

DROIT

BERTRAND
SEILLER

Droit administratif

1. Les sources
et le juge

9^e édition

Champs université

Bertrand Seiller

Droit administratif

1. Les sources et le juge

9^e édition

Champs université

Dans la même collection

Clémence Barry et Pierre-Xavier Boyer, *Contentieux administratif*.

Éric Canal-Forgues et Patrick Rambaud, *Droit international public*, 3^e édition.

Michel Clapié, *Manuel d'institutions européennes*, 3^e édition.

Jean-Pierre Clavier et François-Xavier Lucas, *Droit commercial*.

Emmanuel Dreyer, *Droit pénal général*.

Christophe de la Mardière, *Droit fiscal général*, 2^e édition.

Rafael Encinas de Muñagorri, *Introduction générale au droit*, 5^e édition.

Frédéric Rouvillois, *Droit constitutionnel 1. Fondements et pratiques*, 7^e édition.

Frédéric Rouvillois, *Droit constitutionnel 2. La V^e République*, 7^e édition.

Frédéric Rouvillois, *Libertés fondamentales*, 3^e édition.

Bertrand Seiller, *Droit administratif 2. L'action administrative*, 8^e édition.

Sylvain Soleil, *Introduction historique aux institutions*, 3^e édition.

Jean-Louis Thireau, *Introduction historique au droit*, 3^e édition.

Cet ouvrage est publié sous la direction de Frédéric Rouvillois.

© Flammarion, 2001 ; 2023 pour la présente édition.

ISBN : 978-2-0804-3137-0

À Jean

LISTE DES ABRÉVIATIONS

<i>AJD</i>	<i>Actualité juridique – Droit administratif.</i>
<i>AJFP</i>	<i>Actualité juridique – Fonction publique.</i>
Al.	alinéa.
Art.	article.
Ass.	assemblée du contentieux.
<i>BJCP</i>	<i>Bulletin juridique des contrats publics.</i>
<i>Bull. civ.</i>	<i>Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles.</i>
<i>Bull. crim.</i>	<i>Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre criminelle.</i>
CAA	cour administrative d'appel.
Cass.civ.	arrêt de la Cour de cassation, chambre civile.
Cass.com.	arrêt de la Cour de cassation, chambre commerciale.
Cass.crim.	arrêt de la Cour de cassation, chambre criminelle.
Cass. soc.	arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale.
CC	Conseil constitutionnel.
CE	Conseil d'État.
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme.
CGCT	Code général des collectivités territoriales.
Chr.	chronique.
CJA	Code de justice administrative.
CJCE	Cour de justice des communautés européennes.
<i>CJEG</i>	<i>Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz.</i>
Concl.	conclusions.

CRPA	Code des relations entre le public et l'administration.
D.	<i>Recueil Dalloz.</i>
DA	<i>Droit administratif.</i>
EDCE	<i>Études et documents du Conseil d'État.</i>
Fasc.	fascicule.
GAJA	<i>Les Grands Arrêts de la jurisprudence administrative</i> (23 ^e édition).
Gaz. Pal.	<i>Gazette du Palais.</i>
IR	informations rapides.
J	jurisprudence.
JCP	<i>Semaine juridique</i> (ou <i>Jurisclasseur périodique</i>).
JCPA	<i>Semaine juridique Administrations et collectivités territoriales.</i>
JO	<i>Journal officiel de la République française.</i>
Jurisl.	<i>Jurisclasseur administratif.</i>
Adm.	
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence.
LPA	<i>Les Petites Affiches.</i>
Obs.	observations.
p.	page (indiquée directement : après une décision d'une juridiction administrative ou du Tribunal des conflits, elle renvoie au Recueil Lebon de l'année considérée ; après une décision du Conseil constitutionnel ou de la Cour de justice des communautés européennes, elle renvoie aux recueils de leurs décisions).
PUF	Presses universitaires de France.
RA	<i>Revue administrative.</i>
Rap.	rapport.
RDP	<i>Revue du droit public et de la science politique.</i>
Rép. D. Cont.	<i>Répertoire Dalloz de contentieux administratif.</i>
Adm.	
RFDA	<i>Revue française de droit administratif.</i>
RFDC	<i>Revue française de droit constitutionnel.</i>

<i>RFSP</i>	<i>Revue française de sciences politiques.</i>
<i>RISA</i>	<i>Revue internationale des sciences administratives.</i>
<i>RJEP</i>	<i>Revue juridique de l'économie publique (ex CJEG).</i>
<i>RPDA</i>	<i>Revue pratique de droit administratif.</i>
<i>RTDE</i>	<i>Revue trimestrielle de droit européen.</i>
<i>S.</i>	<i>Recueil Sirey.</i>
SC	sommaires commentés.
Sect.	section.
TA	tribunal administratif.
TC	Tribunal des conflits.

INTRODUCTION

Le droit administratif est l'une des principales branches du droit public. Dans le cadre des études universitaires, son apprentissage intervient après celui du droit constitutionnel, autre branche du droit public qui s'intéresse aux fondements et à la structure de l'État ainsi qu'à la distinction des différents pouvoirs qui le composent (législatif, exécutif, juridictionnel).

Le droit administratif a un champ apparemment plus limité puisqu'il examine « seulement », au sein du pouvoir exécutif, ce qui traite de l'administration. Rentre ainsi principalement, dans la sphère du droit administratif, l'étude de l'organisation administrative de la France, des activités des organes administratifs, des moyens juridiques, humains et matériels dont ils disposent ainsi que du contrôle juridictionnel auquel ils sont soumis.

Le cours de droit administratif général enseigné en deuxième année de Licence exclut traditionnellement les développements relatifs aux moyens humains (droit de la fonction publique), aux moyens matériels (droit administratif des biens), présentés en troisième année. Bien qu'un cours de contentieux administratif soit également offert en troisième année, il est indispensable d'en décrire les grandes lignes dès la deuxième année en raison de l'origine essentiellement jurisprudentielle de ce droit (voir *infra*, p. 30-31). En revanche, l'usage s'étant établi de séparer l'enseignement des institutions administratives, cet ouvrage n'inclut aucun exposé systématique de ces institutions et n'en traite qu'autant

qu'il est nécessaire pour la présentation des mécanismes du droit administratif général.

Quelle qu'en soit la spécificité, chaque branche de ce droit met en lumière les relations qu'entretiennent l'administration et les individus. Ce droit a, dès lors, la difficile fonction de concilier les pouvoirs puissants accordés à l'administration pour l'accomplissement de ses missions avec le respect des droits et libertés reconnus aux particuliers. Il est parfois présenté comme un droit du déséquilibre ou inégalitaire. L'administration jouit, en effet, de nombreux privilèges, au premier rang desquels figure celui de bénéficier d'un droit particulier. C'est oublier que, parmi les règles qui composent ce droit, celles octroyant des prérogatives exorbitantes du droit commun sont assorties de strictes limites et que les autres constituent des sujétions tout aussi exorbitantes (voir *Exorbitance*, p. 307). Le droit administratif s'efforce, en réalité, de rééquilibrer les rapports structurellement inégalitaires entre l'administration et les administrés.

Avant d'étayer cette affirmation tout au long de cet ouvrage, il convient de tenter de mieux comprendre ce qu'est ce droit. Le droit administratif est un droit de l'administration ; plus précisément, c'est le droit propre à l'administration.

Section I

LE DROIT ADMINISTRATIF, UN DROIT DE L'ADMINISTRATION

Pour comprendre ce que recouvre la soumission de l'administration au droit, il convient préalablement d'identifier l'administration.

Sous-section 1

IDENTIFICATION DE L'ADMINISTRATION

Le mot *administration* est d'usage très courant, car il n'est pas réservé à la science juridique. Loin d'en faciliter la compréhension, ce caractère est source de polysémie, donc d'incertitudes. Force est de constater que le terme peut désigner alternativement un organe ou une activité.

Si l'on entend par organe « l'institution chargée de faire fonctionner une catégorie de services ¹ », l'Administration – au sens *organique*, le mot comporte souvent une majuscule – est composée de l'ensemble des institutions publiques chargées de faire fonctionner des services d'intérêt public. Une telle définition est insuffisamment précise, puisque les institutions en cause peuvent indifféremment dépendre des pouvoirs législatif, juridictionnel et exécutif. Un premier affinement résulte de l'article 20 de la Constitution du 4 octobre 1958, aux termes duquel « le Gouvernement détermine et conduit la politique de la Nation. Il dispose de l'administration et de la force armée ». Cette disposition semble réserver la qualité d'administration aux institutions dépendant du pouvoir exécutif. Par extension, l'expression inclut toutefois également les institutions administratives locales.

L'exclusion du Parlement de la notion se justifie aisément. Certes, cet organe vote des lois ayant trait à l'administration ainsi que les lois de finances qui décident des moyens attribués à celle-ci ; il contrôle également le gouvernement – notamment sa façon de gérer administrativement le pays. Cependant, en exerçant ses pouvoirs législatif, financier et politique, le Parlement n'intervient qu'indirectement dans l'administration. Il n'est alors pas lui-même un organe administratif.

1. H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, 1936, V° « Organe ».

Le constat est identique pour les organes juridictionnels. Les juges, qu'ils soient judiciaires ou administratifs, interviennent pour trancher des litiges pouvant impliquer l'administration. Ils ne participent pas pour autant de celle-ci, contrairement à ce que la maxime « juger l'administration, c'est encore administrer » pouvait faire croire au XIX^e siècle.

L'Administration, au sens *organique*, ne vise donc que l'ensemble des institutions qui composent le pouvoir exécutif mais inclut chacune de ces institutions, quelle que soit son activité. Il est également indifférent qu'elles soient dotées de la personnalité morale.

Plus précise, cette définition demeure néanmoins approximative. Le recours au second sens du mot, le sens *matériel*, autorise un nouvel affinement.

L'examen des activités des différents pouvoirs constitutionnels confirme, en premier lieu, l'exclusion de la notion d'administration des pouvoirs législatif et judiciaire. Le fait de légiférer, qui consiste à élaborer et à édicter les règles générales régissant l'ensemble des activités publiques ou privées, diffère profondément de la mission de faire fonctionner les services d'intérêt public. De la même façon, le pouvoir de juger, c'est-à-dire d'appliquer la règle de droit à des litiges et d'en énoncer les conséquences, se distingue de la mission d'administrer, qui, également soumise au droit, y est soumise comme à un cadre et non comme à un but.

Le sens matériel de ce mot autorise, en second lieu, à distinguer entre les institutions dépendant du seul pouvoir exécutif. Matériellement, les activités gouvernementales sont multiples et ne semblent pas toutes se rattacher à des tâches d'administration. Même si cette opposition est excessive, il est classique de distinguer entre gouverner, qui consiste à décider des grands choix politiques, et administrer, qui se traduit par l'application concrète de ces choix et ce, jusque dans leurs plus infimes conséquences. Il est plus exact de constater que l'exercice du gouvernement se décompose

schématiquement en trois fonctions : d'abord, participer au bon déroulement des rapports constitutionnels entre les pouvoirs publics – par exemple, déposer un projet de loi devant une chambre du Parlement –, ensuite, conduire les relations diplomatiques, enfin, assurer l'exécution des autres tâches d'intérêt public incombant à l'exécutif. Les deux premières composantes ne relèvent pas de l'administration, au sens matériel. Elles sont régies par d'autres règles du droit public, respectivement le droit constitutionnel et le droit international public.

Il reste alors à appréhender ce qui fait la spécificité de l'activité administrative en la comparant à celle des personnes privées. Ces dernières poursuivent le plus souvent la satisfaction d'intérêts particuliers qui peuvent être d'ordre financier, moral ou intellectuel. Cette finalité n'exclut pas un bénéfice pour la collectivité. Ainsi, le boulanger installé dans une petite commune rurale, s'il cherche avant tout à vivre de son activité, contribue indirectement, subsidiairement, à la vie de son village.

Il en va autrement de l'activité administrative. L'administration, au sens matériel, exclut la recherche prioritaire du profit personnel : c'est une activité désintéressée, qui tend d'abord à la satisfaction de l'intérêt général. Ce dernier est, selon le Conseil d'État, « l'unique justification de l'action publique. Seule, en effet, la poursuite d'un but d'intérêt général peut rendre acceptable le monopole étatique de la contrainte légitime¹ ». Fondamentale, cette notion d'intérêt général échappe pourtant à toute définition positive ; elle relèverait, selon certains, davantage de l'idéologie que de la science juridique. L'intérêt général ne semble pouvoir se comprendre que relativement : plus que la simple

1. Conseil d'État, *Rapport public 1999*, La Documentation française, 1999, p. 272.

somme des intérêts particuliers, il les transcende pour promouvoir l'unité de la société.

L'administration, au sens matériel, désigne ainsi l'activité, exercée par n'importe quel organe, recherchant prioritairement la satisfaction de l'intérêt général.

L'examen des sens organique et matériel du mot administration révèle donc l'existence de quatre hypothèses théoriques.

Une Administration (sens organique) peut exercer une activité d'administration (sens matériel). Il en va ainsi, notamment, lorsqu'un préfet délivre un permis de conduire.

Une Administration peut également avoir une activité extra-administrative. C'est le cas lorsqu'un maire assure l'entretien d'une forêt communale : l'intérêt patrimonial de la commune est alors prioritairement protégé.

Une personne n'appartenant pas à l'Administration peut remplir une mission relevant de l'administration au sens matériel. Ainsi de l'entreprise privée assurant un service de transport urbain de personnes.

Enfin, une personne échappant à l'Administration peut exercer une activité ne participant pas de l'administration. Tel est le cas de n'importe quelle entreprise recherchant son seul profit personnel.

Si le droit administratif est un droit de l'administration, *lato sensu*, il ne saurait régir la dernière hypothèse : ni l'Administration au sens organique ni l'administration au sens matériel n'y sont en cause.

Quel que soit, cependant, le champ d'application du droit administratif, les hypothèses précédentes conduisent à s'interroger sur la soumission de l'administration au droit.

Sous-section 2

LA SOUMISSION DE L'ADMINISTRATION
AU DROIT

« L'existence même d'un droit administratif relève en quelque sorte du miracle ¹. » Il n'est, en effet, pas évident que l'État accepte spontanément de se considérer comme tenu au respect du droit. La logique de la souveraineté devrait plutôt l'inciter à se croire libre de toute contrainte juridique, capable de décider discrétionnairement. C'est déjà l'encadrer que de lui assigner pour mission, comme nous l'avons fait précédemment, de promouvoir l'intérêt général et non son intérêt particulier. Il est encore moins naturel que l'État, consentant à se conformer au droit, accepte de se soumettre au contrôle de juridictions. « L'État peut, en théorie du moins, mettre fin, quand il le désire, à l'autolimitation qu'il a consentie ². »

Ces rapports de l'État, envisagé ici sous les traits de l'administration, et du droit appellent quelques développements.

Il est manifeste que l'administration, comme toute institution, doit, dans son propre intérêt, s'organiser, répartir en son sein les fonctions, s'imposer à elle-même le processus des décisions. Cela ne se traduit cependant pas nécessairement par l'élaboration de règles invocables par les tiers. L'ordre qui doit régner au sein de l'administration ne protège pas les administrés de l'arbitraire. À l'égard de ces derniers, l'administration reste libre d'appliquer « toutes les mesures dont elle juge utile de prendre par elle-même l'initiative en vue [...] d'atteindre à chaque moment les fins qu'elle se propose ³ ». Le droit existe donc bien dans cette forme

1. P. Weil et D. Pouyaud, *Le Droit administratif*, PUF, 2017, p. 3.

2. *Ibid.*, p. 6.

3. R. Carré de Malberg, *Théorie générale de l'État*, Sirey, 1920, t. 1, p. 488.

primitive, mais il est instrumentalisé, entièrement maîtrisé par l'Administration dont il exprime la toute-puissance¹. Il s'agit là de ce que les auteurs allemands ont proposé de qualifier d'État de police (*Polizeistaat*) et que l'histoire française a connu sous l'Ancien Régime. Malgré la consécration postérieure de l'État de droit (*Rechtsstaat*), le système administratif français en conserve inévitablement des traces : le juge administratif admet l'existence, au profit de l'administration, d'un *pouvoir discrétionnaire* et d'un *ordre intérieur* dont il s'interdit de connaître.

Au stade ultérieur, l'État, et donc l'Administration, est toujours le producteur des règles juridiques, mais il accepte de se les voir opposées et d'être contraint de les respecter. « L'administration doit obéir aux normes qui constituent à la fois le fondement, le cadre et les limites de son action, et cette soumission doit être garantie par l'existence d'un contrôle juridictionnel². » L'État de droit est, pour simplifier, une illustration de l'adage latin *tu patere legem quam ipse fecisti* (« soumets-toi à la loi que tu as posée »).

Le passage de l'État de police à l'État de droit relève véritablement du miracle. À tel point que les fondements de la soumission de l'État et de l'administration au droit restent encore à déterminer. Plusieurs raisons – dont aucune n'est suffisante – peuvent être avancées : l'intérêt de l'État à montrer l'exemple du respect du droit, la pression sociale hostile à l'arbitraire antérieur, l'existence de juridictions administratives ayant su s'imposer en construisant un système adapté au rapport original de l'État au droit.

Il ne suffit pas, en effet, de soumettre l'administration au droit pour qu'il existe un droit administratif. Le droit

1. J. Chevallier, *L'État de droit*, Montchrestien, « Clefs », 2017, p. 16.

2. J. Chevallier, *op. cit.*, p. 13.

applicable à l'administration peut être conçu très diversement.

Il peut n'avoir aucune originalité, être identique à celui auquel sont soumis les individus ; il ne mérite alors même pas le nom de droit privé. C'est le droit commun, la *Common Law* en vigueur au Royaume-Uni, où l'administration est soumise, en principe, au même droit et aux mêmes juridictions que les particuliers.

Le droit de l'administration peut, inversement, être uniquement constitué de règles propres, inconnues du droit privé, appliquées par des juridictions chargées de trancher, selon des droits différents, les litiges mettant en cause les administrés entre eux ou dans leurs relations avec les administrations.

Le droit de l'administration peut, enfin, combiner un droit spécifique et le droit commun, selon les nécessités de l'action publique. C'est alors au juge de déterminer la frontière entre les activités relevant du droit spécifique à l'administration et celles pouvant être examinées au regard du droit commun. Une telle dualité du droit applicable se rencontre en France, où l'administration est depuis toujours partiellement soumise au droit privé, et même au Royaume-Uni, où se constitue progressivement un ensemble de règles dérogoires à la *Common Law*.

Le droit administratif est-il alors uniquement le droit spécifique à l'administration ou bien l'ensemble des règles juridiques, spécifiques ou non, éventuellement applicables à celle-ci ?

Section II

LE DROIT ADMINISTRATIF, DROIT SPÉCIFIQUE À L'ADMINISTRATION

S'il existe, le droit administratif ne peut être que le droit spécifique à l'administration. Une délimitation

s'impose pour comprendre cette affirmation. Permettant de mieux cerner la notion, elle conduit à déterminer les origines de ce droit et ses caractères.

Sous-section 1

LE CHAMP DU DROIT ADMINISTRATIF

Le droit administratif n'est pas le droit de l'administration *lato sensu* : il est le droit de l'administration au sens matériel précédemment défini. Pour autant, il n'est pas le seul droit applicable à celle-ci : il est le droit spécifique applicable à l'administration au sens matériel.

Le droit administratif ne régit que les activités administratives, quel que soit l'organe qui les exerce. Il concerne logiquement l'Administration (au sens organique) agissant dans un but d'intérêt général – ce qui caractérise l'administration au sens matériel. Y sera soumise la commune assurant un service public de garderie de jeunes enfants. Pareillement, s'exerce dans le respect de ce droit une activité d'intérêt général, même lorsqu'elle est le fait d'une personne ne participant pas de l'Administration mais qui est habilitée à agir par une personne publique. L'hypothèse en cause vise toute personne privée chargée d'une mission de service public par l'Administration.

En revanche, est soustraite à ce droit l'Administration qui n'effectue pas de l'administration au sens matériel. Ainsi de la collectivité publique qui gère son patrimoine forestier comme le fait un propriétaire ordinaire : c'est au droit civil qu'il appartient principalement de régir ce genre d'hypothèses.

Applicable aux seules activités matériellement administratives, le droit administratif n'est pourtant pas le seul droit les encadrant.

Nous parvenons ici au point le plus précis que l'analyse abstraite permet d'atteindre quant aux champs respectifs du droit administratif et du droit privé. Si le droit

administratif est le droit spécifique à l'administration au sens matériel, il n'en est pas le droit exclusif. Le droit privé est parfois sollicité alors même que sont en cause des activités matériellement administratives comme, par exemple, pour des services publics ressemblant fortement aux activités industrielles et commerciales des personnes privées. Bien que s'appliquant alors à de l'administration au sens matériel, le droit privé ne change pas de nature. En conséquence, dans l'ensemble des droits régissant les activités administratives, mérite seul la qualité de droit administratif le droit spécifique, irréductible au droit privé.

Il semble impossible aujourd'hui de dépasser ce stade de l'analyse et, notamment, d'établir rationnellement ce qui justifie l'application du droit privé ou du droit administratif à des activités administratives. La frontière entre les champs des deux droits obéit certes à des règles, qui seront étudiées dans cet ouvrage, mais celles-ci ne se ramènent pas à un principe unique de distinction.

Sous-section 2

LES ORIGINES DU DROIT ADMINISTRATIF

L'impossibilité de définir plus précisément que nous ne l'avons fait le droit administratif découle de ses origines historiques (voir *Origines*, p. 322). Elles seules permettent de comprendre l'embarras des auteurs à isoler un concept fondateur de ce droit spécifique.

Des études historiques établissent aujourd'hui que des éléments de droit administratif existaient déjà au Moyen Âge¹ ; elles ne remettent cependant pas en cause l'idée selon laquelle la consécration du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires

1. J.-L. Mestre, *Introduction historique au droit administratif français*, PUF, 1985.

a largement contribué à l'essor du droit administratif. Ce principe, illustrant la « conception française » de la séparation des pouvoirs (CC 86-224 DC du 23 janvier 1987, p. 8 ; *GAJA*, n° 80), a été consacré sous la Révolution pour éviter que ne se reproduisent les empiétements des parlements d'Ancien Régime sur l'action administrative. Les textes fondateurs, toujours en vigueur, en sont l'article 13 de la loi d'organisation judiciaire adoptée par la Constituante les 16-24 août 1790 – « les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs » – et l'article unique du décret du 16 fructidor an III, qui réaffirme solennellement cette interdiction.

Littéralement, ces textes n'impliquaient pas l'élaboration d'un droit administratif. Leur objectif était seulement, en effet, d'interdire aux tribunaux civils de connaître des actes administratifs. Leur portée va cependant être radicalisée par des textes postérieurs attribuant la connaissance de certains litiges administratifs à des autorités administratives, locales et nationales, qui deviendront respectivement, en l'an VIII, les conseils de préfecture et le Conseil d'État. Il s'agit alors d'autorités administratives dotées de pouvoirs juridictionnels. Elles concrétisent le système de l'*administrateur-juge*, qui s'appliquera notamment aux ministres – théorie du *ministre-juge* – jusqu'à la toute fin du XIX^e siècle (CE 13 décembre 1889, *Cadot*, p. 1148, concl. Jagerschmidt ; *GAJA*, n° 5), bien après que le Conseil d'État a bénéficié de la justice déléguée en vertu de la loi du 24 mai 1872.

Une juridiction administrative est ainsi apparue peu à peu à partir de textes qui ne la créaient pas initialement. La dualité de juridiction a précédé la dualité des ordres juridiques : de la définition de la compétence des juridictions administratives est née l'idée que la spécialité des

litiges devait être prolongée par celle du droit applicable à leur résolution.

Le fameux arrêt Blanco (TC 8 février 1873, 1^{er} suppl., p. 61, concl. David ; *GAJA*, n° 1), longtemps ignoré puis trop sollicité, résume parfaitement cette évolution à propos de la responsabilité de l'État du fait des personnes qu'il emploie dans les services publics. Cette responsabilité « ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil, pour les rapports de particulier à particulier ; [elle] n'est ni générale ni absolue ; elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés ». Ce n'est qu'au prix d'un renversement de la logique historique que le Tribunal des conflits en déduit que « dès lors [...] l'autorité administrative est seule compétente pour en connaître », posant de la sorte le principe selon lequel la compétence suit le fond.

L'apparition d'un droit administratif, spécifique par rapport au droit civil, résulte ainsi d'une spécialisation juridictionnelle ayant elle-même provoqué une spécialisation juridique. Il ne faut pas croire pourtant qu'il en résulte une totale étanchéité entre les deux ordres de juridiction et leurs ordres juridiques : le juge administratif utilise ou s'inspire parfois des règles du droit civil (enrichissement sans cause, responsabilité décennale des constructeurs...). Il est ainsi des cas marginaux de distorsion entre le droit applicable et le juge chargé de l'appliquer.

Le caractère très circonstanciel de l'apparition du droit administratif ne pouvait satisfaire les esprits cartésiens, avides de classifications et de principes explicatifs. Nombreuses ont donc été les tentatives de justification théorique de ce droit.

Compte tenu des origines historiques du droit administratif, la recherche d'un critère unique pour en rendre compte s'est fondée pour l'essentiel sur la compétence des juridictions administratives. La doctrine a considéré cette compétence comme un indice de la

nature particulière du droit administratif. Une lecture littérale des textes fondant la séparation des autorités conduisit initialement à retenir un critère purement organique. Réduisant à l'excès la compétence des juridictions judiciaires et recréant un privilège de juridiction aboli par la Révolution, cette première tentative échoua. Elle fut relayée, au milieu du XIX^e siècle, par des réflexions faisant prévaloir un critère matériel issu du constat que l'administration peut alternativement agir comme un simple particulier ou selon des procédés originaux. Le pouvoir de commandement, attribut essentiel des autorités publiques, ne saurait relever du droit commun. En revanche, lorsqu'elle renonce à recourir à l'acte d'autorité, l'administration ne se distingue plus des simples particuliers et ne doit bénéficier ni d'un droit spécifique ni de juridictions spéciales. Fut ainsi élaborée la distinction, reprise en jurisprudence, entre les actes de gestion et les actes d'autorité.

Bien qu'intéressante, cette théorie était néanmoins peu opératoire et avait comme inconvénient notable de réduire exagérément le champ du droit administratif. Elle se révéla impuissante à justifier la compétence des juridictions administratives à l'égard des activités matérielles de plus en plus fréquemment assurées par les collectivités publiques au tournant du siècle. Elle avait également pour défaut de n'assigner ni finalité ni limite à l'action étatique.

Deux théories, qui divisèrent la doctrine de l'époque en deux « écoles », se proposèrent alors, au début du XX^e siècle, de refonder le droit administratif sur de nouveaux critères.

L'une était issue de la théorie des actes d'autorité, dont elle affine l'analyse, en mettant en valeur les attributs de la puissance publique. Symbolisée plus que dirigée par Maurice Hauriou (voir *Hauriou*, p. 313), doyen de la faculté de droit de Toulouse, cette école s'intéresse aux moyens mis en œuvre par l'administration : si ces moyens traduisent la puissance publique, le droit admi-

nistratif doit s'appliquer, quelle que soit l'activité à propos de laquelle ils sont utilisés. La notion de puissance publique est ainsi placée au cœur du droit administratif dont elle contribue à déterminer chacun des grands principes. Conscient cependant de la nécessité d'assigner une fin à ces moyens exorbitants, Hauriou fit une place, dans ses derniers écrits, à la notion de service public.

C'était reconnaître une part de vérité aux démonstrations des auteurs de la seconde école, avec à leur tête Léon Duguit, contemporain d'Hauriou et doyen de la faculté de droit de Bordeaux (voir *Duguit*, p. 303). Moins nuancé que son contradicteur, car désireux de bâtir un système global et cohérent auquel le droit positif devrait au besoin se plier, Duguit ramène tout le droit public au concept de service public. « L'État n'est pas [...] une puissance qui commande, une souveraineté ; il est une coopération de services publics, organisés et contrôlés par des gouvernants ¹. » La principale qualité du critère proposé par Duguit est de tracer les limites de l'action étatique tout en justifiant l'octroi de prérogatives de puissance publique aux autorités publiques. L'État ne saurait agir pour autre chose que la satisfaction des besoins sociaux mais doit bénéficier pour parvenir à celle-ci, de pouvoirs exorbitants du droit commun. L'édifice ambitieux construit par les auteurs de cette école ne trouva cependant qu'un très faible et éphémère écho en jurisprudence en raison de sa trop grande rigidité dans une époque de profondes mutations. Dès 1921, la création des services publics industriels et commerciaux, soumis au droit privé, démontra que le régime juridique du service public déborde du champ du droit administratif.

Les tentatives de conceptualisation du droit administratif se firent alors plus rares et plus réalistes. Il en va

1. L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, de Boccard, t. 2, 1928, p. 59.

ainsi de la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif élaborée par le doyen Georges Vedel¹, dans laquelle, après une désormais classique délimitation à partir des sens organique et matériel du mot administration, le droit administratif est défini comme le droit applicable « à l'ensemble des activités du gouvernement et des autorités décentralisées étrangères à la conduite des relations internationales ou aux rapports entre les pouvoirs publics et s'exerçant sous un régime de puissance publique² ». Négligeant la finalité de l'action étatique, le doyen Georges Vedel prolonge la pensée d'Hauriou en mettant l'accent sur la spécificité du régime applicable, conséquence des procédés exorbitants utilisés.

L'ultime réflexion, en forme de synthèse, fut celle du professeur René Chapus qui démontra que, schématiquement, le droit de l'administration – et non le droit administratif *stricto sensu* – est le droit du service public et le contentieux administratif, le contentieux de la puissance publique³.

Consciente de l'impossibilité de définir exactement le droit administratif par une ou même deux notions, la doctrine contemporaine, sans pour autant céder à l'« existentialisme juridique⁴ », préfère s'en tenir à des approximations – notamment avec la distinction des gestions publique et privée. Tout au plus s'accorde-t-elle sur les principaux caractères de ce droit.

1. *EDCE*, n° 8, p. 21, ou G. Vedel et P. Delvolvé, *Droit administratif*, PUF, 1992, p. 25.

2. G. Vedel et P. Delvolvé, *op. cit.*, p. 76.

3. R. Chapus, « Le service public et la puissance publique », *RDP* 1968, p. 235.

4. B. Chenot, « L'existentialisme et le droit », *RFSP* 1953, p. 57.

Sous-section 3

LES CARACTÈRES DU DROIT
ADMINISTRATIF

Outre les conditions historiques d'apparition de ce droit, ses caractères expliquent la difficulté à le réduire à un concept fondateur. Profondément différent du droit privé car construit par un juge spécial, le droit administratif est autonome et essentiellement jurisprudentiel.

La question de l'autonomie ou de la dérogation du droit administratif par rapport au droit privé est aussi ancienne que fondamentale (voir *Exorbitance*, p. 307). Considérer ce droit comme dérogatoire signifie qu'il est une exception à un droit commun qui, par ailleurs, demeure. Sauf texte ou nécessité imposant l'application du droit administratif, le droit commun, c'est-à-dire le droit privé, doit donc l'emporter. Mais une telle présentation est exagérément restrictive pour le droit administratif, réduit à n'être qu'un droit subsidiaire. Elle correspond au système britannique actuel où, à côté de la *Common Law*, s'élabore peu à peu un droit propre à l'administration. Telle était également la conception initiale en France, où le droit privé était souvent défini en jurisprudence comme le droit commun.

Présenter le droit administratif comme autonome, c'est souligner l'originalité de ce droit, élaboré sans référence à un autre, et affirmer l'existence de *deux* droits communs, régissant l'un les rapports entre particuliers, l'autre les rapports entre ces derniers et l'administration. Charles Eisenmann a dénoncé cette conception en affirmant que le droit administratif est l'ensemble des règles de droit dont l'administration est le sujet actif ou passif¹. La critique ne vaut que dans la mesure où l'on accepte sa définition du droit administratif. Conçu ici

1. C. Eisenmann, « Définition et structure du droit administratif », *Cours de DES 1951-1952*, LGDJ, 1982, t. 1, p. 98.

comme le droit spécifique applicable à l'administration au sens matériel, il ne peut être qu'autonome, même lorsque le juge administratif s'inspire volontairement des règles du droit privé.

Le second caractère du droit administratif est d'être essentiellement jurisprudentiel. Des textes de plus en plus nombreux, d'origine interne ou internationale, traitent certes de matières administratives ; mais ils ne visent le plus souvent que des aspects techniques (compétences, procédures, formes...) en renvoyant implicitement aux notions de base du droit administratif (acte unilatéral, contrat administratif, agent public, domaine public...) qui, elles, ont été forgées par le juge administratif. La compréhension et la maîtrise du droit administratif sont donc impossibles à qui ne s'intéresse qu'aux textes. Le processus d'intense codification entamé ces dernières années n'y changera rien. La tâche en serait d'ailleurs impossible tant les règles qui se dégagent de la jurisprudence sont subtiles et nuancées. Les juges ne pouvant procéder par *arrêts de règlement*, ce droit n'a pu en effet être formulé qu'au gré des litiges. Il est, en conséquence, d'accès difficile, puisque contenu dans deux siècles de jugements des juridictions administratives. Les règles du droit administratif y gagnent en souplesse. Elles épousent les évolutions de la société, tant il est vrai que ce droit est « l'ombre de l'État éclairé par la lumière du siècle ¹ ».

Les conséquences du caractère essentiellement jurisprudentiel de ce droit se prolongent jusque dans sa présentation pédagogique : il n'y a pas, au fond, de première étape ni de terme assigné. Par quelque point que l'on engage sa présentation, des anticipations et des renvois seront nécessaires tant les notions qui le constituent sont étroitement liées. Un souci pédagogique nous conduira cependant à examiner successivement

1. J. Boulouis, « Supprimer le droit administratif ? », *Pouvoirs*, n° 46, p. 12.

dans ce premier tome les sources de ce droit (première partie), l'ordre juridictionnel administratif (deuxième partie) et la compétence de cet ordre (troisième partie). Le second tome sera consacré à l'étude des fins, des moyens puis des limites de l'action administrative.

Première partie

LES SOURCES DU DROIT ADMINISTRATIF

Le caractère essentiellement jurisprudentiel du droit administratif souligné en introduction ne signifie pas qu'il est exclusivement issu de l'œuvre prétorienne. Celle-ci n'est, quantitativement, qu'une source parmi d'autres, même si, qualitativement, elle a fourni à ce droit ses structures fondamentales. S'il importe donc de n'en négliger aucune, l'étude ne peut néanmoins porter que sur les sources *formelles*, au détriment des sources réelles ou matérielles. Certes, ces dernières sont fort intéressantes du point de vue de la « génétique » du droit¹, parce qu'elles conduisent à prendre en considération les éléments physiques, psychologiques, sociologiques, philosophiques, politiques, économiques ou historiques qui influent sur l'élaboration comme sur l'application de tout système juridique. Mais une telle étude ne saurait trouver sa place dans un manuel destiné à présenter le programme de deuxième année. Elle ne peut d'ailleurs être menée à bien par le seul juriste et suppose, en tout état de cause, de maîtriser les concepts et les méthodes du raisonnement juridique. C'est pourquoi les développements suivants ne s'intéressent qu'aux sources dites formelles. Il s'agit de présenter les formes sous l'action desquelles la règle naît au droit, le moule officiel qui préside, positivement, à

1. G. Ripert, *Les Forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, p. 80.

l'élaboration, à l'énoncé et à l'adoption d'une règle de droit¹.

Il existe ainsi principalement quatre sources formelles du droit administratif, dont la valeur juridique va décroissant², et dont les plus hautes ont été affirmées au détriment d'autres, affaiblies par les évolutions récentes.

1. G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 2018, V° « Source ».

2. D. de Béchillon, *Hierarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Economica, « Droit public positif », 1996.

Chapitre I

LES SOURCES AFFERMIES

Paradoxalement, les deux sources les plus hautes dans notre ordre juridique, la Constitution et les traités internationaux, n'ont pendant longtemps pu déployer toute leur autorité en droit administratif. Un regard sur la jeune histoire du droit administratif moderne fait apparaître que les juridictions administratives, dans leur préoccupation de mieux soumettre l'administration au droit, ont procédé par étapes. Cela s'est traduit d'abord par l'affirmation de l'existence d'une hiérarchie, au sein de la structure administrative, entre les différents échelons de décision. Les régimes autoritaires que connut la France durant les deux tiers du XIX^e siècle et qui privilégiaient le pouvoir exécutif au détriment du pouvoir législatif ont justifié cette première phase de la jurisprudence. Puis, avec les progrès de la démocratie et l'avènement de régimes parlementaires, le juge s'est efforcé d'assujettir l'administration au respect de l'expression de la volonté générale, au respect de la loi. La III^e République, dont bien des grands textes inspirent encore notre système juridique, a marqué nettement cet élargissement et ce rehaussement du *bloc de légalité*. Par la suite, définitivement accepté tant par les justiciables que par l'administration, le juge administratif a cherché à suppléer les lacunes du droit écrit en consacrant par lui-même divers principes généraux du droit, parfois fondamentaux.

En revanche, la Constitution et les traités internationaux, sans être absolument ignorés, ne furent jusqu'au

dernier tiers du XX^e siècle que des sources subsidiaires du droit administratif. Le bloc de légalité « classique » suffisait à résoudre l'immense majorité des litiges sans qu'il soit besoin de se tourner vers ces deux sources à l'autorité impressionnante mais à la normativité incertaine. Le mouvement de promotion des sources du droit administratif, constaté depuis le début du XIX^e siècle et sans doute lié tant à l'élargissement des activités administratives qu'à la prise de conscience de l'unité de l'ordre juridique, s'est toutefois poursuivi. Les réticences du juge administratif à l'égard des normes constitutionnelles et internationales ont ainsi progressivement disparu. Il en résulte un affermissement, certes variable, de ces deux sources formelles¹, pour le plus grand profit des plaideurs dont l'argumentation s'est considérablement enrichie.

Section I

LES NORMES CONSTITUTIONNELLES

En mettant en lumière les bases constitutionnelles du droit administratif, le doyen Vedel a proposé de définir celui-ci en le rattachant, dans son fondement même, à la Constitution². Attaché à présenter le droit administratif comme le droit de la puissance publique, il a été le premier à souligner la nécessité d'intégrer au bloc de légalité des normes de rang constitutionnel, tant pour mieux asseoir la légitimité de l'action administrative que pour soumettre celle-ci à leur respect. Élaborée sur la base des Constitutions des III^e et IV^e Républiques, puis

1. R. Chapus, « L'administration et son juge. Ce qui change », *EDCE* 1992, n° 43, spéc. p. 271.

2. G. Vedel, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *EDCE*, n° 8, p. 21, et G. Vedel et P. Delvolvé, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 25.

corrigée pour tenir compte des évolutions impliquées par notre loi fondamentale actuelle¹, sa démonstration s'appuie sur certaines prescriptions constitutionnelles relatives aux activités du gouvernement (au sein desquelles doit être distinguée l'administration proprement dite), à la répartition des compétences au sein du pouvoir exécutif ou à l'étendue des domaines respectifs de la loi et du règlement. Il est manifeste que notre ordre constitutionnel concerne bien des éléments du droit administratif, ce qui conduit à s'interroger sur les modalités du respect des normes constitutionnelles en droit administratif.

Sous-section 1

LES NORMES CONSTITUTIONNELLES DE DROIT ADMINISTRATIF

Sans pour autant s'en désintéresser, le corps même de la Constitution du 4 octobre 1958 n'est pas particulièrement riche en dispositions intéressant directement le droit administratif. Il renferme néanmoins d'indispensables indications sur la répartition des compétences entre le pouvoir législatif et le pouvoir réglementaire : les articles 34 et 37 alinéa 1^{er} répartissent les domaines de l'activité normative étatique entre ces deux pouvoirs tandis que les articles 37 alinéa 2, 38 et 41 prévoient un certain nombre de procédures garantissant le respect de cette répartition (CE 1^{er} décembre 1997, *CPAM de la Sarthe*, *RFDA* 1998, p. 215 ; voir *infra*, chap. II). D'autres dispositions constitutionnelles, les articles 13 et 21, distribuent entre les deux autorités composant le pouvoir exécutif, le Président de la République et le Premier ministre, l'exercice du pouvoir réglementaire soumis, à ce niveau-là, à des exigences de

1. C. Eisenmann, « La théorie des bases constitutionnelles du droit administratif français », *RDPA* 1972, p. 1345.

contreseing (articles 19 et 22). Le Conseil d'État est par ailleurs mentionné dans le texte constitutionnel au sujet de ses attributions tant juridictionnelles (articles 61-1 et 74 alinéa 3) que consultatives (notamment aux articles 37 alinéa 2, 38 alinéa 2, 39 alinéas 2 et 5, 74-1 alinéa 2 et 76 alinéa 3).

Outre ces divers éléments d'ordre institutionnel, la Constitution contient quelques principes de fond s'imposant, directement ou indirectement, à l'action administrative. Les principes d'égalité devant la loi (article 1), d'universalité, d'égalité et de secret du suffrage (article 3 ; CE Ass. 13 novembre 1998, *Le Déaut*, p. 396, *RFDA* 1999, p. 826, concl. Touvet), de libre administration des collectivités locales, d'exercice par le représentant de l'État d'un contrôle administratif (articles 34 et 72 ; CE Sect. 28 février 1997, *Commune du Port*, p. 61) ou de supériorité des traités internationaux sur les lois (article 55, voir *infra*, section II) illustrent cette catégorie.

Il convient de reconnaître cependant que le préambule de l'actuelle Constitution, bien que très bref, est beaucoup plus fécond. Cela tient au fait que le peuple français y « proclame solennellement son attachement aux droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmés et complétés par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004 ». Le renvoi ainsi opéré au profit de ces déclarations de droits a permis d'étoffer la catégorie des normes constitutionnelles touchant au droit administratif. C'était à la condition, néanmoins, que soient reconnues la valeur juridique des dispositions auxquelles il est ainsi renvoyé, et donc leur effectivité en tant que sources du droit administratif.