administrative, très tôt on y prend l'habitude de juger des affaires importantes, d'annuler le cas échéant les actes des autorités politiques.

Les membres du Conseil d'Etat bénéficient ainsi non en droit mais de fait d'un véritable statut d'indépendance qui leur permet de s'acquitter de leurs fonctions avec impartialité et objectivité et qui fait d'eux de véritables juges.

- Le CE a d'ailleurs consacré au contentieux l'existence du principe d'indépendance (CE 5 octobre 2005 Hoffer).
  - Il avait à juger du recours d'un requérant qui ayant été débouté dans une précédente affaire attaquait le décret assurant l'avancement du commissaire du gouvernement et du rapporteur ayant conclu au rejet de ses conclusions, expliquant que cette promotion était destinée à les « remercier » des positions prises en faveur de l'Etat
  - Le CE lui répond que « Les garanties qui, par application du principe d'indépendance de la juridiction administrative, gouvernent les règles d'avancement des membres du Conseil d'Etat excluent que la nomination d'un membre exerçant les fonctions de rapporteur au grade supérieur puisse prendre en compte les positions prises par celui-ci dans l'exercice de ses fonctions » ,

La situation des conseillers TA-CAA est quelque peu différente. Car ils ne bénéficient ni du prestige ni du positionnement institutionnel du Conseil d'Etat

- La loi du 6 janvier 1986 consacre un principe proche du statut garanti aux magistrats judiciaire du siège à savoir l'inamovibilité : selon le texte, aucun membre de ces juridictions « *ne peut recevoir sans son consentement une affectation nouvelle même en avancement* » (art. 1 de la loi du 6 janvier 1986) et a fortiori être révoqué sauf dans le cadre des procédures disciplinaires.
- La loi a également institué un Conseil supérieur des TA-CAA (partiellement élus : 5 membres sur 13 auxquels s'ajoutent 5 membres du Conseil d'Etat dont le Vice Président du Conseil d'Etat qui le préside ainsi que 3 personnalités nommés respectivement par le Président de la République et les Présidents des assemblées) qui intervient dans la carrière des magistrats administratifs. Le CSTACAA dispose d'un pouvoir de proposition sur les avancements, le tour extérieur, les nominations de Président de TA, les désignations de commissaires du gouvernement, les sanctions disciplinaires.

La loi se substitue ici à la tradition pour rehausser l'indépendance des juges territoriaux et conforter dans son ensemble celle des juridictions administratives.

Aujourd'hui la loi (Code de la justice administrative) attribue expressément le titre de magistrat aux membres des TA-CAA

## 2) La dualité fonctionnelle des juridictions administratives.

A coté de sa fonctions juridictionnelles, le Conseil d'Etat exerce une fonction consultative

Remplie par les formations administratives, la fonction consultative du CE se traduit par l'émission d'avis au gouvernement

En vertu de la Constitution (art. 38 et 39), le Conseil d'Etat est en premier lieu obligatoirement consulté par le gouvernement sur les projets de lois et d'ordonnances, avant que ces projets soient soumis au Conseil des ministres.

Une loi procédant d'un projet sur lequel le CE n'a pas eu à se prononcer pourrait ainsi entraîner la censure du CC pour inconstitutionnalité.

On remarquera toutefois que les amendements du gouvernement à ses propres projets de lois ne sont pas soumis au Conseil d'Etat .

- Il n'en reste pas moins vrai que les attributions consultatives du CE sont dans une certaine mesure protégées par la jurisprudence du CC qui s'opposent aux amendements gouvernementaux qui seraient sans lien avec le projet de loi débattu ou qui excéderaient « par leur objet et leur portée les limites inhérentes » au droit d'amendement.
- Si le rôle du Conseil d'Etat dans le processus législatif est évidemment moins important qu'il ne l'était sous l'Empire où le Conseil d'Etat préparait lui même les projets de lois (ainsi est-il à l'origine des codes napoléoniens), il a sous la V<sup>o</sup> République beaucoup plus de relief que sous les Républiques précédentes où sa consultation n'était que facultative et dès lors assez peu fréquente.
  - Il ressort même renforcée de la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 dès lors que les propositions de loi pourront à la demande du Président des assemblées lui être soumises si l'auteur de la proposition ne s'y oppose pas (art. 39)
  - L'article 39 alinéa 3 de la Constitution (loi du 23 juillet 2008) fait également du Conseil d'Etat le conseil du Parlement (P. Gonod, RFDA 2008, p. 871=

Le Conseil d'Etat est également appelé à donner des avis sur les projets de décret.


Selon le cas, ces avis qui interviennent toujours au terme du processus d'élaboration du texte sont obligatoires ou facultatives.

- Il y a obligation dans deux hypothèses : d'abord en vertu de l'article 37-2, le Conseil doit être consulté sur les projets de décrets abrogeant ou modifiant des textes de forme législative antérieurs à l'entrée en vigueur de la Constitution et relevant désormais des matières réglementaires.
- Il y a en effet également obligation lorsque des dispositions législatives ont prévu que les mesures nécessaires à leur application seront prises par « décrets en Conseil d'Etat », formule qui implique que le Conseil d'Etat soit obligatoirement consulté.
- En dehors de ces hypothèses, il appartient au gouvernement d'apprécier s'il convient ou non de soumettre un projet de décision à l'avis du CE. Ainsi de manière générale, la circulaire du Premier Ministre en date du 31 juillet 1974 a prévu de façon générale la consultation du CE sur les projets de décrets qui doivent être pris en conseil des ministres.
- Enfin, le Conseil d'Etat peut être appelé par les différents ministres à se prononcer par un avis sur certaines questions juridiques (par exemple sur l'interprétation juridique d'un texte).
- Certains avis ont pu avoir des répercussions politiques importantes : ainsi l'avis du 6 février 1953 sur les limites de la pratique des décrets-lois, celui du 27 novembre 1989 relatif à la conciliation entre le principe de laïcité et le port d'insignes religieux à l'école, ou celui du 23 novembre 1993 sur la nécessité d'une réforme de la constitution comme préalable à l'application des accords de Schengen en matière de droit d'asile.

Le CE comprend ainsi 6 sections administratives (Intérieur, finances, travaux publics, section sociale, section du rapport et des études et depuis le décret du 6 mars 2008 la section de l'administration. Parmi les sections administratives du Conseil d'Etat la Section du rapport et des études joue un rôle spécifique

- La section du rapport et des études a pris la suite de la commission du rapport et des études créée en 1963. Elle tient un rôle tout à fait original
- Elle a pour rôle d'élaborer les propositions de réforme d'ordre législatif, réglementaire ou administratif que le Conseil d'Etat peut adresser aux pouvoirs publics. Ces études au nombre d'une centaine ont pour la plupart eu un aboutissement législatif ou réglementaire.
- La section du rapport et des études est en outre chargée du règlement des difficultés auxquelles peut donner lieu l'exécution des décisions de juridictions administratives. Enfin, elle prépare le rapport d'activité que le Conseil d'Etat établit chaque année et remet au Président de la République. C'est en quelque sorte l'instance de réflexion et de suivi du Conseil d'Etat.

La division institutionnelle entre les sections administratives et la section du contentieux correspond depuis le décret du 6 mars 2008 à une véritable séparation fonctionnelle au sein du Conseil d'Etat

 La réforme du Conseil d'Etat, RFDA 2008, p. 213, note Delvolve et Moderne.

En ce sens, le décret qui a procédé à une véritable « désimbrication » des fonctions au sein du Conseil d'Etat revient sur une pratique admise depuis la réforme de 1963 qui voulait à la suite de l'affaire Canal que des représentants des sections administratives siègent dans les formations de jugement du Conseil d'Etat

- Brassage et double appartenance

Le décret revient ainsi sur la règle de la double appartenance en disposant que les membres du Conseil d'Etat pourront soit appartenir à la section du contentieux uniquement, soit relever des formations administratives, soit avoir la double appartenance

- Toutefois la règle n'est pas absolue: elle ne joue pas par exemple à l'égard des auditeurs et maîtres des requêtes ayant moins de 4 ans au Conseil d'Etat
- Il n'en reste pas moins que ce principe de spécialisation concernera la grande majorité des membres du Conseil d'Etat

Le principe du dédoublement fonctionnel n'aurait pu être qu'une solution accidentelle liée à l'histoire du Conseil d'Etat. Il a été délibérément étendu aux autres juridictions administratives de manière à accentuer leur intégration dans le système administratif.

Cette transposition a ses avantages : une meilleure connaissance de l'administration, une ouverture sur la société. Mais aussi ses inconvénients : elle accroît la charge de travail des magistrats, elle est un facteur de lenteur de la justice.

Les fonctions non juridictionnelles des TA et des CAA peuvent prendre 3 formes distinctes.

- Avis au préfet (compétence facultative et en pratique peu fréquente). Voir toutefois l'affaire Sarran sur le changement d'heure en Nouvelle Calédonie. Voir aussi Pastorel, LPA 18 novembre 1988.
- Participation à des instances administratives (commission départementale des impôts, commission d'aménagement foncier, commission d'expulsion des étrangers).
- Mais aussi de véritables compétences administratives décisionnelles :
- L'autorisation de plaider accordée aux contribuables locaux en lieux et place de la commune relève de la compétence des TA (avec recours possible devant le Conseil d'Etat).
- Ainsi que la désignation des commissaires enquêteurs (Loi de démocratisation des enquêtes publiques 1983) par le Président du TA.

La dualité des fonctions notamment au Conseil d'Etat peut laisser planer un doute sur l'indépendance de la juridiction administrative dès lors qu'elle est saisie d'un recours contre un texte dont il a déjà eu à connaître au titre de sa fonction consultative.

- Il est pourtant déjà arrivé que le Conseil d'Etat démente au contentieux la position retenue par ses sections administratives : Conseil d'Etat Ass. 7 mai 1955 EDF.

■ C'est qu'on ne saurait ignorer ni les renversements de tendance ni les affrontements de doctrine au sein même du Conseil d'Etat.

- Mais la chose est rare, elle est même exceptionnelle parce qu'elle traduirait d'une certaine manière, le mauvais fonctionnement de la fonction consultative et l'absence d'unité du Conseil d'Etat.

Au contraire n'y a-t'il pas un risque que la section du contentieux statue systématiquement dans le sens retenu par la section administrative par ce que les juges statuant au contentieux s'estimeraient liés par l'avis de leurs collègues des sections administratives, a fortiori quand ce sont les mêmes conseillers qui statuent successivement sur la même affaire.

- Une telle argumentation était largement méconnue de la culture juridique française où l'on pratique assez généralement sinon la confusion du moins le cumul de fonctions (devant les juridictions ordinales, devant les autorités de régulation),
- Elle relève pourtant de la problématique de « *l'impartialité objective* » qui développée dans les systèmes juridiques anglo-saxons tient à l'organisation du tribunal et non au comportement du juge.

Cette problématique ne pouvait que se développer compte tenu des orientations récentes de la jurisprudence de la Cour EDH à la suite notamment de l'arrêt Procola du 28 septembre 1995.

- L'affaire concernait le Conseil d'Etat... luxembourgeois. La Cour EDH y condamne la pratique ayant permis à la formation de jugement (le comité du contentieux) de statuer sur la validité d'un décret dans une composition telle que 4 de ces membres (sur 5 !) avaient déjà antérieurement statué au titre de la fonction consultative sur la régularité de ce même décret. La Cour souligne ainsi que le requérant peut légitimement craindre que les membres du comité du contentieux ne se sentissent liés par l'avis donné précédemment. Ce simple doute suffit pour la Cour à altérer l'indépendance objective du tribunal ».

Ce n'est donc pas tant l'impartialité réelle mais l'impartialité supposée qui compte, celle qui se donne à voir parce que le fonctionnement de la justice ne saurait supporter le soupçon.

- La confiance du requérant devenant ainsi en quelque sorte l'étalon d'une bonne justice. « **JUSTICE MUST NOT ONLY BE DONE, IT MUST ALSO BE SEEN TO** » expliquent ainsi les juristes anglo-saxons.

Cette approche très exigeante de l'impartialité conduira inévitablement à revoir certains mécanismes de notre contentieux administratif.

- Au demeurant, la référence faite dans l'arrêt Procola à la notion « d'impartialité structurelle » pouvait notamment laisser croire que c'était l'institution même du Conseil d'Etat son organisation duale qui était en danger. Le dualisme fonctionnel rendrait en effet la section du contentieux « techniquement partial » quand elle aurait à connaître déjà avalisé par l'une de ses sections administratives.
- Au Luxembourg, la solution adoptée à la suite de la condamnation venue de Strasbourg fut de confier le contentieux à une instance juridictionnelle distincte et séparée du Conseil d'Etat désormais exclusivement chargé d'attribution consultative.
  - Cette interprétation est vigoureusement rejetée par le commissaire du gouvernement Bonichot « Autant il est difficile de défendre l'idée qu'un tribunal peut dans la même composition, donner successivement un avis et rendre un jugement sur la même question, autant on peut faire comprendre à des juges européens qui d'ailleurs le savent, que le Conseil d'Etat est l'expression même de la conception française de la séparation des pouvoirs, que la dualité de ses attributions lui donne un poids considérable vis à vis de l'Etat et que ce mode de fonctionnement, profondément ancré dans la tradition française donne des résultats que dans beaucoup de pays on cherche à atteindre » Conclusions sur Conseil d'Etat, 5 avril 1996, syndicat des avocats de France.

La question a été directement posée devant Cour EDH où deux conceptions de la justice paraissent s'affronter.

- Voir Cour EDH 6 mai 2003 Kleyn c/ Pays Bas où la Cour a écarté les griefs liés au fonctionnement du Conseil d'Etat néerlandais (voir supra). la position de la Cour EDH est de considérer qu'elle n'a pas à prendre parti d'un point de vue théorique et abstrait sur la compatibilité du système à Conseil d'Etat (pratiqué aussi aux Pays-Bas, en Belgique et au Luxembourg) avec la ConvEDH ; que c'est au regard des éléments de chaque espèce qu'il appartient de vérifier si ce mode de fonctionnement satisfait aux exigences de l'article 6 §.1 (indépendance et impartialité notamment).
- Cependant, dans l'affaire Kleyn c/ Pays Bas du 6 mai 2003, la Cour déclare « qu'elle n'est pas aussi certaine que le gouvernement néerlandais que l'organisation de la section du contentieux administratif satisfasse dans tous les cas de figure la règle du tribunal impartial
  - Au demeurant, dans une opinion dissidente, le Tsts Nikolovska écrit « Une autre solution pour supprimer toute possibilité de doute » (quant à la compatibilité du système) consisterait à incorporer la procédure contentieuse dans le système judiciaire soit à créer une autorité juridictionnelle administrative distincte du Gouvernement !!! (Voir la note Rollin, AJDA 2003, p.1491)

Et à nouveau dans l'affaire CourEDH 9 nov. 2006 Sacilor-Lormines c/ France :

- Un Ministre avait saisi pour avis le CE avant d'adopter un arrêté réformant le code minier. C'est cet arrêté pris sur avis du CE qui est contesté ensuite devant le CE sans succès. D'où recours devant la Cour EDH qui met en cause « l'impartialité structurelle » du CE (au sens organique : proximité des conseillers d'Etat avec l'Administration active / au sens fonctionnel : le Conseil d'Etat exerce des fonctions incompatibles).
- Réponse de la Cour : Le dédoublement fonctionnel du Conseil d'Etat n'a pas été examiné dans l'abstrait au regard notamment du principe de séparation des pouvoirs en ce qui concerne la compétence du Conseil d'Etat pour connaître au titre de ces deux fonctions des décrets
- L'impartialité est acquise
  - 1) D'abord quand aucun des membres ne siège aux deux titres sur une même affaire

- 2) Ensuite quand l'avis et le jugement rendus par des formations composées de manière partiellement identiques ne portent pas sur la « même affaire » au sens de l'arrêt Kleyn
- Reste à préciser la notion d'affaires analogues ou de même affaire.
  - Au vu du raisonnement du juge dans l'affaire Sacilor Lormines, l'exercice successif par le CE des fonctions consultatives et contentieuses paraît possible quand le recours porte sur un acte réglementaire mais pratiquement interdit quand l'affaire a trait à un acte individuel ou une décision d'espèce (DUP par ex)
  - En l'espèce, la Cour censure de la procédure au titre de la théorie des apparences (mais impartialité ici de type subjective) : un Conseiller d'Etat a statué sur une affaire intéressant le Minefi alors qu'à la date de l'instruction il savait que le mois d'après il serait nommé au secrétariat général du Minefi

■ La Cour EDH explique que 1) seules les fonctions justifiant un lien spécial de confiance et de loyauté envers l'Etat peuvent justifier une loi excluant l'application des principes du droit à un tribunal / 2) Le caractère spécial de ce lien ne saurait expliquer que le droit à un tribunal soit exclu pour les litiges ordinaires (indemnités, rémunération)

La dualité même des fonctions du juge administratif n'est ainsi pas remise en cause mais c'est la manière dont elle est organisée devant le Conseil d'Etat

Ainsi l'interdiction pour tout juge d'exercer successivement deux types de fonctions à propos d'une même décision appelle quelques aménagements auxquels a fini par procéder le décret du 6 mars 2008

L'article R.122-2-1 CJA prévoit que les membres du Conseil d'Etat ne peuvent pas participer au jugement des recours dirigés contre les actes pris après avis du Conseil d'Etat s'ils ont pris part à la délibération de l'avis.

- Le requérant peut désormais demander la liste des membres du Conseil d'Etat ayant pris à l'avis.
- D'autre part, le décret du 6 mars 2008 modifie la formation suprême de jugement du Conseil d'Etat : l'Assemblée du Contentieux où les membres de la section du contentieux sont désormais majoritaire et où ne peut plus siéger le Président de la section administrative qui eu l'occasion de statuer pour avis sur l'acte contesté
- Le Vice-président perd d'ailleurs sa voix prépondérante à l'Assemblée de contentieux
- C'est à ces conditions que l'arrêt Alcaly rendu en 2006 peut être jugé compatible avec la jurisprudence de la Cour EDH
  - Dans cet arrêt Association Association Alcaly du 27 février 2006, le Conseil d'Etat juge que l'exercice de sa fonction consultative dans une affaire donnée ne fait obstacle à sa capacité de jugement :
  - L'affaire concernait le recours d'une association qui contestait la légalité du décret du 17 avril 2003 déclarant d'utilité publique les travaux de construction de la section Balbigny-la-Tour-de-Salvagny de l'autoroute A 89.
  - Or au titre des articles L. 11-2 et R. 11-2 du code de l'expropriation, le CE avait été amené à donner son avis sur cette opération. En effet certaines catégories de travaux ou d'opérations ne peuvent être déclarées d'utilité publique, en raison de leur nature ou de leur importance, que par décret en Conseil d'Etat.
  - Devant la section du contentieux, les justiciables expliquaient que
    - le dispositif légal était contraire aux stipulations de l'article 6, paragraphe 1, de la CEDH au motif qu'en application de l'article R. 311-1 CJA le Conseil d'Etat est aussi compétent pour connaître en premier et dernier ressort des recours dirigés contre les décrets,
  - Le Conseil d'Etat ne va pas retenir cet argument

■ Car 1 le dédoublement fonctionnel ne fait pas obstacle par lui-même, à ce que le Conseil d'Etat, dans l'exercice de ses attributions contentieuses, se prononce dans des conditions équitables et impartiales sur d'éventuels recours dirigés contre de tels décrets.

■ Car 2 la circonstance que le sens de l'avis émis par la section des travaux publics du Conseil d'Etat ait été publié au rapport annuel de cette institution est sans incidence sur la légalité du décret attaqué : elle ne préjuge pas de la décision du juge

En tout état de cause, la pratique du dédoublement fonctionnel en ressort compliquée.

## §.2. *Le droit administratif, un droit forgé par le juge administratif*

Droit administratif et juridiction administrative sont encore aujourd'hui intimement liés. Si la juridiction administrative explique les traits dominants du droit administratif, le droit administratif sert d'élément de légitimation de la juridiction administrative.

### A.° **Le droit administratif, œuvre jurisprudentielle du Conseil d'Etat**

Le droit administratif est l'œuvre historique du Conseil d'Etat.

Si la loi et le règlement n'ont jamais été absents des matières administratives (avec par exemple la célèbre loi du 28 pluviôse an VIII qui fixe notamment le régime des travaux publics préexiste-t-elle à la jurisprudence), les textes applicables ont longtemps été pour l'essentiel des textes techniques, spéciaux et épars qui ne sont venus d'aucune manière fixer les principes structurant l'action administrative

Ainsi que le mettait en évidence Georges Vedel, la structure du droit administratif est jurisprudentielle : la jurisprudence fournit le droit commun et le droit écrit seulement le droit d'exception.

La raison est ici encore historique. A l'heure des premiers arrêts du Conseil d'Etat, il n'existait aucun code administratif, où à l'instar des grandes codifications napoléoniennes du droit privé le juge aurait pu tirer les règles générales opposables à l'Administration. Faute de droit à appliquer, le juge a dû se résoudre à le créer : ainsi, les principes fondateurs, la plupart des catégories conceptuelles du droit administratif, les techniques de contrôle de l'administration sont-ils l'œuvre patiente et progressive de la jurisprudence du Conseil d'Etat.

La légitimité de cette production normative est incontestable : René Chapus invoque avec raison les dispositions de l'article 4 du Code civil d'après lequel « Le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ».

Aujourd'hui la situation a évolué. Les textes tendent à être plus nombreux. Mais il s'agit souvent de textes spéciaux qui ne visent pas l'Administration en général. Et au demeurant, l'intervention d'un texte à la place de la jurisprudence ne prive pas le Conseil d'Etat de tout pouvoir normatif

- d'abord parce que l'interprétation d'un texte emporte toujours une part de création normative pour le juge à qui il revient de donner le sens de la norme ;
- ensuite parce que le Conseil d'Etat exerce à côté de ses attributions juridictionnelles des fonctions consultatives aujourd'hui rappelées par le Code de justice administrative (Art. L. CJA) et même en partie garantie depuis 1958 par la Constitution qui rappelle que le Conseil d'Etat est obligatoirement consulté sur les projets d'ordonnance et de loi (art 38 et article 39) tandis qu'une loi peut toujours prévoir que ses décrets d'application seront pris après l'avis du Conseil d'Etat.

Le droit administratif tire un certain nombre de caractères de son origine prétorienne

### **1. La jurisprudence a fait la force du droit administratif**

A l'évidence, ce « miracle » que constitue la soumission de l'administration au droit, a profité en France de la puissance institutionnelle du Conseil d'Etat.

D'abord parce que cela a permis une meilleure acceptation de la règle de droit par l'Administration.

- Ce grand corps de l'Etat, placé auprès de l'exécutif a su en effet à partir de la III<sup>e</sup> République, accompagner les progrès du libéralisme politique et, par l'édification progressive des principes de légalité et de responsabilité, imposer à l'administration jacobine de renoncer à ses traditions les plus autoritaires.
- Sa connaissance intime de l'administration lui aura encore permis tout au long du XX<sup>e</sup> siècle de faire progresser la protection individuelle des administrés sans s'exposer à la réaction des bureaux parce pour chaque progrès du droit administratif, pour chaque revirement de jurisprudence, le Conseil d'Etat a su choisir le moment de la réforme et ne pas exiger de l'administration plus qu'on ne pouvait en attendre.
- Enfin, surtout, la jurisprudence, mieux qu'aucun texte écrit, parce que la loi dépend trop du contexte politique de son élaboration, a été un puissant facteur de cohérence du droit administratif.

On peut même soutenir que la jurisprudence administrative a très certainement été une « chance » pour le droit administratif (B.Pacteau)

Ensuite, par ce que cela a permis au Conseil d'Etat de modeler le contenu du droit administratif. Le droit législatif est plus sensible aux soubresauts politiques. La jurisprudence c'est le temps long

- En témoigne la théorie des principes généraux du droit qui a vu le juge administratif inscrire son pouvoir jurisprudentiel dans la tradition des Lumières pour exiger de l'administration en toute circonstance, c'est à dire même lorsque aucun texte ne le prévoit, le respect des préceptes essentiels de la philosophie libérale (la liberté, l'égalité et sécurité juridique)

Depuis l'arrêt Dame Veuve Trompier-Gravier du 5 mai 1944 (GAJA n°61) où le Conseil d'Etat a consacré le principe des droits de la défense, la liste des principes généraux n'a ainsi cessé de s'étendre. Les principes généraux du droit concourent ainsi

- à la protection du principe d'égalité (Conseil d'Etat 9 mars 1951 Société des concerts du conservatoire, GAJA, n°74),
- au respect des libertés essentielles (ainsi de la liberté de conscience, Conseil d'Etat 1948 Dlle Pasteau et du droit à mener une vie familiale normale (Conseil d'Etat, Ass. 8 déc. 1978 Gisti, GAJA n°100),
- à l'affirmation du droit à la protection juridictionnelle des administrés (Conseil d'Etat, 17 février 1950 Dame Lamotte, GAJA n°71),
- à la sauvegarde de la sécurité des relations juridiques (ainsi du principe de la non rétroactivité des actes administratifs consacré par l'arrêt du 25 juin 1948 Société du Journal L'Aurore ou plus récemment de l'obligation pour l'autorité administrative de faire droit à toute époque à une demande d'abrogation d'un règlement illégal consacré par l'arrêt du 3 février 1989 Cie Alitalia)
- voire même à l'organisation et au bon fonctionnement des services publics (ainsi du principe de continuité des services publics consacré par l'arrêt Conseil d'Etat 13 juin 1980 Mme Bonjean ou du



principe de l'exercice de plein droit du pouvoir hiérarchique affirmé par le Conseil d'Etat dans l'arrêt Quéralto du 30 juin 1950).

Mais la fonction jurisprudentielle du CE est aujourd'hui fortement concurrencé :

- par le développement de la jurisprudence du CC qui consacre des principes tirés de la Constitution et dont l'influence sur les procès administratifs a encore été accentuée par l'instauration de la QPC
- par le développement du droit de l'UE et de la CEDH qui introduit en droit interne les principes venus de son propre ordre juridique ?

## 2) *La jurisprudence explique aussi certaines faiblesses du droit administratif*

Si elle a incontestablement favorisé l'essor du droit administratif, la jurisprudence n'en demeure pas moins d'un point de vue technique une source de droit contestable.

- On connaît l'interrogation du Doyen Vedel demandant si le droit administratif peut être indéfiniment jurisprudentiel ?
  - Le propre d'un droit jurisprudentiel est en effet d'être difficilement accessible.
  - A la différence du Code civil, la règle de droit administratif ne se lit nulle part. Elle va résulter du déchiffrement à plusieurs degrés d'une sorte message codé.
    - Il faut d'abord récolter les décisions intéressant une question particulière.
    - Ensuite, la sélection retenue, il faut dégager la portée juridique de ces décisions, ce qui implique d'établir une hiérarchie entre les différentes solutions d'espèce, distinguer celles qui dégagent un principe, une notion.
    - Et cette entreprise n'est jamais aisée en raison des méthodes de jugement du Conseil d'Etat. Trop souvent, la motivation des arrêts est elliptique; voire même absente, le juge administratif s'étant prononcé de façon implicite. Là où il faudrait plusieurs pages à une autre juridiction pour présenter les circonstances de l'espèce, réfuter les arguments des parties, motiver la solution retenue, une demi-page suffit le plus souvent au Conseil d'Etat. La compréhension du droit administratif s'en trouve compliquée.

Cependant à l'initiative du Président Sauvé, le Conseil d'Etat a changé ces méthodes de rédaction des arrêts (voir site du CE).

Droit spécial, le droit administratif reste une affaire de « spécialistes » :

- C'est un droit d'initiés, affirmait Raymond Odent, alors Président de la section du contentieux. Et même pour l'interprète averti le risque d'un contresens ou d'une majoration de la portée des arrêts n'est jamais à exclure André de Laubadère regrettait ainsi justement « l'incommunicabilité » du droit administratif.
  - Il est vrai que le laconisme des arrêts est parfois compensé par la lecture des conclusions du Rapporteur public.
    - Le rapporteur public (que l'on appelait jusqu'en 2009 le commissaire du gouvernement : un nom qu'il tenait de l'histoire et qui ne correspondait pas à sa

fonction) est un magistrat qui expose lors de l'audience publique et en toute indépendance la solution que lui paraît commander l'application du droit à l'espèce. Mais encore faut-il que l'arrêt suive ces conclusions et même dans l'affirmative on ne sait pas toujours si le juge en a repris exactement les motifs.

A cela s'ajoute que comme l'a mis en évidence Jean Rivero la règle jurisprudentielle fait mécaniquement l'objet d'une application rétroactive dès lors que la règle dégagée par le juge est formulé à propos de faits litigieux nécessairement antérieurs à son énonciation (Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle, AJDA 1968, p. 15).

Il y a là une atteinte indéniable à l'exigence de sécurité juridique qui peut conduire à opposer au requérant une règle qui n'existait pas au moment où il a introduit son action.

- Atteinte en pratique atténuée par une posture traditionnelle du juge (partagée d'ailleurs avec les juridictions judiciaires) qui veut que les revirements de jurisprudence soient généralement décidés à l'occasion d'arrêts de rejet.
- Atteinte désormais canalisée en droit par le pouvoir que s'est reconnu le juge administratif (après que la Cour de cassation est ouvert la voie) de moduler (c'est de reporter à une date ultérieure la prise d'effet de la solution rendue) dans le temps les effets de sa jurisprudence (Conseil d'Etat, Ass. 16 juillet 2007 Société Tropic travaux signalisation, )
  - Pouvoir qui sur le fondement de « l'impératif de sécurité juridique » va donc permettre au juge administratif de décider que la solution qu'il vient de dégager au fond (en l'espèce ici la possibilité pour les candidats évincés à la suite d'une procédure d'attribution d'un contrat administratif de saisir le juge du contrat pour obtenir l'annulation du contrat signé) ne s'appliquera qu'aux faits litigieux postérieurs à la date de son arrêt

La portée du pouvoir de modulation ne doit pas être sous-estimé : il touche à « l'essence même de la fonction juridictionnelle » il revient en fait pour le juge à décider de la date d'entrée en vigueur de la règle de droit.

- Il atteste en ce sens, après d'autres évolutions récentes, de la plénitude de la fonction normative du Conseil d'Etat, lequel loin d'être réduit à une simple fonction d'application de la loi accepte désormais l'idée de disposer de pouvoirs normatifs équivalents à ceux du législateur ou de l'administration (note B. Seiller, JCP ed. G, 2007, 10160)
- L'essor de la fonction juridictionnelle du Conseil d'Etat paraît ainsi devoir compenser le déclin de sa fonction jurisprudentielle (Voir en ce sens déjà AJDA 1978 Linotte et Rials et Linotte)

## B. Le droit administratif, élément de légitimation de la juridiction administrative.

Le dualisme (avec ses deux juges et son juge spécial pour l'administration) est depuis longtemps l'objet d'un débat nourri

- Tout au long du XIX<sup>e</sup> siècle, le débat a été essentiellement politique notamment sous la Restauration où de graves menaces ont pesé alors sur le Conseil d'Etat institution d'origine napoléonienne considérée comme partielle et non conforme au régime parlementaire (en particulier avec le modèle Anglais).
  - Supprimer la Justice administrative, deux siècles de débats, Magali Jorat, RFDA 2008, 456
- Aujourd'hui, la controverse a un contenu d'abord technique. Inévitable, la discussion sur le bien fondé de la dualité de juridictions tient davantage de la figure de style (à l'usage des étudiants de licence ou de penseurs en mal d'inspiration) que d'un véritable débat de fond.
  - Pladoyer pour une cause perdue : la fin du dualisme

Car pour l'essentiel, la production normative du CE, le droit administratif atteste de la légitimité historique de la juridiction administrative ainsi qu'a fini par le consacrer la jurisprudence du CC.

### 1. Une légitimité politique contestée

Du côté des **ADVERSAIRES** de la justice administrative, c'est justement cette proximité entre l'administration et son juge qui est contestée.

- Le principe au nom duquel il faudrait appartenir organiquement à l'administration pour pouvoir la juger est récusée avec force.
  - Ce n'est pas tant le statut des membres de la juridiction administrative qui fait problème dans la mesure où l'on admet à peu près unanimement que leur indépendance est au moins égale à celle du juge judiciaire.
  - Non ce qui est dénoncé par les adversaires de la dualité, c'est l'interpénétration des fonctions administratives et juridictionnelles qui font qu'en définitive mêlé à l'administration le juge finit par en partager la culture administrative.
    - Ce qui l'amène à faire prévaloir les valeurs de l'administration (au nom d'une certaine idée de l'intérêt général) sur la protection des intérêts individuels.
    - Cette critique rejoint alors celle du Jacobonisme et de l'Etatisme à la Française : d'un Etat en surplomb de la société
- La contestation la plus radicale du système est d'ordre idéologique : elle a été portée au milieu des années 1980 par la vague néo-libérale. Selon ces auteurs (notamment L. COHEN TANUGI, Pouvoirs 1988, n°46) imprégné de culture anglo-saxonne, la justice administrative serait le vestige d'une conception dépassée de l'administration, placée au dessus des particuliers, soumise à un droit exorbitant et doté de privilèges dont le privilège notamment d'être jugée par cette classe à part de juristes d'Etat que constituent les membres des juridictions administratives et qui aurait permis jusqu'à maintenant au politique d'asseoir sa domination sur le juridique au lieu de s'y soumettre.
  - L'évolution du rôle de l'Etat -moins omniprésent, moins autoritaire- exigerait d'une part la soumission de l'administration au droit commun et d'autre part qu'elle soit jugée selon les formes communes. Et ces auteurs de proposer une réforme de la justice administrative par son intégration au système judiciaire qui se trouverait ainsi réorganisé et enrichi par l'apport des juridictions administratives.
  - Il est ainsi proposée de retirer ses attributions consultatives au juge administratif, de le cantonner dans une fonction purement contentieuse, d'aligner son mode de fonctionnement sur celui des tribunaux judiciaires et de ramener son champ de compétence au contentieux de l'annulation des actes administratifs ( le seul qui présente une réelle spécificité). Vidée de tout ce qui fait sa spécificité, la justice administrative se trouverait supprimée de fait. (Voir aussi D. Truchet, Justices 1996, p.53, mauvaises et bonnes raisons de mettre fin au dualisme juridictionnel).

### 2. La légitimité historique affirmée.

Elle tient d'abord à la construction même du droit administratif

Comment en effet ne pas observer que ce « miracle » que constitue la soumission de l'administration au droit a profité en France de la puissance institutionnelle du Conseil d'Etat

- Ce grand corps de l'Etat, placé auprès de l'exécutif a su en effet à partir de la III<sup>e</sup> République, accompagner les progrès du libéralisme politique et, par l'édification progressive des principes de

légalité et de responsabilité, imposer à l'administration jacobine de renoncer à ses traditions les plus autoritaires.

■ Sa connaissance intime de l'administration lui aura encore permis tout au long du XXe siècle de faire progresser la protection individuelle des administrés sans s'exposer à la réaction des bureaux parce pour chaque progrès du droit administratif, pour chaque revirement de jurisprudence, le Conseil d'Etat a su choisir le moment de la réforme et ne pas exiger de l'administration plus qu'on ne pouvait en attendre. Enfin, surtout, la jurisprudence, mieux qu'aucun texte écrit, parce que la loi dépend trop du contexte politique de son élaboration, a été un puissant facteur de cohérence du droit administratif

L'existence de la juridiction administrative a été jadis pour les penseurs libéraux un objet de combat. La controverse a progressivement changé de nature. Du terrain politique, elle a glissé sur des aspects plus techniques, plus juridiques. Si la juridiction administrative reste ainsi aujourd'hui un sujet de débat, c'est parce que les arguments théorique en faveur ou à l'encontre de la dualité de juridictions n'ont -il est vrai- jamais manqué.

En faveur de la justice administrative, on peut avancer deux arguments

- D'abord le particularisme du droit administratif qui appellerait un juge spécialisé. Il apparaît en effet difficile d'exiger d'un juge unique qu'il ait une connaissance approfondie des questions de droit qui naissent à la fois des relations entre particuliers et des relations entre l'administration et les particuliers.

On remarquera que cette argument est spécieux: d'une part parce qu'il pourrait exister des chambres administratives spécialisées au sein de l'ordre judiciaire; d'autre parce que c'est historiquement l'existence d'une juridiction administrative qui a entraîné la formulation d'un droit dérogatoire.

- Plus sérieux est le second argument: il est tiré de la connaissance intime qu'a le juge administratif de l'administration. Connaissance qui résulte d'abord de la formation commune (notamment au sein de l'ENA) des fonctionnaires qui siègent au sein des juridictions administratives et de ceux qui servent dans l'administration active mais aussi des attributions consultatives que le juge exerce parallèlement à ses attributions contentieuses et des multiples activités que les membres de la juridiction administrative sont eux-mêmes amenés à exercer dans l'administration.

Il est ainsi affirmé que l'existence d'une juridiction proche de l'administration est seule en mesure d'aboutir un contrôle juridictionnel pleinement établi: parce que le juge conscient et informé des impératifs de l'action administration sait ce qu'il peut exiger de l'administration c'est à dire sait jusqu'où il peut étendre son contrôle sans provoquer des résistances de la part de l'administration; tandis que l'administration de son côté accepterait plus facilement de s'expliquer devant un juge qu'elle sait proche de ses préoccupations comme elle en accepte plus facilement les contraintes.

Et la doctrine dominante de comparer à l'appui de ses dires le contrôle de l'administration en France et en Angleterre. Alors que les juges anglais font traditionnellement preuve de la plus grande prudence à l'égard de l'administration comme l'atteste l'acceptation tardive du principe de responsabilité de l'Etat (en 1947 contre 1905 en France) ou encore le contrôle hésitant du pouvoir réglementaire, le Conseil d'Etat a su édifier très

tôt un contrôle juridictionnel efficient qu'il n'a eu de cesse depuis d'élargir et d'approfondir.

Ensuite parce qu'il serait singulier que la France se départisse d'un système qu'elle utilise depuis deux siècles à l'heure où partout dans le monde les systèmes juridictionnels connaissent un minimum de dualité y compris les pays anglo-saxons.

- En Grande-Bretagne même, se développent depuis 1957 (travaux de la commission Franck) des organismes quasi juridictionnels issus de l'administration active « administratives tribunals » compétents pour connaître de certains litiges administratifs. Deux lois de 1958 et 1971 (Tribunal and inquiries act) sans toutefois ériger un statut général et uniforme les soumettent à un minimum de règles communes et les place sous le contrôle d'un organe indépendant « le Concil on tribunals ».
- Voir également le développement du judicial review au Royaume uni.
- On citera aussi le cas de la Belgique qui après avoir pour l'unicité de juridiction en 1830 lors de son indépendance est revenue à la dualité en 1946 en rétablissant le Conseil d'Etat. Ce rapprochement des systèmes juridiques n'empêchent que la répartition des compétences entre les deux ordres de juridictions obéissent à des règles très différentes qu'en France : ainsi en Italie ou au Benelux où le contentieux des contrats et de la responsabilité est confié au juge judiciaire.

Enfin et c'est l'argument le plus fort le débat sur les mérites comparés de l'unicité ou de la dualité de juridictions est académique parce qu'il est vain de vouloir justifier le choix pour l'un ou l'autre système d'un point de vue technique ou même politique.

- Le choix entre l'unité et la dualité de juridictions résulte davantage de l'histoire que de la logique juridique. L'exemple de la France et du Royaume-Uni le démontre aisément :
  - En France, c'est la méfiance à l'égard des parlements judiciaires de l'Ancien régime qui s'étaient opposés au pouvoir royal dans son entreprise de réformes qui à l'origine du principe de séparation
  - A l'inverse La suppression des juridictions spécialisées après la Révolution anglaise de 1688 passe pour un élément de « civilisation » du pouvoir politique et de lutte contre l'autoritarisme gouvernemental.
  - Le facteur historique se retrouve d'ailleurs à propos des autres systèmes juridiques nationaux qui ont opté pour l'unicité ou la dualité soit par effet de mimétisme, soit sous l'effet de la colonisation.

Au demeurant la tradition du contentieux administratif est encore plus ancienne que l'on ne le dit généralement. Elle fait corps avec la conception historique de l'Etat en France. L'autonomie du contentieux administratif était consacré par l'édit de Saint-Germain de 1641 donc sous le règne de Louis XIII et à l'instigation de Richelieu En fait, ici encore; la Révolution ne fait que systématiser et pérenniser les institutions administratives de l'Ancien Régime. A l'identique, le Conseil d'Etat et le préfet napoléonien reprennent la tradition du Conseil du Roi et des intendants.

### 3) Une légitimité constitutionnellement consacrée

Deux importantes décisions du Conseil Constitutionnel ont consacré l'existence constitutionnelle de la justice administrative en même temps qu'elles ont confirmé le caractère juridictionnel de ces organes.

- Cette jurisprudence du Conseil constitutionnel est importante
  - car jusqu'alors la juridiction administrative n'avait de statut constitutionnel dans la mesure où si la Constitution fait bien référence au CE s'est toujours à propos de ses attributions consultatives.
  - Importante aussi parce que cette constitutionnalisation met un obstacle juridique aux éventuelles tentatives de représailles du Pouvoir politique à l'égard d'un juge administratif trop peu docile à

son goût. On se souviendra ainsi de l'affaire Canal où le CE s'était exposé aux menaces sans suite du pouvoir exécutif.

La première de ces deux décisions est celle du 22 juillet 1980 par laquelle le CC décide

« Qu'il résulte des dispositions de l'article 64 de la Constitution et des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République en ce qui concerne, depuis la loi du 24 mai 1872, la juridiction administrative, que l'indépendance des juridictions est garantie ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur ni le gouvernement »

- Dans cette affaire, il s'agissait d'une loi de validation législative par laquelle le Parlement validait de manière rétroactive des dispositions réglementaires précédemment annulées par le CE. Sans être courante, cette pratique des validations législatives est tout de même régulière. L'indépendance des juridictions sert ainsi en l'espèce de fondement au contrôle des lois de validation par le Conseil constitutionnel.

La décision du 22 juillet 1980 ne concerne donc qu'indirectement la justice administrative. Il n'en reste pas moins que le raisonnement du Conseil constitutionnel conduit à faire bénéficier le juge administratif d'une promotion tout à fait remarquable :

■ non seulement le CC ne nie pas le caractère juridictionnel de la justice administrative qu'il place d'ailleurs sur un pied d'égalité avec les tribunaux judiciaires,

■ mais de surcroît il fait de la garantie de son indépendance une exigence de nature constitutionnelle.

■ Tout en affirmant l'indépendance des juridictions tant administrative que judiciaire, la décision du 22 juillet 1980 faisait allusion au caractère spécifique de leurs fonctions. Il y avait là en germe la consécration de la spécificité et donc de l'existence de la JA.

La spécificité de la juridiction administrative a été expressément consacrée par la décision du CC du 23 janvier 1987 relative à la loi transférant au JJ le contentieux des décisions du Conseil de la Concurrence.

- Il était soutenu devant le CC que ce transfert de compétence au profit du JJ était contraire au principe de la séparation énoncé à l'article 16 DDHC ainsi qu'aux dispositions de la loi des 16-24 août 1790.

Le CC répond à cette argumentation en énonçant

- d'abord que les dispositions de la loi des 16-24 août 1790 et du décret du 16 fructidor an III qui ont posé dans leur généralité le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires dans sa généralité n'ont pas valeur constitutionnelles.
- Mais le CC poursuit qu'il en reste pas moins que conformément à la théorie française de la séparation des pouvoirs le principe de séparation des AA/AJ a servi de point d'ancrage à un PFRLR qui fonde à la fois l'existence et la compétence de la juridiction administrative.

Un principe selon lequel : « à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales ou les organismes placés sous leur contrôle ».

L'apport de la décision du 23 janvier 1987 est double :

- Le Conseil constitutionnel interdit au législateur de porter atteinte à la dualité de juridictions. C'est l'existence de la juridiction administrative en tant qu'institution distincte et séparée de la justice judiciaire qui se constitutionnalise.
- En même temps, le Conseil constitutionnel reconnaît au juge administratif un domaine de compétences propres : un noyau dur qui ne saurait en principe être limité au profit du juge judiciaire.
- Mais à ce dernier point de vue, la décision du 23 janvier 1987 est à double tranchant. Car elle retient une conception de la compétence de la JA moins large que celle découlant actuellement du principe de séparation.

### Section 3. Droit administratif et dualité de juridictions

La dualité de juridictions pose de très nombreuses difficultés pratiques.

#### §.1. La nécessité d'un organe régulateur : le Tribunal des conflits

Les conflits de compétence ne concernent pas en principe le fond de l'affaire mais seulement la question de savoir quel est l'ordre de juridiction compétent pour trancher le litige.

Le règlement de cette question en cas de difficulté revient au Tribunal des conflits

#### A. La composition du Tribunal des conflits

- Le Tribunal des conflits est un organe ad hoc, mixte et paritaire.
  - Ad hoc, car il n'a pas de permanence mais se réunit chaque fois qu'il est besoin (il n'a pas ainsi sa propre logistique mais siège au Palais Royal où il bénéficie des services administratifs du Conseil d'Etat)
  - Mixte car il est composé à la fois de membres de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat
  - Paritaire dans la mesure où ses membres proviennent à part égale du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation
- La Présidence du Tribunal des conflits est assurée par le Ministre de la justice. Mais ce dernier ne siège en pratique que de manière tout à fait exceptionnelle pour départager les membres du tribunal des conflits. Le Tribunal des conflits est dans les faits présidé par une vice-présidence tournante.

Les cas de départage sont rares (une dizaine depuis 1972) mais ils peuvent concerner des affaires importantes. Ainsi l'arrêt Blanco a été rendu sur départage du Ministre de la Justice.

- Ce rôle est régulièrement contesté.
- Ainsi en 1997 un conseiller à la cour de cassation a démissionné du Tribunal des conflits pour protester contre l'intervention du Ministre de la justice intéressant le contentieux des étrangers et donnant compétence au juge administratif

- Expliquant que cette affaire où étaient en cause la théorie de la voie de fait et les droits aux étrangers face aux mesures gouvernementales de lutte contre l'immigration clandestine, il était anormal que le Ministre puisse intervenir pour choisir le juge compétent en fonction ici de l'étendue des garanties offertes contre l'administration (Tribunal des conflits 12 mai 1997 Préfet de Police c/ TGI de Paris

■ Reste alors à trouver un autre mécanisme permettant le départage

## B Les cas d'interventions du TC

Les cas d'interventions du Tribunal des conflits sont au nombre de quatre

Le conflit positif (10 à 30 par an)

- Il permet à l'administration de combattre les débordements de compétence judiciaire
  - Soit parce qu'un tribunal aurait des prétentions connaître d'une affaire qui paraît relever du JJ au titre du principe de séparation.
  - Soit parce que la délimitation repose sur des critères trop complexes et donne lieu à hésitation
- C'est au préfet qui revient d'élever le conflit
  - Il adresse d'abord pour se faire un déclinatoire de compétence au tribunal judiciaire (il faut pour cela que le jugement ne soit pas devenu définitif)
  - En cas de rejet de ce déclinatoire, le préfet prend alors un arrêté de conflit qui porte l'affaire devant le TC

Le conflit négatif (autour de 10 par an)

- Le Tribunal des conflits intervient ici pour désigner l'ordre juridictionnel compétent alors que des juridictions des deux ordres de juridiction se sont déclarées incompétentes à propos d'une même affaire.
  - Le Tribunal des conflits intervient soit sur renvoi de l'affaire par le tribunal de l'ordre juridictionnel saisi en second et qui ne s'estime pas a priori compétent
  - Soit sur le recours du justiciable qui s'est heurté à un double refus (hypothèse devenue exceptionnelle)

Les contrariétés de jugement au fond conduisant à un déni de justice

- Cette procédure différente dans son esprit des purs conflits puisque le Tribunal des conflits va juger au fond de l'affaire concerne le cas où les deux ordres de juridictions se sont déclarés compétentes mais rendent des solutions contradictoires qui expose le justiciable à un véritable déni de justice
- Cette procédure a été instituée par la loi du 20 avril 1932 à la suite de l'affaire Rosay.
  - Une collision entre un véhicule privé et un véhicule administratif avait fait un blessé, M. Rosay passager du véhicule privé. M. Rosay commença d'abord à être débouté par le juge civil de son action contre son transporteur au motif que le véhicule de l'administration était le seul responsable; agissant alors contre l'Etat, le plaigant se vit répondre cette fois par le Conseil d'Etat que la voiture privée avait seule les torts.
  - Chaque tribunal avait alors statué au fond, sans donc nier sa compétence; il n'y avait pas conflit négatif et pourtant le déni de justice était patent : chaque ordre reconnaissait le droit à réparation de la victime mais refusait de l'engager sur son terrain propre.
  - L'affaire fit scandale, le Parlement s'en empara, pour d'ailleurs appliquer la loi nouvelle (du 30 avril 1932) immédiatement à l'affaire Rosay donc en l'espèce de manière rétroactive : il fut décidé que le justiciable pourra saisir directement le Tribunal des Conflits afin qu'il tranche directement l'affaire au fond.



■ Rejugant l'affaire, le Tribunal des conflits attribua l'accident aux deux véhicules, l'Etat et le propriétaire du véhicule particulier furent condamnés pour moitié à réparer le dommage. Tribunal des conflits 8 mai 1933 Rosay.

- Les saisines du Tribunal des conflits sur ce fondement restent exceptionnelles et généralement mal fondées faute que les conditions du déni de justice soient vérifiées

Le dernier titre de compétence du Tribunal des conflits est un mécanisme préventif qui permet à la Cour de cassation ou au Conseil d'Etat de le saisir quand il apparaît qu'une question de compétence soulève une difficulté sérieuse.

Plus fréquemment, la dualité de juridictions donne lieu à des jurisprudences cacophoniques voire même contradictoires (P-A Lecoq, les grands arrêts contradictoires, 1997) au sens où les décisions rendues sur les mêmes faits aboutissent à des solutions contraire (Affaire du marché des capucins : exécution par l'administration sous le contrôle du juge administratif d'un décret apprécié comme illégal par le juge pénal / affaire du CPE : contrariété de jugement entre le Conseil d'Etat et la Cour de cass quant à la compatibilité de l'ordonnance sur le CPE par rapport au droit international)

Ce type de difficulté peut parfois nourrir des propositions de loi (cf l'amendement déposé par le député Warsman à l'occasion de l'examen par le Parlement du projet de loi constitutionnelle portant modernisation des institutions en 2008) qui remettent en cause la légitimité du dualisme juridictionnel.

## §.2. *La complexité de la répartition de compétences*

Le partage entre les deux ordres obéit à des règles complexes et exige d'instituer un organe départiteur

Si le Décret du 16 fructidor an III interdit aux tribunaux judiciaires de connaître des « actes d'administration »,

- Article unique : « Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration de quelque espèce qu'ils soient aux peines de droit »

L'application de ce texte n'a jamais conduit à ce que tous les litiges nés de l'action administrative relèvent de la juridiction administrative.

- Ainsi dès la Révolution, la compétence judiciaire a été admise pour certaines matières administratives par le législateur (actes d'Etat-civil, impôts indirects, expropriation)

Si dans certains systèmes juridiques, comme en Italie par exemple, le législateur est intervenu pour inscrire dans la loi une clause générale de répartition des compétences. Il n'existe rien de tel en droit français.

Les règles de répartition sont pour une large part déterminées par les juridictions elles mêmes notamment par le Tribunal des conflits au gré des contentieux portés devant elles

- Or ces règles manquent de précision
  - D'abord parce qu'il n'existe aucune notion ou concept qui permet de déterminer de manière générale la part de l'activité administrative relevant de la compétence des juridictions administration

■ L'on sait ainsi que ni le critère organique (activité des personnes publiques) pas plus que le critère matériel (activité d'intérêt général) n'implique la compétence de la juridiction administrative (il existe ainsi des contrats de droit privé, un domaine privé / et des services public à gestion privée : SPIC).

- Ensuite, ces règles sont évolutives et changeantes. Elles dépendent de la conception de rôle de l'Etat et des collectivités publiques dans la société, de la définition de leur périmètre d'activités, de la diversification des procédés d'intervention.

Il n'est pas rare que le législateur adopte les lois de compétences

- Par exemple, la célèbre loi de pluviôse an VIII sur les dommages de travaux publics y compris causés par les entreprises prestataires
- En outre, lorsque le législateur intervient, c'est généralement pour déroger aux règles jurisprudentielles et transférer le contentieux de l'administration au JJ
- Voir toutefois la loi MURCEF du 11 décembre 2001

Le partage de compétence résulte ainsi de multiples variables que la doctrine peine à systématiser.

De manière très impressionniste, on peut dire que le juge administratif s'est vu reconnaître une compétence de principe à l'égard des actes et activités qui appellent la mise en œuvre du droit administratif. Mais cette compétence de principe connaît des exceptions et des aménagements.

Délimiter les compétences respectives du JA et JJ n'est pas chose aisée.

- D'abord faut-il encore définir ce que l'on entend par application du droit administratif
- Ensuite il existe de nombreux cas où par dérogation au principe de séparation le juge judiciaire est compétent pour juger de litiges intéressant des « actes d'administration ».
- Enfin il faut réserver le cas où le juge judiciaire doit pour trancher un litige de droit privé se prononcer sur une question de droit administratif car le droit français refuse traditionnellement la plénitude de juridiction au profit du juge de l'action qui n'est pas nécessairement le juge de l'exception dès qu'il s'agit de se prononcer sur un acte administratif

## ***Plan du Cours***

### Cours de droit administratif

#### Plan de l'introduction

Chapitre 1.. Le droit administratif et ses rapports avec la conception de l'Etat en France.

##### Section 1 Le droit administratif, droit de l'Etat jacobin

§1. La centralisation administrative et l'idée de supériorité juridique de l'Etat.

§.2. Le droit administratif, instrument du pouvoir d'Etat

##### Section 2. Le droit administratif, droit de l'Etat républicain

§.1 Le droit administratif, instrument d'affirmation du principe de légalité

§.2. Le droit administratif, limite au pouvoir d'Etat.

##### Section 3. Les mutations contemporaines du droit administratif, droit d'un Etat désacralisé

#### Chapitre 2. La place du droit administratif au sein de l'ordre juridique

Section 1. Droit administratif et droit civil : l'autonomie du droit administratif en question.

##### §.1. L'autonomie du droit administratif établie

A. Le constat de l'autonomie du droit administratif

B. Les théories explicatives du droit administratif

##### §.2. Le particularisme du droit administratif relativisé

A. Des emprunts ponctuels au droit privé

B. Interrogations sur la définition même du droit : droit administratif ou droit de l'administration

## Section 2. Droit administratif et construction d'un espace juridique commun

### §.1 Droit administratif et Constitution

- A. La prévalence historique du droit administratif sur le droit constitutionnel
- B. La constitutionnalisation du droit administratif

### §.2 Droit administratif et globalisation

- A. Influence du « droit administratif » international et européen sur le contenu du droit administratif
- B. Le Droit administratif global

### §.3. Droit administratif et nouvelles sources à vocation transversales législatives

## Chapitre 3 Droit administratif et organisation juridictionnelle

### Section 1 Droit administratif et juridiction administrative

#### §.1. Le juge administratif, un juge spécial né de l'administration

- A. Les paradoxes du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires  
Les paradoxes sont au nombre de 2 :

1. Le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires découle du principe de séparation des pouvoirs dont il constitue une sorte de déformation.
2. Sa mise en œuvre débouche sur la création d'un nouvel ordre juridictionnel
  - 1) Le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, une extrapolation contestable du
  - 2) L'évolution vers la juridiction administrative
- B. L'organisation singulière de la juridiction administrative
  1. Le statut des juges administratifs.
  - 2) La dualité fonctionnelle des juridictions administratives.

#### §.2. Le droit administratif, un droit forgé par le juge administratif

- A. Le droit administratif, œuvre jurisprudentielle du Conseil d'Etat
  1. La jurisprudence a fait la force du droit administratif
  - 2) La jurisprudence explique aussi certaines faiblesses du droit administratif
- B. Le droit administratif, élément de légitimation de la juridiction administrative.
  1. Une légitimité politique contestée
  2. La légitimité historique affirmée.
  - 3) Une légitimité constitutionnellement consacrée

### Section 3. Droit administratif et dualité de juridiction

#### §.1. La nécessité d'un organe régulateur : le tribunal des conflits

- A. La composition du Tribunal des conflits
- B. Les cas d'interventions du TC

#### §.2. La complexité de la répartition de compétences

### Plan du Cours

#### Partie 1. L'action administrative

#### Partie 2. Le contrôle de l'action administrative