

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	9
SECTION I	
QU'EST-CE QUE L'ADMINISTRATION ?	9
§ 1 – LA FONCTION ADMINISTRATIVE	10
A. L'action de gestion publique	10
B. La notion d'affaires publiques	10
§ 2 – LES STRUCTURES ADMINISTRATIVES	12
A. Les institutions publiques	13
B. Institutions publiques-institutions privées	14
SECTION II	
LES DIFFÉRENTS SYSTÈMES ADMINISTRATIFS	15
§ 1 – L'UNITÉ DU SYSTÈME JURIDIQUE :	
LE SYSTÈME BRITANNIQUE	16
A. Les origines historiques du système britannique	16
B. Le contenu du droit applicable et son évolution	18
§ 2 – LA DUALITÉ DU SYSTÈME JURIDIQUE :	
LE SYSTÈME FRANÇAIS	20
A. Les origines historiques du système administratif français	20
B. La signification du droit administratif	22
SECTION III	
LES CARACTÈRES DU DROIT ADMINISTRATIF	24
§ 1 – LE DROIT ADMINISTRATIF, DROIT AUTONOME	24
A. Le fondement de l'autonomie	24

B. Le contenu de l'autonomie du droit administratif	26
C. Le champ d'application du droit administratif ...	28
§ 2 – LE DROIT ADMINISTRATIF, DROIT JURISPRUDENTIEL	29
§ 3 – LE DROIT ADMINISTRATIF EST UN DROIT LIBÉRAL	31

PREMIÈRE PARTIE
LE PRINCIPE DE LÉGALITÉ

Chapitre I	
Les sources de la légalité	37
SECTION I	
LES SOURCES ÉCRITES DE LA LÉGALITÉ	38
§ 1 – LA CONSTITUTION	38
§ 2 – LE TRAITÉ	40
§ 3 – LA LOI	43
§ 4 – LE RÈGLEMENT	45
A. La détermination du domaine du règlement	45
B. Les titulaires du pouvoir réglementaire	46
C. Valeur juridique des règlements	49
SECTION II	
LES SOURCES NON ÉCRITES DE LA LÉGALITÉ	51
§ 1 – LA JURISPRUDENCE COMME SOURCE DU DROIT	52
A. Les techniques d'expression du droit par le juge	52
B. La valeur de la règle jurisprudentielle	54
§ 2 – LES PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT	55
A. Les différents principes généraux du droit	55
B. Les raisons de leur apparition	57
C. La valeur juridique des principes généraux du droit	58

Chapitre II	
La signification du principe de légalité	61
SECTION I	
LA FORCE OBLIGATOIRE DE LA RÈGLE DE DROIT	
DÉPEND DE SON ORIGINE	61
§ 1 – LE RAPPORT ACTE ADMINISTRATIF-ACTE LÉGISLATIF	62
§ 2 – LE RAPPORT ACTE ADMINISTRATIF- ACTE RÉGLEMENTAIRE	62
§ 3 – LE RAPPORT ACTE ADMINISTRATIF- RÈGLE JURISPRUDENTIELLE	63
SECTION II	
LA FORCE OBLIGATOIRE DE LA RÈGLE DE DROIT	
DÉPEND DE SON CONTENU	63
§ 1 – L’OBLIGATION D’AGIR	64
§ 2 – POUVOIR LIÉ-POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE	64
Chapitre III	
Limites et contreponds du principe de légalité	69
SECTION I	
LES CIRCONSTANCES EXCEPTIONNELLES	70
§ 1 – LA DÉTERMINATION DES CIRCONSTANCES EXCEPTIONNELLES	71
§ 2 – LES POUVOIRS EXCEPTIONNELS	71
§ 3 – LES LIMITES DES POUVOIRS EXCEPTIONNELS	72
SECTION II	
L’ACTE DE GOUVERNEMENT	73
§ 1 – LES ORIGINES DE L’ACTE DE GOUVERNEMENT	74
§ 2 – LES ACTES DE GOUVERNEMENT CONSACRÉS PAR LA JURISPRUDENCE	74
§ 3 – LES JUSTIFICATIONS DE LA THÉORIE DE L’ACTE DE GOUVERNEMENT	75

Chapitre IV	
Les sanctions du principe de légalité	77
SECTION I	
LA NULLITÉ DE L'ACTE ADMINISTRATIF	77
§ 1 – LES CARACTÈRES GÉNÉRAUX DE LA NULLITÉ EN DROIT ADMINISTRATIF	77
§ 2 – L'INEXISTENCE	78
§ 3 – LA VOIE DE FAIT	79
SECTION II	
LES RECOURS	81
§ 1 – LES RECOURS ADMINISTRATIFS	81
§ 2 – LES RECOURS CONTENTIEUX	82
§ 3 – LE MÉDIATEUR DE LA RÉPUBLIQUE	83

DEUXIÈME PARTIE
LES ACTIVITÉS DE L'ADMINISTRATION

Chapitre I	
La police administrative	87
SECTION I	
LA NOTION DE POLICE ADMINISTRATIVE	88
§ 1 – POLICE ADMINISTRATIVE ET POLICE JUDICIAIRE	88
§ 2 – POLICE ADMINISTRATIVE GÉNÉRALE ET POLICE ADMINISTRATIVE SPÉCIALE	91
A. Le but de la police générale	91
B. Le but de la police spéciale	91
SECTION II	
LES AUTORITÉS DE POLICE ADMINISTRATIVE	92
§ 1 – LES AUTORITÉS DE POLICE ADMINISTRATIVE GÉNÉRALE	93
§ 2 – LES AUTORITÉS DE POLICE ADMINISTRATIVES SPÉCIALES	94

§ 3 – LE CONCOURS DES POUVOIRS DE POLICE	94
SECTION III	
LES MOYENS DU POUVOIR DE POLICE	96
§ 1 – LES MESURES DE POLICE	96
§ 2 – L'EXÉCUTION DES MESURES DE POLICE	97
§ 3 – LE CONTRÔLE DU POUVOIR DE POLICE	98
A. Le contrôle de légalité	99
B. La mise en cause de la responsabilité de l'autorité de police	100
Chapitre II	
Le service public	101
SECTION I	
LA NOTION DE SERVICE PUBLIC ET SON ÉVOLUTION	102
§ 1 – LA CONCEPTION CLASSIQUE DU SERVICE PUBLIC	102
A. L'activité d'intérêt général	103
B. L'organisme public	104
C. Le régime juridique du service public	104
§ 2 – LES TRANSFORMATIONS DE LA NOTION DE SERVICE PUBLIC ET SA CRISE	107
A. La rupture activité d'intérêt général-activité de service public	107
B. La rupture activité de service public-organisme public	108
C. La rupture activité de service public-régime juridique	109
§ 3 – CONCEPTION ET RÔLE ACTUELS DE LA NOTION DE SERVICE PUBLIC	110
A. L'identification du service public	110
B. Le rôle de la notion de service public	113
C. L'adaptation du service public au droit communautaire	114

SECTION II	
LE RÉGIME JURIDIQUE DES SERVICES PUBLICS	115
§ 1 – LES PRINCIPES FONDAMENTAUX DU SERVICE PUBLIC	115
A. Le principe de continuité du service public	116
B. Le principe d'égalité	117
C. Le principe d'adaptation	118
D. Le principe de gratuité	119
E. Le principe de neutralité	120
§ 2 – LA DIVERSIFICATION DU RÉGIME JURIDIQUE DU SERVICE PUBLIC	121
A. Le service public administratif, service à gestion publique	122
B. Le service public industriel et commercial, service à gestion privée	124
C. Les situations complexes : gestion publique-gestion privée	125
SECTION III	
LES MODES DE GESTION DU SERVICE PUBLIC	127
§ 1 – LES PROCÉDÉS TRADITIONNELS DE GESTION DU SERVICE PUBLIC	128
A. La régie directe	128
B. La concession	129
§ 2 – LES PROCÉDÉS MODERNES DE GESTION DU SERVICE PUBLIC	132
A. L'établissement public	132
B. La gestion du service public par des organismes privés	134
§ 3 – L'ENTREPRISE PUBLIQUE ET LE SERVICE PUBLIC	136

TROISIÈME PARTIE
LES ACTES DE L'ADMINISTRATION

Chapitre I	
L'acte unilatéral ou décision exécutoire	143
SECTION I	
L'ÉLABORATION DE L'ACTE UNILATÉRAL	144
§ 1 – LA COMPÉTENCE DE L'AUTORITÉ ADMINISTRATIVE	144
A. Les caractères généraux de la compétence	145
B. Les dimensions de la compétence	146
§ 2 – LA FORME DE L'ACTE UNILATÉRAL	149
A. La forme de l'acte	149
B. La procédure d'édition de l'acte	150
§ 3 – L'ENTRÉE EN VIGUEUR DE L'ACTE UNILATÉRAL	153
A. La non-rétroactivité	153
B. La publicité	153
SECTION II	
L'EFFET DE L'ACTE UNILATÉRAL	155
§ 1 – LA FORCE JURIDIQUE DE L'ACTE UNILATÉRAL :	
LE PRIVILÈGE DU PRÉALABLE	155
§ 2 – L'EXÉCUTION DE L'ACTE UNILATÉRAL	157
A. La notion d'exécution	157
B. L'exécution par la contrainte	158
SECTION III	
LA DISPARITION DE L'ACTE UNILATÉRAL	160
§ 1 – LES PRINCIPES EN CAUSE	160
§ 2 – LA DISPARITION DE L'ACTE ADMINISTRATIF	
EST IMPOSSIBLE	161
§ 3 – LA DISPARITION DE L'ACTE EST POSSIBLE	162
§ 4 – LA DISPARITION DE L'ACTE EST OBLIGATOIRE	163

Chapitre II	
Le contrat administratif	167
SECTION I	
LE CRITÈRE DU CONTRAT ADMINISTRATIF	168
§ 1 – LA NATURE DU CONTRAT RÉSULTE D'UNE RÈGLE EXPRESSE	169
A. Contrats par détermination de la loi	170
B. Contrats administratifs par détermination jurisprudentielle	170
§ 2 – LA PRÉSENCE D'UNE PERSONNE PUBLIQUE EST UNE CONDITION NÉCESSAIRE	171
§ 3 – LA NATURE DU CONTRAT RÉSULTE DE SON OBJET	172
§ 4 – LA NATURE DU CONTRAT RÉSULTE DE SES CLAUSES	173
SECTION II	
LA FORMATION DU CONTRAT ADMINISTRATIF	174
§ 1 – LA FORME DES MARCHÉS	175
A. Le caractère écrit	175
B. Les cahiers des charges	177
§ 2 – LA CAPACITÉ DE CONTRACTER	177
§ 3 – LES MODES DE PASSATION DES MARCHÉS	178
A. Principes généraux	178
B. Les modes de passation	180
SECTION III	
L'EXÉCUTION DU CONTRAT	183
§ 1 – LES OBLIGATIONS DU COCONTRACTANT ET LES POUVOIRS DE L'ADMINISTRATION	184
A. L'obligation personnelle d'exécuter	185
B. Le pouvoir de sanction	186
C. Le pouvoir de modification unilatérale	187
D. La vérification de l'exécution du marché	188
§ 2 – LES DROITS DU COCONTRACTANT ET LES OBLIGATIONS DE L'ADMINISTRATION	189

A. Le droit au paiement du prix	189
B. Le financement des marchés	190
C. Le droit aux indemnités	191
§ 3 – LE BOULEVERSEMENT DU CONTRAT	191
A. Les sujétions imprévues	191
B. La force majeure	192
C. Le fait du prince	193
D. L'imprévision	194
§ 4 – LE RÈGLEMENT DES LITIGES	195
§ 5 – CONTRÔLE ET SUIVI DES MARCHÉS	196
INDEX	199
BIBLIOGRAPHIE ÉLÉMENTAIRE	203

Introduction

Dans une première approximation, on peut être tenté de définir le droit administratif comme le droit qui s'applique à l'administration ; mais une telle définition revêt la fausse simplicité des évidences trompeuses.

En effet, une série de questions préalables appellent impérativement une réponse avant qu'il soit possible de dire de façon précise ce qu'est le droit administratif.

La première question porte sur le point de savoir ce qu'est l'administration (section I) ; la seconde peut se formuler de la façon suivante : que signifie l'expression « droit applicable à l'administration » ? ; nous verrons que la réponse dépend du système administratif existant (section II) ; il restera alors à préciser les caractères du droit administratif tel qu'il se présente dans le système administratif français (section III).

SECTION I

QU'EST-CE QUE L'ADMINISTRATION ?

Le terme administration peut être pris en un double sens : l'administration c'est un ensemble d'institutions qui se voient confier la gestion des affaires publiques ; le terme administration est pris ici dans un sens organique, il désigne les structures administratives. Mais l'administration peut être également considérée dans un sens fonctionnel : l'administration c'est alors la fonction de gestion des affaires publiques, la fonction administrative.

L'importance de ces deux acceptions du mot « administration » mérite qu'on s'y attarde quelque peu.

§ 1 – LA FONCTION ADMINISTRATIVE

Administrer c'est gérer les affaires publiques dit-on, ce qui se décompose en une action de gestion appliquée à un objet : la notion d'affaires publiques.

A. L'action de gestion publique

L'action de gestion implique que soit confié à des personnes déterminées, les autorités administratives, le pouvoir de prendre les multiples décisions générales ou individuelles nécessaires à l'application des lois et des règlements ; administrer c'est donc exercer un pouvoir d'action juridique, exercer une compétence, dans un but d'utilité sociale.

L'autorité responsable de cette fonction de gestion des affaires publiques doit donc disposer des moyens juridiques, mais aussi des moyens matériels, qui lui permettront d'assurer à la collectivité les prestations de biens ou de services qui correspondent à la satisfaction des besoins d'intérêt général ; et c'est précisément en cela que consiste la notion d'affaires publiques.

B. La notion d'affaires publiques

La notion d'affaires publiques est une notion dont le contenu est variable.

Il varie selon les époques et il est clair qu'au début du siècle, le contenu des affaires publiques était beaucoup plus limité que de nos jours.

Mais il varie également en fonction des idéologies : le libéralisme et le socialisme donnent à cette notion un contenu très différent, bien que ces différences se soient quelque peu atténuées du fait de l'apparition de la social-démocratie d'une part, et de l'évolution qui a abouti à l'émergence du néolibéralisme d'autre part ; pour les uns et les autres, il existe un minimum d'intervention de la puissance publique qui, en tout état de cause, est beaucoup plus développée que ce que recouvrait la notion d'affaires publiques au début du siècle.

Enfin, la notion d'affaires publiques évolue en fonction des circonstances : les crises internationales et les crises économiques ont conduit l'État à se préoccuper de questions qui, en des temps plus ordinaires, étaient considérées comme relevant de l'initiative privée.

C'est donc sous le bénéfice de ces indications que l'on peut dire que la notion d'affaires publiques recouvre trois grands types d'activité :

1. – La police administrative destinée à assurer l'ordre public. L'ordre public c'est naturellement la paix sociale, mais c'est aussi la sécurité, la tranquillité et la salubrité publique.

L'ordre public recouvre également la conciliation des activités privées avec l'intérêt général ainsi qu'avec certains intérêts spécifiques que l'administration doit protéger : par exemple l'environnement, les espèces animales ou végétales ; la police peut aussi concerner des activités particulières telles que le cinéma, l'affichage, l'habitat, etc. L'administration est ainsi amenée à réglementer les activités des particuliers afin de les rendre compatibles entre elles et avec l'ensemble des intérêts recouverts par la notion d'ordre public.

2. – Le service public constitue la deuxième activité qui entre dans la composition de la notion d'affaires publiques.

L'activité de service public consiste à procurer à la collectivité les biens et les services qui lui sont nécessaires et que, pour cette raison, on considère comme d'intérêt général.

Sans entrer pour l'instant dans la définition détaillée du contenu de cette notion que l'on retrouvera en étudiant les activités de l'administration, on peut indiquer que la production des biens et des services considérés comme d'intérêt général, a connu une prodigieuse expansion depuis le début du siècle. Le développement des services et activités d'intérêt général est particulièrement visible dans le domaine social et culturel ; il est sans aucun doute la conséquence de l'avènement de « l'État providence » et il concerne non seulement l'État, mais aussi les autres collectivités publiques, régions, départements et communes.

Par ailleurs, l'administration a pris en charge de nombreuses activités de production de biens divers : fourniture de l'eau ou de l'électricité, mise en place des infrastructures nécessaires aux télécommunications, développement des différents systèmes de transport etc. tout cela entre dans le champ du service public.

Mais il faut ajouter qu'avec l'avènement de la démocratie économique et sociale au lendemain de la deuxième guerre mondiale, les activités de l'administration se sont enrichies et diversifiées du fait que l'État a assumé un nouveau rôle ; c'est lui qui désormais assure la direction du développement économique et social.

3. – L'État assure la direction du développement économique et social. Sans doute la manière d'exercer cette fonction, comme le contenu qu'elle recouvre, ont-ils connu une assez profonde évolution depuis la libération ; au dirigisme autoritaire a succédé un interventionnisme plus respectueux de l'autonomie de la volonté et de la liberté du commerce et de l'industrie ; sans doute aussi on est persuadé aujourd'hui qu'il convient de dynamiser et de responsabiliser les agents économiques par le respect des règles de l'économie de marché. D'où la privatisation de nombreuses entreprises publiques engagée dès la fin des années quatre-vingts et qui se poursuit aujourd'hui. Mais il demeure que l'État conserve un rôle important de régulateur économique et social qu'il exerce non seulement grâce aux prérogatives de la puissance publique, mais aussi par l'intermédiaire d'un éventail très étendu de services publics.

§ 2 – LES STRUCTURES ADMINISTRATIVES

Dans sa deuxième acception, le mot administration désigne un ensemble d'organes, une nébuleuse d'institutions nombreuses et diverses. L'administration c'est d'abord un ensemble d'institutions publiques auxquelles est confiée la gestion des affaires publiques ; mais c'est aussi un grand nombre d'organismes privés qui gravitent autour des institu-

tions publiques et qui ont pour particularité d'accomplir, pour le compte des collectivités publiques, des missions de service public qui leur ont été confiées.

A. Les institutions publiques

Les institutions publiques constitutives de l'administration sont les collectivités publiques : État et collectivités territoriales, dont l'autonomie a été renforcée par la loi sur la libre administration des collectivités locales du 2 mars 1982 ; et les lois se sont succédées depuis lors, notamment pour l'amélioration de la décentralisation (5 janvier 1988), le renforcement et la simplification de la coopération intercommunale (12 juillet 1999) et la démocratie de proximité (27 février 2002) ; mais ce sont aussi les collectivités spéciales que l'on désigne sous le nom d'établissement public.

Ces diverses entités sont des personnes morales représentatives d'intérêts plus ou moins nombreux et complexes qui sont le plus souvent propres à un groupement humain : ce sera la collectivité nationale pour l'État, ou les collectivités locales pour les communes, départements et régions.

On rappellera que ces collectivités peuvent d'ailleurs se regrouper dans diverses configurations qui constituent également des institutions publiques dotées de la personnalité juridique : ententes régionales, syndicats, communautés d'agglomération, communautés de communes, etc.

Quant aux établissements publics, ils s'identifient fréquemment à un groupement humain particulier : tel est par exemple le cas des chambres professionnelles ; mais ils peuvent aussi correspondre à des intérêts diffus, concernant l'ensemble de la collectivité nationale, par exemple la protection et la gestion de la forêt, avec l'Office national des forêts, ou la protection des rivages maritimes ou lacustres, avec le Conservatoire national du littoral. Quel que soit le type d'intérêt confié à la collectivité publique, il s'agit dans tous les cas d'entités juridiques qui n'ont pas de réalité physique et ne peuvent donc agir que par

l'intermédiaire de leurs organes ; ces organes sont les autorités administratives individuelles ou collégiales : ministre, préfet, directeur d'administration centrale ou départementale, conseil d'administration, conseil régional, général ou municipal.

Ce sont ces autorités qui exercent au nom de la collectivité ou de l'institution publique, les compétences nécessaires pour assurer la gestion des affaires publiques relevant de celle-ci.

Le droit administratif va ainsi régler la désignation de ces autorités, préciser leur statut et les conditions d'exercice de leurs pouvoirs ; il va déterminer les conditions dans lesquelles ces autorités vont devoir, ou pouvoir agir pour atteindre le but d'utilité sociale en vue duquel leurs compétences leur ont été confiées.

B. Institutions publiques, institutions privées

Si les institutions publiques constituent, au sens fort du terme, l'administration, cela ne doit pas masquer le fait que, depuis la dernière guerre, de nombreux organismes privés se sont vus confier des missions de service public et des prérogatives diverses pour les assurer ; il existe ainsi à la périphérie de l'administration publique des relais privés qui, sous diverses formes, associations, établissements d'utilité publique, syndicats, entreprises constituées sous la forme de société d'économie mixte, ordres professionnels, etc. permettent principalement à l'État, mais aussi aux collectivités locales, de mettre en œuvre leur politique.

Mais qu'il s'agisse de l'administration au sens strict, ou que l'on se trouve en présence d'organismes privés qui collaborent à la mise en œuvre des politiques publiques, il est nécessaire que les organes de ces diverses institutions respectent les règles qui définissent les conditions de leur action.

Cette question recouvre en réalité deux problèmes ; le premier porte sur le point de savoir quel est le droit qui s'impose au respect de l'administration, et le second quel est le juge qui est chargé de le faire respecter.

Répondre à ces deux interrogations revient à définir le type de système administratif ; or l'observation des expériences étrangères conduit à constater que divers systèmes sont concevables ; c'est ce qu'il convient désormais d'exposer.

SECTION II

LES DIFFÉRENTS SYSTÈMES ADMINISTRATIFS

Deux grands types de systèmes de soumission de l'administration au droit sont concevables et c'est entre eux que se partagent la plupart des systèmes administratifs contemporains.

Le premier type est constitué par un système d'unité de droit et de juridiction incarné par la Grande-Bretagne où ce système est né historiquement, et qui l'a propagé dans de nombreux pays, notamment dans les pays relevant de son ancien empire colonial. Dans ce système, aucune différence n'est faite, en principe, entre l'autorité administrative et les simples particuliers tant en ce qui concerne le droit qui leur est applicable qu'en ce qui concerne la juridiction compétente pour connaître des litiges que leur action peut engendrer.

Le second type repose sur la dualité de droit et de juridictions ; dans ce système, qui est celui de la France, l'administration est soumise, au moins pour une partie importante de son activité, à un droit spécial, un droit autonome par rapport au droit privé, appelé aussi droit commun ; en outre, elle répond de ses actes devant un juge spécial chaque fois qu'il convient d'appliquer ce droit autonome qu'est le droit administratif.

Pour être complet, on ajoutera que quelques pays se signalent à l'attention par le fait qu'ayant un seul ordre de juridiction, l'administration est cependant soumise à un droit autonome, le droit administratif.

L'examen même sommaire de ces principaux systèmes de soumission de l'administration au droit présente naturellement un intérêt intrinsèque lié aux conditions historiques de leur formation et de leur évolution ainsi qu'à leur aptitude à

atteindre l'objectif recherché : soumettre l'administration au droit.

Mais il présente aussi un intérêt du fait de leur rayonnement ; ces systèmes ont en effet essaimé principalement à la faveur de l'expansion coloniale ; mais ils ont aussi été imités, en tout ou en partie, par des pays qui ont trouvé en eux des solutions appropriées à leurs propres problèmes. Le phénomène d'emprunt a ainsi pu se développer en dehors de toute domination coloniale ; ainsi en est-il, par exemple du Conseil d'État français, qui a été adopté de façon plus ou moins fidèle d'ailleurs, par un grand nombre de pays.

§ 1 – L'UNITÉ DU SYSTÈME JURIDIQUE : LE SYSTÈME BRITANNIQUE

Le système britannique est caractérisé par le fait que l'administration est en principe soumise au même droit que les particuliers, la *common law*, le droit commun, et qu'elle est justiciable des mêmes tribunaux.

La formation de ce système s'explique par des raisons propres à l'histoire de la société britannique (A) ; mais l'évolution qu'il a connue au cours de la période contemporaine en a sensiblement altéré les traits originels (B).

A. Les origines historiques du système britannique

En schématisant, on peut dire que trois facteurs ont puissamment contribué à la formation de ce système.

C'est tout d'abord l'attachement des Britanniques au libéralisme : la lutte contre l'arbitraire, la protection des droits et des libertés, sont une constante de la vie politique illustrée par la fameuse *Magna carta*, la Grande Charte de 1215 et relayée par les *Bill of rights* qui, périodiquement réaffirmèrent et enrichirent ces droits et libertés face au pouvoir royal.

Cette préoccupation se manifeste d'ailleurs dans la conception britannique de la séparation des pouvoirs en vertu de laquelle l'exécutif doit être soumis aux mêmes tribunaux que les particuliers.

En effet, ces juges règlent les litiges qui leur sont soumis sur la base d'un droit qui fut à l'origine largement coutumier, le droit commun ; les juges ont progressivement forgé ce droit en fonction d'un certain état de la société et du souci d'assurer une protection convenable aux droits et libertés ; on comprend ainsi que cette *common law* et les juges qui la créaient et l'appliquaient, aient pu apparaître comme le plus sur rempart des individus contre l'excès de pouvoir administratif.

Mais un deuxième facteur a joué un rôle non négligeable dans la formation de ce système : c'est la conception empirique de l'administration qui est une caractéristique de l'histoire administrative de la Grande-Bretagne ; l'administration n'est qu'un ensemble d'institutions, de pouvoirs juridiques et de moyens matériels et humains qui doivent recevoir l'aménagement le plus approprié à la production de la plus grande utilité sociale possible.

Il n'y a donc aucune transcendance du pouvoir administratif, aucune supériorité « essentielle » de ceux qui l'exercent ; ceux-ci et celui-là ne dominent jamais la société, parce qu'ils sont un produit de cette société exclusivement destiné à lui procurer la satisfaction des besoins collectifs.

L'administration n'occupe donc pas une place particulière dans la société ; elle n'a pas besoin de pouvoirs exorbitants, ni d'un régime juridique spécial ; elle peut donc être soumise au droit de tout le monde, le droit commun.

Il faut enfin évoquer un troisième facteur qui a joué un grand rôle : il s'agit de l'importance du *local government* et du faible développement de l'administration centrale, au moins jusqu'au début du xx^e siècle. Les tâches d'utilité sociale ont été traditionnellement assurées par les collectivités locales qui, à la différence de la France, ont pu résister victorieusement aux tentatives centralisatrices de la Couronne. Ces collectivités sont proches des groupements humains qu'elles représentent et dont leurs organes sont issus. Il semble naturel qu'elles soient soumises au même droit et qu'elles relèvent du même juge

que les membres de la collectivité qu'elles représentent et pour le compte de laquelle elles agissent.

B. Le contenu du droit applicable et son évolution

Le principe est que l'administration est soumise au droit commun. Toutefois, il existe un certain nombre d'exceptions à ce principe : ce sont les « privilèges de la Couronne ». Surtout, l'évolution contemporaine a très sensiblement altéré cette situation en favorisant l'émergence d'un véritable droit administratif : l'administrative law. Cette soumission au droit commun de l'administration s'accompagne du contrôle des tribunaux qui peuvent annuler ses décisions par application de notions telles que la mauvaise foi ou le caractère « déraisonnable » de son action (*unreasonableness*).

Les tribunaux peuvent également lui adresser des injonctions de faire ou de ne pas faire, ou bien encore de cesser telle action qu'elle aurait entreprise à tort.

Cependant cette soumission au droit commun n'a jamais été totale. L'administration royale a toujours bénéficié des privilèges de la Couronne.

Ces « privilèges » correspondent en réalité aux activités de souveraineté que seule l'administration peut assurer ; le droit commun ne leur est pas applicable. Il s'agit par exemple du pouvoir de police, du pouvoir fiscal, ou bien encore du pouvoir d'expropriation ou de réquisition. Jusqu'en 1947, la Couronne a même bénéficié de l'irresponsabilité pour les dommages que son action pouvait causer. Mais, il faut bien comprendre qu'il ne s'agit que d'exceptions limitées au principe général de soumission au droit commun et au contrôle du juge.

Totalement différent est le résultat de l'évolution contemporaine de l'administration britannique qui va se traduire par l'apparition d'un véritable droit administratif.

Au début du XIX^e siècle, un auteur britannique, Dicey, affirmait que l'expression *administrative law* était inintelligible pour un esprit anglais. Or aujourd'hui, il existe des enseignements et des manuels de droit administratif en Grande-Bretagne.

La Grande-Bretagne a connu de profondes transformations depuis la crise de 1929 et la deuxième guerre mondiale ; la conséquence en a été le développement de l'interventionnisme de l'État et la création d'une puissante administration centrale ; l'arrivée au pouvoir des travaillistes au lendemain de la guerre, a accentué ce processus ; l'administration s'est dotée de nombreux pouvoirs pour agir dans des secteurs de plus en plus étendus ; elle a créé des organismes spécifiques pour appliquer les lois nouvelles qu'elle faisait voter par le parlement ; peu à peu, la *common law* s'est trouvée en concurrence avec la loi écrite, le *statute*, dont l'importance n'a fait que croître. Pour appliquer ces lois nouvelles, des organismes appropriés ont été créés ; ils ont été dotés de pouvoirs administratifs, mais aussi, très souvent, de pouvoirs juridictionnels ; chargés de mettre en œuvre une politique dans un domaine déterminé, ils ont été également investis du pouvoir de trancher les litiges qui s'élevaient à l'occasion de leur action.

Ainsi a-t-on vu se multiplier ces organismes d'intervention dont les pouvoirs étaient autant administratifs que juridictionnels ; cette situation, en parfaite contradiction avec le principe même de soumission de l'administration à la *rule of law*, a semblé suffisamment sérieuse pour que de nombreuses voix s'élèvent pour réclamer la création d'une juridiction administrative ; cette éventualité, agitée au début des années 60, a finalement été abandonnée au profit de la soumission de ces organismes au contrôle des tribunaux ordinaires ; mais il est significatif de l'évolution qui s'est manifestée qu'un tel projet ait pu être formulé.

En définitive, si la Grande-Bretagne reste attachée au principe d'unité de droit et de juridiction, ce système est désormais fortement tempéré par le développement d'un droit spécifique qui, sous le nom d'*administrative law*, règle une part importante de l'activité de l'administration sous le contrôle partiel, mais réel, d'organismes juridictionnels spécialisés.

§ 2 – LA DUALITÉ DU SYSTÈME JURIDIQUE : LE SYSTÈME FRANÇAIS

Le système français est un système de dualité de droit et de juridictions. Ce sont des considérations historiques qui expliquent la formation et l'évolution de ce système dont il convient de rendre compte dans un premier temps (A) ; mais il est clair que la signification de ce système s'est profondément transformée au fil du temps et qu'elle n'a plus aujourd'hui que d'assez lointains rapports avec ce qu'elle fut à ses origines (B).

**A. Les origines historiques
du système administratif français**

Contrairement aux apparences que suggèrent les grandes lois révolutionnaires et impériales qui sont à la base du système administratif français, celui-ci puise en réalité une partie importante de sa substance dans l'ancien régime monarchique.

La monarchie administrative qui s'est développée en France à partir du début du XVII^e siècle, réussit à s'imposer à tous les pouvoirs concurrents au cours d'une évolution qui semble avoir été symétriquement inverse de celle que connaissait, à peu près à la même époque, la Grande-Bretagne.

La monarchie parvient en effet à établir un pouvoir quasi exclusif et centralisé en écrasant la féodalité, mais aussi en réduisant les autonomies locales qui reposaient sur des franchises municipales remontant souvent au Moyen Âge et que le pouvoir royal récusera. Elle fera enfin régner un pouvoir sans partage en s'affranchissant du contrôle des États généraux qui ne seront plus réunis après 1648. Enfin et surtout, la monarchie et l'administration royale vont entrer en lutte contre les parlements, parlements de province et parlement de Paris qui prétendent juger l'administration royale et même s'opposer à son action : en 1641 un édit royal interdit aux parlements de juger l'administration !

Le conflit durera jusqu'à la fin de l'Ancien Régime et laissera des traces profondes que la Révolution non seulement n'effacera pas, mais dont elle assumera en quelque sorte l'héritage.

En effet, la Révolution soucieuse d'édifier un pouvoir d'État, va prendre le relais de la politique royale et la systématiser. La loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire dont on a célébré, il y a quelques années, le deux centième anniversaire, est sans équivoque à cet égard : « Les fonctions judiciaires sont et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne peuvent à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions. »

Cette interdiction sera renouvelée en termes énergiques par la Convention dans le décret du 16 fructidor an III : « Itératives défenses sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration de quelque espèce qu'ils soient. »

Sur la base de ces textes, et en vertu d'une interprétation de la séparation des pouvoirs propre à la conception française de celle-ci, on va construire un système de règlement des litiges nés de l'action administrative qui donne à l'administration le pouvoir de se juger. On estime en effet que juger l'administration fait partie de la fonction administrative : juger l'administration c'est une autre manière d'administrer.

C'est ainsi qu'en 1790 « les réclamations d'incompétence sont portées au roi, chef de l'administration générale » ; il en est de même pour l'administration territoriale : les nouvelles institutions administratives territoriales, directoire de département et directoire de district, sont chargées de régler les différends qui naissent de l'action administrative qui est mise en œuvre sous leur responsabilité dans leur ressort territorial.

Ce système a très mal fonctionné et devait sombrer dans l'anarchie ; d'où l'effort de reconstruction entrepris par le Consulat en l'an VIII : la constitution confie au Conseil d'État qu'elle crée le soin de proposer au Premier consul la solution des litiges nés de l'action administrative.

Dans le cadre des départements, des Conseils de préfecture, présidés par le préfet, reçoivent une mission identique. Mais

tout au long du XIX^e siècle, une profonde évolution va se produire qui aboutira au vote de la loi du 24 mai 1872 ; celle-ci délègue au Conseil d'État le pouvoir de juger lui-même et le transforme ainsi en une véritable juridiction compétente soit en premier et dernier ressort, soit par la voie de l'appel des décisions des conseils de préfecture, à l'égard de l'ensemble du contentieux suscité par l'action de l'administration.

Plus tard, une évolution de même nature transformera les conseils de préfecture en juridictions indépendantes à l'égard de l'administration, faisant de ceux-ci les ancêtres de nos actuels tribunaux administratifs.

B. La signification du droit administratif

La signification du droit administratif n'est pas la même au début et à la fin de la période historique au cours de laquelle s'est formé le système administratif français.

Il est incontestable qu'au début de la période que nous envisageons, c'est-à-dire au début de la Révolution, la volonté des gouvernants est de soustraire l'administration au contrôle du juge judiciaire et à l'application du droit commun ; le législateur révolutionnaire est pénétré de l'idée que l'État, par nature transcendant par rapport à la société, ne peut être régi par le droit commun ; il lui faut un droit spécial, dérogatoire ; ceci aboutit à une conception particulièrement extensive du champ d'application de ce droit ; échappent en effet au droit commun et à l'intervention du juge ordinaire, les actes de l'administration dont un arrêté du Directoire rappelle qu'au sens des textes fondant la séparation des autorités judiciaires et administratives, ils doivent s'entendre de « toutes les opérations qui s'exécutent par ordre du gouvernement, par ses agents immédiats et avec les fonds fournis par le trésor public ».

Cette définition dépassait largement le cadre de la notion juridique et formelle de l'acte administratif pour englober toutes les opérations matérielles entreprises par l'administration.

Cette conception excessive fut vivement contestée par les libéraux et par les magistrats de l'ordre judiciaire, qui dénoncèrent, à l'instar du procureur général près la Cour de cassation en 1816, « ces idées bizarres qui répugnent à toutes les notions reçues » et qui ont pour résultat de transformer en actes administratifs « des baux, des transactions, des contrats quelconques » échappant à ce titre à la connaissance des tribunaux ordinaires et à l'application du droit commun !

Un siècle plus tard, le fondateur de l'École du service public, le doyen Léon Duguit, écrira : « Des actes qui émanent des agents du gouvernement, et qui, comme tels, échappent au contrôle des tribunaux, voilà, en bref, quelle était la conception impérialiste de l'acte administratif. »

Mais au moment où il écrit, au début du vingtième siècle, la situation a fondamentalement changé. Le fondement et le champ d'application du droit administratif, sont désormais entièrement liés à la nécessité pour l'administration de faire appel à des règles spéciales pour assurer la gestion des services publics ; ces règles sont donc justifiées par leur nécessité pour atteindre un but : le fonctionnement du service public.

Dès lors qu'il n'y a pas de service public, le droit commun retrouve son empire ; mais il en va de même si la gestion du service public ne rend pas nécessaire l'appel aux règles spéciales du droit administratif : on aura recours dans ce cas à la gestion privée du service public.

Cette évolution a sans doute été rendue possible par les transformations des idées qui se sont opérées au cours du XIX^e siècle ; mais il faut insister fortement sur le fait que c'est le juge administratif qui en assurera la transcription en droit positif : c'est ce que l'on veut dire lorsque l'on affirme que le droit administratif français est principalement un droit jurisprudentiel. Mais ceci nous conduit à examiner les caractères du droit administratif.