

DROIT CONSTITUTIONNEL GENERAL

Cours de Monsieur le professeur Denis Baranger

FICHE N°3 : LA QUESTION DES SOURCES EN DROIT PUBLIC

Bibliographie :

- R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat* (1920-1922), rééd. Paris, Dalloz, 2003 ; *La loi, expression de la volonté générale* (1931), rééd. Paris, Economica, 1984.
- M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, 2^{ème} éd., Paris, Sirey, 1929 ; *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^{ème} éd. (1933), rééd. Paris, Dalloz, 2004.
- G. VEDEL, *Droit administratif*, 12^{ème} éd., Paris, PUF, 1992.
- B. STIRN, *Les sources constitutionnelles du droit administratif*, 7^{ème} éd., Paris, LGDJ, 2011.
- P. SERRAND, entrée « Loi », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2008.

I- Perspective historique

DOCUMENT 1 : J. Rivero, « Fin d'un absolutisme », *Pouvoirs*, n°13, 1980, p. 5-15.

DOCUMENT 2 : R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale* (1931), rééd. Paris, Economica, 1984, p. 103-104 et p. 119-124.

DOCUMENT 3 : *Conclusions* du commissaire du gouvernement Latournerie sur l'arrêt du Conseil d'Etat, sect., 6 novembre 1936, *Arrighi*, Rec. Dalloz, 1938, p. 33-37.

DOCUMENT 4 : G. Burdeau, « Le déclin de la loi », *Archives de Philosophie du Droit*, n°8, 1963, p. 35-41.

II- Perspective comparatiste

DOCUMENT 5 : E. Boutmy, *Etudes de droit constitutionnel. France, Angleterre, Etats-Unis*, Paris, Plon, 1885, p. 217-233.

DOCUMENT 6 : E. Zoller, « La mutation des sources du droit constitutionnel », *Revue de droit d'Assas*, n°6, octobre 2012, p. 33-39 (extrait).

III- La théorie des bases constitutionnelles du droit administratif

DOCUMENT 7 : G. Vedel, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », in *EDCE*, 1954, n°8, p. 26-27 et p. 36-43 (extraits).

DOCUMENT 8 : C. Eisenmann, « La théorie des « bases constitutionnelles du droit administratif », *RDP*, 1972, p. 1369-1374 (extrait).

DOCUMENT 9 : G. Vedel, « Préface » in B. Stirn, *Les sources constitutionnelles du droit administratif*, 7^{ème} éd., Paris, LGDJ, 2011, p. v-viii.

DOCUMENT 10 : P. Delvolvé, « L'actualité de la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif », *RFDA*, 2014, p. 1211 (extrait).

DOCUMENT 11 : F. Melleray, « En relisant la décision Conseil de la concurrence », *AJDA*, n°2, 23 janvier 2017, p. 91-94.

DOCUMENT 12 : G. Bigot, « Les bases constitutionnelles du droit administratif avant 1875 », in *Ce droit qu'on dit administratif*, Paris, La Mémoire du droit, 2015, p.121-148 (extrait).

DOCUMENT 13 : J. Chevallier, « le droit administratif entre science administrative et droit constitutionnel », in *Le droit administratif en mutation*, PUF, 1993, p. 17-25 (extrait).

JEAN RIVERO

*Fin d'un absolutisme**

Les institutions, à la différence des satellites, demeurent rarement sur l'orbite où leur créateur avait entendu les placer. Elles échappent à la volonté du Constituant ou du Législateur qui leur a donné vie. L'événement, le milieu, la personnalité des hommes qui les incarnent déterminent leur trajectoire. Ainsi du Conseil constitutionnel. Le père spirituel de la Constitution de 1958, qui n'avait pas, pour les juristes, un goût excessif, n'avait sans doute pas pressenti qu'en « plaçant certains des votes du Parlement sous le contrôle d'un Conseil constitutionnel tout justement appelé à la vie » (1), il allait parachever la construction, en France, de l'Etat de droit, en rendant effective la soumission du Législateur souverain à la règle qui fonde son pouvoir et en le contraignant par là au respect des libertés publiques. Vingt années ont suffi à rendre caduque une tradition vieille d'un siècle et demi, et que quatre Républiques semblaient

* Cet article a été écrit durant l'été 1980. Si on n'a pas cru nécessaire, à l'occasion de la présente réédition, de le remanier pour l'actualiser, c'est que l'évolution n'a fait qu'en confirmer les conclusions. Le changement de majorité de 1981 aurait pu être fatal au Conseil constitutionnel. La gauche, dans l'opposition, ne lui avait pas épargné les critiques, et sa suppression avait été proposée, quitte à le remplacer par une « Cour constitutionnelle » dont le statut et le rôle n'avaient guère été précisés. Mais, parvenue au pouvoir, la gauche a respecté l'institution. Certes, la censure qui a frappé la loi de nationalisation a suscité, de la part de nombre d'élus de la nouvelle majorité, protestations et menaces. Mais le Gouvernement, fidèle à l'exemple de ses prédécesseurs, a eu la sagesse de se conformer à la décision, puis à toutes celles qui l'ont suivie. Bien plus : lorsqu'il s'est agi de donner à la Haute Autorité de la Communication audio-visuelle un statut propre à garantir son indépendance, on lui a transposé celui du Conseil constitutionnel. Enfin, en choisissant pour le présider l'homme qui incarne la fidélité d'une certaine gauche aux valeurs de la tradition libérale, le chef de l'Etat a implicitement souligné l'importance qu'il attache désormais à l'institution, et ratifié la mission de gardienne des libertés qu'elle s'est assignée (février 1986). Le recours au Conseil est devenu, pour les oppositions, l'ultime moyen de contester une loi qu'elles ont combattue en vain : comment les majorités du jour, qui savent qu'elles peuvent être les minorités du lendemain, porteraient-elles atteinte à un droit dont elles auront besoin si elles perdent le pouvoir ? Il pouvait paraître audacieux d'écrire en 1980 : « La Haute Instance a trouvé, dans l'ensemble institutionnel, une place qu'il semble désormais impossible de laisser vide »... Après l'épreuve de l'alternance, la même phrase n'est plus que le constat d'une évidence.

Les quelques notes de 1986 sont signalées par des astérisques (*).

(1) Charles de GAULLE, *Mémoires d'espoir*, t. I, p. 35.

Pouvoirs — 13, 1991

avoir sacralisée. C'est cette étonnante aventure institutionnelle, et ses retombées au profit de la liberté des citoyens, qu'on voudrait évoquer.

I

Il faut, au risque de rappeler des évidences, revenir à 1789, à la Déclaration, et à travers elle, à Rousseau. La Loi est l'expression de la volonté générale. Comme tous les citoyens participent à son élaboration, et que nul ne peut vouloir s'opprimer lui-même, elle ne peut, par nature, être oppressive. A elle, dès lors, selon la Déclaration, de déterminer les cas et les formes de l'accusation, de l'arrestation, de la détention (2), à elle d'« établir l'ordre public » (3), de définir les abus qui restreignent le droit à la libre communication des pensées et des opinions (4) : elle ne le fera que dans les strictes limites du nécessaire.

Confiance absolue et inconditionnelle dans la vertu libérale de la Loi ? Pourtant, à travers la Déclaration elle-même, et la Constitution de 1791, une inquiétude se glisse. Affirmer que « la Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société » (5), n'est-ce pas sous-entendre qu'il ne serait pas impossible, après tout, qu'elle en défendît d'autres et qu'il y a, au-dessus d'elle, un Droit qui limite son pouvoir ? L'inquiétude est plus explicite encore dans la disposition du titre I^{er} de la Constitution de 1791, selon laquelle « le Pouvoir législatif ne pourra faire aucune loi qui porte atteinte et mette obstacle à l'exercice des Droits naturels et civils garantis par la Constitution ». L'interdiction ainsi formulée suppose l'éventualité d'une transgression.

Ainsi, l'impossibilité structurelle d'une oppression par la Loi s'estompe, et la pyramide des normes juridiques se dessine clairement : au sommet, les droits de l'homme, naturels, inaliénables et sacrés tels que la Déclaration les a définis ; au-dessous, la Constitution, qui, par la garantie qu'elle leur donne, transforme les droits « naturels, en droits civils » (6), enfin la Loi, qui trouve sa limite dans le respect des droits « garantis par la Constitution ».

Seulement — et là reparaissent l'héritage de Rousseau, et la confiance dans la Volonté générale —, aucun gardien n'est chargé de

(2) Déclaration des droits de l'homme, article 7.

(3) Déclaration, article 10.

(4) Déclaration, article 11.

(5) Déclaration, article 5.

(6) Constitution de 1791, titre I^{er}, Dispositions fondamentales.

II

Les auteurs de la Constitution de 1958, en créant le Conseil constitutionnel, ont-ils voulu donner, à la subordination théorique de la Loi à la Constitution, la sanction propre à la rendre effective qui lui avait toujours fait défaut ? Leur perspective initiale a été sans doute plus précise et plus limitée : le contrôle de constitutionnalité, dans leur esprit, semblait n'être qu'une des multiples techniques destinées à rétablir vis-à-vis du Parlement l'autorité du Gouvernement, une pièce étroitement dépendante de l'ensemble constitutionnel qu'ils mettaient en place.

Ainsi ne faut-il pas s'étonner du peu d'enthousiasme avec lequel fut accueillie la nouvelle institution. La critique des adversaires du régime allait de soi : leur hostilité à l'égard du Conseil constitutionnel se fondait dans l'hostilité globale que leur inspirait l'ensemble des dispositions qui tendaient à mettre fin à la souveraineté parlementaire. A l'inverse, les défenseurs du contrôle de constitutionnalité, et parmi eux la majorité des représentants de la Doctrine, avouaient leur déception. Déception quant à l'institution elle-même : la diversité de ses attributions, parmi lesquelles le contrôle de la Loi ne paraissait pas tenir la place essentielle, lui conférait un caractère hybride, le mode de désignation de ses membres ne garantissait *a priori* ni leur compétence juridique, ni leur indépendance vis-à-vis des assemblées ou du président. Déception quant à la saisine : comment espérer que les deux chefs de l'Exécutif, inspirateur, dans le nouveau régime, de la quasi-totalité des lois, et les présidents des assemblées dont la majorité aurait adopté le projet à elles soumis, seraient amenés à en contester, devant le Conseil, la constitutionnalité ? Déception, enfin, quant aux modalités mêmes du contrôle, limité à une prévention enfermée dans un délai trop bref, excluant toute possibilité de contestation une fois le texte promulgué. Faut-il ajouter que le Conseil, récusé dans son principe par les fidèles de la souveraineté parlementaire, critiqué par la majorité des juristes, ne fut pas accepté sans réticences par les grands corps de l'Etat, peu soucieux de devoir partager leur prestige et leur autorité avec un nouveau venu qui, de surcroît, prenait le pas sur eux dans l'ordre des préséances ?

En définitive, on a pu légitimement penser, à cette époque, que les vraies missions du Conseil se limitaient à éviter que les lois organiques et les règlements des assemblées, seuls textes soumis de plein droit à son examen, vinssent restituer sournoisement au Parlement une part de l'autorité perdue, et à l'enfermer, par les procédures de l'article 37, al. 2 et de l'article 41, dans les strictes limites

imposées à la compétence du législateur. Quant à espérer que le contrôle pourrait servir la protection des libertés, qui s'y serait hasardé ? Il aurait fallu, pour autoriser cet espoir, que l'acte constitutionnel réaffirmât de façon certaine les droits et les libertés des citoyens. Or, comment voir, dans la brève et banale référence du Préambule à la Déclaration de 1789 et au préambule de 1946, non pas une formule rituelle, mais une intégration des libertés fondamentales à l'ordre constitutionnel ?

(...)

1. — Nous avons jusqu'à présent parlé du pouvoir législatif comme s'il n'en existait point d'autre au-dessus de lui, du Parlement comme s'il était l'organe suprême, de la loi comme si elle était le statut primordial de la communauté nationale. Nous avons même qualifié la loi d'inconditionnée et le pouvoir législatif de souverain (V. notamment p. 91). N'est-ce point méconnaître que le pouvoir législatif et la loi sont précédés, dominés, limités, et en un mot conditionnés, par la Constitution, de qui l'on a dit souvent qu'elle est la loi qui crée le pouvoir législatif lui-même, de qui les fondateurs de la *Stufentheorie*, à leur tour, disent actuellement qu'elle crée au degré supérieur un droit antérieur au droit créé par la législation, celle-ci étant à un degré subalterne l'application du droit constitutionnel qui a réglé la confection des lois? Si les normes du degré législatif procèdent ainsi de celles préalablement établies par la Constitution, comment pourrait-on maintenir à la loi la qualification de règle autonome et initiale?

A cette objection tirée de la supériorité du pouvoir constituant et de la distinction ou gradation qui en résulte entre lois constitutionnelles et lois ordinaires, il y a lieu de répondre que la séparation du pouvoir constituant et du pouvoir législatif ne peut guère s'épanouir, ni fonctionner d'une façon franche et régulière, dans les milieux étatiques où s'est implantée l'idée que la loi est l'expression de la volonté générale, celle-ci trouvant sa représentation dans le Parlement. A vrai dire, une distinction entre lois constitutionnelles et lois ordinaires ne se conçoit pas dans de

telles milieux. Car, la volonté générale est toujours égale à elle-même, c'est-à-dire toujours souveraine, quel que soit l'objet auquel elle s'applique. Le Parlement, par cela seul qu'il la représente, se trouve donc logiquement qualifié pour édicter, à tout moment, aussi bien les règles par lesquelles s'organise l'exercice de la puissance de la communauté, que celles se rapportant à d'autres objets. La loi, en tant qu'œuvre de volonté générale, devient elle-même un statut de la plus haute espèce, qui ne comporte point de statut d'une essence supérieure à la sienne. Bref, la base même de toute différenciation véritable entre lois constitutionnelles et lois ordinaires s'évanouit.

2. — Depuis la Révolution, l'affirmation de la séparation du pouvoir constituant et du pouvoir législatif n'a cessé, en France, de tenir une large place dans les propos des hommes politiques et dans la littérature juridique elle-même. Sur la foi des discours prononcés originairement à l'Assemblée nationale de 1789, l'on s'est habitué à présenter cette séparation comme l'une des pièces capitales de notre système d'organisation des pouvoirs. Peut-être s'est-on trop fié en cela à des apparences. Si l'on était descendu au fond des choses, force aurait été de reconnaître que la séparation en question a été, dès les débuts datant de l'époque révolutionnaire, et est, aujourd'hui encore, plus nominale que réelle. Dans la Constitution de 1875, elle se réduit à bien peu de chose, et ce n'est pas forcer la vérité que de dire que les Chambres sont maîtresses des lois constitutionnelles comme des lois ordinaires. Or, parmi toutes les constatations relatives à la puissance parlementaire actuelle, il n'en est pas de plus impressionnante que celle-là : c'est bien elle qui nous donne le plus fortement à penser que la Constitution de 1875 a traité le Parlement en représentant de la volonté générale.

(...)

14. — Ce silence des textes constitutionnels de 1875 est notamment à remarquer en ce qui concerne les droits individuels des particuliers dans leurs rapports avec les organes et autorités étatiques. Sans doute, il faut, à l'égard de ce que l'on appelle les libertés publiques, faire la part de la confiance qu'ont mise les auteurs de notre Constitution dans la force des idées et des mœurs politiques suscitées en France par les principes de 1789. Toutefois, il faut aussi convenir qu'en comptant ainsi sur les traditions et sur l'état d'esprit du peuple français et en s'abstenant de déterminer par des textes précis les droits réservés aux citoyens, ils ont continué, ici encore, à faire acte d'abandon plutôt que de pouvoir constituant. Nous avons déjà observé (p. 108) que la tradition, quelle que soit la force des obstacles qu'elle est capable d'opposer, en fait, aux Législatures, ne suffit point à lier juridiquement le législateur. Soutenir que les droits des Français puisent leur valeur présente dans les précédents coutumiers venus de la Déclaration originaire de 1789, c'est reconnaître que la Constitution de 1875 ne les a pas constitutionnellement garantis.

Mais ce n'est pas seulement sur la tradition que s'est reposée la Constitution de 1875 en cette matière. Son abstention a aussi pour cause le concept qui a été réintroduit par elle dans notre droit public touchant la qualité en laquelle le Parlement légifère : un concept d'où il résultait, en effet, que, dans la question des droits individuels, la Législature, parce qu'elle exprime la volonté générale, est aussi qualifiée qu'une Constituante pour poser des règles, qui, d'une façon comme de l'autre, sont envisagées comme des manifestations représentatives de cette volonté souveraine. En d'autres termes, la Constitution de 1875 s'en est remise au Parlement pour la réglementation des droits à réserver aux particuliers. En quoi elle n'a fait que suivre la méthode qui avait été employée, dès le début, par la Constitution de 1791.

Celle-ci, il est vrai, prescrivait, en son titre I^{er}, que « le pouvoir législatif ne pourra faire aucunes lois qui portent atteinte et méitent

obstacle à l'exercice des droits naturels consignés dans le présent titre et garantis par la Constitution ». Mais, d'une part, la Constitution de 1791 laissait sans sanction cette prohibition limitative imposée au Corps législatif; notamment, elle n'organisait aucun moyen juridique permettant aux intéressés de former un recours, pour cause d'inconstitutionnalité, contre les lois qui lésaient les droits qu'elle prétendait leur avoir « garantis ». Et, d'autre part, la suite de ce même titre I^{er} réservait au Corps législatif le pouvoir de déterminer par ses lois les restrictions que comportent, à l'encontre de l'exercice de la liberté individuelle, soit les exigences de « la sûreté publique », soit le respect dû aux « droits d'homme », soit enfin, et d'une façon générale, la nécessité de défendre l'ordre public « contre les actes qui seraient nuisibles à la société » : ce qui revenait à donner au législateur une faculté illimitée d'appréciation et de décision pour la réglementation des conditions d'exercice, de l'étendue et, finalement, de la consistance même des franchises reconnues aux citoyens.

Pas plus que la Constitution de 1791, nos Constitutions ultérieures n'ont précisé, d'une façon catégorique, à l'encontre du législateur, la portée effective des droits individuels des Français. Leurs dispositions à cet égard s'analysent, comme celles de la Déclaration de 1789, en des énonciations de principes plutôt qu'en des consécrationes expresses de droits, c'est-à-dire de pouvoirs juridiques individuels susceptibles d'être invoqués par les intéressés devant un juge et de faire l'objet d'une reconnaissance juridictionnelle qui en assure le respect. On a bien dit que les principes contenus implicitement dans les dispositions constitutionnelles qui dressaient la liste des droits des Français, ont eu pour le législateur la valeur de directives auxquelles il ne devait point contrevenir. Mais, faute d'avoir tracé nettement les contours des droits qu'elles se bornaient à énoncer, nos Constitutions ont, en réalité, laissé le législateur maître d'opérer, sous sa propre appréciation, la mise en œuvre de leurs principes relatifs aux libertés individuelles, de dégager par ses lois les conséquences qu'il convient d'en déduire, et, par suite, de régler de sa libre puissance les droits dont l'organe constituant n'avait fait qu'ébaucher la détermination. En sorte que juridiquement le rôle du juge, en ce qui concerne ces droits, a consisté à appliquer non plus les maximes principielles, abstraites et vagues, qu'avait énoncées la Constitution, mais seulement les textes législatifs qui sont venus donner à ces maximes une réalisation positive.

Tels étaient les précédents traditionnels, devant lesquels se sont trouvés placés les constituants de 1875. Or, du moment qu'il était devenu de tradition que le Corps législatif fixe par les lois le *quale* et le *quantum* des droits individuels à déduire des principes de 1789, on ne saurait s'étonner que les auteurs de la Constitution de 1875 se soient abstenus d'aborder à nouveau ce sujet. Les principes de 1789 étaient trop connus, trop incontestés, pour qu'il fût besoin de les rappeler; et quant à leur mise en œuvre, on était habitué à considérer que c'était là affaire de législation. Le rôle du Parlement en cette affaire ne pouvait s'amoindrir sous un régime où inévitablement la prépondérance parlementaire était appelée à grandir. Sur ce point, comme sur tant d'autres, la Constitution de 1875 s'en est remise, par son silence, à la puissance législative des Chambres.

15. — Depuis qu'une campagne, sourde ou avouée, s'est ouverte en France contre la toute puissance parlementaire, l'un des moyens employés pour restreindre cette haute puissance a consisté à revendiquer pour les particuliers le droit de se pourvoir, tout au moins par voie d'exception, contre les lois qui porteraient atteinte à l'un des droits individuels qui leur sont réservés par l'ordre constitutionnel en vigueur. La thèse qui a été soutenue en ce sens, se résume dans l'affirmation qu'il appartient à tout juge saisi d'un litige de s'assurer, avant d'appliquer le texte de loi qui solutionne l'espèce litigieuse, que la disposition contenue dans ce texte n'entre pas en contradiction avec une prescription constitutionnelle. Si le juge estime que le texte législatif applicable à l'espèce a violé la Constitution, il doit, a-t-on dit, refuser d'en faire application, attendu que, dans ce conflit entre deux lois douées de puissance inégale, il s'impose d'admettre que la loi du degré plus élevé, c'est-à-dire la loi constitutionnelle, doit prévaloir sur la loi ordinaire, qui est de qualité moindre. Cette doctrine implique que les tribunaux sont appelés par la nature même de leur fonction à appliquer aussi bien les lois constitutionnelles que la législation simple; elle implique même qu'il rentre dans leur office d'interpréter la Constitution, en vue de résoudre les difficultés qui peuvent s'élever sur la portée de ses dispositions, notamment en tant qu'il s'agit d'apprécier si telle de ses dispositions interdisait ou non au législateur d'édicter la prescription dont l'espèce litigieuse actuelle appelait sans cela l'application immédiate. Ainsi se trouverait limitée

la puissance du législateur par la faculté qu'aurait le juge de mettre hors fonction les lois qui contreviennent à la Constitution, telle qu'elle est interprétée par l'autorité juridictionnelle elle-même.

On verra plus loin les objections capitales que suscitent les principes généraux du droit public français à l'encontre de la thèse qui prétend trouver dans la notion même de pouvoir juridictionnel la justification d'un droit et d'un devoir, pour le juge, de contrôler la constitutionnalité des prescriptions émises par les lois. Pour le moment, il suffit d'observer que, même si cette thèse était fondée en soi, elle demeurerait dénuée d'intérêt pratique, dans l'état actuel de la Constitution française, attendu que la Constitution de 1875, n'ayant pour contenu que des règles d'organisation des pouvoirs et étant totalement muette sur le statut juridique des particuliers, ne fournit pas à ceux-ci la matière de recours pour cause d'inconstitutionnalité contre les lois, ni davantage au juge l'occasion de relever des conflits entre les lois applicables à leurs différends d'ordre privé, ou à leurs litiges avec l'État, et les textes constitutionnels.

16. — Les auteurs qui s'efforcent d'introduire en France l'institution du contrôle juridictionnel sur les lois, ont bien senti qu'en l'état de notre Constitution, leurs efforts étaient condamnés à demeurer dénués d'effet utile. Dans le but de, remédier à l'indigence de la Constitution de 1875 en ce qui concerne le droit des particuliers et pour ouvrir à ceux-ci la possibilité, qui leur a totalement fait défaut jusqu'ici, de former contre les lois des recours fondés sur des griefs d'inconstitutionnalité, certains auteurs ont recouru à un moyen audacieux, qui consiste à soutenir que ce n'est pas seulement dans les textes constitutionnels que le juge doit puiser les éléments d'appréciation de la validité des lois. C'est ainsi que nous avons vu poindre récemment une doctrine suivant laquelle la puissance législative du Parlement serait juridiquement limitée, d'une part, par des principes qui, bien que non inscrits dans la Constitution, peuvent, a-t-on dit, et même doivent être regardés comme formant la base implicite de tout notre système de droit public et étatique, par exemple le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires, celui de la hiérarchie des fonctionnaires, etc., et, d'autre part, par des principes d'un ordre plus élevé encore, qui sont ceux dont l'école des Doctrinaires disait, il y a un siècle, qu'ils

tirent leur supériorité transcendante de la plus haute de toutes les souverainetés, celle de la justice et de la raison, en sorte qu'ils dominaient non seulement le législateur, mais la Constitution elle-même. Les défenseurs de ces idées ajoutent que c'est au juge qu'il appartient, à l'occasion et au cours des litiges dont il est saisi, de rechercher, de reconnaître et de formuler ces principes fondamentaux ou suprêmes, comme aussi de dénier la légitimité, et le droit à être appliquées, aux lois qui les auraient méconnus.

17. — En somme, cette thèse revient à dire que nos tribunaux sont appelés à faire par leurs jugements la Constitution qui nous manque présentement. Il suffit d'énoncer cette conclusion pour démontrer ce qu'ont d'inacceptable les idées d'où elle découle. Elle se heurte à la conception traditionnelle du pouvoir juridictionnel, telle qu'elle a été introduite par la Révolution et maintenue, depuis lors, dans notre droit public. De cette conception qui a engendré chez nous l'un de ces principes mêmes qui viennent d'être invoqués et caractérisés comme base du droit public français, il résulte que le juge, ayant pour premier et inéluctable devoir juridique d'appliquer les lois, ne saurait — comme le spécifie l'article 127 du Code pénal — pour des motifs pris en dehors de la législation elle-même, se refuser à tenir compte d'une loi qui a été régulièrement promulguée. Admettre que les tribunaux puissent mettre les lois hors d'application par cela seul qu'ils leur opposeraient des causes d'invalidation tirées de principes ou de préceptes dont ils seraient maîtres de dresser la liste et d'établir la supériorité en vertu de leur libre appréciation, ce serait, en réalité, leur conférer sur l'œuvre du législateur une faculté d'examen et de censure qui, finalement, ferait dépendre l'efficacité de toute cette œuvre de leur puissance discrétionnaire. Cette puissance deviendrait même illimitée : car il n'est guère de loi introduisant des innovations ou des réformes importantes qui, dans ces conditions, ne se prêterait à quelque contestation portant sur sa légitimité ; et le juge, pour peu qu'il soit hostile à une nouveauté législative, parviendrait trop souvent à faire valoir quelque raison d'ordre soi-disant supérieur qui lui fournirait le moyen de se soustraire à son application. Comment croire que l'autorité juridictionnelle possède, dans notre droit public, une telle puissance. la puissance de contrecarrer et de paralyser les décisions législatives des Chambres, alors que cette autorité n'est même pas nommée par les textes constitutionnels de 1875 ? Et, s'il ressort

alors manifestement de cette prétention du pouvoir judiciaire que la Constitution de 1875 a placée les juges dans la même position de subordination que les autorités administratives vis-à-vis du législateur, comment pourrait-on souscrire à la thèse des auteurs qui prétendent qu'il serait aujourd'hui au pouvoir de nos tribunaux de renverser tout notre ordre hiérarchique constitutionnel, remontant jusqu'aux origines révolutionnaires, par le seul moyen d'une évolution de jurisprudence, laquelle consisterait de leur part à affirmer leur droit de scruter la légitimité des lois en vue d'apprécier si, d'après leurs propres conceptions morales, sociales ou autres, elles méritent application, et qui leur permettrait ainsi de s'égaliser, de leur propre mouvement, au législateur?

DOCUMENT 3 : Conclusions du commissaire du gouvernement Latournerie dans l'arrêt du Conseil d'Etat, sect., 6 novembre 1936, Arrighi, Rec. Dalloz, 1938, p. 33-37.

des charges financières de l'Etat et d'aider au rétablissement de l'équilibre budgétaire par leurs répercussions sur les dépenses de l'exercice 1934 ou des exercices suivants (1) (L. 28 févr. 1934, art. 36). — 2^e espèce.

Ainsi le gouvernement n'a pas excédé les pouvoirs exceptionnels qu'il tenait de la disposition législative susrappelée en modifiant, dans un intérêt d'économie la législation relative à la mise à la retraite des fonctionnaires (2) (Id.). — Id.

3^o Peuvent être admis à la retraite d'office, par application de l'art. 2 du décret du 10 mai 1934, les fonctionnaires ayant accompli plus de trente ans de services civils et militaires : si, en effet, il est nécessaire que les intéressés justifient d'un nombre d'années de service au moins égal au minimum exigé pour l'ouverture du droit à pension d'ancienneté, les services militaires accomplis dans les armées de terre et de mer concourent avec les services civils pour la détermination du droit à pension, aux termes de l'art. 12 de la loi du 14 avril 1924 (3) (L. 14 avril 1924, art. 12; Décr., 10 mai 1924, art. 2). — 2^e espèce.

M. le commissaire du gouvernement Latournerie a présenté sur les deux affaires ci-après, les conclusions suivantes :

§ 1^{er}.

« Aux termes de l'art. 2, § 3, du décret-loi du 4 avril 1934, modifié par le décret du 10 mai 1934, « pourront... être mis à la retraite d'office, avec droit à pension d'ancienneté, les fonctionnaires justifiant d'un nombre d'années de services au moins égal au minimum exigé et qui seront, du fait de leur admission à la retraite d'office, dispensés de la condition d'âge ». C'est par application de ce texte que, par décision ministérielle du 26 juin 1934, contre laquelle a été formée la requête du sieur Arrighi, celui-ci, alors agent militaire, a été admis d'office à la retraite à partir du 30 juin 1934.

A

« I. — Il est constant que, si, dans le cas des militaires qui, après avoir obtenu une pension proportionnelle ont — comme c'est le cas du requérant — fini leur carrière dans un emploi civil, on tient compte, pour l'application du texte précité, des services militaires, non moins que des services civils, le sieur Arrighi était sujet à la mise à la retraite d'office. Car il comptait, au 30 juin 1934, plus de trente années de service, condition suffisante pour que le ministre pût le rayer des cadres de l'activité. Mais la thèse du requérant est précisément de soutenir que les services militaires rémunérés par la pension proportionnelle ne doivent pas, à cet égard, entrer en compte.

« II. — Ce moyen ne saurait être admis.

« Il résulte en effet, des prescriptions combinées des art. 12

et 13 de la loi du 14 avril 1924, vous l'avez jugé par l'arrêt *Le Layec*, du 9 févr. 1933 (*Rec. des arrêts du Cons. d'Etat*, p. 176) — que, si les services déjà rémunérés ne comptent pas pour la liquidation, il en va autrement pour la détermination du droit à pension.

B

« I. — Le sieur Arrighi ne se borne d'ailleurs pas à soutenir, à tort, que la décision contestée a fait une fausse application des prescriptions de l'art. 2 des décrets de 1934. Il prétend, en outre, que ces décrets eux-mêmes ont fait une fausse application des prescriptions de l'art. 36 de la loi du 28 févr. 1934, en exécution duquel ils ont été pris. Cet article n'autoriserait, en effet, que des réformes spéciales à l'exercice 1934 et non des réformes à effet durable, du type de celle qu'ont opérée les décrets en question.

« II. — Mais ce moyen n'a pas plus de fondement que le précédent. Cette interprétation de l'art. 36 de la loi de 1934 a été en effet condamnée par des arrêts récents.

C

« I. — Remontant d'un degré encore dans ses critiques de légalité — et c'est ici que la requête soulève une question dont l'importance n'est pas minime — le sieur Arrighi soutient en effet que ces prescriptions de l'art. 36 sont elles-mêmes entachées d'illégalité, qu'elles sont inconstitutionnelles. Investi par l'art. 4^{er} de la loi constitutionnelle du 23 févr. 1873, du pouvoir législatif, le Parlement ne pouvait, en effet, dit-il, s'en dessaisir valablement au profit de l'autorité exécutive.

« C'est la thèse même que, par la requête 46.603, soutient, de son côté, la dame Coudert, ancienne institutrice, admise elle aussi à la retraite d'office par application du décret-loi du 4 avril 1934 et des textes modificatifs.

« Le juge de l'excès de pouvoir a-t-il compétence pour vérifier si une loi est constitutionnelle et, dans le cas où cette question devrait se résoudre par l'affirmative, pour dénier toute force exécutoire aux lois qui se présentent ce caractère ?

§ 2.

« Il ne saurait être sérieusement soutenu en France, qu'à supposer qu'il existe un contentieux de la validité de la loi — il serait paradoxal de dire de l'illégalité de la loi — il puisse se présenter sous la forme d'un contentieux de l'annulation ou, même, d'un contentieux de l'indemnité.

« Mais il en est autrement en ce qui concerne le contentieux de l'exception de validité.

« Cette question est d'ailleurs, dans ces dernières années, sortie du domaine des questions d'école. Agitée déjà devant les tribu-

naux, au cours de l'année 1925, à propos de la loi du 25 mars 1914, relative aux pouvoirs des commissions parlementaires d'enquête, elle a été, tant devant le Parlement que dans la doctrine, abondamment controversée à l'occasion des lois qui, à plusieurs reprises, ont étendu extraordinairement, d'aucuns disaient : irrégulièrement — et les deux requêtes dont vous êtes saisis ne font que vous apporter un écho de cette opinion — les pouvoirs réglementaires de l'exécutif.

« Avez-vous, comme on vous y convie, le pouvoir d'exercer sur la loi — seulement d'ailleurs sur exception — un contrôle analogue à celui auquel vous soumettez, comme juges de l'excès de pouvoir, les actes administratifs ? »

A

« L'opinion qui, à cette question, répond par la négative, a coutume de présenter cette solution comme dérivant du principe de la séparation des pouvoirs.

« Mais, si l'on envisage ce principe abstraitement en quelque sorte, il s'en faut qu'il conduise nécessairement à cette solution.

« De ce principe, il existe, en effet, deux conceptions nettement distinctes.

« Dans la première, que présuppose l'opinion que nous envisageons, il se présente, à la vérité, comme un cloisonnement des divers pouvoirs, sans communication ni action réciproque entre eux.

« Mais la seconde conception, au contraire, admet une action réciproque, tendant à opérer la limitation de ces pouvoirs les uns par les autres. Bien loin d'être en contradiction avec le principe en question, cette action réciproque est, dans cette conception, le moyen même des fins de ce principe et, par suite, son affirmation même. Tout ce qu'exige alors le principe, c'est que l'action que chaque pouvoir a sur les autres ne s'opère, comme on l'a dit, que « par l'exercice de sa propre fonction ».

« Or, c'est une règle de droit bien établie que le juge de l'action est le juge de l'exception.

« Lorsqu'un régime juridique établit dès lors une hiérarchie entre les lois, c'est-à-dire lorsqu'il existe ce qu'on a appelé une « super-légalité » ou encore une « loi des lois », le juge, dans cette seconde conception, ne fait rien que de conforme à sa mission pourvu que sa décision n'ait d'effet que sur le procès auquel elle s'applique — en faisant céder, le cas échéant à la loi supérieure celle du degré inférieur. Il ne fait, en effet, en pareil cas, que statuer sur un conflit de lois qui ne diffère guère par nature d'autres conflits qui se présentent devant lui entre lois égales : conflits dans le temps (théorie de l'abrogation et de la rétroactivité); conflits dans l'espace (théorie de la personnalité ou de la territorialité des lois). Si le juge ne refusait pas, en pareil cas, à la loi inférieure la sanction de son autorité, ne renverserait-il d'ailleurs pas l'ordre de la hiérarchie légale en permettant à la loi inférieure d'offusquer la loi supérieure et en réglant la force exécutoire des lois, non d'après leur nature, mais seulement d'après leur date ?

« C'est par des raisonnements de ce genre, sans réplique en logique pure, que le contrôle de la constitutionnalité s'est établi en Amérique dès longtemps, par le célèbre arrêt *Marbury c. Madison* et plus récemment en Roumanie, ainsi que dans divers autres Etats.

B

« Mais ce n'est pas dans de telles considérations de logique pure qu'en France, tout au moins, la solution doit être cherchée. Le principe de la séparation des pouvoirs présente chez nous, en effet, un aspect très spécial que lui ont imprimé les circonstances historiques particulières. Nous devons les rappeler sommairement.

I

« Affirmé dans cet art. 16 — qu'invoque expressément le sieur Arrighi — de la déclaration des droits de 1789, quel sens attache-t-on alors à ce principe ?

« La conception en est entièrement dominée par la souveraineté de la loi.

« Nous n'avons pas à examiner ici en détail le rôle que jouèrent sur ce point la doctrine d'alors, et notamment les idées du philosophe de Genève.

« On sait à quel degré d'absolutisme il portait cette souveraineté, au nom de la volonté générale et par quelles formules catégoriques il a présenté, à ce propos, comme des axiomes certaines affirmations, dont la vérité a depuis paru un peu moins évidente.

« Nul n'est injuste envers lui-même », « La volonté générale ne peut errer », « Le souverain, par le seul fait qu'il est, est toujours ce qu'il doit être ». Comment la notion d'une loi infaillible et conduite au juste, ainsi qu'on l'a dit, par un « vrai déterminisme du bien », s'accommoderait-elle d'un contrôle même de magistrats élus ? Un tel contrôle serait un « scandale ». Et telle est bien la réaction des assemblées révolutionnaires devant l'idée d'un tel contrôle.

« A cette considération de doctrine constitutionnelle s'ajoutaient, d'ailleurs, les préjugés qu'avaient inspirés, comme on l'a maintes fois rappelé, à des assemblées novatrices des parlements hostiles aux réformes.

« C'est par cette adjonction d'influences que s'expliquent tant les interdictions portées par les art. 10 et 11 de la loi du 16-24 août 1790 que le refus aux juges — par la procédure dite du référé législatif — même du pouvoir d'interpréter la loi.

« On ne saurait dès lors s'étonner que, par la décision du 11 fruct. an 5, la Cour de cassation ait interdit aux juges de faire « la critique de la loi » et qu'un autre arrêt du 18 fruct. an 5, ait formellement condamné tout contrôle. Le jugement censuré avait cru cependant pouvoir s'appuyer sur l'art. 377 de l'acte constitutionnel, « où le Peuple français (avait) remis la Constitution à la fidélité du corps législatif, du directoire exécutif, des administrateurs et des juges, à la vigilance des pères de famille, aux épouses et aux mères, à l'affection des jeunes citoyens et au courage de tous les Français ». Mais la Cour de cassation, implacablement, a vu là, « l'effet d'une erreur coupable ». « On ne peut voir, dit-elle, en effet, dans cette phrase touchante, qu'une invitation aux fonctionnaires publics de bien remplir leurs devoirs, aux parents de faire connaître la constitution à leurs enfants, à ceux-ci de l'aimer et à tous de la défendre ».

II

« 1. — On sait que sous les constitutions du Consulat et de l'Empire, si, sous l'inspiration de Siéyès, qui avait, dès l'époque du Directoire, fait de la conception absolue de la souveraineté de la loi une assez vive critique, un certain contrôle fut admis, ce fut uniquement — c'est bien en ce sens que l'art. 127, C. pén., paraît devoir l'interpréter — par l'organe du Sénat. La jurisprudence n'eut donc pas à se modifier. V. Cass. civ. 25 mai 1814 (S. chr.).

« 2. — Quoi qu'on en ait dit, d'autre part, l'arrêt de la chambre criminelle du 11 mai 1833 (S. 1833. 1. 337; P. chr.) et celui de la chambre des requêtes du 18 avril 1833 (S. 1833. 1. 371) ne paraissent pas avoir innové sur ce point (le premier admet toutefois le contrôle de l'existence de la loi).

« 3. — Le contrôle proprement dit, celui de la constitutionnalité, paraît, au contraire, avoir été nettement admis en 1831 par deux arrêts de la chambre criminelle du 15 mars 1831 (S. 1831. 1. 214; P. 1831. 1. 536) et du 17 nov. 1831 (S. 1831. 1. 707; P. 1832. 1. 176).

« 4. — Le second Empire revient à cet égard, à un état de droit semblable à celui du premier Empire.

« Car l'arrêt de la Cour de cassation du 15 avril 1863 (S. 1863. 1. 350; *Refonté Sirey*), qui d'après certains, serait favorable au contrôle, ne paraît pas avoir la portée qui lui est ainsi attribuée.

« 5. — Il en va de même pour l'arrêt *Pelletier*, rendu par le Tribunal des conflits le 30 juill. 1873 (S. 1874. 2. 28; *Refonté Sirey*; P. chr.). Et, le 23 mai 1901, par un arrêt très net, quoique des plus succincts, l'arrêt *Delarue* (S. 1901. 3. 37), vous avez exclu le contrôle.

« Mais, si les arrêts *Winkel* et *Tichit*, du 7 août 1909 (S. 1909. 3. 145, et la note de M. Hauriou), et du 1^{er} mars 1912 (S. 1913. 3. 137, et la note de M. Hauriou), ne reviennent nullement sur cette jurisprudence, quoique l'opinion contraire ait été soutenue, l'arrêt *Hayriès* du 20 juin 1918 (S. 1922. 3. 49, et la note de M. Hauriou), qui n'est pas un arrêt isolé, a statué sur l'interprétation de la loi constitutionnelle et déclaré valable un règlement qui, dans des circonstances exceptionnelles, avait suspendu l'application d'une loi.

« Quant à la juridiction civile, si, dans l'affaire de la commission d'enquête, le tribunal civil de la Seine a, le 23 oct. 1925, refusé de procéder au contrôle qui lui était demandé, la Cour de cassation ne s'est pas, par son arrêt du 11 juin 1926 (*Bull. crim.*, n° 138) nettement expliquée sur ce point.

« Mais, quoi qu'il en soit de l'interprétation que le principe de la séparation des pouvoirs a pu recevoir dans le passé, la solu-

tion qui écarte le contrôle est-elle aujourd'hui en accord avec l'ensemble de la situation juridique ?

§ 3.

« Pour soutenir la négative, de très curieux arguments peuvent être invoqués.

I

« On peut tout d'abord faire observer que, depuis l'époque lointaine où la Cour de cassation réprouvait, comme la plus lourde des erreurs, cette tentative de contrôle qui s'était cependant placée sous le couvert de la Constitution, la conception que l'on se fait tant de la loi que des pouvoirs du juge, s'est considérablement modifiée.

« Non seulement, en effet, ce référé législatif qui consacrait à cet égard, la dépendance du juge, a cessé d'exister depuis près d'un siècle. Mais, depuis une époque plus récente, ont, quant à l'interprétation de la loi, prévalu des méthodes si larges que, sans que, même entendu de cette façon, le pouvoir du juge s'étende jusqu'à ce qu'en certains pays on appelle la « construction » de la loi, il constitue, jusqu'à un certain point, une collaboration, évidemment subordonnée, mais en partie cependant originale, à l'œuvre du législateur.

« La jurisprudence *Heyriès*, que nous avons citée, n'en est-elle pas un exemple ? S'il est certain que ce serait méconnaître la portée de cet arrêt que d'y voir l'application du contrôle, le Conseil d'Etat n'en a pas moins, en effet, par cette décision, confronté à l'autorité de la loi simple les pouvoirs que l'autorité exécutive tient de la loi constitutionnelle et fait prévaloir sur la loi ordinaire — dans un cas à la vérité très particulier — une décision prise par le gouvernement dans l'exercice de ses pouvoirs.

II.

« Si, d'autre part, il fut un temps où le pouvoir judiciaire fut suspect de vouloir entreprendre sur l'autorité du législateur, il ne paraît guère contestable que ces temps sont bien révolus. Il semble que certaines critiques lui reprocheraient plutôt aujourd'hui — et cependant votre jurisprudence n'a-t-elle pas étendu son contrôle sur des actes quasi-législatifs, tels que les décrets dits décrets-lois et les décrets coloniaux ? — un excès de réserve et de discrétion.

III.

« D'ailleurs, si la conception — fatale au contrôle — qui fait de l'Etat la source exclusive du droit n'a pas cessé — il s'en faut — d'avoir des partisans, parfois sous des formules nouvelles, de nouvelles théories se sont aussi fait jour qui, dans les rapports des Etats entre eux ou même à l'intérieur du pays, soumettent au droit l'Etat lui-même.

« Et si la loi continue à rester la règle juridique fondamentale, sinon, aux yeux de tous, suprême, le temps n'a pas laissé que d'atténuer sérieusement, depuis un siècle, la conception quasi-oraculaire qu'on s'en était faite un instant.

« Il a été d'ailleurs expressément soutenu (Kelsen, *La garantie juridictionnelle de la constitution*, Rev. de dr. publ., 1928, p. 252) que, les institutions de contrôle étant de l'essence de la démocratie, si le contrôle de la constitutionnalité des lois a sa place quelque part, c'est sous de tels régimes. Thèse à la lumière de laquelle s'éclairent peut-être ces arrêts de 1831 qui ont admis le contrôle au moment même où, pour la première fois, l'assemblée représentative tenait son élection du suffrage universel et direct.

« Ce ne saurait être d'ailleurs par une simple coïncidence que la jurisprudence et les institutions juridiques de cette courte période de la deuxième République nous présentent, sur certains points, une si surprenante préfiguration de celles de notre régime actuel, notamment quant à la justice déléguée, quant au Tribunal des conflits et quant à la jurisprudence *Blanco* (8 févr. 1873; S. 1873. 2. 133; *Refonte Sirey*; P. chr.).

« Si, sur tous ces points la loi interne des institutions juridiques a amené de tels rapprochements, n'en doit-il pas aller de même sur le point que nous examinons ?

§ 4.

« Si persuasive, à certains égards, que puisse paraître cette thèse, elle ne nous paraît pas devoir être retenue.

I

« Si large qu'ait été, en effet, l'extension des pouvoirs du juge dans l'interprétation de la loi, elle ne saurait aller jamais jusqu'à priver de force un acte législatif, du moins émanant du Parlement.

« Comment pourrait-il en être ainsi, alors que la théorie dite des actes de gouvernement, met en dehors de votre contrôle jusqu'aux actes relatifs aux rapports de l'exécutif et du Parlement et que la jurisprudence *Septfonds*, si elle permet aux tribunaux judiciaires d'interpréter les règlements, leur interdit d'en apprécier la validité ?

« Sans doute, la loi constitutionnelle n'échappe-t-elle pas plus que la loi simple, quoi que certains auteurs en aient dit, au pouvoir d'interprétation du juge. Mais si votre jurisprudence *Heyriès* l'a fait prévaloir sur la loi simple, c'est sur l'appréciation de la légalité, non pas de cette dernière loi, mais de l'acte administratif qui, provisoirement, l'avait suspendue.

II

« Si, d'autre part, malgré les progrès qu'il a faits dans l'étendue de son contrôle, le juge et, en particulier, le juge de l'excès de pouvoir a désarmé les préjugés qui avaient fait tenir en suspicion la magistrature de l'époque intermédiaire, ce serait, semble-t-il, une entreprise non moins vaine que dangereuse que de l'engager à risquer, par de telles tentatives de contrôle, tout l'acquis de la jurisprudence. Quelque atteinte qu'aient pu recevoir certaines idées peut-être trop absolues sur la souveraineté de la loi, il n'en reste pas moins, en effet, que, dans la théorie et aussi dans la pratique de notre droit public, le Parlement reste l'expression de la volonté générale et ne relève à ce titre que de lui-même et de cette même volonté.

III

« Pratiquement d'ailleurs, quel serait l'avantage qu'on pourrait attendre d'un tel contrôle ?

« Il faudrait, pour qu'il y en eût un, que la loi supérieure eût un contenu substantiel à l'égard des droits individuels. Or, si l'on écarte les déclarations de droits — et c'est ce qui doit être fait, semble-t-il — il ne reste guère, dans nos textes constitutionnels, que des prescriptions de procédure, sans intérêt contentieux pour les particuliers. Ne fit-il tomber que des mesures telles que celles qui vous sont déférées, il faut reconnaître toutefois que le contrôle serait loin d'être sans intérêt.

IV

« Si sérieux que pût être cet avantage, il ne paraît pas être toutefois de ceux que votre jurisprudence, en l'état du droit, peut assurer aux justiciables.

« Il faut se résigner, en effet, tout au moins provisoirement, même aux dépens de l'harmonie des plus belles constructions juridiques, même aux dépens parfois de l'apparente équité, à ce que certaines parties du droit restent à l'état de droit imparfait, à l'état de droit sans sanction.

« Même cantonné dans un domaine moins large qu'il ne pourrait le paraître souhaitable, il s'en faut d'ailleurs que le rôle du juge soit condamné sur ces derniers points, à une entière inefficacité. Les règles de droit dégagées par une forte jurisprudence ont tôt ou tard, en effet, même en dehors de leur domaine, une influence salutaire et comme une sorte d'irradiation. C'est le seul rôle, selon nous, qu'en l'état du droit, puisse avoir votre jurisprudence, en dehors du domaine, qui vous est propre, des actes administratifs.

« Nous concluons au rejet des requêtes ».

1^{re} Espèce. — (Dame Coudert).

LE CONSEIL D'ETAT; — Vu la loi constitutionnelle du 25 févr. 1875; la loi du 14 avril 1924; la loi du 28 févr. 1934, art. 36; le décret du 4 avril 1934; le décret du 10 mai 1934; le décret du 30 juin 1934; le décret du 28 oct. 1934; la loi du 24 mai 1872, art. 9; — Considérant qu'une pension de retraite calculée conformément aux règles posées par le décret du 4 avril 1934, modifié par les décrets des 10 mai et 28 oct. 1934, a été concédée à la dame Coudert; que la requérante estime cette pension insuffisante; que, pour demander l'annulation du décret en date du 12 janv. 1935 lui accordant ladite pension, la dame Coudert se fonde exclusivement sur ce que l'art. 36

Le déclin de la loi

par G. BURDEAU

Professeur à la Faculté de droit de Paris.

Qu'il s'agisse de l'Opéra, du roman, de l'art de l'architecte ou du Tour de France, il faut se méfier des jugements péremptoirs qui proclament le déclin d'une institution ou d'une entreprise humaine. Dans la plupart des cas, ce constat de déchéance ne fait que révéler l'inaptitude de celui qui le prononce à saisir la portée d'une évolution. Pour lui tout ce qui change décline parce qu'il évalue le changement par rapport à un schéma intellectuel subjectivement conçu pour exprimer l'idée d'une perfection.

Pourtant, si notre monde en mouvement est gonflé de ces pseudo-déclins qui n'ont de réalité que dans l'humeur morose de ceux qui les dénoncent, il faut bien convenir que sa marche en avant ne va pas sans l'abandon de valeurs, de croyances et d'institutions. Rebelles à tout avatar, elles n'ont plus de place dans le futur qui s'annonce. Toute caravane laisse ainsi derrière elle des cadavres qui jalonnent la piste qu'elle a suivie ; il en est d'insignifiants, d'autres sont augustes. Parmi ceux-ci, la loi mérite de retenir l'attention, non tant pour être prétexte à une oraison funèbre que pour une réflexion sur le sens de la désaffection dont elle est l'objet.

Juridiquement, son déclin se révèle en tant qu'elle est, à la fois, une technique de création du droit et un mode d'expression de l'autorité. Mais cette déchéance ne prend toute sa portée que si l'on prend garde qu'elle est la conséquence d'une transformation concernant les valeurs qui constituent le fondement des sociétés modernes. La désintégration du concept de loi n'est pas explicable par les seules données de l'univers juridique ; elle est le reflet d'un phénomène sociologique qui permet seul d'en mesurer l'importance. Sans prétendre développer cette proposition d'une manière exhaustive, nous voudrions seulement rassembler quelques observations qui la rendent vraisemblable.

1. Le fait le plus évident est sans doute l'effacement de la loi en tant qu'instrument de création du droit. Que le nombre des lois n'ait pas sensiblement diminué en valeur absolue ne prouve rien car, ce qu'il faut considérer, c'est leur proportion par rapport au volume total des règles étatiques. Or il est clair qu'à ce point de vue, la place des lois ne cesse de s'amoin-

et cela quel que soit le régime politique de l'Etat considéré — au profit de ce que l'on pourrait appeler la réglementation bureaucratique.

Sans doute pourrait-on contester la pertinence de cette observation en faisant valoir qu'elle n'est fondée que par référence à un critère formel de la loi. Qu'il y ait réduction de l'œuvre législative des Parlements ne signifierait pas que la loi elle-même soit atteinte ; il y aurait simplement substitution d'une procédure à une autre : la législation gouvernementale venant relayer la législation parlementaire. Dans cette interprétation, le renouvellement de la technique législative, bien loin de consacrer un déclin de la loi, prouverait, au contraire, son aptitude à s'adapter aux données nouvelles des problèmes auxquels elle doit apporter une solution.

Dans la mesure où elle met en cause la définition de la loi, la discussion de cette thèse nous entraînerait au-delà de notre modeste propos. Aussi, nous bornerons-nous à constater que, s'il en va autrement sur le plan de la théorie du droit, politiquement et sociologiquement la notion de loi est, aujourd'hui, inséparable d'un certain mode d'élaboration de la règle faisant intervenir la représentation nationale. La preuve en est que, nulle part, on n'a osé qualifier de loi des actes qui n'auraient pas été adoptés par un vote des assemblées. On parlera de *statutory orders*, d'arrêtés-royaux, de *Rechtsverordnungen*, de Proclamations, d'*Executive orders*, d'ordonnances ou de décrets, mais le titre de loi, de *statute* ou de *Gesetz* demeure réservé aux règles par où s'exprime la volonté politique du peuple souverain. Il ne s'agit pas d'une simple question de terminologie ou de procédure : ce qui a fait, pendant plus d'un siècle, à la fois l'autorité juridique et le prestige politique de la loi, c'est qu'à raison de son mode de formation, elle pouvait être tenue pour l'expression de la volonté générale. Les formes particulières requises pour son adoption consacraient le caractère initial et inconditionné de la règle législative ; elles en étaient donc moins un critère externe qu'un élément intrinsèque.

On ne peut donc pas dire que l'extension de la réglementation édictée par les autorités gouvernementales ou administratives ne s'analyse qu'en un changement de technique dans l'élaboration des normes légales. C'est bien d'un recul de la loi qu'il s'agit. Ce que confirme, d'ailleurs, l'effacement de la subordination hiérarchique de la réglementation gouvernementale à la loi. Naguère, les mesures générales prises par l'exécutif étaient valorisées par leur rattachement à une loi préexistante. On pouvait, en donnant au terme un sens très large, y voir des mesures d'exécution de la loi. Il n'en va plus de même aujourd'hui. Depuis quelques décennies et dans la plupart des Etats, la pratique des délégations de pouvoir quasiment permanentes et en fait, illimitées quant à leur objet, avait fini par vider de toute signification le principe de la subordination du règlement à la loi. L'établissement d'un pouvoir réglementaire autonome par l'article 37 de la Constitution française de 1958 sanctionne cette évolution. En tant qu'instrument de création du droit positif, non seulement la loi n'a plus le monopole des règles initiales, mais encore elle a perdu, en fait ou en droit, la possibilité d'intervenir en certaines matières. En fait la raison de leur technicité ou de

l'incapacité où se trouvent les assemblées de dégager une majorité à leur propos ; en droit lorsque, comme c'est le cas avec l'article 34 de la Constitution de 1958, le domaine du législateur parlementaire est restrictivement délimité.

2. Succédant à un règne si glorieux — que l'on songe à ce que fût la loi aussi bien pour le peuple que pour les théoriciens du droit public — une telle déchéance serait proprement stupéfiante si l'on n'y voyait que l'effet d'un accommodement des procédés de fixation du droit aux exigences des sociétés modernes. Le vrai, c'est que le déclin de la loi enregistre une transformation profonde dans la manière d'entendre l'autorité.

La grande époque de la loi correspond à la période durant laquelle, enivré par la découverte de sa propre puissance, l'esprit humain n'admit comme compatible avec sa dignité que la soumission aux impératifs de la raison. Tout l'effort de la pensée du XVIII^e siècle a débouché ainsi sur une conception de l'autorité dont le caractère fondamental était l'impersonnalité. Obéir à la loi, c'est cesser d'obéir à un homme ; ce n'est pas s'incliner, c'est au contraire s'élever jusqu'à la compréhension d'une norme supérieure intransgressible à raison de son contenu et non de la bouche qui l'énonce. Ce n'est pas par hasard, en effet, que le culte de la loi s'est affirmé parallèlement à la diffusion de l'idée démocratique. L'un et l'autre exprimaient le souci d'exclure, du rapport de commandement à obéissance, la subordination des sujets à la médiocrité d'une volonté humaine. Dans la conception classique de la démocratie, le pouvoir n'est tolérable que s'il est anonyme ; et c'est pour qu'il demeure tel qu'il est attribué à la nation. Quant à la loi, si elle est la règle suprême, c'est parce qu'en elle ne s'inscrit aucune exigence particulière, aucun ordre tributaire des contingences, mais exclusivement les impératifs permanents et rationnels qui président au destin d'une intemporelle cité. La synthèse de l'autorité et de la raison que réalise la démocratie, c'est par l'intermédiaire de la nation qu'elle s'accomplit : par la nation ensemble siège du Pouvoir et dépositaire de cette lumière qui la rend infaillible parce que sa volonté, formée par la communion des citoyens, et, par hypothèse, détachée de toutes les faiblesses, de tous les appétits, de toutes les erreurs de celui que Rousseau appelait « l'homme naturel ». Le pouvoir de la nation ne saurait donc être autre que la puissance collective mise au service de la raison.

Dans ce contexte, l'impersonnalité et la généralité ne caractérisent pas seulement la loi quant à son objet (sur quoi la doctrine a toujours insisté), mais aussi quant à son origine. La loi est, au plein sens du terme, la règle objective car elle est moins une création du législateur que l'enregistrement, par lui, d'un principe supérieur auquel, pour peu qu'il soit éclairé, tout esprit doit adhérer. D'où que la loi soit douée d'une autorité intransgressible ; d'où aussi que son objectivité lui interdit de s'occuper du détail, des situations liées à la contingence. Sous son empire les sociétés humaines suivront un cours aussi ordonné que celui des astres régis par la mécanique céleste. Le pouvoir des lois n'extériorise pas la puissance d'un homme ou d'un

parti : il traduit la nécessité telle que l'intelligence la dégage de la nature des choses.

Une première atteinte à cette croyance dans l'autorité transcendante de la loi lui fût apportée à partir du moment où, cessant de l'utiliser pour discipliner la cité existante, les gouvernants en usèrent comme d'un moyen pour créer une société nouvelle. Devenant un procédé de gouvernement, elle fut affectée de la relativité qui s'attache à la décision politique. Élément d'un programme dicté par un parti, elle n'est plus qu'une solution parmi d'autres. Une solution dont la valeur est faite, moins de son contenu intrinsèque, que de la puissance de la force politique qui l'impose. Et par là, elle s'offre à la contestation puisqu'elle énonce des volontés humaines. D'autre part, en même temps, qu'elle perd le bénéfice de l'anonymat dans son origine, elle se particularise dans son objet. Puisque le législateur vise à refaire la société, son œuvre doit en épouser toutes les inflexions ; il ne statue plus en imposant à tous les impératifs d'une même raison, mais en fonction de situations, de besoins, d'intérêts infiniment diversifiés. Or, pour ce faire, la loi ne peut plus prétendre être l'instrument le mieux qualifié. Le règlement, le décret, voire le simple arrêté sont plus aptes qu'elle à insérer la règle dans les rapports complexes où se trouvent engagées les différentes catégories sociales.

Dans cette évolution de son usage la loi a perdu son prestige. Partisane et tâtilonne, transitoire parce que liée aux contingences, condamnée souvent à rester lettre morte, elle n'apparaît plus digne du marbre où l'on songeait autrefois à la graver ni du respect qui faisait inscrire son nom au fronton des monuments publics. Pourtant, règle déchue, règle provisoire, elle demeure la règle, c'est-à-dire un principe d'ordre, imposé de l'extérieur au groupe, par une vue rationnelle de la discipline qui lui est nécessaire et où s'inscrivent les valeurs officiellement consacrées pour être les assises de la vie collective.

3. Il n'est pas sûr que la loi ainsi comprise rencontre encore un écho dans l'appareil mental et culturel des sociétés contemporaines. Ni la rationalité, ni la fixité, ni la normativité inhérentes au concept de loi ne rencontrent, dans l'univers socio-culturel de l'homme d'aujourd'hui, un terrain propice à les faire accepter comme des valeurs vécues. Bien au contraire, par un paradoxe dont l'analyse nous entraînerait trop loin, il semble que, dans le moment même où les hommes prennent conscience de l'urgence d'une structuration plus solide de l'être collectif, la loi cesse d'en être considérée comme un moyen adéquat. Pendant des siècles, elle fût le ciment des sociétés ; elle n'en est plus, aujourd'hui, qu'une image pâlie conservée dans des codes que personne ne songe à ouvrir lorsque se pose, pour le groupe, un problème vraiment vital.

a) Il est clair d'abord que la rationalité n'est pas, pour notre temps, un critère de valeur ni un motif d'attachement. Qu'il s'agisse du nouveau roman, du cinéma de la nouvelle vague, de la peinture non figurative, de la

musique concrète, du théâtre de Brecht ou de Ionesco, on chercherait en vain dans les œuvres, un souci d'expliquer des conduites ou des goûts. Rien n'est lié, déduit, nécessaire : tout est fortuit, intellectuellement invertébré et, pour tout dire, irrationnel. La philosophie de l'ambiguïté s'est substituée à celle de l'absurde mais sans faire davantage confiance à l'esprit pour comprendre et construire. L'existant se suffit ; son opacité est imperméable à la raison. Le seul enseignement qu'il puisse offrir à qui y cherche des repères pour orienter des comportements se ramène à une énigmatique réponse : « c'est selon ... ». Selon le moment, le lieu, l'environnement humain et, plus encore, selon la qualité de l'inquiétude qui te pousse, toi qui interroge, à poser la question. Le monde moderne est un miroir qui, partout, renvoie à l'homme l'image de son anxiété.

Dès lors qu'il est impénétrable à la raison, et que l'on est pas assuré qu'il lui obéit, où pourrait-on y insérer la règle que dicte la raison ? Et cette règle elle-même, quel contenu lui donner qui ne soit pas affirmation gratuite, hypothèse aléatoire que le réel ignore plus encore qu'il ne la dément expressément ? Certes, les politiques plaquent encore sur lui leurs schémas législatifs, mais, d'une part, ces lois ne se hasardent plus à embrasser de larges secteurs de la vie collective, d'autre part, on ne peut pas dire qu'elles s'incorporent à la structure de la société ; elles demeurent artifices car ce n'est pas d'elles que vit le groupe. Son équilibre présent, son orientation lui viennent d'impulsions profondes qui procèdent de satisfactions ou d'inquiétudes matérielles. Ce n'est plus dans les codes que les hommes lisent leur avenir, mais dans le chiffre porté sur leur bulletin de paie.

b) Et cependant, jamais ils n'ont plus clairement perçu l'évidence que leur destin est lié à celui de la collectivité à laquelle ils appartiennent. Jamais ne s'est affirmée une volonté plus résolue à substituer au social spontané, un social voulu et construit ; intention d'où il ressort que la politique n'est que le social devenu conscient. On pourrait penser qu'une telle résolution offre à la loi l'occasion de reconquérir son ancienne maîtrise. Il n'en est rien : ce n'est pas par la loi que le groupe tend à assumer son destin ; c'est par le Plan.

La promotion du plan est la conséquence de facteurs économiques, politiques et sociaux bien connus. Ce qu'il convient de souligner ici c'est combien la planification — surtout avec la souplesse que lui conserve le monde occidental — s'accorde mieux que la technique législative aux données psychologiques des sociétés contemporaines. Sans doute le Plan comme la loi implique projection dans l'avenir de la volonté humaine ; l'un comme l'autre se recommandent du résultat escompté de leur observation. Mais il diffèrent quant à leur inspiration.

Dans la loi, il y a le reflet d'une société suffisamment sûre d'elle-même pour soumettre le futur aux valeurs que d'ores et déjà elle tient pour indiscutables. La fixité de la loi est le témoignage d'une bonne conscience sociale ; mais elle suppose une société stable, des croyances fermes, des représentations qu'aucun doute n'ébranle. Toute loi inclut en elle les préceptes d'une

morale sociale. Or, on chercherait en vain de telles certitudes dans nos sociétés qui se font un dogme du changement, qui croient à leur évolution plus encore qu'elles n'évoluent et, pour qui c'est péché que de ne pas vivre à l'heure de demain. Lourdes d'une histoire dont les enseignements leur importe moins que le mouvement qu'elle révèle elles ne sauraient admettre que le destin du futur soit déterminé par une réflexion nourrie du passé. Le Plan, au contraire, tire son autorité des faits qui se produiront dans l'avenir ; sa valeur repose, non sur une expérience, mais sur une anticipation. Il n'est pas fait pour moi, mais pour mes enfants qui ne me ressembleront pas. Et c'est bien par là qu'il est en harmonie avec le rythme de notre temps. Tandis que la loi reproduit — ne serait-ce qu'à raison des valeurs qu'elle consacre — le plan imagine. Produit de la prospection, il nous fait vivre à crédit, alors que la loi, fruit d'une introspection sociale satisfaite, nous oblige à vivre de nos réserves. Où pourrions-nous présentement en trouver d'utilisables dès lors qu'une conviction intime, suscitée par les slogans tant politiques que commerciaux, nous incite à tenir pour périmé tout l'acquit de notre capital intellectuel ? Si le plan s'intègre si naturellement à l'univers mental des hommes d'aujourd'hui, c'est parce qu'il est une traite fondée sur une hypothèse ; si la loi en est exclue c'est parce qu'elle est une assurance gagée sur une certitude.

c) A cette mystique du plan corrélatrice au déclin de la loi, il y a d'ailleurs une autre explication qui, elle aussi, déborde le cadre de l'analyse juridique. Cette explication, c'est le refus de subordonner au droit l'ordre et la progression du groupe ; c'est le rejet de la normativité essentielle à l'idée de règle juridique. Pour un grand nombre de nos contemporains et spécialement pour la classe dirigeante, le droit est objet de suspicion, voire de mépris, parce que les règles qu'il énonce passent pour marquées de je ne sais quel esprit de système étranger aux exigences de la vie. Le droit sent l'Ecole, et les grands espaces ouverts à notre monde en expansion n'acceptent comme mesure qu'une pensée qui se cherche hors de tout dogmatisme. Le droit impose la règle qui vient de l'esprit, et nos sociétés, à peine de se fossiliser, ne tolèrent qu'une discipline qui émane spontanément des choses. Les sociologues et les psychologues nous diront peut-être pourquoi notre époque qu'illustrent dans le domaine des sciences pures, les spéculations intellectuelles les plus vertigineuses, témoigne quant aux relations de la vie sociale, d'un attachement quasi superstitieux au « concret ». Mais quoiqu'il en soit des motifs de ce décalage, il reste que nous sommes prêts à accorder aux faits l'obéissance que nous refusons à la raison.

Il suit de là qu'il n'est plus guère possible de soumettre les hommes à une contrainte qui ne leur paraîtrait pas procéder des choses. Le commandement s'enrobe dans sa statistique pour lui emprunter sa force persuasive. Alors que la loi fut valable aussi longtemps qu'il s'agissait de gouverner les hommes, sa puissance s'émousse lorsqu'il s'agit d'aménager les choses de telle sorte que ce soient elles qui dictent aux hommes les comportements souhaitables. Le plan, au contraire est l'instrument parfait de cette nouvelle et subtile

technique du commandement. Que ses prévisions concernent les barrages, les routes, la production chimique, le volume des investissements agricoles ou le taux de croissance des industries énergétiques, nulle part n'y apparaît une obligation pesant sur l'homme. Nulle part la norme n'y figure sous la forme brutale du « il est interdit... », « il est obligatoire... ». Bien mieux les termes dans lesquels on vulgarise le Plan sont rédigés au présent (v. la brochure de propagande relative au IV^e Plan et éditée sous la direction du Commissariat général du Plan d'équipement et de la productivité, p. 143 et s.). L'emploi du futur pourrait en effet évoquer un finalisme générateur d'obligations. Au présent, c'est la collectivité elle-même qui se dépeint, telle que la fait son développement organique. Plus rien ne semble agir de l'extérieur sur elle : plus de sujétions, plus de commandement : elle obéit à son dynamisme interne.

Il y aurait certes beaucoup à dire sur cette mutation de l'autorité qui fait d'elle un phénomène de biologie sociale. Il n'est pas exclu que, loin d'être un accident, elle soit durable dès lors que nos sociétés s'installeront définitivement dans l'abondance. Alors la loi ne sera qu'un sujet d'étude pour les ethnologues. Ils y verront le vestige des temps où, pour conserver leur cohésion, les sociétés ne pouvaient compter que sur les vertus d'un civisme astreignant. Pourtant, si quelque philosophe survit à l'hébètement des digestions télévisonnaires, il trouvera sans doute plaisant qu'après avoir cherché la liberté dans les lois, les hommes ont cru la trouver dans leur disparition. Il n'en sera cependant pas surpris. L'homme intégralement socialisé n'a plus besoin de lois ; les mécanismes internes du groupe suffisent à assurer l'adaptation de ses comportements aux exigences de l'ensemble. Pour pallier l'insuffisance des réactions spontanées, une administration technocratique peut agir comme régulation de réflexes. Faut-il alors en conclure que le déclin de la loi ne fait qu'enregistrer celui de la liberté ?

LA
NATURE DE L'ACTE CONSTITUANT
EN FRANCE
EN ANGLETERRE ET AUX ÉTATS-UNIS

Les Constitutions d'Angleterre et des États-Unis qui forment le sujet des deux précédents essais n'ont pas l'air de se prêter à un rapprochement, à moins que par ce rapprochement on ne cherche à faire ressortir le contraste des deux organisations politiques. Les différences de l'une à l'autre sont en effet considérables. La première est en grande partie non écrite, l'autre repose sur un texte. La pre-

13

LA NATURE DE L'ACTE CONSTITUANT, 219

Je ne retiens un instant la comparaison qu'afin d'en tirer ce principe, que, pour déterminer l'espèce d'une Constitution, pour la définir et la classer *per genus et differentiam*, il y a quelque chose d'aussi essentiel que les dispositions impératives qu'elle contient, d'aussi profondément distinctif et spécifique que l'équilibre particulier et la balance qu'elle tend à établir entre les pouvoirs. Je veux parler des forces antérieures à la Constitution qui en ont poussé là les éléments, les ont rapprochés, fondus et les tiennent unis. En d'autres termes, une caractéristique sérieuse d'un droit public quelconque peut être fournie aussi bien par les circonstances, les causes et la nature de l'acte constituant que par les rapports des pouvoirs constitués. Ce point a été touché plus d'une fois au cours de cet écrit. Mais la thèse est de si grande conséquence

218 ÉTUDES DE DROIT CONSTITUTIONNEL.

mière est la loi d'une monarchie, la seconde est la loi d'une république ; la première est unitaire et impériale, la seconde est fédérale ; la première consacre la responsabilité, et la seconde l'indépendance des ministres vis-à-vis des Chambres ; enfin, et pour aller plus au fond, la première est aristocratique dans toute sa construction, la seconde paraît démocratique jusque dans ses fondements. On peut s'étonner que je réunisse deux types si opposés, et cela d'autant plus que je puis paraître leur avoir donné pour antithèse et contre-pied le droit public français, qui ressemble plus à chacun par le détail et même par l'ensemble que chacun ne ressemble à l'autre. Ces différences et ces analogies ne veulent pas être trop pressées. Elles vont d'ailleurs se fondant et s'effaçant de plus en plus, à mesure que la démocratie étend son uniformité sur les trois pays.

220 ÉTUDES DE DROIT CONSTITUTIONNEL.

qu'il y a sans doute quelque intérêt à la reprendre dans une sorte de conclusion et à la présenter sous une forme plus dégagée, avec plus d'unité et de suite.

En France, à l'époque où éclata la Révolution, toutes les antiques personnes morales — à l'exception de la plus haute — qui exerçaient à un degré quelconque une portion de la puissance publique, noblesse, clergé, parlements, états provinciaux, magistratures des villes et des communes, sortaient de l'ancien régime humiliées et discréditées, dépossédées ou énervées. Elles ressemblaient à des rameaux qui ne vivent plus que par l'écorce ; on n'avait pas grand avantage à épargner ce bois à demi mort dont les vaisseaux rétrécis n'auraient guère pu se rouvrir à la sève. La Révolution les fit tomber par la secousse plus encore qu'elle ne les trancha par le fer. La royauté,

privée de ses branches maîtresses, qu'elle avait elle-même étouffées à l'ombre de son feuillage supérieur, se présentait comme un tronc isolé et dépouillé; elle défiait le vent et appelait la cognée. Elle tomba à son tour. Tout était donc à planter ou à semer de nouveau, sur cette terre remuée en tout sens, sarclée à l'excès et devenue trop friable. Le corps entier du peuple était le seul être collectif resté debout. Il dut créer de rien, pour ainsi dire, des autorités nouvelles et organiser par voie d'invention et de commandement toute la société politique. Ces faits sont trop connus pour que j'y insiste. J'en recueille ceci seulement : qu'en France tous les pouvoirs, toutes les autorités établies datent des constitutions révolutionnaires et en procèdent; toutes y ont leur titre. Pour les autorités subordonnées, ce titre a été transféré de la Consti-

On voit les conséquences. Il y a eu un jour dans l'histoire où la France n'a plus été qu'une masse unique et homogène, constituée par un nombre immense de petites monades humaines. Les nouveaux groupes partiels qu'on découpa dans cette masse ne pouvaient être d'abord que des ensembles arbitraires créés pour la commodité du gouvernement; ce n'étaient pas des ensembles organiques constitués par l'action lente d'une longue vie commune. Tous moins que séculaires, à l'exception de la chétive commune, tous étroitement réglementés, ils n'ont pas, même aujourd'hui, cette vie propre, cette conscience quasi personnelle que de longues années, la tempérance et l'abstention du législateur plus que sa faveur et ses dons peuvent seules faire acquérir aux institutions locales. C'est uniquement la vie nationale qui les traverse, la conscience nationale

tution elle-même dans des lois faites en vertu de pouvoirs constitutionnels. Mais la source première n'en est pas moins la même pour les unes et pour les autres; aucune d'elles ne cherche ailleurs et ne fait remonter plus haut son investiture. Il n'y a eu d'exception que pour la royauté en 1814 et un peu moins nettement en 1830. Louis XVIII se flattait de régner en vertu d'un droit immémorial. Louis-Philippe entendait ne pas être un monarque élu et devoir sa couronne à un contrat entre les Chambres et la branche cadette des Bourbons. Mais ces deux exceptions confirment en quelque façon la règle, puisqu'elles ont agi l'une et l'autre comme une antinomie interne, comme un dissolvant du système. L'élément qui ne sortait pas du même fonds que tout le reste a fini par être éliminé violemment.

qui soutient, anime et dirige leurs autorités; cela paraît dans la loi elle-même par cet indice que le département, par exemple, n'a reçu qu'en 1838 une personnalité civile sérieuse, laquelle a toujours été refusée à nos arrondissements. Les pouvoirs supérieurs n'ont pas davantage conscience d'exister par eux-mêmes et ne sont pas devenus vraiment des « personnes ». Nés d'hier, ils tiennent encore par un lien visible et serré à la constitution qui les a institués; ils n'ont pas eu le loisir de créer autour d'eux des habitudes d'esprit et d'imagination, et d'y trouver un fondement stable en dehors de la loi. La plus puissante des raisons de vivre et de croire en soi, pour un être collectif, celle qui procède du fait d'avoir duré longtemps, n'a pas pu entrer profondément dans leur sens intime et y développer l'instinct d'un droit propre, indépendant des textes.

Depuis 1789, on peut dire qu'il y a eu en France des individus qui ont été rois, il n'y a plus eu de royauté, si l'on entend par ce mot une corporation perpétuelle représentée à chaque moment par un seul individu qui reçoit d'elle quelque chose en plus de sa valeur, de sa responsabilité et de son crédit personnels. Il y a eu des réunions d'individus délégués sous le nom de pairs, de sénateurs ou de députés, se rapprochant dans les conditions prévues par le statut constitutionnel et trouvant dans l'enceinte qui les rassemble juste ce qu'ils y avaient apporté du dehors. Il n'y a pas eu de Chambre des pairs, de Sénat, de Chambre des députés, si l'on entend par ces mots des corporations permanentes et animées d'une force propre dont quelque chose se communique aux membres qui s'y succèdent. Créations récentes et statutaires, les pou-

plitude les oscillations de l'esprit public.

En Angleterre, la Constitution — j'entends par là l'ensemble des dispositions écrites ou non écrites qui règlent l'exercice de la puissance publique à tous ses degrés — ne résulte pas d'un acte impératif du peuple souverain créant de rien, pour ainsi dire, des autorités qu'il investit d'attributions déterminées. Elle est formée d'une longue suite d'actes bilatéraux ou trilatéraux, transactions tacites, conventions débattues, pactes solennels entre des puissances déjà existantes, reconnues, respectées, qui s'étaient faites en quelque sorte toutes seules, puisqu'elles étaient nées toutes naturellement de la force des choses, et dont le titre repose sur une prescription séculaire. On peut remonter aussi loin que le quatorzième siècle dans l'histoire d'Angleterre. Trois forces sont en présence : la Couronne, les lords et les

voirs supérieurs regardent sans cesse du côté de la loi d'où ils procèdent et du peuple d'où procède la loi. La volonté nationale fait toute leur âme, volonté de tous, mais volonté d'un jour, tendue et toute-puissante aujourd'hui, demain languissante et sans nerf; aujourd'hui active jusqu'à l'enthousiasme, demain passive jusqu'à l'abandon. C'est pourquoi tantôt ils se montrent doués de l'énergie irrésistible que leur communiquent l'élan et la foi de tout un peuple, tantôt l'indifférence générale les laisse retomber sur la faiblesse et l'égoïsme des individus qui les composent. L'esprit de corps élevé, l'égoïsme compréhensif et respectable de grands êtres collectifs partiels ou spéciaux : — appareils à niveau moyen et constant, — font défaut à notre organisation politique. Profondément nationale dans toute sa substance, elle suit dans toute leur am-

communes; on les voit sans cesse en négociation courtoise ou en opposition violente. Elles règlent d'année en année, pour ainsi dire, leurs formes changeantes, leurs mobiles rapports, leur équilibre indéfiniment instable. Les deux instruments que l'on cite volontiers comme les sources de la constitution anglaise moderne, la déclaration des droits de 1688 et l'acte d'établissement de 1701, ne sont que des traités un peu plus solennels que les autres. Il n'y est pas question d'instituer des pouvoirs, — ceux-ci existent, — ni même de déterminer intégralement leurs attributions, — celles-ci sont déjà fixées par la coutume. Préciser sur certains points litigieux les limites assignées par cette coutume à des pouvoirs préexistants, c'est tout l'objet de ces textes célèbres. La Couronne ne leur doit pas son autorité, c'est la dynastie seulement qui leur

doit son titre. La prérogative royale est toujours celle de Henri VIII et d'Élisabeth, transmise sans interruption à leurs successeurs, et la nouvelle dynastie en prend simplement la suite sous les restrictions générales de la Common-law, partiellement réaffirmée à l'occasion des actes qui ont changé l'ordre de succession au trône.

En résumé, les grands pouvoirs politiques en Angleterre ne sont à aucun degré les créatures d'un pouvoir constituant, car leur existence est antérieure à quelque acte constituant que ce soit. Leur titre n'est pas une volonté expresse, manifestée régulièrement et distinctement à un jour donné, mais une antique possession de fait qu'aucune contestation n'a troublée depuis des siècles. Leur fondement est en dehors de toute loi d'organisation revêtue du sceau de la souve-

paraissent peu de chose en regard du crédit attaché au fait de la longue possession et des droits coutumiers qu'une pratique intense a greffés sur ce premier fonds statutaire. La constitution de l'unité nationale en Angleterre a été si précoce, le sentiment de cette unité s'est trouvé de bonne heure si vivace que l'État n'a pas pris ombrage de ces formations secondaires, qu'il a même trouvé son compte à respecter leur croissance indépendante, à les admettre comme complément ou supplément de sa propre organisation encore imparfaite. C'est ainsi que la conscience d'une vie distincte, d'un droit immanent, indépendants de toute investiture positive, a fini par se développer dans une infinité de petits et de grands pouvoirs locaux et spéciaux, universités, corporations ecclésiastiques, corporations urbaines, vestries paroissiales, associations pourvues de

raineté nationale; il est donc en dehors de la Constitution au sens où nous prenons ce mot en France, et, s'ils y figurent, ce n'est point parce qu'elle les institue et les consacre, c'est au contraire parce qu'elle est engendrée d'eux. Elle n'est que la mise à jour successive d'un règlement de frontières entre ces forces immémoriales qui, vivant côte à côte, s'étendent, se resserrent, se heurtent, se refoulent, transigent entre elles et ne connaissent pas le repos.

Je n'ai parlé jusqu'ici que des pouvoirs supérieurs. La condition des autorités subordonnées, locales ou spéciales, n'est pas moins particulière. Les autorités subordonnées peuvent, en général, invoquer, comme en France, un titre exprès, une institution conférée à une date certaine; mais ce titre originel est si incomplet, cette institution est si ancienne qu'ils

chartes. Créés un à un, chacun est demeuré plus ou moins à part des autres; aucun ne s'est contenté de prendre son rang passivement dans un ensemble ordonné et ne s'est senti étroitement dépendant d'une organisation assujettie elle-même à l'intérêt général. Et leur passé est si long, leur origine est si voisine parfois de l'époque où le corps politique lui-même s'est formé; ils se sont si bien désaccoutumés de regarder comme une délégation la fonction sociale qu'ils remplissent de temps immémorial; ils se considèrent si naturellement et naïvement comme des associés de l'État et non comme des subordonnés, que le législateur anglais a besoin de réfléchir longtemps et de philosopher plus qu'il n'en a le goût, pour découvrir qu'ils sont en effet ses créatures et qu'ils doivent se plier à l'utilité commune.

On voit combien nous sommes loin de

la France. En France, la nation se perçoit comme un seul bloc; en Angleterre, la nation se présente comme un agrégat. En France, les pouvoirs supérieurs ont tous été créés par la constitution; en Angleterre, les pouvoirs supérieurs ont fait et complètent tous les jours la Constitution, par le mouvement même de leur vie et le jeu naturel des forces qui agissent en eux. En France, les groupes partiels ou spéciaux sont tous artificiels; ils forment un ensemble hiérarchiquement ordonné, et les autorités qui les régissent fondent leurs droits sur la loi. En Angleterre, les groupes partiels ou spéciaux et les autorités qui les régissent remontent très-haut dans le passé, et chacun fonde isolément le plus clair de son droit sur sa longue possession.

On a vu par les précédentes études qu'aux États-Unis l'organisation de l'Union fédérale ne doit pas être séparée de l'orga-

La mutation des sources du droit constitutionnel

Élisabeth Zoller

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

La mutation des sources du droit est la conséquence des dispositions, aujourd'hui lointaines, prises en 1945 pour « préserver les générations futures du fléau de la guerre qui deux fois en l'espace d'une vie humaine a infligé à l'humanité d'indicibles souffrances » (Préambule de la Charte des Nations-Unies). Pour maintenir la paix et la sécurité internationales, il faut que des échanges se nouent entre les États et que des solidarités se créent entre les hommes, au plan économique, bien sûr – ce sont les « solidarités de fait » que Robert Schuman appelait de ses vœux en 1950¹ – mais aussi et surtout, aux plans intellectuel et culturel. C'est pourquoi, contrairement aux sociétés closes de l'entre-deux guerres qui s'enfermaient pour certaines dans un totalitarisme étouffant, les sociétés d'après-guerre se sont ouvertes sur l'Europe et sur le monde. Limité dans

un premier temps à la seule communauté atlantique, l'échange des idées et des opinions entre les peuples qui est né de ces choix initiaux a pris un nouveau départ après la chute du mur de Berlin. Il a gagné le continent européen et s'est étendu à l'échelle planétaire, mettant en marche un grand mouvement d'européanisation et, plus largement, de globalisation (ou mondialisation) du droit qui se poursuit depuis sans discontinuer.

Les sources du droit en ont subi – et en subiront – des conséquences de grande ampleur. En France, ces sources ont déjà évolué d'un point de vue formel – la loi nationale n'est plus l'exclusive *fons et origo* du droit, comme en témoigne la présence dans l'ordre juridique de normes internationales et européennes directement applicables – et d'un point de vue matériel – le législateur, par nécessité comme par tradition², mais aussi les

¹ Déclaration Schuman prononcée le 9 mai 1950 par Robert Schuman, ministre des Affaires étrangères français, dans le salon de l'Horloge du Quai d'Orsay : « L'Europe ne se fera pas d'un coup, ni dans une construction d'ensemble : elle se fera par des réalisations concrètes créant d'abord des solidarités de fait ».

² Il existe, d'une part, au Sénat une division de législation comparée à l'intérieur

de la direction de l'initiative parlementaire et des délégations et, d'autre part, à l'Assemblée nationale un service des affaires européennes qui élabore des études de législation comparée. Ces services ont un caractère purement informatif, mais ils permettent au législateur de situer certaines questions dont est saisi le Parlement dans un contexte plus large.

fondé sur autre chose ? Là où le fait l'emporte sur le droit, là où des pratiques ou des usages peuvent venir modifier les règles écrites, la volonté politique déplace la constitution. Aussi bien les sources non écrites du droit constitutionnel se sont-elles considérablement réduites. D'une part, les constitutions coutumières tendent à devenir de plus en plus écrites (A) et, d'autre part, les constitutions écrites ont de moins en moins tendance à devenir coutumières (B).

A. L'écriture des constitutions coutumières

Jusqu'aux révolutions américaine et française de la fin du XVIII^e siècle, le droit constitutionnel des divers pays d'Europe était « principalement, presque uniquement, fixé par la coutume »¹⁶. De cet ensemble coutumier, émergeaient bien quelques textes, souvent fort anciens, ainsi, en Angleterre, la Grande Charte (1215), la loi d'Haubeas Corpus (1679), le *Bill of Rights* (1689), ou l'Acte d'Établissement (1700), mais ils étaient rares. Depuis la deuxième moitié du XX^e siècle, ils le sont de moins en moins. Tous les pays européens se sont dotés de constitutions écrites et, dans le seul qui restait fidèle au processus coutumier, le Royaume-Uni, la constitution coutumière est de plus en plus écrite. Partout, la densité du caractère non écrit des constitutions coutumières se réduit comme une peau de chagrin.

1. L'exemple du Royaume-Uni

Bien qu'en théorie, il soit impossible d'y identifier des lois constitutionnelles d'un point de vue formel puisque le Parlement peut les retirer, les modifier, ou les changer comme il lui plaît – selon Dicey, une loi prétendument « constitutionnelle » n'a pas plus de valeur que celle qui établit le statut des dentistes¹⁷ – il n'est pas interdit de les identifier d'un point de vue matériel. Or, la nouveauté en la matière est que le nombre de lois concernant la matière constitutionnelle soit qu'elles limitent les pouvoirs du Parlement soit qu'elles protègent les droits et libertés, a augmenté dans des proportions impressionnantes au cours des dernières années.

écrites ont tout naturellement pris le pas sur ses sources non écrites. La volonté des pouvoirs constitués qui l'emportait si souvent, notamment en France, sur celle du pouvoir constituant et qui faisait du droit constitutionnel un « droit politique » soumis non à la volonté de son auteur, le peuple, mais à celle de ses serviteurs, les organes constitués, ont perdu de leur force. Les sources non écrites ont décliné (I) et les sources écrites, toujours plus centrales, se sont renouvelées grâce à l'apport de droits venus d'ailleurs (II).

I. Le déclin des sources non écrites

Il n'est pas si loin le temps où le droit constitutionnel s'enseignait sans constitution, pour ainsi dire. La constitution survivait, mais personne ne s'y intéressait. Dans les années 1950, Georges Burdeau n'y voyait plus qu'« un alibi qui dissimule mal la primauté du fait sur le droit »¹². Seules complaient les forces politiques telles qu'elles étaient organisées dans les partis. Le cours qui s'affichait encore « de droit constitutionnel » n'était un cours de droit que de nom ; c'était un « cours d'institutions politiques » centré sur le pouvoir, sa conquête et son exercice, qu'on complétait des termes, « et de droit constitutionnel », tel un hommage que les idées à la mode rendaient à celles qui ne l'étaient plus. La liberté politique ne se mesurait ni à la réalité de la séparation des pouvoirs ni à l'effectivité de la garantie des droits, mais au nombre de partis politiques dans les États qui se répartissaient entre régimes à parti unique, bipartites ou multipartites.

Aujourd'hui, l'étude du pouvoir relève de la science politique, et le droit constitutionnel est redevenu ce qu'il était à l'époque des Esmein, Duguit et Hauriou, la partie du droit public relative à la limitation du pouvoir par le droit, c'est-à-dire, le « gouvernement légal » comme l'appellait Esmein¹³, « l'état de droit » préféraient dire Duguit¹⁴ et Hauriou¹⁵. Dans la mesure où l'idée même de droit appelle des règles fixes et permanentes, le retour de l'état de droit a signifié le retour de l'écrit dans les sources du droit constitutionnel. Comment l'état de droit pourrait-il être

¹⁶ M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 1923, p. 257.
¹⁷ A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 8^e éd., 1927, p. 603.
¹⁸ A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8^e éd., 1915, p. 141.

¹² G. Burdeau, « Une survivance : la notion de constitution », in *L'évolution du droit public. Études en l'honneur d'André Métre*, 1956, p. 53 s., not. p. 60.
¹³ A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 1899, p. 10.
¹⁴ L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, 1911, p. 38.

cours supérieurs qui y étaient moins accoutumées³, regardent vers les droits étrangers et parfois s'en inspirent. Plusieurs parmi les concepts aujourd'hui familiers du droit public français viennent de l'étranger comme le contrôle de proportionnalité dont les bases furent jetées au XIX^e siècle en Allemagne⁴, ou le procès équitable (*fair trial*) dont l'origine remonte à la Grande Charte arrachée au roi d'Angleterre en 1215⁵, ou le contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois (*judicial review*) dont la gloire n'a cessé de grandir après l'arrêt *Marbury v. Madison* rendu en 1803 par la Cour suprême des États-Unis⁶ et qui a été adapté à la tradition constitutionnelle française au moyen de la QPC (question prioritaire de constitutionnalité).

Les droits constitutionnels nationaux, en France, dans les pays européens, et même aux États-Unis pourtant si insulaires sur le plan juridique⁷, n'ont pas échappé à l'influence des nouvelles idées. Ils les ont reçues de plein fouet, leur résistant plus ou moins bien⁸, pour finalement s'ajuster à leurs exigences. En France, la secousse fut sismique. Le droit constitutionnel en est sorti métamorphosé dans la mesure où il a enfin trouvé, après plus de deux siècles de tâtonnements, le moyen d'assurer, de manière compatible avec le principe de la souveraineté nationale, la mise en œuvre de la grande idée du constitutionnalisme qui enseigne qu'il existe au-dessus des gouvernants un droit immuable, permanent, on oserait à peine dire éternel, celui-là même que la petite Antigone, tête et volontaire, oppose à Créon, et qui, dans la démocratie moderne, est inscrit dans la Constitution. Tous les pays européens se rallient à cette idée les uns après les autres, comment la

France aurait-elle pu rester à l'écart, elle qui en fut à l'origine à la fin du XVIII^e siècle, de concert avec les États-Unis ?

Emporté par ces courants, le droit constitutionnel français a enregistré le plus grand changement qui pouvait affecter ses sources. Il est devenu un vrai droit, pas seulement parce qu'il est sanctionné par un juge en charge de faire respecter ses normes, mais aussi, et plus encore, parce qu'avec la célèbre décision du Conseil constitutionnel, *Liberté d'association*⁹, son véritable but est remonté à la surface. Comme l'indique en creux l'article 2 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789¹⁰, le but d'une constitution, et du droit constitutionnel en général, n'est pas le pouvoir, mais l'homme, l'homme en qualité de membre d'une « association politique », c'est-à-dire, d'une société organisée par des lois. Certes, une constitution organise le pouvoir, mais ce n'est qu'un moyen au service d'une seule fin, celle de l'homme et de ses droits naturels et imprescriptibles. Telle est la vérité première que la décision de 1971 a rappelé par la simple, mais capitale référence dans ses visas au Préambule de la Constitution. Tout a basculé parce qu'en ramenant le droit constitutionnel français à sa source originale, la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, cette décision historique ressuscita le véritable objet du droit constitutionnel qui est de protéger la liberté politique dans ses rapports avec le gouvernement et les autres membres de la société¹¹ au moyen de la séparation des pouvoirs et d'une garantie des droits appropriée (article 16 DDHC).

Avec le recentrage général du droit constitutionnel sur les droits de l'Homme, ses sources

³ Sur l'utilisation du droit comparé par la Cour de cassation, v. G. Canivet, « La pratique du droit comparé par les cours supérieures. Brèves réflexions sur la dialectique des juges dans les expériences française et européenne : en commentaire de l'article de Sir Basil Markesinis et Jörg Fedtke. Le juge en tant que comparatiste », *Tulane Law Review*, vol. 80 (2005), p. 221 s.

⁴ E. Forthoff, *Traité de droit administratif allemand*, trad. M. Fromont, Bruxelles, Bruylant, 1969, p. 94.

⁵ Theodore F. T. Pluonett, *A Concise History of the Common Law*, 5^e éd., Boston, Little Brown and Co., 1956, p. 24.

⁶ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 177 (1803).

⁷ Les références faites par la Cour suprême des États-Unis à des décisions étrangères sont sporadiques en comparaison avec celles faites par d'autres cours appartenant à la tradition de common law, v. J. A. E. G. Griffith, « Judicial Engagement With Comparative Law », *Journal of Comparative Law*, vol. 34, n° 1, 2003, p. 1.

⁸ C'est aux États-Unis que la résistance est la plus forte. Une littérature impressionnante s'est formée sur le droit constitutionnel comparé qui y est surtout, voire exclusivement, appliquée à travers l'influence jugée bénéfique par les libéraux parce qu'encourageant des droits et libertés, exécrable par les conservateurs parce que contraire à la souveraineté des États, des décisions

des juridictions étrangères sur la jurisprudence de la Cour suprême. L'opposition entre les deux écoles de pensée a attiré un pont d'agocité avec le débat entre les juges Stephen Breyer et Antonin Scalia de la Cour suprême des États-Unis qui s'est tenu à la faculté de droit de l'American University à Washington, D.C., le 28 février 2005, <http://www.freepublic.com/focus/news/1352357100ts>.

⁹ Décision n° 71-44 DC (16 juillet 1971). Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association, accessible (comme toutes les décisions du Conseil constitutionnel) citées infra) sur le site <http://www.conseil-constitutionnel.fr/>.

¹⁰ Article 2 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression ».

¹¹ Selon les distinctions faites par Montesquieu dans *l'Esprit des Lois*, Livre XI, « Des lois qui forment la liberté politique dans son rapport avec la constitution », et Livre XII, « Des lois qui forment la liberté politique dans son rapport avec le citoyen », in Œuvres complètes, Gallimard, Coll. de la Pléiade, 1961, t. II, pp. 393-458.

En 1972, le Parlement adopta la loi sur les relations du droit britannique avec le droit communautaire (*European Communities Act*) dont le but fut de relayer à la coutume énoncée par le juge, l'entendement de la *common law*, le soin de définir les relations entre le droit de l'Union et le droit anglais, ces relations étant désormais arriérées dans une loi écrite qui oblige expressément les juges anglais à appliquer le principe de primauté du droit matériel de l'Union européenne sur le droit national. Les juridictions en ont tiré les conséquences et, dans les années 1980, elles ont écarté le droit britannique dans la série remarquée des arrêts *Factortame*¹⁸. Le droit écrit a dicté aux juges une solution qui n'était pas celle que le droit non écrit aurait produite¹⁹. À la fin des années 1990, la place de l'écrit s'est accentuée. Sous les gouvernements de Tony Blair (1997-2007), ce ne sont pas moins de cinq lois matériellement constitutionnelles qui sont venues ajouter de nouvelles dispositions écrites à la Constitution non écrite du Royaume-Uni (*Scotland Act 1998, Northern Ireland Act 1998, Human Rights Act 1998, House of Lords Act 1999, Constitutional Reform Act 2005*). Et s'y sont ajoutées immédiatement après d'autres lois de même nature et de même portée (*Fiscal Responsibility Act 2010, Equality Act 2010, Constitutional Reform and Governance Act 2010, Fixed-term Parliaments Act 2011*). Autrement dit, l'exercice de la Prérogative, qui forme la substance des pouvoirs du gouvernement outre-Manche, est de plus en plus soumis à un régime législatif, donc écrit, ou, pour dire les choses autrement, la Prérogative est de plus en plus encadrée par des lois organiques.

Pour un pays à constitution non écrite, ces développements témoignent d'une augmentation de lois matériellement constitutionnelles et écrites

qui est d'autant plus troublante qu'elle intervient sur des chapitres autrefois régis par la tradition et ses usages, les conventions de la Constitution. C'est le cas du *Constitutional Reform Act* de 2005, qui institue une véritable séparation des pouvoirs entre les pouvoirs législatif et judiciaire par un réaménagement de la position du Lord Chancelier et la création d'une Cour suprême du Royaume Uni²⁰, ou encore du *Fixed-Term Parliaments Act*, adopté après les élections de 2011, qui fixe une durée déterminée au Parlement qui en est sorti (le texte prévoit que les prochaines élections auront lieu le 7 mai 2015), en réservant la possibilité d'élections anticipées, certes, mais à des conditions et dans des formes prescrites par écrit dans la loi²¹.

Dans ces conditions, que reste-t-il de la notion de constitution coutumière ? La notion ne serait-elle plus qu'une terminologie datée, appliquée aux pays dont les lois matériellement constitutionnelles désignent la particularité de ne pas être contenues dans un document unique ? On serait tenté de le croire car ce qui compte aujourd'hui d'un point de vue formel, c'est moins l'unicité du document que sa rigidité. La vraie question est celle-ci : les textes ont-ils été gravés dans le marbre ou inscrits sur du sable par un jour de grand vent ? De ce point de vue, un tournant peu banal a récemment été pris en Angleterre. Quelques juges semblaient vouloir conférer aux lois matériellement constitutionnelles une rigidité qu'elles n'avaient pas.

Il y a une dizaine d'années, dans l'affaire dite des « martyrs du système métrique » (les malheureux chercheurs que les directives européennes obligeaient à abandonner le système impérial des poids et mesures pour adopter celui en usage sur le continent et qui s'appuyaient sur une loi de 1985 pour tenter d'y échapper), un juge (qqlas à

révolution au long cours (1999-2007) », *RDP* 2008, p. 1333, note 18 et réf. au texte ; C. de Beaussé de la Hogue, « Un aspect des réformes constitutionnelles au Royaume-Uni : La disparition du Lord Chancelier. D'une Constitution non écrite vers une Constitution écrite ? », *RDP* 2005/2, n° 62, p. 291 s.

Cette loi représente, selon un mark anglais, une proposition constitutionnelle d'actes de haute importance, comme « Mark, Ryan », le Free-Tier Parliaments Act 2011, *Public Law*, voir 2012, p. 235. Pour A. Le Dwyer, ce texte contient « rien moins que des éléments pour tenter de fuir – au moins en partie – les principes du gouvernement parlementaire lui-même par des règles uniques fixes » (« Un tournant de la culture constitutionnelle britannique : les Free-Tier Parliaments Act 2011 et l'annonce inédite de décolonisation du système parlementaire de gouvernement au Royaume-Uni », *Jur. Politicum*, n° 7, 2012).

« La loi sur la dissolution du Parlement est la seule nouvelle loi à être promulguée en 2015, en comparaison avec la septième ou huitième promulguée par le Royal Assent en 2014 ». Voir aussi, dans la même revue, l'article de M. J. L. Smith, « La dissolution du Parlement britannique », (*Le Free-Tier Parliaments Act 2011*) ou la fin du droit de dissolution du parlement au Royaume-Uni », *Constitutions* (n° 16), fin 2012, p. 28.

suggéré qu'il existe dans la masse des lois adoptées par le Parlement des lois que celui-ci a retranchées des autres (*entrenched*) en s'interdisant de revenir dessus sauf dans des cas souverainement déterminés par lui, autrement dit, en les soustrayant à la règle du retrait implicite (*implied repeal*) qui veut que le Parlement puisse défaire le lendemain ce qu'il vote la veille, et donc, en leur conférant le statut de lois « constitutionnelles ». A en croire l'ingénieux *judge Laws*, le résultat pour le juge est simple : à défaut d'une volonté clairement exprimée du Parlement d'écarter de telles lois, le juge doit les appliquer, même si, comme dans le cas d'espèce, il est en présence d'une loi postérieure contraire²².

Et le *judge Laws* avançait le raisonnement suivant : si le Parlement avait voulu que la loi de 1985 déroge au *European Communities Act* (1972), il l'aurait dit ouvertement et sans ambiguïté ; faute de l'avoir dit, la loi de 1972, donc, le droit de l'Union, l'emporte.

À l'époque, la nouvelle notion de « loi constitutionnelle » dont le juge Laws avait eu le surcroît qu'elle serait commandée par la *common law* fut considérée comme le produit d'une imagination fertile et, certainement, comme une atteinte à la souveraineté du Parlement. En réalité, elle était plutôt le résultat d'une réflexion sur le problème précis de l'articulation du droit de l'Union en droit anglais, une tentative de théorisation des moyens que les juges anglais ont trouvés pour se sortir de l'impasse dans laquelle la

Les deux principes, souveraineté du Parlement et suprématie du droit de l'Union, lesquels sont parfaitement contradictoires entre eux, s'appliquent l'un et l'autre en droit anglais, à charge pour les cours de justice de déléguer au cas par cas l'écheveau de difficultés qui en résultent. Mais, l'idée de « loi constitutionnelle » a fait son chemin et, en 2005, plusieurs Law Lords du comité d'appel de la Chambre des Lords ont fait part des hésitations qui les tourmentaient. Les leurs s'ils devaient donner effet à une « loi ordinaire » qui porterait atteinte à une « loi constitutionnelle », sans toutefois préciser qu'ils

²² *Thodum v Sunderland City Council* [2002] EWHC 195 (Admin), accessible sur le site [le site *http://www.bailii.org*](http://www.bailii.org).

²³ *Jackson and Others v Attorney General*, [2005] UKHL 56, accessible sur le site [le site *http://www.bailii.org*](http://www.bailii.org).

²⁴ D. Barak-Erez, « From an Unwritten to a Written Constitution: The Israeli Challenge in American Perspective », *Columbia Human Rights Law Review*.

feraient exactement, la question ne se posant pas en l'espèce, et donc sans aller jusqu'à remettre en cause la souveraineté du Parlement²³. On peut voir dans ces états d'âme judiciaires une forme de résistance contre l'enrichissement du droit coutumier par l'écrit, mais il faut être prudent et ne pas généraliser car tout en *common law*n'est souvent que question d'espèce.

2. Les exemples d'Israël et de la Nouvelle-Zélande

Israël et la Nouvelle-Zélande qui tiennent compagnie au Royaume-Uni dans le club très fermé des Etats dits à constitution coutumière ont connu des développements similaires, notamment (mais pas seulement) dans le domaine de la protection des droits fondamentaux.

En Israël où il n'existait pas de déclarations de droits, la Knesset a adopté en 1992, puis consolidé en 1994, deux lois matériellement constitutionnelles, l'une sur la liberté d'entreprendre (*Basic Law: Freedom of Occupation*), l'autre sur la dignité humaine et la liberté (*Basic Law: Human Dignity and Freedom*) dont un auteur averti a pu dire qu'elles opéraient le passage d'une constitution non écrite à une constitution écrite²⁴. La Cour suprême d'Israël a confirmé l'évolution en admettant dès 1995 qu'elle avait compétence pour contrôler la constitutionnalité des lois de la Knesset au regard des lois fondamentales adoptées par elle²⁵. Et, en 2001, le pays s'est éloigné encore un peu plus de la tradition coutumière en adoptant une loi sur le gouvernement (*Basic Law: The Government*).

Quant à la Nouvelle-Zélande qui comme l'Angleterre n'a pas de constitution écrite, elle aussi s'est convertie à l'écrit et a adopté depuis les années 1980 les lois suivantes: *Constitution Act 1986*, *Maori Language Act 1987*, *New Zealand Bill of Rights 1990*, *Maori Land Act 1993*, *Human Rights Act 1993*, *Electoral Act 1993*, *Habeas Corpus Act 2001*. Aujourd'hui, le gouvernement néo-zélandais affirme que la loi de 1975 approuvant le traité de Waitangi passé entre la Couronne et les

tribus Maoris a un « caractère constitutionnel »²⁵. Beaucoup pensent qu'il en va de même pour le *Bill of Rights* de 1990 et la loi de 1993 qui a introduit la représentation proportionnelle.

Une écriture partielle des constitutions non écrites sous forme de lois organiques ou fondamentales, souvent complétées d'un retranchement des lois ordinaires par le contrôle juridictionnel, tend ainsi à s'établir. Tout se passe comme si la pratique, même lorsqu'elle est sanctionnée par le juge, même lorsqu'elle est solidement établie et uniformément suivie par les organes politiques ne suffisait plus pour faire une constitution. L'écrit, expression de la souveraineté populaire, s'impose partout, déplaçant, voire remplaçant les usages fondés sur les convenances et légitimés par l'histoire. La coutume ne justifie plus à elle seule un état de choses établi en fait ; cet état de choses exige d'être fondé en droit.

B. La fixité des constitutions écrites

En principe, il ne peut pas y avoir de règles non écrites dans une constitution écrite ou, s'il y en a, ce sont des usages, des pratiques, qui ne sont pas juridiquement obligatoires. L'exemple américain est ici topique. La jurisprudence du Conseil constitutionnel a mis la Constitution française sur les mêmes rails.

1. La pratique américaine

La Constitution américaine est écrite et l'écrit l'emporte toujours sur le non écrit. Contrairement à l'évolution observée en France, pays aussi à constitution écrite, la pratique n'a pas généré de règles non écrites ou règles coutumières entre les pouvoirs²⁷. Par exemple, jusqu'à l'adoption en 1951 du Vingt-deuxième amendement à la Constitution qui interdit à un Président d'exercer plus de deux mandats, la règle n'était qu'un usage établi par le premier Président, G. Washington, en 1796, et qui fut rompu par Franklin D. Roosevelt à deux reprises, en 1940 et en 1944, pour des raisons qui tenaient à la situation internationale beaucoup

plus qu'à la passion du pouvoir personnel²⁸. On a pu le regretter sur le plan politique, mais personne n'a dit que Roosevelt violait la Constitution.

L'absence de conventions de la Constitution n'est qu'une forme de défiance pour la souveraineté du peuple. Aux États-Unis, cette défiance est si forte qu'il est exclu que le peuple puisse être lié par des règles que ses créatures auraient élaborées et qu'il n'aurait pas acceptées. Il y a des pratiques, des pratiques établies, des traditions (comme celle qui veut que chaque chambre du Congrès ait un chapelain), mais elles n'ont pas de caractère normatif. Saisie de la constitutionnalité de la pratique suivie dans les États et au Congrès qui consiste à élire un chapelain rémunéré sur fonds publics au début de chaque législature et qui est incompatible avec le principe de séparation des églises et de l'État posé dans le Premier amendement à la Constitution²⁹, la Cour suprême l'a validée purement et simplement au motif qu'elle était « profondément enracinée dans l'histoire et les traditions du pays »³⁰, mais elle n'a pas dit qu'elle était obligatoire.

2. La pratique française

En France, l'idée que le fait peut toujours l'emporter sur le droit a longtemps prévalu. Elle continue même de prévaloir aujourd'hui, à en juger par l'attachement d'une certaine partie de la doctrine à une position nuancée sur la révision de 1962 et son inclination à défendre la thèse selon laquelle la révision de la Constitution par la voie de l'article 11 serait peut-être, au fil du temps, devenue une coutume constitutionnelle³¹. La brièveté des lois constitutionnelles de 1875, les libertés prises par les organes politiques avec leurs dispositions comme en porte témoignage la « Constitution Grévy » qui avait fini, en pratique, par les remplacer, sont pour beaucoup dans ces fantaisies juridiques dont on trouvait dans les années 1930 une illustration sous la plume de Joseph-Barthélemy : « La Constitution de 1875, écrivait cet auteur

²⁵ V. E. Zoller, « La question des règles non écrites aux États-Unis », *Principes et règles non écrites en droit public*, P. Avril et M. Verpeaux, éd. Pantheon-Aspas, 2010, p. 143.

²⁶ En 1940, Roosevelt, fut posé par son propre parti et la situation internationale. En 1944, les circonstances faisaient que l'action tombait entre les confidences de Téhéran et de Yalta. En considération de la situation internationale et des engagements qu'il avait personnellement pris vis-à-vis de Staline à Téhéran, notamment concernant la Pologne, Roosevelt estima que les circonstances exigeaient, dans l'intérêt même des États-Unis où il existait une forte communauté

influent, [...] ne comprend que 27 articles ayant le caractère strictement constitutionnel. Ce caractère provient en partie de ce que les constituants, n'ayant pas de goût pour leur œuvre, n'y ont mis absolument que l'essentiel. Il s'explique aussi par ceci que la France, ayant déjà une longue expérience politique, ou pouvait s'expliquer en peu de mots en faisant un très large appel à la coutume »³².

Le Conseil constitutionnel a fait litère du vieux attachement français à la coutume constitutionnelle à deux reprises. La première occasion lui fut donnée en 1988 quand la droite, redevenue minoritaire à l'Assemblée, attaqua la loi d'amnistie qui étendait le bénéfice de ses dispositions non seulement au domaine pénal et para-pénal, mais encore à des faits qui étaient survenus dans le cadre d'un contrat de travail entre deux personnes privées et qui se trouvaient effacés et redressés par la réintégration obligatoire dans l'entreprise des salariés licenciés pour faute, y compris pour faute lourde. Selon les députés, la loi violait la « tradition républicaine » en s'étendant au-delà du domaine habituellement assigné aux lois d'amnistie. Le Conseil constitutionnel a rejeté le moyen au motif que « la tradition républicaine ne saurait être utilement invoquée pour soutenir qu'un texte législatif qui la contredit serait contraire à la Constitution qu'autant que cette tradition aurait donné naissance à un principe fondamental reconnu par les lois de la République »³³. C'était une manière de dire qu'il ne peut pas y avoir de règles non écrites obligatoires, autrement dit, des coutumes sous un régime de constitution écrite ; les deux termes sont antinomiques. Les pratiques ne peuvent donc plus comme autrefois l'emporter sur la constitution écrite et prétendre se voir reconnaître comme « du droit » ; elles ne restent jamais que « du fait ».

³² Joseph-Barthélemy, *La constitution et le régime politique*, 1933, p. 2.
³³ Décision n° 88-244 DC du 20 juillet 1988, *Les porteurs annuaires*, cons. 11.
³⁴ Décision n° 2008-563 DC du 21 février 2008, *Loi relative à l'égal accès des femmes et des hommes au conseil constitutionnel*, cons. 3. Commentant la loi relative à l'égal accès des femmes et des hommes au conseil constitutionnel, M. Verpeaux rappelle la reconnaissance d'un « principe républicain » par les auteurs de la loi relative à l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats politiques et la politique » (AIDA 2008, p. 639).
³⁵ G. Vedel, « Le pré-décret judiciaire en droit public français », *Journal de la société de législation comparée*, 1984, p. 265. « Pour des confirmations utiles, voir : M. Rocard, Premier ministre, *Normes de valeur constitutionnelle et degré de protection des droits fondamentaux*, Rapport présenté par la délégation française à la Ville confédérale des Cours constitutionnelles européennes (Ankara, 7-10 mai 1990), RFDA, 1990, p. 317 ; B. Genevois, « Un universitaire au Conseil constitutionnel : le Doyen Georges Vedel », RFDA, 2004,

La deuxième occasion est survenue en 2008 à propos de la loi facilitant l'accès des femmes et des hommes au mandat de conseiller général. Les sénateurs estimaient que la tradition républicaine interdisait qu'on puisse procéder à une modification des règles électorales dans les jours précédant le scrutin, voire après le dépôt des candidatures. Le Conseil constitutionnel a rejeté le moyen par le même raisonnement tenu trente ans plus tôt. La tradition républicaine n'a de valeur normative que pour autant qu'elle soit inscrite dans un texte, en l'espèce, « une disposition législative antérieure à la Constitution de 1946 »³⁴. En exigeant un texte écrit à la base de toute norme constitutionnelle, le Conseil constitutionnel a renforcé l'État de droit et démontré, comme l'expliquait le Doyen Vedel à ceux qui pointaient un index accusateur contre le gouvernement des juges, qu'il n'en est rien parce que le Conseil constitutionnel ne « s'estime pas maître des sources du droit constitutionnel »³⁵. Les sources du droit constitutionnel français sont aujourd'hui exclusivement écrites³⁶ et elles le restent grâce à la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Si les pouvoirs constitués, notamment le pouvoir législatif, veulent changer les normes qui les obligent, il leur faut aller devant le pouvoir constituant. C'est une mutation fondamentale dans notre histoire.

II. Le renouveau des sources écrites

Longtemps, les sources du droit constitutionnel furent principalement nationales. À l'exception des périodes d'élaboration des constitutions, l'opinion ne se portait pas au-delà des frontières. L'opinion commune se rangeait volontiers aux positions de Maurice Deslandres qui pensait : « Comparer des institutions fonctionnant dans

p. 215 et s., not. à l'appel de la note 35.
³⁶ Certes, les sources écrites sont interprétées, notamment par le juge constitutionnel. Mais l'interprétation ne saurait être présentée comme une création de droit à proprement parler, car elle n'ajoute rien à ce qui est déjà écrit. Elle est une œuvre de la jurisprudence. Elle est une œuvre de la jurisprudence, il n'y a pas de doute à ce sujet. Le juge constitutionnel, et de l'autre, l'interprétation qui en est faite. La Constitution et l'interprétation qui s'y attache sont indissociables. Tout au moins, « le juge constitutionnel est une institution » (comme le rappelle S. Bal, « Réflexions sur la notion de coutume constitutionnelle. A propos du double anniversaire du référendum de 1969 », *Revue Administrative*, vol. 32 (1979), p. 265-273, not. p. 268). Si elle se sépare, c'est que l'interprétation est effectivement « davantage » qu'elle doit être et qu'elle constitue une violation de la règle interprétée. En démocratie, c'est généralement le cas quand une interprétation est jugée par le corps social.

riel » d'une part, et le point de vue « formel » ou « organique » d'autre part. Nous ne l'utiliserons que dans son sens le plus simple, sinon simplifié (1).

Rappelons seulement que toute définition d'une notion juridique peut se faire soit du point de vue *matériel*, soit du point de vue *formel*. Le point de vue matériel s'attache au *contenu* de l'activité, de l'acte ou de la situation qu'il s'agit de définir. Le point de vue *formel* s'attache aux *procédures* qu'utilise cette activité ou qui aboutissent à cet acte ou à cette situation. On pourrait distinguer un troisième point de vue, le point de vue organique, qui prendrait en considération la nature des organes en cause. Mais on peut considérer que ce point de vue n'est pas réellement autonome, car il est englobé dans le point de vue formel. En effet, si l'on utilise le point de vue formel, c'est-à-dire si l'on prend en considération les procédures, on est par là même obligé de faire place aux considérations tirées de la nature des organes intervenant dans ces procédures.

Même lorsqu'ils n'utilisent pas le vocabulaire théorique que l'on vient d'évoquer, la jurisprudence et les auteurs emploient nécessairement les techniques auxquelles ce vocabulaire correspond. Prenons un exemple simple : le problème de la classification des actes administratifs unilatéraux. On peut adopter pour cette classification un critère *matériel* : dans cette perspective, on adoptera comme principe de distinction ce qui caractérise les divers *contenus* (c'est-à-dire les divers *objets* possibles) des actes administratifs et l'on sera conduit à distinguer entre les actes réglementaires posant des règles générales et impersonnelles et les actes non réglementaires. Si l'on se place à un point de vue *formel*, au contraire, on classera les actes administratifs unilatéraux d'après les diverses *procédures* (et donc d'après les divers organes) qui leur donnent naissance et l'on sera amené à distinguer successivement : les décrets du Président de la République (avec un certain nombre de sous-distinctions formelles), les décrets du Président du Conseil (même remarque), les décisions des diverses autorités administratives. Il va de soi d'ailleurs que les deux points de vue peuvent se combiner et que, en certains cas, il est impossible de donner une définition sans utiliser cumulativement les deux points de vue ; ainsi le règlement d'administration publique ne peut se définir qu'en faisant appel à la fois au point de vue matériel (règlement en vue de l'application d'une loi) et au point de vue formel (invitation du législateur, intervention du Conseil d'État, édicton par le Président du Conseil).

Ainsi le point de vue « formel » et le point de vue « matériel » sont des catégories de la logique juridique que l'on utilise nécessairement, même si on ne les nomme pas expressément.

13. Les deux points de vue sont, sous l'angle de la logique, également nécessaires et il est souvent indispensable de les combiner pour arriver à des définitions complètes. Mais les effets attachés par le droit positif à l'un ou à l'autre peuvent être bien différents. Selon que le droit positif attache les effets les plus importants à l'un ou à l'autre point de vue, tire ses concepts essentiels de l'un ou de l'autre, on a affaire à des systèmes bien différents.

Or, notre droit constitutionnel et, par voie de conséquence, comme nous le montrerons, notre droit administratif positif donnent une incontestable prééminence au point de vue *formel* ; les critères et les notions de caractère matériel ne doivent pas être négligés, mais ont un caractère subsidiaire. C'est pourquoi la construction du droit administratif sur la base du service public, [notion] principalement matérielle, cadre mal avec notre droit positif.

14. Que le point de vue essentiel de notre droit constitutionnel soit le point de vue formel n'est plus à démontrer depuis CARRÉ DE MALBERG.

La notion-clé de notre droit public est sans aucun doute celle de *loi* (2). Elle constitue un excellent terrain d'expérience pour établir la prééminence des critères formels et le caractère subsidiaire des critères matériels.

(1) Comme exemples de l'emploi de ces notions, cf. R. BONVARD, *Précis de droit administratif*, 1935, p. 35 et suiv. ; A. DE LAUBADÈRE, « Traité », nos 16 et 17.

(2) Cf. R. MASPÉROL, « Le problème de la loi et ses développements récents dans le droit public français », *Études et Documents du Conseil d'État*, n° 3, p. 50 et suiv.

CONFRONTATION DE LA THÉORIE DU SERVICE PUBLIC ET DES PRINCIPES CONSTITUTIONNELS.

11. Comment passe-t-on des principes constitutionnels aux règles du droit administratif ? C'est ce que précisaient les thèses de l'« école du service public » ne permettant pas de comprendre.

La notion même de service public n'est pas une notion constitutionnelle. Jusqu'à l'Préambule de la Constitution de 1946 aucun texte constitutionnel n'en faisait mention. Le Préambule n'utilise d'ailleurs le terme que de façon incidente pour définir le champ des nationalisations : « Tout bien, toute entreprise dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité ». On a d'ailleurs souligné le caractère plus politique que juridique de la formule, car cette disposition qui constitue une directive pour le législateur abandonne à la seule appréciation de celui-ci le point de savoir ce qui caractérise « un service public national » (1).

Mise à part cette mention accidentelle du « service public », notre Constitution ne renferme pas d'autre disposition consacrant la notion. Il est en particulier remarquable, comme on le dira plus loin, que le constituant n'ait défini la tâche administrative que par la mission d'exécution des lois confiée au Président du Conseil (art. 47) et non par référence aux services publics.

Que la notion de service public soit étrangère au vocabulaire constitutionnel ne signifie évidemment pas qu'elle soit inexacte ou inconstitutionnelle. Mais c'est le signe qu'il manque un ou plusieurs maillons à la chaîne qui doit nécessairement relier les principes du droit administratif à ceux du droit constitutionnel. C'est le signe que la notion de « service public » n'a pas le caractère « premier » qu'on a voulu lui attribuer.

On verra plus loin (2) que les maillons qui manquent sont ceux du « pouvoir exécutif » et de la « puissance publique ».

12. Telle est la première constatation simple et quasi immédiate que l'on peut faire. La comparaison des données du droit constitutionnel et du système édifié en droit administratif par l'« école du service public » conduit à une autre conclusion, moins directe mais aussi certaine : il est impossible de construire le droit administratif sur une notion principalement *matérielle* alors que notre droit constitutionnel, fondement de l'ordre juridique et source des pouvoirs des gouvernants, recourt à peu près exclusivement à des notions et à des critères *formels* ou *organiques*.

Il est inutile d'exposer complètement, pensons-nous, la distinction entre le point de vue « maté-

(1) J. RIVERO et G. VEDÉL, « Les principes économiques et sociaux et la Constitution du 27 octobre 1946 », *Collection Droit Social*, cahier XXXI, p. 27, n° 34 ; R. PELLoux, « Le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 », *Rev. Dr. publ.*, 1947, p. 380. M. CAPRANT avait proposé devant l'Assemblée constituante la rédaction suivante, qui ne fut pas retenue : « Toute entreprise bénéficiant d'un monopole de fait ou de droit doit être exploitée en service public ». Cette manière de s'exprimer était beaucoup plus logique.

(2) *infra*, n° 30 et suiv.

30. Ce n'est pas à des spéculations théoriques, mais à la jurisprudence que nous demanderons de nous indiquer la base constitutionnelle du droit administratif. En vertu de quel titre constitutionnel existe-t-il une administration? en vertu de quel titre constitutionnel les administrateurs exercent-ils leurs compétences? Ce sont les réponses de la jurisprudence à ces questions qui désignent la base constitutionnelle du droit administratif.

Mais de telles questions se sont rarement posées au juge et ceci pour une raison simple; c'est que, la plupart du temps, le législateur est intervenu pour attribuer aux divers gouvernants ou administrateurs des compétences précises et pour en fixer l'étendue. Dès lors, en vertu d'un principe évident d'économie des moyens, le juge n'a pas à remonter jusqu'aux sources constitutionnelles pour résoudre les problèmes qui lui sont posés.

Ce n'est que dans les cas, peu fréquents, où l'exercice d'une compétence administrative non définie par le législateur paraît nécessaire que le juge est amené à rechercher dans le droit constitutionnel les bases de l'action administrative.

31. Examinant l'arrêt HEYRIES du 28 juin 1918 (3), le Doyen HAURIUOU écrivait avec raison : « Cette décision est l'une des plus riches en substance politique et gouvernementale qui aient été rendues depuis longtemps ».

On sait que, par cet arrêt, le Conseil d'État admettait que le Gouvernement avait pu suspendre par simple décret pour la durée des hostilités l'application de l'article 65 de la loi du 22 avril 1905 relatif à la communication de leur dossier aux agents publics tombant sous le coup d'une mesure disciplinaire.

Les raisons de fait qui justifiaient la mesure gouvernementale critiquée par le recours se comprennent aisément et sont indiquées dans l'arrêt : « ...la communication, prescrite par l'article 65 de la loi du 22 avril 1905, à tout fonctionnaire, de son dossier, préalablement à toute sanction disciplinaire, était, pendant la période des hostilités, de nature à empêcher, dans un grand nombre de cas, l'action disciplinaire de s'exercer et à entraver le fonctionnement des diverses administrations nécessaires à la vie nationale... »

Mais en droit, comment justifier qu'une simple mesure gouvernementale pût suspendre l'application d'une loi? Le principe de la continuité des services publics n'y suffisait pas car en lui-même ce principe n'implique pas que l'autorité administrative soit habilitée à se substituer au législateur pour suspendre des dispositions édictées par celui-ci et dont, par une appréciation souveraine, le législateur n'avait pas pensé qu'elles fussent de nature à nuire au bon fonctionnement des services publics. La théorie des « circonstances exceptionnelles » ou des « pouvoirs de crise » encore à sa naissance, ne pouvait, à moins qu'on ne l'étendît démesurément, justifier la solution du Conseil d'État. En effet, si elle permettait une extension des pouvoirs normaux de l'autorité administrative (1) on ne pouvait, sans en changer complètement le sens, s'en servir pour justifier un renversement de la hiérarchie des actes juridiques imposée par notre droit constitutionnel.

C'est au droit constitutionnel dès lors qu'il faut remonter, et c'est ce que fait le Conseil d'État : « ...par l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, le Président de la République est placé à la tête de l'administration française et chargé d'assurer l'exécution des lois...; il lui incombe dès lors de veiller à ce qu'à toute époque les services publics institués par les lois et règlements soient en état de fonctionner et à ce que les difficultés de la guerre n'en paralysent pas la marche... »

Sous une forme laconique cet arrêt énonce un certain nombre de constatations de première importance.

Tout d'abord, c'est en vertu de la mission d'exécution des lois que la Constitution lui confie (2) que le Président de la République était, sous le régime de 1875, le chef de l'Administration; administrer, c'est donc, dans un sens qu'on précisera plus loin (3) « exécuter les lois ».

Ensuite, le fonctionnement continu des services publics est l'une des formes de l'exécution des lois.

Enfin, il peut se faire que, dans des circonstances exceptionnelles, l'exécution des lois puisse justifier la suspension de l'application d'une loi, affirmation qui, à première vue, étonne, mais dont, comme on le dira plus loin, l'arrêt HEYRIES n'est pas le seul exemple.

32. Si l'arrêt HEYRIES est bien connu, en revanche, l'arrêt LABONNE (4) rendu à peu près à la même époque l'est moins, et lors de sa publication, il n'attira pas, à notre connaissance, l'attention des annotateurs.

A propos de la légalité d'un retrait de permis de conduire, le Conseil d'État était invité par le requérant à déclarer illégal le décret du 10 mars 1899 portant règlement relatif à la circulation des véhicules sur les voies publiques, ancêtre de notre Code de la Route. En effet, argumentait le sieur LABONNE, s'il existe des textes législatifs confiant à diverses autorités, notamment aux Préfets et aux Maires, la

(1) Cf. p. ex. C.E., 6 août 1915. DELMOTTE et SENMARTIN, S. 1916.III.9, concl. CORNEILLE, note HAURIUO; 28 février 1919, dames DOL et LAURENT, S. 1919.III.33, note HAURIUO.

(2) L'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 disposait sur le point qui nous occupe : « ...il (le Président de la République) promulgue les lois lorsqu'elles ont été votées par les deux Chambres; il en surveille et en assure l'exécution... ».

(3) *Infra*, n° 38.

(4) C.E., 8 août 1919, LABONNE, *Rec.*, p. 737; D. 1921.III.23; S. 1924.III.46.

police de la circulation, aucune loi n'investit d'une telle mission de police une autorité gouvernementale (1). Ici encore, faute d'un texte législatif, c'est donc à la Constitution qu'il faut remonter pour trouver la source du pouvoir du Président de la République.

L'arrêt lui-même ne fait pas directement allusion à la Constitution. Son considérant essentiel est ainsi conçu :

« ... si les autorités départementales et communales sont chargées par les lois de veiller à la conservation des voies publiques et à la sécurité de la circulation, il appartient au Chef de l'État en dehors de toute délégation législative et en vertu de ses pouvoirs propres de déterminer celles des mesures de police qui doivent en tout état de cause s'appliquer sur l'ensemble du territoire... »

Il va de soi que le fondement de cette affirmation ne peut être que constitutionnel. D'où, en effet, le Chef de l'État tire-t-il des pouvoirs propres, en dehors de toute délégation législative sinon de la Constitution ? Si d'ailleurs les textes constitutionnels ne sont pas mentionnés dans les motifs de l'arrêt, la loi constitutionnelle du 25 février 1875 l'est dans les visas, et il est bien certain que la seule disposition de cette loi qui ait rapport avec l'affaire est cet alinéa de l'article 3 qui confie au Chef de l'État la mission d'exécution des lois, et sur lequel le Conseil d'État s'était appuyé dans l'arrêt HEYRIES.

Ici encore, le laconisme des formules ne doit pas nous masquer la richesse de la décision.

Celle-ci signifie tout d'abord que la mission constitutionnelle d'exécution des lois comporte, outre la gestion continue des services publics, visée par l'arrêt HEYRIES, le maintien de l'ordre par l'usage des pouvoirs de police, notamment sous la forme réglementaire.

En outre, l'exécution des lois ne doit pas s'entendre de l'exécution servile, paragraphe par paragraphe de chaque texte, mais elle implique des pouvoirs propres et une compétence générale qui s'exerce en vertu de la Constitution et en dehors même de toute délégation législative.

33. Si, entre tous les arrêts du Conseil d'État, il fallait choisir ceux qui renferment le plus de substance et qui indiquent le mieux les fondements du droit administratif, c'est aux arrêts HEYRIES et LABONNE que l'on vient de citer qu'il faut notre choix. Ce sont eux qui montrent comment le droit administratif s'enracine dans les principes constitutionnels ; ce sont eux qui montrent comment la notion d'administration est liée à celle de pouvoir exécutif ; ce sont eux qui désignent les deux principaux procédés par lesquels le pouvoir exécutif remplit sa mission d'administration : la police et le service public.

Arrêts isolés et comme tels sans portée ? Certes non. Ainsi qu'on l'a dit plus haut, le Conseil d'État a eu bien peu d'occasions de dire, en dehors de toute référence à un texte législatif précis, ce qu'est la mission confiée aux gouvernants et aux administrateurs et quelles sont ses sources. C'est pour cela que, lorsque la question s'est posée et qu'il l'a résolue, on doit attacher la plus grande importance à sa solution.

34. Au surplus, les idées explicitement dévoilées par les arrêts HEYRIES et LABONNE sont nécessaires pour expliquer bien d'autres arrêts.

Soit par exemple la jurisprudence relative aux circonstances exceptionnelles (2) ou à l'urgence (3). On sait qu'elle revient à étendre les pouvoirs légaux de l'Administration en raison de la situation à laquelle elle doit faire face. Il est scabreux de l'expliquer par le simple état de nécessité, théorie empruntée au droit civil ou au droit pénal (4) et dont la transposition au droit public risque d'être imparfaite et d'ouvrir tout simplement la voie aux pires justifications de la raison d'État. En revanche, l'idée que le pouvoir

(1) Le Gouvernement avait d'ailleurs longtemps hésité à agir par voie de décret, en l'absence de toute attribution expresse de compétence en cette matière. Antérieurement au décret de 1899, il avait préféré prescrire aux Préfets, par voie de circulaire, de prendre, en vertu de leurs pouvoirs, des arrêtés uniformes, chacun pour son département.

(2) Cf. A. DE LAUBADÈRE, Traité n° 404 et suiv.

(3) C. GABOINTE, « Essai sur la notion d'urgence en droit administratif français », Thèse Paris, 1951 (dactylographiée) ; « L'exception d'urgence en droit administratif », D. 1952, Chr. p. 41.

(4) Cf. R. PALLARD, « L'exception de nécessité en droit civil », Libr. gén. dr. et jur., 1949.

exécutif est investi d'une mission constitutionnelle impliquant le maintien de l'ordre et un minimum de fonctionnement des services publics est plus juste, moins vague et, partant, moins dangereuse. Elle implique le contrôle du juge puisqu'elle ne revient pas, comme la théorie de l'état de nécessité, à affirmer que, dans certaines circonstances, le droit perd son empire.

35. Il est caractéristique que, dans un autre domaine, celui de la grève des fonctionnaires, M. WALINE, commentant l'arrêt DEHAENE (1) ait retrouvé les idées que le Doyen HAURIQUO avait exprimées à propos de l'arrêt HEYRIES et qui n'étaient que l'explicitation des formules du Conseil d'État.

Il appartient au Gouvernement, sous le contrôle du juge, de réglementer l'exercice du droit de grève par les fonctionnaires, encore que le Préambule de la Constitution ait, en principe, réservé cette compétence au législateur. Telle est la solution de l'arrêt DEHAENE. Dans des conclusions à la fois subtiles et vigoureuses M. GAZIER, Commissaire du Gouvernement, n'a pas caché combien il était délicat de justifier totalement cette solution sur le plan purement juridique et, dans une péroraison saisissante, a montré que les équivoques du constituant, les défaillances du législateur, les hésitations gouvernementales laissaient au juge une tâche qui n'est pas normalement la sienne. Et, de fait, les motifs de l'arrêt impliquent un certain nombre de présupposés. Dire, avec le Conseil d'État, que le droit de grève comme tout autre ne peut être exercé abusivement, c'est supposer qu'il existe une règle, écrite ou non écrite, qui permet de dire où commence l'abus. Dire que le Gouvernement responsable du bon fonctionnement des services publics et du maintien de l'ordre public, tient de cette responsabilité le pouvoir de réglementer, sous le contrôle du juge, la grève des fonctionnaires, c'est admettre, implicitement mais nécessairement, qu'il existe une règle de nature supérieure selon laquelle le Gouvernement doit assurer l'ordre public et faire fonctionner le minimum de services publics nécessaire à la continuité de la vie nationale.

Où, sinon dans le droit constitutionnel, trouver la source de telles règles ? En investissant le Président de la République naguère, le Président du Conseil aujourd'hui (2) de la mission d'exécution des lois, la constitution leur confère un titre général de compétence pour tout ce qui est nécessaire aux conditions de continuité de la vie nationale, c'est-à-dire pour tout ce qu'exigent le maintien de l'ordre et la marche des services publics.

C'est que, en effet, l'exécution des lois ne consiste pas seulement dans l'exécution de chaque loi, mais dans le maintien de l'ordre juridique tout entier et de ce qui en est la condition nécessaire, c'est-à-dire la continuité de l'État et de la vie nationale. Comme le montre fort bien M. WALINE (3), retrouvant les idées d'HAURIQUO, il peut se faire que, soit dans des circonstances exceptionnelles, soit en raison d'une lacune législative, la sauvegarde des lois c'est-à-dire de l'État et de l'ordre juridique exige le sacrifice d'une loi. En tenant compte de cette hiérarchie des règles, de la supériorité du tout sur la partie, le pouvoir exécutif ne sort pas du droit et demeure fidèle à sa mission ; il est d'ailleurs sous le contrôle du juge.

36. Essayons maintenant de regrouper dans un ordre logique les divers éléments que nous a fournis la jurisprudence.

Un premier point paraît certain : sur la base des principes constitutionnels, confirmés par ce que l'on disait plus haut du sens de la règle de séparation des autorités administrative et judiciaire (4), l'Administration se définit d'abord par référence au pouvoir exécutif. Il faut entendre ce terme dans le sens organique et formel qui est celui que lui donnent traditionnellement nos constitutions, notamment l'article 3 de la loi du 25 février 1875 et l'article 47 de la Constitution du 27 octobre 1946. Le pouvoir exécutif appartient au Président du Conseil et au Gouvernement (5), exceptionnellement au Président

(1) C. E., 7 juillet 1950, DEHAENE, Rev. dr. publ., 1950, p. 691, concl. GAZIER, note WALINE.

(2) Le Président du Conseil des Ministres assure l'exécution des lois (art. 47 de la Constitution de 1946).

(3) Note précitée sous l'arrêt DEHAENE.

(4) Supra, n° 19.

(5) Le Gouvernement exerce le pouvoir exécutif, soit collectivement par le Conseil des Ministres, soit par l'action individuelle de chacun des ministres.

de la République (1). On doit y rattacher les services et organismes placés sous l'autorité ou sous la tutelle (2) du Gouvernement ou agissant pour son compte (3).

Par conséquent, on doit radicalement exclure de l'administration en droit public français toute activité qui ne se rattache pas formellement et organisationnellement à l'exécutif. Qualifiées ou non de services publics les activités du Parlement ou de l'autorité judiciaire n'ont rien à voir avec le droit administratif (4).

Au sein même des activités gouvernementales, toutes les activités du Gouvernement ou de ses agents n'ont pas le caractère administratif. On doit refuser ce caractère aux compétences que le Gouvernement exerce à un titre autre que celui que lui confère l'article 47 de la Constitution dans notre droit actuel. Il n'est pas question évidemment de ressusciter la distinction un moment esquissée entre l'action « gouvernementale » et l'action « administrative » (5). Mais l'on doit constater que n'ont pas le caractère administratif, faute de se rapporter à l'« exécution des lois » au sens de l'article 47, les actes par lesquels le Gouvernement conduit ses relations avec le Parlement ainsi que les actes concernant les rapports avec l'étranger. Autrement dit, l'Administration se rapporte au pouvoir exécutif, à tout le pouvoir exécutif, au seul pouvoir exécutif (6).

37. Notons un deuxième point : les compétences gouvernementales dans l'action administrative ont un caractère propre et autonome, et ceci pour deux raisons. La première est que la qualité de pouvoir exécutif est conférée directement par la Constitution elle-même et ne résulte pas de la somme des délégations consenties sur chaque point particulier par le législateur. La seconde est que, selon notre tradition constitutionnelle et selon la jurisprudence du Conseil d'État, la tâche d'exécution des lois a un double

(1) Le Président de la République a gardé une compétence exécutive exceptionnelle pour la nomination en Conseil des Ministres des hauts fonctionnaires visés par l'article 30 de la Constitution. En ce qui concerne la nomination des magistrats du siège sur présentation du Conseil supérieur de la Magistrature, l'on peut hésiter et se demander si le Président de la République agit comme autorité exécutive ou comme président du Conseil supérieur de la Magistrature. Mais la jurisprudence du Conseil d'État qui regarde comme émanant d'une autorité administrative les décisions du Conseil supérieur de la Magistrature (22 janvier 1954, Ratzel, S. 1954, III, 48) considère nécessairement comme autorité administrative le Président de la République lui-même dans l'hypothèse que nous envisageons. En effet, la compétence du Conseil d'État pour annuler les décisions du Conseil supérieur de la Magistrature ne se justifie que si on regarde ce Conseil comme participant à la fonction exécutive par l'assistance qu'il donne au Chef de l'État, lui-même considéré lorsqu'il agit pour l'organisation du service judiciaire comme autorité administrative. Enfin, on sait le délicat problème que posent dans les territoires d'outre-mer la concurrence entre le pouvoir général reconnu au Gouvernement par l'article 47 de la Constitution et le pouvoir reconnu au Président de la République par l'article 72 et la définition de la nature des pouvoirs du Président de la République (sur ces points que l'on ne peut aborder ici cf. A. DE LAUBADÈRE, *Traité*, n° 347 et suiv.; ROLLAND et LAMPUÉ, *Précis de Droit des pays d'outre-mer*, 2^e éd., n° 177 et suiv.).

(2) Il est remarquable que les collectivités locales et les établissements publics aient un caractère purement administratif, sans aucune participation au pouvoir législatif encore que, d'un point de vue « matériel » on puisse voir des « lois » dans les décisions générales et impersonnelles que prennent leurs organes. Ceci tient à ce que ni le Constituant (art. 87) ni le législateur n'ont voulu aller au-delà de la reconnaissance d'un simple pouvoir d'auto-administration. La conséquence est que les collectivités locales et les établissements publics doivent être regardés non, comme on le dit quelquefois comme des « démembrements » de l'État, mais comme des « démembrements » du pouvoir exécutif. C'est la raison pour laquelle le contrôle administratif des personnes publiques décentralisées revient à l'exécutif et à ses agents et non, sauf des cas très exceptionnels, au Parlement.

(3) On verra plus loin (n° 52) comment le critère de la puissance publique, corollaire nécessaire de celui du pouvoir exécutif, permet de relier à la notion d'exécution des lois au sens de l'article 47 de la Constitution des tâches de service public confiées à certains organismes privés.

(4) On a dit plus haut (n° 22) que l'organisation du service public de la justice ne relevait de la compétence du juge administratif que parce que le Conseil d'État estime, même après l'intervention du Titre IX de la Constitution, qu'elle demeure confiée dans son ensemble au pouvoir exécutif.

(5) Certains auteurs ont prétendu distinguer l'activité gouvernementale et l'activité administrative. La première se rapporterait aux grandes options de politique générale; la seconde aux tâches quotidiennes. Politiquement, la distinction est justifiable. Juridiquement, comme beaucoup de distinctions faites d'un point de vue « matériel » (*supra*, n° 14-18), celle-ci n'a pas de sens. L'importance politique d'un décret ou d'un arrêté ne change rien à sa nature d'acte administratif (Cf. p. ex. à propos de la déclaration de l'état de siège C.E., 23 octobre 1953, HUCKEN). En revanche, le fait qu'un acte de l'exécutif s'insère dans une procédure intéressant les rapports de l'exécutif et du législateur ou les relations internationales le détache de l'article 47 de la Constitution et lui fait perdre sa nature d'acte administratif, et ceci indépendamment de son importance ou de sa signification politique.

(6) On montrera plus loin comment le critère de la puissance publique confirme cette définition et en précise l'application (*infra*, n° 39 et suiv.).

aspect. D'un point de vue *analytique* elle consiste à assurer l'application de *chaque* loi; d'un point de vue *synthétique*, elle consiste à assurer les conditions d'un ordre juridique légal, ce qui implique le maintien de la continuité de l'État et de la vie nationale par le respect de l'ordre et la marche des services publics. Exceptionnellement, comme on l'a montré (1), l'investiture constitutionnelle de l'exécutif pourra, sous le contrôle du juge, l'autoriser à combler les lacunes de la loi, voire à écarter temporairement l'application de telle disposition législative qui, eu égard aux circonstances, mettrait en péril certain et grave la mission générale de sauvegarde de l'ordre juridique tout entier confiée à l'exécutif (2).

C'est le moment d'indiquer comment le caractère « propre et autonome » des attributions de l'exécutif, que l'on vient de souligner peut se cumuler avec le caractère « secondaire et dérivé » qu'on lui reconnaît plus haut (3). Les deux affirmations ne sont pas contradictoires. Le caractère propre et autonome des pouvoirs de l'exécutif, tel que le relevait à propos du pouvoir réglementaire l'arrêt LABONNE (4) vient, comme on l'a dit, de ce que le Gouvernement a reçu de la Constitution une investiture directe et générale. Le caractère secondaire et dérivé tient à la supériorité du pouvoir législatif qui fait que, dans la très grande généralité des cas et dans des circonstances normales, l'« exécution des lois » doit s'entendre dans le sens « analytique » c'est-à-dire, comme la mise en œuvre de dispositions législatives qui dirigent et limitent l'activité administrative.

38. La tâche d'administration, ainsi reliée à la notion de pouvoir exécutif, comporte deux sortes d'objectifs, et partant, deux sortes de moyens.

Le premier objectif est le maintien de l'ordre public qui permet aux activités privées de satisfaire un certain nombre de besoins en se déployant dans un milieu pacifique. Les moyens au service de ce but sont les divers procédés de *police* et notamment sous la forme réglementaire.

Le second objectif est le fonctionnement des *services publics* destinés à satisfaire les besoins collectifs par des prestations; pour atteindre ce but, l'exécutif dispose de moyens variés : le pouvoir réglementaire appliqué à l'organisation des services, le pouvoir hiérarchique et disciplinaire, etc.

Ces deux objectifs et ces deux séries de moyens sont d'ailleurs interdépendants. Sans doute, comme on l'a dit (5), faut-il maintenir la distinction entre la réglementation des activités privées par les *prescriptions* de police et la satisfaction directe des besoins collectifs par les *prestations* des services publics. Mais il faut tenir compte de ce que, comme le Conseil d'État l'a relevé dans l'arrêt DEHAENE, le maintien de l'ordre et la bonne marche des services publics se prêtent un mutuel appui. En outre il faut relever avec M. WALINE (6) que certaines interventions de l'État cumulent la réglementation des activités privées avec l'aide à ces mêmes activités et sont à mi-chemin entre le procédé de la police et celui du service public.

Ainsi, le service public demeure une notion essentielle du droit administratif. Mais celle-ci doit être intégrée dans une construction plus vaste qui le fait apparaître comme un « cas particulier » de l'« exécution des lois » au sens constitutionnel du mot. En même temps on écarte du champ de l'administration et du droit administratif les services publics qui, organisationnellement et formellement, ne se rattachent pas au pouvoir exécutif.

LE CRITÈRE DE LA PUISSANCE PUBLIQUE, COROLLAIRE DU CRITÈRE DU POUVOIR EXÉCUTIF.

39. Caractériser l'administration comme une activité du pouvoir exécutif serait insuffisant si l'on n'ajoutait que toute activité des organes participant au pouvoir exécutif doit, pour avoir le caractère administratif, pour relever du juge administratif et du droit administratif, s'exercer par des procédés de

(1) Cf. les développements antérieurs relatifs aux arrêts HEYRIES et DEHAENE (n° 31 et 35).

(2) Sur la différence de cette idée avec la théorie de l'état de nécessité, cf. *supra*, n° 34.

(3) *Supra*, n° 16.

(4) *Supra*, n° 32.

(5) *Supra*, n° 9.

(6) Cf. la référence n° 9 et *Traité*, 6^e éd., p. 4 et suiv.

Études et Documents. — J. 402241.

puissance publique. Il ne s'agit pas, comme on le montrera, de greffer sur le critère du pouvoir exécutif un autre critère ayant une nature différente qui se cumulerait artificiellement avec lui, mais de dégager simplement un corollaire des démonstrations précédentes. Mais avant d'en venir à ce corollaire, il faut préciser la notion de puissance publique.

40. Le mot et l'idée de puissance publique ont mauvaise réputation. Ils évoquent la période d'enfance du droit administratif français, la distinction si mal venue des actes d'autorité et des actes de gestion, la délimitation arbitraire et compliquée du contentieux administratif et du contentieux judiciaire que l'on pratiquait avant l'arrêt *BLANCO*. Ils évoquent aussi l'âge métaphysique du droit, où l'on semblait croire que l'État possédait une volonté, par essence supérieure à celle des individus.

Cependant, on n'a pas réussi à évincer du droit administratif le terme de puissance publique. Laissons de côté les locutions (responsabilité de la puissance publique par exemple) où il n'a que la valeur d'une périphrasie pour désigner l'administration ou l'ensemble des personnes publiques. Le sens est en revanche plus précis et chargé de signification lorsqu'il est question, à propos par exemple des établissements publics ou du contenu des contrats administratifs, de « prérogatives de puissance publique ». Et, de façon générale, il est à peu près impossible d'écrire du droit administratif sans rencontrer sur son chemin le terme et la notion (1).

Oubliant les abus et les confusions auxquelles la notion peut avoir donné lieu dans le passé — sauf à ne pas y retomber — demandons-nous donc ce que peut être la puissance publique.

41. Ici encore, c'est du droit constitutionnel qu'il faut partir. Les différents organes de l'État ne tiennent leur autorité que du souverain, c'est-à-dire de la Nation ou du peuple français (2). Mais ils lui empruntent l'un de ses attributs essentiels : le pouvoir de commander, c'est-à-dire de prendre des décisions qui s'imposent aux individus sans le consentement de ceux-ci et, en certains cas, de ramener ces décisions à exécution par la contrainte.

Il est vrai que les divers organes de l'État ne participent pas au même degré à l'exercice de la souveraineté. Il est d'abord une part de souveraineté que la nation — ou le peuple — a retenue pour lui-même en cas de modifications à la Constitution n'ayant pas obtenu au sein du Parlement une certaine proportion de suffrages (3). D'autre part, la qualité de représentants directs du souverain est réservée aux députés à l'Assemblée Nationale qui exercent l'essentiel du pouvoir législatif (4).

Pourtant, il ne faut pas perdre de vue que l'exercice de la souveraineté ne peut être concentré sans délégation ni partage aux mains de l'Assemblée nationale. Même dans un gouvernement conventionnel le pouvoir de commandement doit être subdélégué par l'Assemblée aux organes chargés de l'exécution des lois. Et, dans un régime qui, comme le nôtre, n'a pas renié complètement la séparation des pouvoirs, le Gouvernement détient, sous l'autorité du législateur et pour les objets de sa compétence, le pouvoir de prendre des décisions s'imposant aux individus; ce pouvoir vient de la Nation, par le relais des mécanismes parlementaires et de la suprématie de la loi.

42. La notion de puissance publique n'a donc rien de mystérieux. Elle ne manifeste pas une volonté métaphysiquement supérieure à celle des individus et qui appartiendrait aux gouvernants. Elle est tout simplement la conséquence d'une croyance sociale passée en force de règle juridique : ceux qui, directement ou indirectement, agissent au nom de la Nation ont des compétences que les simples particuliers ne détiennent pas. La puissance publique, ce n'est donc rien d'autre que la détention de compé-

(1) Cf. p. ex. R. OPERT, *Contentieux administratif* (Polycopie 1953-1954, fasc. I, p. 143).

(2) La formule de l'article 3 de la constitution : « La souveraineté nationale appartient au peuple français » est équivoque et ne permet pas de dire si les constituants se sont ralliés à la souveraineté nationale ou à la souveraineté populaire, choix qui n'est pas sans conséquences (cf. G. VEDEL, *Manuel de droit constitutionnel*, 1^{re} éd., p. 131-132), mais dont le sens importe peu dans notre matière.

(3) Constitution, art. 3, al. 3 et art. 90.

(4) Constitution, art. 3, al. 4.

tences « exorbitantes du droit commun », le droit commun étant ici le droit privé. Le terme désigne donc un *régime juridique spécial* caractérisé comme on vient de le dire.

Les prérogatives de puissance publique ne sont d'ailleurs pas réservées à l'exécutif. Le législateur les possède de façon beaucoup plus étendue et à un degré supérieur. Le juge en tant qu'il a la possibilité d'émettre des décisions ayant force de vérité légale et susceptibles d'être exécutées par la contrainte bénéficie aussi du régime de la puissance publique. Mais c'est en tant qu'elle s'attache aux organes exécutifs que la puissance publique nous intéresse ici.

43. On croit avoir ainsi montré que l'idée de puissance publique n'a rien de mystique ni de métaphysique, si du moins on ne dépasse pas à son sujet ce que l'observation de la vie juridique permet d'affirmer.

Il faut, comme l'a montré récemment M. RIVERO (1) ajouter une seconde précision. En effet, on a toujours insisté traditionnellement sur ce que la puissance publique définit un régime juridique exorbitant du droit commun et accordant à ses bénéficiaires des compétences plus étendues que celles des simples particuliers. Mais on n'a pas assez remarqué — et c'est le mérite de M. RIVERO d'avoir souligné ce point — que le régime de puissance publique, s'il comporte par rapport au droit commun, des extensions de compétence, comporte aussi des restrictions de compétence. Le terme même de *compétence*, note M. RIVERO, évoque une action soumise à des sujétions qui ne s'imposent pas à la *capacité* des individus. Les particuliers choisissent librement les buts de leurs actes, sous réserve de ne pas pour suivre des fins illicites ou immorales; l'Administration ne doit agir qu'en vue de l'intérêt public. Outre ces principes généraux, les diverses institutions du droit administratif montrent à l'envie que le régime de puissance publique, s'il exalte le pouvoir de l'Administration sous un certain aspect, le limite sous un autre : obligation de recruter son personnel au concours par exemple; ou encore obligation de respecter l'affectation donnée aux biens du domaine public. « ... ces règles », écrit M. RIVERO, ne sont pas uniformément extensives du pouvoir de l'Administration par rapport à la volonté des particuliers; il arrive fréquemment qu'elles aboutissent à réduire ce pouvoir par rapport au droit privé. La « dérogation au droit commun » ne se fait pas à sens unique, mais dans les deux directions opposées, du plus et du moins » (2).

Ainsi la puissance publique, ce n'est pas seulement un faisceau de compétences plus étendues que les pouvoirs reconnus aux individus, c'est aussi un ensemble de compétences *conditionnées*.

44. Telle qu'on vient de la présenter, l'idée de puissance publique ne paraît plus mériter les reproches qu'on lui a souvent faits. On comprend son origine et sa nature; on ne commet plus l'erreur d'y voir tout uniment des prérogatives, alors que ces prérogatives s'accompagnent de sujétions. Prérogatives et sujétions sont d'ailleurs intimement liées car le propre d'un « État de droit » est qu'aucune autorité ne s'y exerce arbitrairement (3).

(1) J. RIVERO, « Existe-t-il un critère du droit administratif? », *Rev. Dr. publ.*, 1953, p. 279 et suiv. et particulièrement p. 287-289.

(2) On ne comprend pas pourquoi, au terme d'une analyse pénétrante et neuve, M. RIVERO écrit que la notion de puissance publique « ne saurait rendre compte de toutes les règles qui la composent ». Vient-il dire que le terme de puissance publique est mal choisi parce qu'il n'évoque par rapport au droit privé que les dérogations « en plus » et non les dérogations « en moins » ? Mais alors ce ne serait qu'une simple question de vocabulaire qui pourrait être résolue, en adoptant un terme mieux choisi, soit, ce qui est plus simple et ce que l'on a essayé de faire au texte, en précisant le sens que l'on attache au mot employé.

(3) Cette liaison des prérogatives et des sujétions apparaît en pleine lumière dans la théorie de la voie de fait. Lorsque, soit par une décision « manifestement insusceptible de se rattacher à l'application d'un texte légal ou réglementaire », soit en recourant à une exécution forcée qui porte atteinte aux droits des individus, l'Administration rejette des sujétions essentielles pour ne retenir que des prérogatives, son action se « dénature », perd le caractère administratif. Dès lors les litiges qui en naissent tombent sous la compétence du juge judiciaire et sous l'empire des règles du droit privé. Le lien qui, en temps normal, relie l'action des administrateurs à l'exercice du pouvoir exécutif et lui garantit ainsi un régime juridique et un juge particulier est tranché. (Cf. G. VEDEL, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait », J.C.P. 1950.1.851).

Mais nous verrons qu'il paraît indiqué de ne pas s'en tenir rigoureusement à elle.

§ 1. — Leur défaut de caractère constitutionnel.

18. — Rappelons d'abord que, pour arriver à cette définition donnée comme fondée sur la Constitution, c'est à un raisonnement qu'il faut faire appel, — puisque, on l'a relevé précédemment, le terme même d'« administration » ne figure pas une seule fois — en son acception fonctionnelle — dans le texte constitutionnel (28), puisqu'il n'est donc pas question que celui-ci en formule lui-même une définition en forme, et puisqu'enfin il en va tout de même pour l'expression « régime administratif » par laquelle Georges Vedel désigne la notion qui doit, selon lui, définir celle d'administration (en tant que concept fonctionnel) de cette Constitution. Il n'y est bien entendu pas davantage question de la notion de « droit administratif ».

Mais, pour significatifs et révélateurs que soient ces indices de vocabulaire, on accordera volontiers qu'il ne faut pas s'en tenir à eux, que seul est décisif le point de savoir si les idées ou données juridiques essentielles que Georges Vedel entend désigner par les mots « administration » et « régime administratif » se trouvent effectivement ancrés dans la Constitution elle-même.

Il s'agit des « quatre principes essentiels » selon l'auteur, du régime administratif, que nous avons rappelés ci-dessus [cf. *supra*, n° 9 b)].

Reprenons-les donc successivement :

1° Nul ne conteste que ce ne soient pas des lois constitutionnelles, mais des lois ordinaires qui posent le « principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire », et surtout tous les administrativistes s'accordent également à reconnaître que ce principe ne reçoit son contenu, c'est-à-dire sa véritable signification juridique, sous l'obligant couvert de ces fameux textes révolutionnaires, que d'une jurisprudence très libre et plutôt mobile — en tout cas sur le long terme ; seraient-ce par hasard le constituant de 1958, ou ses prédécesseurs de 1946 ou de 1875, qui auraient institué et organisé — au

(28) Cette constatation de l'absence totale du mot même d'administration et de toute expression qui s'y réfère dans les textes constitutionnels de 1875, de 1946 et enfin de 1958, ne donne-t-elle pas quelque piquant malicieux au grave grief que Georges Vedel tirait en 1954, contre la doctrine du service public, du fait que les textes constitutionnels ignoraient totalement son maître-mot (E. D. C. E., 26, n° 11 : « La notion même de service public n'est pas une notion constitutionnelle ») ?

TITRE II

EXAMEN CRITIQUE DE LA THÉORIE

Cette théorie des bases constitutionnelles actuelles du droit administratif est-elle juste ? Ses conclusions sont-elles fondées ? Les arguments invoqués à leur appui sont-ils valables ?

C'est naturellement ce que nous allons maintenant rechercher : nous examinerons successivement les thèses et les arguments portant sur les deux problèmes que nous avons affirmés radicalement distincts et différents.

Section I. — CRITIQUE DES DÉFINITIONS DE L'ADMINISTRATION ET DU DROIT ADMINISTRATIF PAR LE RÉGIME ADMINISTRATIF

La notion de l'administration proposée et défendue par Georges Vedel est-elle vraiment, comme il l'expose, celle de la Constitution de 1958, celle qui s'en laisse rationnellement inférer, autrement dit : est-elle bien la notion constitutionnelle actuelle de l'administration, ceci en vertu des arguments avancés par l'auteur ?

C'est la première question que nous examinerons : elle répond, à elle seule, quant à l'administration et au droit administratif, à l'objet limité assigné dès le départ à cette étude (27).

(27) Les argumentations que l'on va développer dans cette section relativement au droit constitutionnel de 1958 se laissent transposer sans difficulté, moyennant quelques *mutatis mutandis*, aux deux droits constitutionnels français antérieurs à lui (celui de 1875 et celui de 1946).

sens le plus large — l'ensemble de la juridiction administrative, Conseil d'État en tête, et l'arbitral et mixte Tribunal des Conflits ? Et l'on a rappelé qu'ils n'ont pas davantage soufflé mot de l'existence même de ce « droit administratif autonome », que l'on relie généralement à celle de la juridiction administrative.

2° Le soi-disant principe du « pouvoir de prendre des décisions exécutoires ... et de passer des contrats administratifs » (D. A., 59) n'est rien de plus qu'une vague généralisation d'une série de données précises, c'est-à-dire de règles qui donnent en effet de tels pouvoirs à des autorités administratives déterminées — règles qui sont, dans leur grande masse, simplement législatives, ou réglementaires, ou juridictionnelles.

3° Quant au « principe de légalité », on chercherait en vain un texte constitutionnel (ni davantage d'ailleurs, on le redira ultérieurement, un texte simplement législatif) qui consacrerait ce pauvre truisme sans consistance — tel que l'auteur le définit lui aussi, — ce n'est en effet qu'en apparence qu'il a une portée uniforme, c'est-à-dire identique, pour toutes les autorités administratives (29).

4° Enfin, du « principe de responsabilité » administrative, — responsabilité « civile », c'est-à-dire pécuniaire ou patrimoniale, et responsabilité « sous conditions » —, qui oserait soutenir en face qu'il en est question dans la Constitution de 1958 plus que dans ses devancières ?

Le bilan est donc d'une parfaite clarté : tout au passif, rien à l'actif : la Constitution de 1958 ne connaît pas — pas plus que ses devancières — aucune des données juridiques que Georges Vedel entend synthétiser sous le concept global et la dénomination de « régime administratif » — dans son sens étroit, *a fortiori* dans son sens large. L'ensemble des constatations qui précèdent n'est d'ailleurs pas spécial à l'administration. Des constatations analogues peuvent être faites pour les autres « activités étatiques » : certes, on doit admettre qu'en parlant de « la loi », la Constitution introduit, implicitement, la notion de législation, — et qu'elle fixe dans une très large mesure les règles de la procédure législative, mais il s'en faut de beaucoup qu'elle fixe expressément tous les éléments de ce que Georges Vedel

(29) C'était la idée de fond première soutenue dans notre article sur le principe de légalité (Études et Documents du C. E., 1957). Les principales autorités scientifiques n'y ont cependant vu qu'une contestation de pure terminologie, dénuée comme telle de toute portée et intérêt réels sur le plan des idées. — La Constitution de 1958 aurait pu, prévisiblement du fait de ses articles 37 et 34, leur faire comprendre le sens véritable de notre thèse, qui appelait d'ailleurs à un retour à des vues en somme traditionnelles.

appelle très heureusement le « régime législatif », — rappelons l'« incontestabilité » en justice, au sens le plus large, des actes législatifs et surtout de leurs règles, de leur contenu normatif, qui ferait au total l'« autorité de chose légiférée » (D. A., 33).

Mais pour la juridiction ou justice, la situation est tout autre : qui songerait à soutenir que c'est la Constitution elle-même qui fixe les règles de la procédure juridictionnelle, même ses principes les plus fondamentaux, (il serait d'ailleurs plus réaliste de parler des procédures juridictionnelles, car elles sont multiples et plus ou moins diverses), ou encore et surtout les règles qui font l'autorité et la force de chose jugée ?

Et souffle-t-elle davantage mot, cette Constitution, de l'existence juridique et par conséquent du régime d'« actes de gouvernement » ?

Enfin, d'un seul mot, la situation est exactement la même pour l'action de l'Administration en gestion privée.

Finalement donc, aucun des régimes d'actes étatiques n'est réglé entièrement, même en ses principes fondamentaux, par la seule Constitution ; un seul l'est partiellement ; pour tous sauf un, c'est leur existence même et donc celle des diverses catégories correspondantes d'actes qui ne sont point du tout consacrées par cette Constitution, mais c'est beaucoup plus simplement, soit le droit législatif ordinaire, soit le droit juridictionnel qui jouent en la matière, le plus souvent seuls, toujours au moins dans une mesure notable.

19. — Mais revenons à l'administration. Que certaines des règles données comme constituant le régime administratif soient aujourd'hui, depuis des époques d'ailleurs différentes de l'une à l'autre, un acquis du droit public français, qu'au moins un grand nombre des inspirateurs de l'œuvre constituant de 1958 ou des participants admis à y collaborer aient eu présente en l'esprit une connaissance et conscience parfaitement claires et savantes de ces principes directeurs et très généraux ; que notamment ces personnes aient eu la parfaite conscience que la formule de l'article 37, qui voulait essentiellement habiliter les décrets réglementaires autonomes, consacrait expressément une source d'actes et de règles soumis à un régime bien connu d'actes administratifs unilatéraux, de règlements administratifs, — tout cela ne fait aucun doute, on l'accordera bien volontiers. Mais encore une fois, ces « règles » ou ce régime résultent d'une combinaison de règles législatives ordinaires et de règles jurisprudentielles de date plus ou moins ancienne, nullement du droit constitutionnel nouveau où l'auteur devait croire les trouver, — ce qu'il a peut-être oublié quelque peu par la suite.

Rien de plus normal que les faits indiscutables ainsi constatés ; on peut dire en effet que les auteurs de la Constitution de 1958, semblables à leurs devanciers proches ou plus lointains, n'ont absolument pas entendu statuer sur le régime juridique des activités ou actes de l'Administration prise globalement, surtout si l'on songe essentiellement à l'alternative « gestion publique » ou « gestion privée ».

En fin de compte, aucun des éléments, c'est-à-dire des principes, même fondamentaux, du « régime administratif » n'a source ni donc valeur constitutionnelles. Ce régime ne constitue absolument pas une base constitutionnelle du système du droit administratif (30).

20. — Il ne peut donc absolument pas être question que la Constitution de 1958 autorise elle-même et à elle seule, à plus forte raison qu'elle impose, au publiciste français de définir l'administration par le régime administratif, — ces termes et les notions correspondantes lui étant totalement étrangers ; il est — si l'on peut dire — encore moins question que cette même Constitution puisse justifier le postulat initial admis sans discussion ni examen par Georges Vedel (en tout cas, il ne laisse guère soupçonner qu'il ait le sentiment de faire ainsi une première option décisive) : à savoir que, selon elle, la notion-clé du système du droit administratif serait l'administration, concept fonctionnel, et non pas l'Administration, notion institutionnelle ; que

(30) N'est-il par ailleurs pas d'une aveuglante évidence que, tant qu'on les réduit à ce qui est — étant donné leur degré d'indétermination — à peine idées directrices, les deux derniers « principes essentiels » ne différencient aujourd'hui en rien le régime dit de droit administratif ni du régime de droit privé, ni d'ailleurs d'aucun autre régime d'acte étatique (sauf, diront certains, du régime d'acte de gouvernement). Georges Vedel l'a bien senti pour le « principe de légalité » : et c'est pourquoi il s'efforce de démontrer que « l'exécution des lois par le gouvernement avait et conserve deux traits spécifiques par rapport à celle qui est, selon lui, le fait, soit du Parlement-législateur, soit des juridictions, soit des « simples citoyens » eux-mêmes. (D. A., 10-11 et cf. *supra*, n° 13, n. 14). — et ce sont ces deux traits qui expliqueraient l'emploi du terme « pouvoir exécutif » pour désigner le Gouvernement-Administration (cf. nos observations critiques sur ce point, *infra*, Appendice I, nos 4 et s.).

Il nous paraît certain que le degré d'invasibilité de la thèse de Georges Vedel, admettant l'originalité des quatre grands principes du régime administratif, se trouve très fortement accru justement par le fait qu'y figurent les deux « sujétions » prétendues spécifiques de l'action administrative [v. l'introduction de cette idée comme élément de « la notion de puissance publique » in D. A., 10-12, qui repose manifestement sur la confusion entre la notion « fonctionnelle » et la notion « organique » de la puissance publique, que l'on soulignera ci-après (cf. *supra*, T. I, S. II, § 2, n° 13)].

l'administrativiste devrait donc — d'une obligation intellectuelle — définir le droit administratif comme le droit de l'administration-ensemble d'activités, et non pas comme le droit de l'Administration-ensemble d'institutions et organes.

Encore une fois, Georges Vedel ne paraît pas se poser alors le problème de ce choix qui est cependant décisif. On notera toutefois qu'il est peut-être assez paradoxal de voir un apôtre de la primauté des notions « organiques ou formelles » dans le droit constitutionnel — ou, plus largement, public — français opter en fait pour la primauté de la notion fonctionnelle de l'administration définie pour lui par son régime. Et l'on sera d'accord avec la logique de sa profession de foi générale (à laquelle il ne reste pas fidèle en fait) lorsqu'il s'agit de la constitution des différentes disciplines fondamentales du droit public, c'est-à-dire de la détermination de l'assise ou cadre de chacune d'elles, ces opérations étant d'ailleurs en pleine harmonie avec ce que l'on peut appeler l'atmosphère générale de la vie politico-juridique nationale. — En vérité, il s'agit là de problèmes dont le constituant de 1958 ne s'est pas un instant préoccupé, non plus que ne l'avait fait aucun de ses devanciers depuis 1791 (31). On admettra difficilement qu'il les aurait résolus inconsciemment, donc involontairement.

Ainsi donc, l'actuelle Constitution française ne définit pas, ou plutôt elle ne justifie pas le moins du monde la définition de l'administration par le régime administratif. D'ailleurs, par les mêmes raisons, elle ne justifie pas davantage aucune autre définition de cette notion. D'où il s'ensuit qu'elle ne définit pas non plus ni n'appelle à définir par cet objet le droit administratif. Il ne faut donc pas lui demander, assuré qu'elle ne donnera point de réponse, d'indiquer à l'administrativiste s'il doit adopter comme notion fondamentale et première la notion étroite, restrictive, de l'administration — celle qui en exclut la « gestion privée » — ou au contraire la notion large, — celle qui l'y admet sur le même pied que la « gestion publique » —. Encore une fois, elle ignore purement et simplement, elle ignore totalement ces problèmes.

(31) Cela n'est-il d'ailleurs pas surabondamment confirmé par la nature des matériaux que mettent en œuvre les amples développements que Georges Vedel consacre à chacun des grands « principes » ou éléments constitutifs du régime administratif ? Il n'y est plus ou à peu près jamais question des articles 37 — et — 34, ni d'aucune autre disposition constitutionnelle, mais uniquement de règles de droit public non-constitutionnel. C'est-à-dire, dans une proportion que nous n'avons pas à préciser ici, de règles jurisprudentielles et de règles législatives ou « déréglées ». (Cf. *infra*, n° 35 d) et n° 36, n. 46.

Au bout du compte, ces tentatives pour fonder constitutionnellement le Droit administratif — au sens que Georges Vedel attache à cette idée — ne sont qu'illusion et chimère, — aujourd'hui comme hier ou avant-hier.

Ni définition constitutionnelle de l'administration par le régime administratif, ni semblable définition du droit administratif par l'administration elle-même ainsi définie, — il nous paraît que ce premier élément de la théorie vedélienne du droit administratif n'est absolument pas justifié et ne peut pas être retenu.

Sous ce premier rapport, il n'est donc absolument pas juste de soutenir que « le Droit administratif français » repose depuis 1958 — non plus qu'il ne reposait dans les périodes constitutionnelles antérieures — sur aucune disposition du droit constitutionnel.

20 bis. — Et par conséquent, pour remonter régressivement à la prémisse initiale de Georges Vedel, on voit que les faits lui infligent un complet démenti : ils font apparaître en toute évidence qu'il n'était pas juste d'affirmer que la nature même de la Constitution, de toute Constitution, veuille qu'elle définisse « l'administration et le droit administratif ». Il ne s'agissait en vérité que d'un postulat parfaitement arbitraire, — que l'expérience française — entre bien d'autres — ne confirme pas du tout.

DOCUMENT 13 : G. Vedel, « Préface » in B. Stirn, *Les sources constitutionnelles du droit administratif*, 7^{ème} éd., Paris, LGDJ, 2011, p. v-viii.

Au beau livre que j'ai le plaisir et l'honneur de préfacer, Bernard Stirn a donné un double titre : « **Les sources constitutionnelles du droit administratif – Introduction au droit public** ». En commençant, il rappelle que, dans un cadre plus restreint (celui d'un article), j'avais recherché en 1954 « **les bases constitutionnelles du droit administratif** »¹.

Si je commence mon propos de présentateur par la mise en parallèle de deux intitulés distants l'un l'autre d'un demi-siècle, ce n'est pas pour revendiquer un droit d'aînesse encore moins une invention mais pour deux raisons.

La première est d'échapper à un rite qui n'est peut-être pas absurde mais qui, dans le cas présent, tomberait à plat : celui de présenter l'auteur et son livre. L'auteur, par sa carrière, ses responsabilités et ses écrits, répond de lui-même. Le livre, par la vigueur de son dessein, la carrure de son plan, la sûreté de l'érudition et la clarté du propos, réduirait la préface à un exercice oiseux : l'annonce de ce que l'auteur va dire.

L'autre justification du thème évoqué plus haut est qu'il met en lumière la mutation qui a affecté le droit public français depuis l'installation de la V^e République. J'entends bien que cette mutation n'est pas en général passée inaperçue, que le terme employé est d'ailleurs lui-même trop réducteur selon certains constitutionnalistes et que mieux vaudrait se servir de celui de « révolution », notamment dans les rapports du droit administratif et du droit constitutionnel.

C'est sur ce choix entre mutation et révolution qu'en guise de préface, je voudrais avancer quelques remarques.

En premier lieu, l'ampleur du changement est révélée par le vocabulaire lui-même. Le terme « les bases » désignait certes des

1. *EDCE* 1954, n° 8, p. 21.

fondements mais assez peu visibles ou même assez peu reconnus. C'est du bout des lèvres qu'au meilleur de son génie critique Charles Eisenmann² concédait qu'il existait certainement des bases du droit administratif mais sans indiquer clairement lesquelles et sans leur reconnaître expressément le rang constitutionnel. Dans cette controverse qui, curieusement, se déployait à fronts renversés, c'était son antagoniste qui soutenait que la rigueur de l'ordonnement juridique hiérarchisé selon le rite kelsenien devait relier le droit administratif à la norme constitutionnelle.

Or, c'est à bon droit et de façon concrètement convaincante que Bernard Stirn, traite, lui, des « sources constitutionnelles » du droit administratif. Le terme désigne rigoureusement l'évidence de l'agencement hiérarchique, la limpidité – sans jeu de mots – de l'enchaînement d'un niveau à l'autre, tant en ce qui concerne les règles que les juridictions compétentes. Bien sûr, l'inévitable et d'ailleurs séducteur catalogue des problèmes incertains n'est-il pas refermé. Mais il est évident que la partie supérieure des sources du droit administratif est composée de normes de valeur constitutionnelle dont le respect est juridictionnellement assuré.

S'il en est ainsi, c'est tout simplement parce qu'en 1958 la Constitution s'est enrichie de règles concernant directement l'activité administrative comme par exemple l'intangibilité du domaine réglementaire. Encore plus agissante a été l'incorporation à la Constitution de la Déclaration de 1789 et du Préambule de 1946. Enfin tout cela serait demeuré théorique si le Conseil constitutionnel n'avait pas été créé ou s'il n'avait pas fait son métier.

Il s'en est suivi très logiquement la proclamation de la « constitutionnalisation » des diverses branches du droit. Et c'est là que la tentation de recourir au terme de « révolution » est la plus forte. D'une part, le rattachement à la Constitution des diverses branches du droit, même étrangères au droit public, n'est pas une illusion. La doctrine l'a déjà démontré comme l'ont déjà fait au premier rang, mais non pas seuls, François Luchaire et Nicolas Molfessis. D'autre part, l'ensemble normatif ainsi pourvu d'une source première unique est en forme de schéma déductif construit sur les engendrement de normes de degré à degré. La science juridique repose donc sur l'unité de son objet et sur l'unité de sa logique qui est celle de la géométrie normative. Il s'agirait donc bien d'une révolution à la fois dans la réalité et dans la théorie.

2. RDP 1972, p. 1345.

Le malheur est que, dans la réalité de l'histoire, dont l'entêtement résiste à la table rase des théories, les choses se sont passées exactement à l'inverse de ce qui est inscrit sur le tableau noir. Non seulement les corps de règles juridiques diversifiés ont forgé leurs concepts et leurs instruments logiques sans référence à une norme fondamentale mais ce sont eux qui ont fourni au futur constitutionnalisme nombre de matériaux de construction. L'arbre généalogique se lit en sens contraire du schéma déductif.

Un théoricien impénitent pourrait cependant objecter qu'une construction scientifique n'est en rien esclave de l'histoire qui l'a produite. Non seulement des concepts obsolètes ou de fausses observations doivent être oubliés mais ceux ou celles qui, moins critiquables, ont le droit de survivre doivent-ils encore se plier à une remise en ordre et en situation qui les insère dans la science actuelle. Pourquoi en irait-il autrement pour le droit ? Les révolutions coperniciennes peuvent éclater ailleurs qu'en astronomie ou en physique. La constitutionnalisation du droit en serait une. Portée par le normativisme et par le contrôle de constitutionnalité, elle ne se ramène pas à une entreprise de contrôle toute négative. Le contrôle n'est qu'une fin immédiate. La finalité ultime est une déconstruction du droit empirique qui serait suivie d'une reconstruction intégrale et sans omission à partir de la Constitution.

Voire... Le droit et la science qui s'y rapportent ne sont certes pas hors de toute nouveauté ou de toute invention. Mais le processus de leurs changements est assez différent de celui qui préside aux révolutions à la Copernic, à la Newton ou à l'Einstein. Celles-ci portent sur une réalité qui, en dehors de toute métaphysique, est indifférente à l'histoire de sa connaissance : le système solaire n'a été affecté ni par les astronomes ante-coperniciens ni par les post-coperniciens. Mais s'agissant des objets qui sont ceux des sciences sociales et notamment de la science juridique ils sont modelés par l'histoire et par une histoire qui n'est pas faite par les seuls savants. Le fait qu'ils sont tributaires de représentations, dont la « falsification » selon Popper est difficile, se prête mal à des mutations totales et rapides à caractère révolutionnaire. Et les évolutions vécues sont elles-mêmes des levers de rideau suivis d'une saga souvent longue et énigmatique.

Aussi bien le Conseil constitutionnel français s'est en matière de constitutionnalisation du droit tenu à une sage réserve. Sa mission n'est pas de faire une critique scientifique des concepts et des méthodes en œuvre dans les diverses branches du droit ni d'en

combler les lacunes, encore moins de construire la grande Pyramide des normes. Il prend les corpus que sont les diverses branches du droit « dans l'état où il les trouve » comme en son temps le disait à propos de la matière imposable le commissaire du gouvernement, Corneille. Ce qui est son affaire, c'est de savoir si, à propos d'une loi votée, le législateur a ou non heurté la Constitution. Mais il ne saisit pas l'occasion de se prendre pour Moïse, porteur des Tables, ni même pour un metteur en scène dans le vent rendant enfin supportables les auteurs classiques.

Excessive pour toutes les branches du droit, l'interprétation copernicienne de la constitutionnalisation serait un pur contresens s'agissant du droit administratif. En effet, pratiquement jusqu'en 1958, le seul juge qui ait eu à statuer sur des affaires régies par la Constitution a été le juge administratif. Les matériaux de base de notre droit public, le régime de puissance publique, le service public, la hiérarchie des normes, la responsabilité publique, les principes généraux du droit ont préexisté non seulement à la constitutionnalisation mais aux textes constitutionnels auxquels ils ont largement fourni une part de leur contenu. En un sens même l'on pourrait parler de « l'administrativisation » du droit constitutionnel. Par le canal des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, nombre de règles consacrées par le Conseil d'État sont incorporées au droit constitutionnel positif à commencer par celle qui réserve au juge administratif un champ de compétence contentieuse. D'autre part, bien que la saisine du Conseil constitutionnel soit étrangère en matière de contrôle de la constitutionnalité des lois à la notion de recours contentieux, les instruments intellectuels utilisés retrouvent, à propos de « l'excès de pouvoir législatif », les techniques du contrôle de l'excès de pouvoir administratif.

Bernard Stirn, par la clarté et l'exactitude de son livre, fait admirablement saisir l'importance des sources constitutionnelles du droit administratif. C'est un grand mérite. Mais non moins appréciable est celui de ne pas suggérer au lecteur que le droit public français est né dans la deuxième moitié du siècle finissant.

RFDA 2014 p. 1211

L'actualité de la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif (1)

Pierre Delvolvé, Membre de l'Institut, Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Les organisateurs du colloque sur la constitutionnalisation du droit administratif ont voulu que, dès le début des travaux, soit exposée l'actualité de la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif. C'est un honneur à un double titre : d'une part, pour un participant français, il manifeste une attention particulière pour la doctrine française qui est à l'origine de la théorie ; d'autre part, pour le rapporteur auquel est demandée la présentation du sujet, il souligne le lien qu'il a eu avec l'auteur de la théorie, le doyen Vedel, qui l'a associé à son ouvrage de droit administratif à partir de la 7^e édition ; c'est dans cette même édition que le doyen a déjà actualisé cette théorie.

Il en est l'auteur exclusif : puisqu'il se trouve désormais dans un autre monde, on ne peut ici que rappeler sa thèse et essayer de déterminer en quoi elle survit aujourd'hui.

Il faut revenir au célèbre article publié en 1954 dans *Études et documents du Conseil d'État* (2). L'auteur constate l'affirmation faisant l'objet d'un accord général, selon laquelle « la Constitution est la base nécessaire des règles dont l'ensemble compose le droit administratif », dont la démonstration est inutile : « elle découle de la nature même de la Constitution, fondement de l'ordre juridique français et charte de l'organisation étatique ». Il veut aller plus loin en cherchant « sur quelles bases constitutionnelles peut se construire le droit administratif ». Contestant la notion de service public qui a pu paraître un temps la pierre angulaire du droit administratif, non seulement parce qu'elle est en crise mais parce qu'elle introduit une solution de continuité entre les principes constitutionnels et le droit administratif, il établit que « notre droit administratif doit se construire sur les notions de pouvoir exécutif et de puissance publique ». Ses propositions sont ainsi résumées : « l'administration *stricto sensu* n'est autre chose que l'exercice de la puissance publique par le pouvoir exécutif. Le droit administratif est le corps de règles spéciales applicables à l'activité du pouvoir exécutif en tant qu'il use de la puissance publique ».

La thèse, fondée sur les textes constitutionnels de 1875 et 1946 et la jurisprudence auxquels ils ont donné lieu (3), a dû être une première fois actualisée avec la Constitution de 1958, et notamment son article 3 donnant à l'exécutif un pouvoir réglementaire « autonome » : l'ouvrage *Droit administratif*, publié pour la première fois la même année, a cru pouvoir en déduire que l'activité administrative était l'activité de droit commun de la puissance publique et le droit administratif, « le droit commun de la puissance publique ». Ainsi, plutôt que des bases constitutionnelles du droit administratif, est établie la base constitutionnelle.

Cette thèse fut ébranlée par plusieurs démonstrations : d'abord, René Chapus (4) a identifié le droit administratif comme le droit du service public et le contentieux administratif comme le contentieux de la puissance publique - distinction contestée par Paul Amselek (5), et s'éloignant de la question des bases constitutionnelles ; puis Charles Eisenmann y est revenu de manière centrale en démontant de manière systématique la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif (6).

Le doyen Vedel en a tenu compte dans la préface à la 7^e édition de son *Droit administratif* (1980). Admettant l'erreur commise quant à la première interprétation de la Constitution de 1958, il rappelle la nécessité logique d'un lien entre droit administratif et droit constitutionnel et l'importance de la notion de pouvoir exécutif doté de prérogatives de puissance publique au cœur de l'histoire du critère de compétence et de celle du régime administratif. Il maintient l'idée que le droit administratif repose nécessairement sur « des bases constitutionnelles... ». Il l'affine et le précise. Il arrive « ainsi à définir l'administration comme l'ensemble des activités du gouvernement et des autorités décentralisées étrangères à la conduite des relations internationales et aux rapports entre les pouvoirs publics et s'exerçant sous un régime de puissance publique » - et le droit administratif comme le droit de ces activités.

Revenant plus tard sur cette controverse (7), le doyen Vedel observe, d'une part, qu'elle est dépassée, d'autre part, que les « bases constitutionnelles émergeront de plus en plus de notre droit positif ». Il a plus tard encore pris une certaine distance par rapport à sa position initiale (8). Cela encourage à actualiser la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif et à la relativiser.

Le doyen Vedel l'avait établie dans un cadre exclusivement français : il ne se fondait que sur les textes constitutionnels de la France, ceux de 1875 et 1946 d'abord, celui de 1958 ensuite, et sur la jurisprudence du Conseil d'État. On ne peut plus le faire. Le développement du droit administratif dans de nombreux systèmes juridiques, y compris anglo-saxons, les interactions entre eux, non par voie hiérarchique évidemment, mais par observation, comparaison, échanges (comme celui de ce colloque), ont conduit, non à une unification, mais à une convergence faisant apparaître des notions et des solutions communes. La réflexion sur l'identité du droit administratif ne peut être limitée à un cadre exclusivement national.

Pourtant, chaque droit administratif national a sa spécificité : le contenu peut varier d'un État à l'autre. Le professeur Cassese écrit à ce sujet (9) : « *La notion et les règles du droit administratif n'ont pas de valeur générale et universelle, comme celles du droit privé ; elles diffèrent d'un pays à l'autre, selon que le droit administratif est plus ou moins développé ; de même les principes ordonnateurs sont de types différents selon les pays, les réflexions juridiques sont très vastes ou très circonscrites. En somme, il n'y a pas d'unités profondes, mais des entités disparates, sans cohérence* ». À cela s'ajoute la création d'un véritable droit administratif européen, fondé sur des traités qui ont successivement fondé la Communauté européenne puis l'Union européenne (10).

Faut-il alors renoncer à essayer de trouver une théorie unique des bases constitutionnelles puisque le droit administratif lui-même n'est pas unique ? On peut au moins chercher si, au-delà de la diversité du droit administratif et à travers celle de ses bases constitutionnelles, il n'existe pas partout un socle constitutionnel du droit administratif. Les droits administratifs peuvent être variés, leurs bases constitutionnelles aussi, mais le système des bases constitutionnelles devrait permettre de dégager une théorie qui les englobe toutes.

Encore faut-il s'entendre sur ce que sont des bases, car il est souvent parlé autant de sources constitutionnelles (11) que de bases constitutionnelles.

Selon le *Grand dictionnaire Robert*, la base est d'abord la partie inférieure d'un corps, sur laquelle il porte ou repose ; au figuré, elle est le principe fondamental sur lequel repose un raisonnement, une proposition, un système, une institution. Le mot renvoie à fondement, qui est, en logique, ce sur quoi repose un certain ordre ou un certain ensemble de connaissances. Base et fondement sont ainsi des concepts semblables.

La source est d'abord le point d'où sort l'eau ou l'eau qui sort elle-même. Au sens figuré, elle est le point d'origine de quelque chose (par exemple d'une information, de la chaleur, de la lumière, de l'énergie), duquel celle-ci découle.

Si l'on applique ces définitions dans l'espace, la base (ou le fondement) permet d'élever un édifice verticalement, la source se répand horizontalement. La base soutient, la source produit. La base sert à construire, la source permet plusieurs usages.

Si l'on applique ces définitions aux rapports entre droit constitutionnel et droit administratif, les sources constitutionnelles contribuent à déterminer le contenu du droit administratif, les bases constitutionnelles sont le socle sur lequel se construit le droit administratif.

Il n'est pas toujours facile de différencier sources constitutionnelles et bases constitutionnelles, car les sources peuvent servir à établir les bases du droit administratif autant qu'elles peuvent servir à en déterminer le contenu.

Mais pour être fidèle au sujet proposé, il faut chercher en quoi le droit constitutionnel permet la construction du droit administratif en un édifice juridique spécifique.

L'actualité fait apparaître à ce sujet deux tendances :

- le développement des normes constitutionnelles en droit administratif ;
- le dépassement de la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif.

Le développement des normes constitutionnelles en droit administratif

Le développement des normes constitutionnelles en droit administratif est un aspect du développement de la constitutionnalisation du droit dans son ensemble, sous l'effet du constitutionnalisme, marqué à la fois par l'augmentation du nombre et du champ des normes constitutionnelles et par le renforcement de la justice constitutionnelle. Le doyen Vedel a élaboré « sa » théorie à partir des arrêts du Conseil d'État (v. note 2) interprétant des dispositions constitutionnelles. Comme l'observe Olivier Jouanjan (12), le Conseil d'État a fait parler les textes constitutionnels pour leur donner un sens et une portée. Depuis lors, s'il n'a pas perdu son rôle créateur, il a été relayé par le Conseil constitutionnel au fur et à mesure de l'accroissement de ses interventions et de l'affermissement de son autorité. Le phénomène n'est pas propre à la France. Toutes les juridictions constitutionnelles, selon des procédés divers, ont pu et ont dû, à partir des textes constitutionnels, préciser les normes constitutionnelles s'imposant à toutes les branches du droit.

On en trouve des illustrations même dans celles, tel le droit civil, qui paraissaient *a priori* les plus réticentes au phénomène (13). « La constitutionnalisation du droit administratif » (14) apparaît ainsi comme un phénomène parmi d'autres. Cela peut contribuer à relativiser la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif alors même que ces normes se développent elles-mêmes de deux manières : formellement, par le développement de dispositions constitutionnelles en matière administrative ; matériellement, par le développement constitutionnel de notions de droit administratif.

Le développement des dispositions constitutionnelles en matière administrative

Le doyen Vedel s'était fondé exclusivement sur l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 et l'article 47 de la Constitution du 27 octobre 1946, puis sur l'article 21 de celle du 4 octobre 1958, chargeant successivement le Président de la République, le Président du Conseil et le Premier ministre de l'exécution des lois. Il ne s'était pas servi des dispositions des Constitutions de 1946 et 1958 relatives aux collectivités locales. Actuellement, les révisions dont la Constitution de 1958 a fait l'objet depuis son adoption, si elles n'ont pas touché à l'article 21, ont renforcé certains aspects de l'administration, particulièrement la révision du 28 mars 2003. Il est désormais de principe, selon l'article 1^{er}, que l'organisation de la République est décentralisée ; il en résulte plusieurs aménagements des dispositions relatives aux collectivités territoriales. C'est peu par rapport à ce que l'on trouve dans des constitutions d'autres États.

Une recherche menée à l'occasion de l'étude de la Constitution administrative de la France (15) a révélé que les constitutions sont inégalement précises.

Certaines le sont surtout pour les collectivités locales auxquelles elles consacrent des dispositions spéciales. C'est le cas par exemple de celles de la République tchèque (1992, art. 99 s.), de la Lituanie (1991, art. 119 s.), de la Bulgarie (1991, art. 135 s.).

D'autres sont plus générales, dans leur formulation ou dans leur objet. La Constitution italienne (1947) renvoie pour l'essentiel (art. 97) à la loi d'organisation et de fonctionnement des services publics. La Constitution grecque (1975) consacre à l'administration une section F qui porte sur l'organisation générale de celle-ci et sur le statut de ses agents.

Les formulations s'élargissent avec l'article 103 de la Constitution espagnole (1978), qui établit des principes généraux sur la manière dont l'administration doit servir (« avec *objectivité* ») et agir (efficacité, hiérarchie, décentralisation, déconcentration et coordination, soumission à la loi et au droit), celle de la Roumanie (1991), qui consacre un chapitre V (art. 165 s.) à « *l'administration publique* » en distinguant l'administration centrale et l'administration locale.

La Constitution portugaise (1976) est beaucoup plus riche avec tout un titre IX (art. 266 à 272) consacré à l'« *administration publique* », précisant, après des « *principes fondamentaux* », la « *structure de l'administration* », les « *droits et garanties des administrés* », le « *régime de la fonction publique* », les « *restrictions à l'exercice de droits* » de certains agents, la « *responsabilité des fonctionnaires et des agents* », la « *police* ». C'est sans doute celle qui, en matière administrative, d'une part, est la plus précise, d'autre part, établit le dispositif, sinon le plus complet, du moins le plus essentiel, et établit ainsi la trame d'une constitution administrative.

Deux constitutions méritent d'être particulièrement citées car elles comportent une systématisation propre à notre sujet.

Les formules de la Constitution hongroise de 2011 auraient particulièrement étayé la théorie des bases constitutionnelles du doyen Vedel. En effet, selon l'article 15, 1. *Le gouvernement est l'organe général du pouvoir exécutif, ses prérogatives englobent tout ce qui ne relève pas expressément de la compétence d'un autre organe en vertu de la Loi fondamentale ou de toute autre norme juridique.....* 2. *Le gouvernement est l'organe suprême de l'administration de l'État, habilité, dans les cas et les conditions prévus par la loi, à créer des organes d'administration d'État.* 3. *Dans le cadre de l'accomplissement de ses missions, le gouvernement prend, sur la base d'une autorisation accordée par une loi, des décrets relatifs à des sujets ne relevant pas du domaine de la loi.* S'y ajoutent les dispositions propres aux collectivités locales (art. 31 s.).

La plus ambitieuse est sans doute la Constitution de la Colombie de 1991, qui ne se contente pas d'établir l'organisation de l'État, mais, au sein de la branche de l'exécutif, définit la fonction administrative (art. 209 s.).

Il ne s'agit là que d'un inventaire incomplet. Il est insuffisant pour établir partout et toujours les bases constitutionnelles du droit administratif. Du moins les articles cités sont-ils une illustration de la part que certaines constitutions donnent à des questions d'ordre administratif. Ils peuvent contribuer plus profondément au développement constitutionnel des notions du droit administratif.

Le développement constitutionnel des notions de droit administratif

C'est essentiellement la jurisprudence qui, à partir des dispositions constitutionnelles, par une interprétation créative a érigé au niveau constitutionnel des éléments essentiels du droit administratif. Elle l'a fait pour les notions centrales du droit administratif et du régime administratif.

S'agissant des notions centrales du droit administratif, on retrouve celles qui, en tout cas en France, ont servi à la construction et à la systématisation du droit administratif.

On sait l'importance de la notion de service public, celle-là même que le doyen Vedel trouvait insuffisante pour servir de base constitutionnelle au droit administratif - et qui d'ailleurs n'est pas reprise dans tous les systèmes étrangers, voire peut paraître rejetée par le droit de l'Union européenne. Du moins le Conseil constitutionnel a-t-il contribué en France à reconnaître les exigences constitutionnelles relatives à l'existence de services publics et au régime du service public. Dans le premier cas, il affirme que « la nécessité de certains services publics nationaux découle de principes ou de règles à valeur constitutionnelle » (16), sans pour autant ni les identifier ni les définir : on sait seulement par là que la notion de service public s'élève au niveau constitutionnel. Cela se confirme dans le second cas puisque le Conseil constitutionnel appelle au « respect des exigences du service public » (17) ou encore des « exigences constitutionnelles qui résultent de l'existence et de la continuité des services publics » (18) : en particulier, « la continuité du service public [...] a le caractère d'un principe de valeur constitutionnelle » (19).

La notion de puissance publique est tout autant sollicitée. Elle est au coeur de la fameuse décision du Conseil constitutionnel du 23 janvier 1987 identifiant le principe constitutionnel selon lequel « *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 de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle* ». La référence à la fois au pouvoir exécutif et à la puissance publique est un écho direct de la position du doyen Vedel sur les bases constitutionnelles du droit administratif, qu'il a pu faire entériner par le Conseil constitutionnel auquel il appartenait lorsque celui-ci a rendu la décision du 23 janvier 1987, dont le doyen a été le rapporteur. C'est une confirmation éclatante de la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif.

Elle se prolonge au sujet du régime administratif, caractérisé par deux éléments indissociablement liés à l'État de droit que la Constitution établit.

Le premier est le principe de la soumission de l'administration au droit. On a parlé longtemps du principe de légalité ; la formule vaut toujours, sauf à souligner que l'administration n'est pas seulement soumise à la loi. À ce sujet encore, les développements du droit constitutionnel ont souligné comme faisant partie du corps constitutionnel l'exigence du respect du droit par l'administration. Certes, ils n'ont pas été attendus pour que le principe de légalité soit considéré comme « le plus important de notre droit public », dont le respect s'impose « à toutes les autorités administratives si haut qu'elles fussent placées et quel que fût leur caractère » (20). Mais certaines dispositions constitutionnelles ont conduit à en rehausser le niveau et en renforcer la portée.

On peut citer certaines constitutions en ce sens. De l'article 1^{er} de la Constitution espagnole de 1978, aux termes duquel « *l'Espagne se constitue en un État de droit social et démocratique qui proclame comme valeurs suprêmes de son ordre juridique la liberté, la justice, l'égalité et le pluralisme politique* », les tribunaux ont déduit les principes de légalité et de sécurité juridique (21). En Allemagne, « *le juge constitutionnel et le juge administratif ont tiré du principe de l'État de droit (Rechtsstaat), qui est posé par les articles 20 et 28 de la Loi fondamentale, non seulement le principe de légalité sous toutes ses variantes, mais encore un certain nombre de principes du droit administratif tels que l'impartialité, l'obligation de motiver les décisions, la sécurité juridique et spécialement la protection de la confiance légitime* » (22). Plus directement, l'article 266-2 de la Constitution portugaise de 1976 dispose : « *les organes et les agents administratifs observent la Constitution et la loi et doivent exercer leurs fonctions dans le respect des principes d'égalité, de proportionnalité, de justice et d'impartialité* ». En France, si le principe de la soumission de l'administration au droit n'a pas été exprimé par une disposition de la Constitution, le Conseil constitutionnel considère que lorsque des pouvoirs sont attribués à des autorités administratives ou publiques, notamment celles qui sont qualifiées d'« indépendantes », elles sont toujours tenues de respecter les éléments de la légalité (23).

Le second principe constitutionnel du régime administratif est celui de la soumission de l'administration à contrôle. Il s'exprime en France à travers l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 relatif à « la garantie des droits », de laquelle découle le droit à un recours effectif (24), précisé comme devant être « juridictionnel » (25). Plus explicitement et plus anciennement, l'article 131 de la Constitution fédérale d'Autriche permet à toute personne qui prétend être lésée de former un recours en violation du droit contre la décision d'une autorité administrative ; l'article 132 envisage un recours contre la violation du devoir de décider. Plus récemment, avec la *Loi fondamentale* de l'Allemagne fédérale (art.19, al. 4), « *quiconque est lésé dans ses droits par la puissance publique dispose d'un recours juridictionnel* ». L'article 106-1 de la Constitution espagnole charge les tribunaux de contrôler « *le pouvoir de réglementation et la légalité de l'action administrative, ainsi que la soumission de celle-ci aux lois qui la justifient* ». Pour la Constitution polonaise de 1997 (art. 184), « *la Haute cour administrative et les autres tribunaux administratifs exercent, dans les limites de la loi, le contrôle de l'activité de l'administration* ». La Constitution portugaise est encore plus prolixe : par son article 268, alinéa 4, « *il est garanti aux administrés une protection juridictionnelle effective de leurs droits ou intérêts juridiquement protégés, comprenant notamment la reconnaissance de ces droits ou intérêts, la condamnation de tout agissement administratif qui lèse ceux-ci, indépendamment de la forme, la détermination des cas où l'administration est tenue par la loi d'agir et l'adoption de mesures provisoires appropriées* ». Il ne s'agit là que de quelques exemples. Ils pourraient être multipliés (26).

Ainsi se sont développées les normes constitutionnelles propres au droit administratif. Cela confirme-t-il la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif ? On peut avoir un doute.

(...)

Mots clés :

DROIT ADMINISTRATIF * Définition * Base constitutionnelle

(1) Version française, légèrement remaniée, d'un rapport présenté le 3 sept. 2014 à l'Université Externado de Colombie (Bogota) lors des XV^e journées internationales de droit administratif, et publié en langue espagnole dans *La constitucionalización del Derecho administrativo* (Alberto Montana Plata et Andrés Ospina Garzon, editores), Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 41-59

(2) N° 8, p. 21.

(3) CE, 28 juin 1918, n° 63412, *Heyriès*, Lebon  ; CE, 8 août 1919, n° 56377, *Labonne*, Lebon .

(4) R. Chapus, « Le service public et la puissance publique », RD publ. 1968. 235-282.

(5) P. Amselek, « Le service public et la puissance publique - Réflexions autour d'une étude récente », AJDA 1968. 492-507.

(6) C. Eisenmann, « La théorie des bases constitutionnelles du droit administratif », RD publ.-1972. 1345-1441.

(7) G. Vedel, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », in *La pensée de Charles Eisenmann*, Economica - Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1986, pp. 133-145.

(8) « Propos d'ouverture », in *La constitutionnalisation des branches du droit*, sous la direction de B. Mathieu et M. Verpeaux, Economica, 1998, p. 13 s.

(9) S. Cassese, *La construction du droit administratif. France et Royaume-Uni* (trad. de l'italien par J. Morvillez-Maigret), Montchrestien, 2000, p. 14.

(10) V. notamment, J. Scharze, *Droit administratif européen*, Bruylant, 2^e éd., 2009.

(11) Par ex., B. Stirn, *Les sources constitutionnelles du droit administratif - Introduction au droit public*, préface G. Vedel, LGDJ, 8^e éd., 2014.

(12) « La Constitution », in *Traité de droit administratif*, Dalloz, 2011, t. 1, p. 383 s., spéc. p. 394.

(13) V. par ex., F. Luchaire, « Les fondements constitutionnels du droit civil », RTD civ. 1982. V., in *Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Dalloz, 2008 ; les articles sur la constitutionnalisation du droit civil, du droit économique, du droit du travail, du droit pénal, du droit processional, du droit public financier, du droit de l'environnement, respectivement par

N. Molfesis, Ph. Terneyre, O. Dutheillet de Lamothe, B. Bouloc, S. Guinchard, M. Bouvier et M. Prieur, p. 419 s.

(14) V. dans le même ouvrage, pp. 397-418 l'étude de P. Delvolvé.

(15) *La Constitution administrative de la France* (sous la Direction de J.J. Bienvenu, J. Petit, B. Plessix et B. Seiller), Dalloz, Thèmes et Commentaires, 2012. Rapport introductif par P. Delvolvé, pp. 3-12, spéc. p. 9.

(16) Cons. const., 25-26 juin 1986, n° 86-207 DC.

(17) Cons. const., 26 juin 2003, n° 2003-473 DC, AJDA 2003. 1404 , note E. Fatôme  ; *ibid.* 1391, note J.-E. Schoettl  ; *ibid.* 2348, étude E. Fatôme et L. Richer .

(18) Cons. const., 14 avr. 2005, n° 2005-513 DC, AJDA 2006. 178, étude E. Fatôme .

(19) Cons. const., 25 juill. 1979, n° 79-105 DC.

(20) Conclusions J. Delvolvé sur CE, 17 févr. 1950, n° 86949, *Ministre de l'agriculture c/ Dame Lamotte, Lebon*  ; RD publ. 1951. 478

(21) M. Fromont, *Droit administratif des États européens*, PUF, Thémis, 2006, p. 103.

(22) *Idem, ibidem.*

(23) Par ex., Cons. const., 28 juill. 1989, n° 89-260 DC.

(24) Cons. const., 9 avr. 1996, n° 96-373 DC, AJDA 1996. 371  , note O. Schrameck  ; D. 1998. 156  , obs. J. Trémeau  ; *ibid.* 145, obs. J.-C. Car  ; *ibid.* 147, obs. A. Roux  ; *ibid.* 153, obs. T. S. Renoux  ; RFDA 1997. 1, étude F. Moderne  ; Cons. const., 13 mai 2011, n° 2011-129 QPC, AJDA 2011. 988  ; RFDA 2011. 995, étude S. Jeannard  ; Constitutions 2011. 305, obs. A. Baudu .

(25) Cons. const., 17 juin 2011, n° 2011-138 QPC, AJDA 2011. 1228  ; D. 2011. 1942  , note O. Le Bot  ; *ibid.* 2694, obs. F. G. Trébulle  ; RDI 2011. 465, obs. P. Soler-Couteaux  ; Constitutions 2011. 577, chron. A. Faro .

(26) V., M. Fromont, *op. cit.*, p. 106.

EN RELISANT LA DÉCISION *CONSEIL DE LA CONCURRENCE*

PAR FABRICE MELLERAY

L'ESSENTIEL

La relecture de la décision du 23 janvier 1987 invite à revenir sur le fondement de la solution retenue par le juge constitutionnel, à apprécier ses suites jurisprudentielles et à relativiser son apport à la théorie dite des « bases constitutionnelles du droit administratif ».

Tout n'a-t-il pas déjà été écrit sur la décision du 23 janvier 1987 ? Seule décision à avoir simultanément les honneurs des *Grands arrêts de la jurisprudence administrative* (Dalloz, 20^e éd., 2015, n° 85) et des *Grandes décisions du Conseil constitutionnel* (Dalloz, 18^e éd., 2016, n° 6), elle a immédiatement fait l'objet d'une quinzaine de commentaires dans les principales revues juridiques, écrits dont on trouve la liste sur le site internet du Conseil constitutionnel.

Et l'intérêt ne s'est pas démenti par la suite, qu'on songe en particulier à l'article publié trois ans plus tard par le doyen Vedel, rapporteur de la décision, à l'occasion de la célébration du bicentenaire de la loi des 16-24 août 1790 (G. Vedel, La loi des 16-24 août 1790 : Texte ? Prétexte ? Contexte ?, RFDA 1990. 698) ou encore à sa préface de la version commerciale de la thèse de Pierre Esplugas (*Conseil constitutionnel et service public*, LGDJ, 1994 ; v. du même auteur, Georges Vedel et la décision du Conseil constitutionnel du 23 janvier 1987 : *Conseil de la concurrence* [à propos de la réserve constitutionnelle de compétence du juge administratif], Rev. adm. 2002, p. 216).

Sans doute a-t-elle eu des prolongements qui n'avaient probablement pas été envisagés par ses rédacteurs (on se reportera à cet égard au procès-verbal de la séance du Conseil constitutionnel du 22 janvier 1987, disponible en ligne). Tel est tout particulièrement le cas de son utilisation par le Tribunal des conflits pour trouver un nouvel équilibre en matière de questions préjudicielles (17 oct. 2011, n° 3828, *SCEA du Chêneau c/ INAPORC et Cherel c/ CNIEL*, Lebon 698 ; AJDA 2012. 27, chron. M. Guyomar et X. Domino ; RFDA 2011. 1122, concl. J.-D. Sarcelet, 1129, note B. Seiller ; et 1136, note A. Roblot-Troizier) ainsi que du possible effet d'entraînement de ce cadrage constitutionnel sur la redéfinition du périmètre des théories de la voie de fait (T. confl. 17 juin 2013, n° 3911, *Bergoend c/ ERDF Annecy-Léman*, Lebon 370 ; AJDA 2013. 1568, chron. X. Domino et A. Bretonneau ; RFDA 2013. 1041, note P. Delvolvé) et de l'emprise irrégulière (T. confl. 9 déc. 2013, n° 3931, *Epoux Panizzon c/ Commune de Saint-Palais-sur-Mer*, Lebon 376 ; AJDA 2014. 216, chron. A. Bretonneau et J. Lessi ; RFDA 2014. 61, note P. Delvolvé) par l'organe répartiteur des compétences, questions étudiées dans le présent dossier par le président Arrighi de Casanova (v. p. 95 ; v. également R. Noguellou, La fin de la voie de fait ?, BICC, 1^{er} nov. 2014, p. 38). De même contient-elle des expressions sinon mystérieuses à tout

le moins sujettes à interprétation, en particulier celle de « matières réservées par nature à l'autorité judiciaire », ci-après analysée par Gweltaz Eveillard (p. 101). Il n'est pas davantage douteux que cette solution jurisprudentielle ne prive pas le législateur de toute latitude pour confier tel ou tel contentieux au juge administratif ou au juge judiciaire lorsque sont en cause ce que le doyen Vedel nommait des « matières mixtes », le Parlement ne s'en étant d'ailleurs pas privé depuis trente ans, comme l'illustre l'inventaire proposé par Charles Froger.

Il ne s'agira évidemment pas ici d'évoquer ces questions, essentielles, mais uniquement de revenir sur le principe fondamental reconnu par les lois de la République (PFRLR) suivant lequel « 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 de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle ».

Il est, en effet, assez frappant de relever, à la lecture du procès-verbal de la séance dédiée à l'adoption de cette décision et des nombreux commentaires qui lui ont été consacrés, que les auteurs ne contestent généralement pas la reconnaissance d'un tel principe et donc l'existence d'une tradition législative républicaine (v., toutefois, mettant en cause ce caractère républicain, Y. Gaudemet, Les bases constitutionnelles du contentieux administratif, RD publ. 1987. 1341) antérieure à 1946 conférant au juge administratif le « noyau dur » (on trouve déjà ce mot dans la bouche du doyen Vedel lors de la présentation de son rapport) de compétence constitutionnellement garanti, ici en cause. On constatera pourtant que tel n'est peut-être pas le cas et que la solution est probablement plus audacieuse qu'on ne l'écrit souvent. Cette audace ne se retrouve toutefois pas dans la mise en œuvre du principe, la jurisprudence constitutionnelle postérieure étant empreinte de prudence. Mérite enfin, nous semble-t-il, d'être discutée l'affirmation assez répandue suivant laquelle cette décision constituerait une déclinaison jurisprudentielle de la célèbre théorie des « bases constitutionnelles du droit administratif » développée par Georges Vedel au milieu des années cinquante et amendée par la suite. Ces trois questions seront successivement évoquées.



I - SUR LA CONSÉCRATION AUDACEUSE DU PRINCIPE CONSTITUTIONNEL

La cause semble entendue. Les textes révolutionnaires (art. 10 et 13 du titre II de la loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire et décret du 16 fructidor an III) énonçant le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires n'ont pas valeur constitutionnelle mais il existerait, « conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs », un PFRLR protégeant le « noyau dur » de la compétence des juridictions administratives.

Le premier temps du raisonnement n'est pas à l'abri de la discussion, Jean-Louis Mestre ayant identifié « sous la Révolution, des dispositions constitutionnelles, figurant dans les Constitutions de 1791 et de l'an III, qui allaient dans le même sens » que la loi de 1790 et le décret de l'an III (J.-L. Mestre, A propos du fondement constitutionnel de la compétence de la juridiction administrative, RFDA 2012. 339). Mais on se limitera ici au second temps de la démonstration, essentiel pour apprécier si le Conseil constitutionnel a dégagé un PFRLR en respectant les conditions d'identification qu'il a lui-même posées.

“ Le Conseil constitutionnel est allé, en 1987, au-delà de ce qu'avait expressément affirmé le législateur ”

Il est bien connu que l'expression PFRLR, « formule [...] vouée à une obscurité certaine » pour reprendre le célèbre mot de Jean Rivero (Les « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » : une nouvelle catégorie constitutionnelle ?, D. 1972. Chron. 265), a été introduite dans le préambule de la Constitution de 1946 pour permettre la consécration indirecte de la liberté de l'enseignement (B. Genevois, Une catégorie de principe de valeur constitutionnelle : Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, in P. Avril et M. Verpeaux [dir.], *Les règles et principes non écrits en droit public*, Ed. Panthéon-Assas, 2000, p. 21). Il est tout aussi avéré qu'elle s'est déployée au-delà de cette question, le Conseil constitutionnel « piochant dans l'œuvre législative des Républiques » (V. Giesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel*, Ellipses, 2^e éd., 2016, p. 123) antérieures à 1946 pour identifier des principes intéressant les droits et libertés fondamentaux, la souveraineté nationale ou l'organisation des pouvoirs publics (Cons. const. 17 mai 2013, n° 2013-669 DC, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*).

Nul ne disconvient sans doute que le Conseil constitutionnel, qui use avec parcimonie de cette technique, « reste largement maître de la découverte et du contenu de cet élément du bloc de constitutionnalité » (D. Rousseau, P.-Y. Gahdoun et J. Bonnet, *Droit du contentieux constitutionnel*, LGDJ, 11^e éd., 2016, p. 239). Mais s'il est

libre de qualifier de fondamental tel ou tel principe, encore faut-il que celui-ci ait été énoncé par le législateur républicain avant 1946.

Il est à cet égard frappant de constater que le doyen Vedel effleure à peine cette question lors de l'examen de la loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, mentionnant de manière incidente la compétence traditionnelle du Conseil d'Etat en matière d'excès de pouvoir. Le président B. Genevois, alors secrétaire général du Conseil constitutionnel, est plus précis puisqu'il évoque dans ses commentaires de la décision du 23 janvier 1987 (RFDA 1987. 287 et AJJC 1987. 602) trois textes : l'article 6 de la loi organique du 3 mars 1849 du Conseil d'Etat, l'article 9 de la loi du 24 mai 1872 portant réorganisation du Conseil d'Etat et l'article 32 de l'ordonnance du 31 juillet 1945 sur le Conseil d'Etat. On constate toutefois à leur lecture que si le recours pour excès de pouvoir est mentionné dans les deux derniers textes, et plus largement le « contentieux administratif » dans le premier, aucune mention n'est, par contre, faite de la compétence du juge administratif pour réformer les actes administratifs unilatéraux dans certaines matières. Autrement dit, ce que l'on nomme désormais couramment le « plein contentieux objectif » (H. Lepetit-Collin, *Recherches sur le plein contentieux objectif*, LGD, 2011) n'est pas expressément évoqué par ces textes. Or, comme n'a pas manqué de le relever René Chapus, « l'inclusion dans la compétence constitutionnelle du juge administratif des recours tendant à une réformation des décisions contestées » n'est pas « un simple complément de second ordre » car « non seulement [...] les catégories classiques de recours en réformation sont en elles-mêmes importantes, mais encore la tendance (notamment législative) actuelle est à les préférer, en de nombreux contentieux, aux recours en annulation pour excès de pouvoir » (*Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 13^e éd., 2008, n° 167). Et cette tendance ne s'est effectivement pas démentie ces trente dernières années.

On peut donc considérer que le Conseil constitutionnel est allé, en 1987, au-delà de ce qu'avait expressément affirmé le législateur dans les textes ayant selon toute vraisemblance servi à la reconnaissance de ce PFRLR, en incluant dans ce « noyau dur » la réformation des décisions prises par les personnes publiques dans l'exercice de prérogatives de puissance publique et en ne se limitant pas à la seule constitutionnalisation du contentieux de l'annulation. Le doyen Vedel esquivait d'ailleurs cet obstacle en affirmant que « pour le Conseil constitutionnel, les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République peuvent être trouvés non seulement dans des dispositions législatives positives mais encore dans l'économie générale d'une législation faisant ressortir ce qui, selon la conviction du législateur, exprimé “en relief” et “en creux”, relève du domaine législatif ou du domaine constitutionnel » (G. Vedel, La loi des 16-24 août 1790 : Texte ? Prétexte ? Contexte ?, p. 706, préc.). Autrement dit, « dans l'effort de construction qu'a fait le Conseil, ce qu'il a retenu c'est que les lois de la République n'ont jamais dérogé au principe de séparation dans ce domaine et cette constatation a pour effet tout à la fois de donner valeur constitutionnelle au principe et de limiter cette valeur à une partie du contentieux

constitutionnel. Les commentaires de la décision ont quelquefois pêché par méconnaissance de cette donnée historique qui a été à la source de la décision du Conseil constitutionnel » (G. Vedel, *Doctrine et jurisprudence constitutionnelle*, RD publ. 1989, 11 et s., spéc. p. 16).

A suivre le doyen Vedel, le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires n'aurait ainsi pas, dans sa généralité, valeur constitutionnelle car il aurait été régulièrement écarté par le législateur depuis deux siècles, mais aurait une telle valeur dans les matières à propos desquelles le législateur n'y aurait jamais dérogé. Dans cette perspective, il s'agirait ici moins d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République que d'un principe fondamental jamais démenti par lesdites lois à défaut d'avoir été consacré dans sa plénitude par celles-ci...

On mesure dès lors l'audace du raisonnement, toutefois tempérée par la retenue avec laquelle le Conseil constitutionnel a mis en œuvre le principe.

II - SUR LA MISE EN ŒUVRE DISCRÈTE DU PRINCIPE PAR LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Le principe énoncé le 23 janvier 1987 s'accompagne d'une exception (les « matières réservées par nature à l'autorité judiciaire ») et d'une possibilité ouverte au législateur d'y déroger « dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice ». Le juge constitutionnel précise à propos de ce que le doyen Vedel nomme les « matières mixtes », que « lorsque l'application d'une législation ou d'une réglementation spécifique pourrait engendrer des contestations contentieuses diverses qui se répartiraient, selon les règles habituelles de compétence, entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire, il est loisible au législateur [...] d'unifier les règles de compétence juridictionnelle au sein de l'ordre juridictionnel principalement intéressé », ce qui revient aussi bien à permettre suivant les cas une unification au profit des juridictions judiciaires qu'au bénéfice de leurs homologues administratives.

Ce cadre constitutionnel est ainsi marqué par une réelle souplesse, qui a permis en l'espèce d'admettre l'attribution au juge judiciaire du contentieux du Conseil de la concurrence et ce, à rebours de la position adoptée par le Conseil d'Etat qui, saisi du projet de loi, avait considéré que le principe de séparation des autorités faisait obstacle à cette solution. De même, le Conseil constitutionnel a-t-il précisé, neuf ans plus tard, que l'unification du contentieux au profit de l'ordre juridictionnel principalement intéressé « peut être opérée tant en fonction de l'autorité dont les décisions sont contestées, qu'au regard de la matière concernée ». Ce qui lui a ouvert la possibilité d'admettre la constitutionnalité de la soumission au juge judiciaire d'une partie du contentieux de l'Autorité de régulation des télécommunications et ce alors même que le contentieux des autres décisions de l'autorité continuait à relever du juge administratif (Cons. const. 23 juill. 1996, n° 96-378 DC, *Loi de réglementation des télécommunications*, AJDA 1996, 694, note O. Schrameck; D. 1998, 146, obs. J. Trémeau; RFDA 1997, 1, étude F. Moderne). Et, même dans un contentieux où la répartition des compétences était passablement insatisfaisante, le Conseil

constitutionnel a jugé que l'unification au profit de l'un ou l'autre des ordres de juridiction n'était pas imposée par la Constitution (Cons. const. 26 nov. 2010, n° 2010-71 QPC, AJDA 2011, 174, note X. Bioy; RFDA 2011, 951, étude A. Pena; à propos du régime de l'hospitalisation d'office antérieurement à la réforme opérée par la loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge; v. sur cette réforme et sur l'incidence du nouvel article L. 3216-1 du code de la santé publique qui attribue ce contentieux au seul juge judiciaire, not. M. Vialettes et M. Grosset, *L'unification du contentieux de l'hospitalisation sans consentement. De quelques questions posées par sa mise en œuvre au 1^{er} janvier 2013*, JCP 2013, Doctr. 157). Il n'a pas davantage censuré l'articulation des compétences entre juge administratif et juge judiciaire en matière de droit des étrangers (Cons. const. 9 juin 2011, n° 2011-631 DC, *Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, AJDA 2011, 1174).

Cette souplesse n'est toutefois pas absolue, le Conseil constitutionnel ayant pris soin, dès 1987, de mentionner le caractère « précis et limité » de l'aménagement des compétences en cause avant de le valider. Et la deuxième application du PFRLR aboutira en 1989 (Cons. const. 28 juill. 1989, n° 89-261 DC, *Loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France*, D. 1990, 161, note X. Prétot) à la première censure prononcée sur son fondement. En effet, alors que le législateur envisageait l'attribution du contentieux de l'annulation des arrêtés de reconduite à la frontière au juge judiciaire, le Conseil constitutionnel (suivant en cela son rapporteur, Jacques Robert) a refusé qu'il soit ainsi « fait échec à la compétence générale du juge administratif dans le domaine de l'annulation des actes de la puissance publique », a affirmé la prévalence des « règles normales de compétence » et a souligné que l'exigence de bonne administration de la justice « ne saurait à elle seule autoriser qu'il soit porté atteinte à un principe de valeur constitutionnelle ». On mesure, avec le développement spectaculaire du contentieux des étrangers depuis les années quatre-vingt-dix, à quel point l'adoption de la solution contraire aurait modifié la pratique quotidienne des tribunaux administratifs...

“ La deuxième application du PFRLR aboutira en 1989 à la première censure prononcée sur son fondement ”

La vigilance du Conseil constitutionnel est également illustrée par une décision de 2001 où il censure d'office une disposition qui étendait la compétence des juridictions du contentieux général de la sécurité sociale à des décisions prises, dans l'exercice de prérogatives de puissance publique, par des autorités étatiques et dérogeait ainsi irrégulièrement « à la répartition normale des compétences entre les deux ordres de juridiction » (Cons. const. 27 nov. 2001, n° 2001-451 DC, *Loi portant amélioration*





de la couverture des non-salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles, D. 2002. 1950, obs. D. Ribes). De même le Conseil constitutionnel avait-il pris soin, quelques mois plus tôt, d'émettre une réserve d'interprétation à propos de la loi organique relative aux lois de finances (Cons. const. 25 juill. 2001, n° 2001-448 DC, *Loi organique relative aux lois de finances*, AJDA 2002. 59, note P. Jan), indiquant que son article 59 (qui dispose que « lorsque, dans le cadre d'une mission de contrôle et d'évaluation, la communication des renseignements demandés en application de l'article 57 ne peut être obtenue au terme d'un délai raisonnable, apprécié au regard de la difficulté de les réunir, les présidents des commissions de l'Assemblée nationale et du Sénat chargés des finances peuvent demander à la juridiction compétente, statuant en référé, de faire cesser cette entrave sous astreinte ») ne peut être interprété que « comme permettant au juge administratif d'ordonner en référé à une personne morale investie de prérogatives de puissance publique la communication sous astreinte des documents ou renseignements susmentionnés ». Une réserve d'interprétation équivalente sera opérée quatre ans plus tard à propos de l'article 10 de la loi organique relative aux lois de financement de la sécurité sociale (Cons. const. 29 juill. 2005, n° 2005-519 DC, *Loi organique relative aux lois de financement de la sécurité sociale*, RFDA 2005. 1030, étude J.-E. Schoettl), étant relevé que dans les deux cas, le PFRLR n'apparaît pas (le juge se bornant à évoquer « la conception française de la séparation des pouvoirs », ce raccourci étant d'ailleurs également opéré, sous une autre forme, par T. confl. 17 oct. 2011, n° 3828, *SCEA du Chêneau*, préc.), pas plus que la limitation de la solution aux seules personnes publiques, sans que l'on sache avec certitude s'il s'agit d'une facilité de plume ou d'une inflexion jurisprudentielle.

III - LE LIEN AVEC LA THÉORIE DES « BASES CONSTITUTIONNELLES DU DROIT ADMINISTRATIF »

Reprenant le considérant de principe de la décision *Conseil de la concurrence*, Pierre Delvolvé a pu affirmer que « la référence à la fois au pouvoir exécutif et à la puissance publique est un écho direct de la position du doyen Vedel sur les bases constitutionnelles du droit administratif, qu'il a pu faire entériner par le Conseil constitutionnel auquel il appartenait lorsque celui-ci a rendu la décision du 23 janvier 1987, dont le doyen a été le rapporteur. C'est une confirmation éclatante de la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif » (P. Delvolvé, L'actualité de la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif, RFDA 2014. 1211). De même Jean-Bernard Auby a-t-il pu écrire que le Conseil constitutionnel a apporté « au moulin » de l'analyse de Georges Vedel « l'eau de principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » (J.-B. Auby, La théorie des bases constitutionnelles du droit administratif, Dr. adm. 2002. Repère 4).

Echo assurément, confirmation peut-être pas, voudrait-on tenter ici de convaincre le lecteur. Il convient, en effet, de rappeler que la théorie forgée par Georges Vedel en 1954 (*Les bases constitutionnelles du droit administratif*, EDCE 1954. 21), et amendée par la suite (v. sur l'état final

de sa position G. Vedel, Les bases constitutionnelles du droit administratif, in P. Amselek [dir.], *La pensée de Charles Eisenmann*, Economica-PUAM, 1986, p. 133 et Propos d'ouverture, in B. Mathieu et M. Verpeaux [dir.], *La constitutionnalisation des branches du droit*, Economica-PUAM, 1998, p. 13, Préface à la 3^e édition de B. Stirn, Les sources constitutionnelles de droit administratif, LGDJ, 1999), visait, dans le contexte de « la crise de la notion juridique de service public en droit administratif français » (pour reprendre l'intitulé de la thèse bien connue de J.-L. de Corail, LGDJ, 1954, préface P. Couzinet) et dans la perspective de redonner à la notion de puissance publique un rôle essentiel, à répondre aux interrogations suivantes : « En vertu de quel titre constitutionnel existe-t-il une administration ? En vertu de quel titre constitutionnel les administrateurs exercent-ils leurs compétences ? »

La décision du 23 janvier 1987 ne répond en aucune manière à ces interrogations et le principe qu'elle dégage, outre qu'il porte sur le juge compétent et non sur le droit applicable, est à l'évidence trop étroit pour servir de « socle sur lequel se construit le droit administratif » pour reprendre le mot utilisé par Pierre Delvolvé pour caractériser les bases constitutionnelles de la matière. Peut-on, en effet, faire reposer tout un édifice sur la constitutionnalisation du seul « noyau dur » de compétence du juge administratif, sur une décision dont Georges Vedel a pu écrire, non sans malice, qu'elle a vu le Conseil constitutionnel « couper en deux, à l'inverse du bon Salomon, le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, chéri du juge administratif et en abandonner une moitié au bon plaisir du législateur » en procédant à une « réception-partition » de la jurisprudence du Conseil d'Etat, de la Cour de cassation et du Tribunal des conflits (G. Vedel, *Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'Etat à la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, in *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992, p. 647) ? Nullement, comme le relève d'ailleurs Pierre Delvolvé, lui-même qui souligne que le droit administratif n'a pas « en tant que tel une base constitutionnelle, entendue comme l'assise sur laquelle il est établi ». Tout au plus peut-on parler de « sources constitutionnelles » (B. Stirn, *Les sources constitutionnelles du droit administratif. Introduction au droit public*, LGDJ, 9^e éd., 2016), voire même plutôt de « cadre constitutionnel » pour reprendre la formule notamment utilisée par Olivier Jouanjan (*La Constitution*, in *Traité de droit administratif*, Dalloz, t. 1, 2011, p. 383).

La question est-elle purement sémantique ? Peut-être pas car l'expression « bases constitutionnelles » permet d'entretenir un phénomène que Georges Vedel dénonçait avec vigueur dans ses derniers écrits, celui de la construction « d'un univers juridique sur le fondement d'un impérialisme « constitutionnaliste » dont la Constitution, son juge et ses commentateurs détiendraient toutes les clés et garderaient toutes les voies » (G. Vedel, Propos d'ouverture, in B. Mathieu et M. Verpeaux, *La constitutionnalisation des branches du droit*, préc.).

Audacieuse ? Assurément. Prudente ? Aussi. Fondatrice ? Nullement. Tel pourrait être résumé ce rapide retour sur la décision Conseil de la concurrence.

BIGOT (Géorgie), Le droit qu'on dit administratif, Éd. La Mémoire du droit, 2015, 373 pp. (extrait)

Chapitre I

LES BASES CONSTITUTIONNELLES DU DROIT ADMINISTRATIF AVANT 1875

« On pouvait donc synthétiquement définir l'administration comme l'exercice du pouvoir exécutif sous un régime de puissance publique ».

« [...] le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, qui est, historiquement et conceptuellement, la base du droit administratif français »²⁷¹.

En développant la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif²⁷², Georges Vedel concevrait comme historien du droit : il y a toujours eu des bases constitutionnelles au droit administratif. Cependant l'historicité de cette thèse condamne, sous certains aspects, sa validité dans les temps présents.

²⁷¹ G. Vedel, *Droit administratif*, Paris, PUF, 12^e édition, 1992, tome I, respectivement p. 38 et 66.

²⁷² V. G. Vedel, *Les bases constitutionnelles du droit administratif*, *EDCE*, 1954, p. 21-53 ; et, en collaboration avec P. Delvolvé, *Droit administratif*, préc., tome I, p. 25-76.

121

§ 1 - L'histoire des bases constitutionnelles

Cette histoire remonte aux premiers temps de la Révolution. Lorsque les Constituants décident de séparer les fonctions de justice et d'administration, que confondait l'ancien droit, par la grande loi des 16-24 août 1790, la question du contentieux de l'administration reste en suspens, faute de savoir avec exactitude s'il se rattache à l'unicité de la fonction juridictionnelle ou si ses particularismes doivent l'inscrire au contraire dans le prolongement de l'administration active. La loi des 6-7, 11 septembre 1790, prise en complément de celle d'août 1790, tranche en faveur de la seconde hypothèse : aux institutions administratives – directrices de districts et de départements – composées d'agents élus – et donc responsables – échoit le soin de vider les litiges administratifs notamment en matière de travaux publics et de contributions directes. Dès l'origine, le contentieux administratif est dans le prolongement organique de l'exécutif.

Au regard de ces brèves considérations, la situation réservée au contentieux administratif par le Consulat et l'Empire n'innove pas radicalement. Le Conseil d'État, institué par la Constitution du 22 frimaire an VIII, hérité du contentieux précédemment remis aux ministres et termine les conflits d'attributions (arrêté du 5 nivôse an VIII). La rupture fondamentale est dans l'arrière-plan constitutionnel où le Conseil fait figure de pierre angulaire. Piloté par le chef de l'État qui en nomme les membres, le Conseil absorbe le législatif puisqu'il rédige les projets de loi dont le gouvernement a seul l'initiative²⁷³. Le Conseil appuie la souveraineté du 1^{er} Consul, laquelle a glissé depuis le Corps législatif jusqu'à un exécutif qualifié, de façon

²⁷³ Articles 44 et 52 de la Constitution du 22 frimaire an VIII.

symptomatique, de « gouvernement » par la Constitution de l'an VIII. Ce système de la prééminence du gouvernement sur les chambres est en outre aggravé parce que c'est au Conseil qu'il revient de rédiger les règlements d'administration publique²⁷⁴ ; ceux-ci, on le sait, ne tarderont pas à déborder sur le domaine réservé la loi. A la tête de son Conseil, Bonaparte puis Napoléon impose ainsi la force administrative – qui est celle de son gouvernement – aux autres pouvoirs constitués. « C'est ce Conseil – résume Cornenin – qui, fidèle aux impulsions du chef, seconda si puissamment l'action de son Gouvernement intérieur. Ses attributions se grossissent bientôt de toutes celles que Bonaparte, dans les ombreuses jalousies de son pouvoir, avait ôté successivement au corps législatif, au tribunal et aux ministres.

Passé le cap difficile de la Restauration, la doctrine va redoubler d'efforts pour conforter l'existence d'un Conseil d'État qui épaula la « puissance exécutive », pour reprendre l'expression consacrée par les deux Chartes. Il est vrai que le climat de juillet y est favorable : sous le règne de Louis-Philippe le Conseil s'engage dans la voie du professionnalisme et de la modernité. Ses différentes sections se réunissent à nouveau en un lieu unique – le palais d'Orsay – comme au temps de l'Empire ; l'avancement au sein du corps se fixe de façon coutumière. Le Conseil est associé de façon croissante à l'élaboration des lois d'origine gouvernementale. Il progresse surtout dans ses fonctions contentieuses : suite à la création des commissaires du roi, sa jurisprudence s'enrichit, notamment dans le domaine crucial du recours pour excès de pouvoir²⁷⁵.

²⁷⁴ L'intérêt de l'État » (extrait cité au *Recueil Sirey*, 1809, 2^e partie, p. 170).

²⁷⁵ L.-M. de Cornenin, *Du Conseil d'État*, préc., p. 47-48.

130

(...)

Pour l'essentiel des auteurs qui ont écrit sous les monarchies constitutionnelles, le droit administratif est exorbitant et doit jouir du privilège de juridiction pour cette raison qu'il s'inscrit dans le prolongement organique du pouvoir exécutif. Voici, pour s'en tenir à un dernier exemple, ce que dit Proudhon : « Le pouvoir administratif reste entièrement placé dans les mains du gouvernement ; et c'est pourquoi l'appel ou le recours contre les décisions de ses officiers ou agents subalternes doit toujours être porté au ministre ou au Conseil d'État »³⁰⁹. Les bases constitutionnelles, au milieu du XIX^e siècle, sont à ce point dans les mœurs doctrinales que Firmin Laferrière, dans la troisième édition de son *Cours théorique et pratique de droit public et administratif* en 1850, maintient l'opinion selon laquelle « séparer le Droit administratif du Droit public constitutionnel, ce serait lui enlever sa raison d'existence ».

(...)

On comprendra alors aisément que la doctrine, sous le second Empire, ait à cœur de caractériser le droit administratif sur le fondement de critères organiques et formels comme le veut la théorie des bases constitutionnelles. Si Maurice Block, dans son *Dictionnaire*, insiste sur la différenciation qu'il convient de maintenir entre administration et gouvernement, c'est qu'à ses yeux existe simplement une hiérarchisation entre ces deux « autorités » ; mais la première est bien aux ordres de la seconde puisque « l'administration peut être définie [comme] l'ensemble des services publics destinés à concourir à l'exécution de la pensée du Gouvernement [...] ». C'est le Gouvernement qui dirige, qui donne l'impulsion ; c'est l'administration qui agit,

qui exécute »³¹⁰. Et Block d'employer une métaphore organiciste pour dire de l'administration « qu'elle est subordonnée au Gouvernement comme le bras l'est à la tête »³¹¹.

(...)

§ 2 - L'actualité des bases constitutionnelles

A s'en tenir à une lecture linéaire de l'histoire du droit administratif, les auteurs anciens confortent et soutiennent la thèse vedélienne : ils lui donnent raison contre Charles Eisenmann dans la fameuse controverse qui les opposa voici près de trente ans³¹². La « dernière » grande théorie d'ensemble du droit administratif – et dont le mérite est qu'elle construit un ordre juridique – reçoit une validation historique. Mais le propre de l'histoire du droit administratif est de ne point être linéaire, du moins sur le plan doctrinal qui nous intéresse ici. Il y a aux alentours de 1900 une rupture épistémologique qui brise la linéarité historique ; et c'est parce que la thèse des bases constitutionnelles, énoncée pour servir de cadre sous les trois dernières républiques, s'accommode en réalité des régimes non démocratiques du XIX^e siècle qu'on est appelé à développer des réserves quant à son opportunité.

Un mot de la méthode et des instruments : ils déterminent le fond du droit. Les bases constitution-

³¹⁰ G. Vedel et P. Delvolvé, *Droit administratif*, préc. p. 41.
³¹¹ L. Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, préc. tome I, p. 97.

³¹² V. E. Breen, Le Doyen Vedel et Charles Eisenmann, une controverse sur les fondements du droit administratif, *RFDA*, 2002, p. 232-243.

nelles relèvent-elles de la théorie du droit ou de la théorie de l'État ? Elles appartiennent à la première catégorie dans l'approche organique : Vedel se borne en effet à décrire son objet en constatant la séparation des organes constitutionnels pour en inférer que l'administration et son droit se rattachent au gouvernement et aux autorités qu'il contrôle. La neutralité de cette approche positiviste – qui est le propre de la théorie du droit³¹⁹ – se trouve néanmoins contrariée par le second critère des bases constitutionnelles, à savoir le critère formel. Certes la démarche vedélienne est-elle là aussi d'inspiration positiviste dans la mesure où le critère de puissance publique serait la simple conséquence d'un exécutif qui remplit sa mission « au nom de la souveraineté nationale [...] dans le cadre des lois qui sont l'expression supérieure de celle-ci »³²⁰. Mais la puissance publique n'est-elle pas extérieure au système constitutionnel présent – dès lors elle relève de la théorie de l'État³²¹ – dans la mesure, par exemple, où la continuité historique de la notion la révèle vivace sous les régimes passés et qu'il va de soi que les constitutions de l'an VIII, 1814, 1830 et 1852 sont loin de consacrer la souveraineté nationale (les textes de l'an VIII et de 1852 s'en tiennent à un silence pudique tandis que la Charte de 1814 consacre une souveraineté monarchique et que celle de 1830 entretient à dessein l'ambiguïté). Que la

³¹⁹ V. M. Troper, *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, 2001, introduction, p. V-VI.

³²⁰ G. Vedel, *Droit administratif*, préc. p. 35.

³²¹ V. la définition de M. Troper, La constitution comme système juridique autonome, *Droits*, n° 35, 2002, p. 73 : « La théorie générale de l'État est extérieure au système constitutionnel. Elle fait partie des idéologies qui contribuent à déterminer le fond du droit constitutionnel ».

puissance publique appartient au champ de la théorie de l'État, c'est ce qu'on a voulu rappeler en laissant s'exprimer les auteurs du XIX^e siècle. On a pu constater qu'ils cherchaient à justifier l'organisation d'un État non démocratique qui met en œuvre un rapport de domination à sujétion à l'égard des citoyens ; justification qui passe par l'apologie implicite des monarques régnants puisque par le biais d'un droit administratif qu'ils sont censés produire en Conseil d'État, ils trouveraient en la personne des administrés une sujétion consentie, les recours juridictionnels palliant le défaut d'expression politique. « Partout où l'administration est bonne – écrivait le Professeur Mallein en 1857 –, le gouvernement doit être réputé bon [...] Les vices de l'organisation politique peuvent être atténués sensiblement par une sage administration »³²². Il est vrai que Vedel présentait qu'on pût lui reprocher ce parallèle, puisqu'il écrit que « le terme de « puissance publique » a été employé en droit public dans un sens quasi métaphysique qui l'a discrédité. Au XIX^e siècle, on considérait de façon plus ou moins claire que l'État possédait une volonté propre, supérieure par nature à celle des individus ». Seulement pour « épurer de ses aspects les plus inacceptables » la notion, il substitue simplement à l'État la souveraineté nationale nommée par la Constitution de 1658 : c'est elle qui attribuerait « aux organes de l'État [...] certaines prérogatives exorbitantes du droit commun et étrangères aux droits normalement

³²² J. Mallein, *Considérations sur l'enseignement du droit administratif*, Paris, Plon, 1857, p. 5, cité par M. Pétroff, L'éclipsé du droit constitutionnel, *Le Prince, le peuple et le droit. Autour des plébiscites de 1851 et 1852* (F. Bluche dir.), Paris, PUF, 2000, p. 167.

reconnus aux individus »³²³. Le fait que la norme constitutionnelle pose la souveraineté nationale suffit-il donc à vider la puissance publique de ses connotations péjoratives ? Le rapport juridique administration/administré n'est-il pas en effet toujours caractérisé par un rapport de domination à sujection même si les progrès accomplis par le droit administratif paraissent en atténuer les excès ? Dès lors la souveraineté nationale est une simple fiction, postulée en vue d'un droit administratif politiquement recevable. Mais elle est, à tout le moins, sans incidence sur la production du droit administratif puisque, dans l'histoire des bases constitutionnelles, ce sont les souverainetés monarchiques du XIX^e siècle (rois ou empereurs) qui ont eu une incidence directe sur la raison d'être et le maintien du droit administratif, émanation de la puissance réglée du prince. Ces réserves nous ramènent à l'interrogation première sur les outils et la méthode : derrière l'apparente neutralité de l'approche juridique sont présentes les pesanteurs historiques d'un droit administratif au service d'une théorie de l'État dès lors qu'on le caractérise par la notion de puissance publique.

Il faut rendre à Léon Duguit ce qui lui appartient des critiques que l'on vient d'amorcer³²⁴. C'est cet auteur – du moins le « premier » Duguit – qui a provoqué dans la théorie du droit administratif l'équivalent d'une rupture épistémologique que Vedel ne pouvait se

³²³ G. Vedel et P. Delvolvé, *Droit administratif*, préc. p. 35.

³²⁴ V. principalement *Les transformations du droit public*, Paris, A. Colin, 1913. Pour des développements plus conséquents, on renvoie au chapitre central de notre ouvrage *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, préc. p. 225 et s. et *infra* Troisième partie, Chapitre II.

contenter d'esquiver. Le Duguit d'avant 1914 a eu un grand mérite : attaquer de front l'impérialisme d'un droit administratif d'inspiration napoléonienne. Dans la puissance publique, il décelé un insupportable pouvoir de fait : le titulaire de la souveraineté habilité à asseoir sa domination au détriment des particuliers. Et peu importe aux yeux du Bordelais la nature de la souveraineté (nationale, monarchique ou populaire) ; il s'agit d'une fiction juridique qui conduit toujours à attribuer à l'État, dans les faits, une puissance inconditionnée. Croquant déceler dans ce système les tares du subjectivisme juridique – l'État titulaire du droit de contraindre des particuliers exhibant leurs droits violés – Duguit propose de tendre à l'objectivisme juridique : il existerait un ordre juridique préexistant à l'État et aux droits des particuliers et tout l'objet du droit public consisterait dans sa reconnaissance. La loi ne ferait selon Duguit que consacrer elle-même cet objectivisme juridique : elle place alors l'État et les particuliers sur un pied d'égalité là où l'idée de puissance publique confortait des rapports inégalitaires. Parce que l'État et les particuliers sont contraints, au même titre, de se conformer à un ordre juridique exogène, alors la responsabilité de la puissance publique doit être recon nue en droit et les actes jusqu'ici discrétionnaires doivent pouvoir faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir ; deux avancées qu'interdisait jusqu'ici le principe selon lequel l'État était une puissance sur certains points irresponsable. Avec Duguit, le droit administratif devient la garantie d'un État limité en droit là où chez ses prédécesseurs il n'était qu'une conséquence de sa puissance : de ce point de vue la rupture doctrinale était et reste radicale. Il existait avant Duguit deux raisons à l'ennement constitutionnel du droit administratif. 1 / Parce qu'on conteste tout au long du XIX^e siècle la juridicité du droit administratif, les auteurs font un effort

pour le rattacher à l'ordre constitutionnel; d'où, notamment, la confusion constante entre séparation des pouvoirs et séparation des autorités. 2 / Le droit administratif occupait au XIX^e siècle presque tout le terrain du droit public, le droit constitutionnel étant même interdit d'enseignement sous le second Empire; c'est donc dans les ouvrages de droit administratif qu'il fallait aller chercher des développements sur l'État, académiquement présenté comme source incontestable de la puissance de l'administration. L'originalité de Duguit est d'avoir su se défaire en grande partie de ces deux réflexes qui paralyssaient l'esprit critique de ses aînés³²⁵.

Les critiques se sont à juste titre abattues sur les présupposés sociologiques de Duguit. Que sont au juste la loi sociale et la volonté d'interdépendance des individus sinon une forme de « droit naturel » postulé (mais non transcendant)³²⁶? Il n'empêche que la désacralisation de l'État et de l'idée de puissance dont l'objectivisme juridique est porteur a eu une conséquence essentielle: donner naissance, dans ce qui appartenait désormais à l'histoire du droit administratif, à la notion de service public qui doit supplanter l'idée même de souveraineté. C'est ce critère, critère matériel – la finalité remplace les moyens – qui sert à repenser, pour le justifier autrement, un droit administratif tourné avant tout vers la protection et la satisfaction des administrés. Si l'arrêt *Blanco* est devenu l'acte de baptême – la loi d'août 1790 étant l'extrait de naissance – du droit

administratif au tournant du XX^e siècle, c'est parce Duguit en a réévalué la portée sur la foi de l'expression « service public » évoquée par le tribunal des Conflits à l'occasion. On reste alors étonné de voir G. Vedel présenter, après Duguit, l'arrêt de 1873 comme fondateur tout en refusant dans le même temps le critère matériel, critère qui fit seul la fortune légendaire de cet arrêt³²⁷.

Peu importe que les espoirs politiques de Léon Duguit – le radical-socialiste pouvait passer pour anarchiste auprès de ses collègues – aient été déçus puisque le critère du service public, à l'épreuve d'une jurisprudence empirique, n'a pu reformuler l'ensemble du droit administratif. Peu importe: en déchirant l'accord tacite qui liait avant lui les publicistes à la puissance publique, Duguit obligeait à penser autrement le droit administratif. Se posait enfin la question de sa définition au regard de sa légitimité. Peut-être la promesse du service public ne pouvait-elle être tenue en raison précisément de ces déterminismes historiques qui sont le propre d'un droit administratif encore « primitif »³²⁸; mais le débat relatif au fond ne pouvait être contourné – le critère matériel simplement rejeté et le droit administratif rendu à la sclérosante division des deux familles service/puissance – à moins de renvoyer le droit administratif à son passé. Ce passé, qui consacre l'ordre napoléonien, ne saurait revivre.

³²⁵ V. J. Chevallier, *Le droit administratif entre science administrative et droit constitutionnel, Le droit administratif en mutation*, Paris, PUF, 1993, p. 11-40.

³²⁶ V. É. Piser-Kouchner, *Le service public dans la théorie de l'État de Léon Duguit*, Paris, LGDJ, 1972.

³²⁷ Ainsi que l'a fort bien démontré R. Chapus dans sa thèse, *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, Paris, LGDJ, 1957.

³²⁸ L'expression est de Vedel, *Droit administratif*, préc. p. 93.

du grade de docteur en droit, Pellegrino Rossi²⁸ : le contenu du programme est soigneusement défini et limité à "l'exposition de la Charte et des garanties individuelles comme des institutions politiques qu'elle consacre" ; les réactions n'en sont pas moins très vives au sein de la faculté de droit de Paris²⁹ et l'enseignement sera immédiatement suspendu compte tenu des manifestations de xénophobie. Le cours sera assuré par Rossi jusqu'en 1845, puis par son suppléant : l'enseignement disparaîtra en 1852 et ne sera rétabli qu'après 1877. Le statut du droit constitutionnel reste donc très précaire tout au long du XIX^e siècle et le droit administratif peut dès lors s'imposer, au détriment d'un "droit politique" dont la juridicité est fortement contestée.

Etant ainsi parvenu à s'affirmer aussi bien au détriment de la science administrative que du droit constitutionnel, le droit administratif va établir son hégémonie pour de longues années.

B) Suprématie

La suprématie du droit administratif dans le champ des savoirs relatifs à l'Etat ne sera pas véritablement contestée jusqu'aux années soixante, en dépit de multiples éléments de perturbation : l'avènement de l'Etat providence et la diversification du droit applicable à ses différents éléments constitutifs ; la consolidation du droit constitutionnel à travers la production de vastes synthèses théoriques ; les retombées des secousses constitutionnelles qui modifient la place du droit administratif ; la renaissance après la seconde guerre mondiale d'une science politique qui se prétend porteuse d'un savoir nouveau sur l'Etat. Solidement arrimée à la jurisprudence du Conseil d'Etat, encensé par des cohortes de thuriféraires, le droit administratif paraît être, non seulement un des éléments fondateurs de la conception française de l'Etat, mais encore un modèle à suivre pour les pays étrangers.

1) La prééminence du point de vue juridique

a) La prétention du droit administratif à devenir le seul savoir utile à la pratique administrative sera étayée par la construction, d'abord en Allemagne à la fin du XIX^e siècle, puis en France au début du XX^e siècle de la théorie de "l'Etat de droit"³⁰. A la différence de "l'Etat de police", l'Etat de droit

28. Voir Charlier(R.-E.), "Evolution et situation présente de la notion de droit constitutionnel", in *Mélanges J.-J. Chevallier*, Cujas, 1977, pp. 31 ss et Lavigne (P.), "Le Comte Rossi, premier professeur de droit constitutionnel français (1834-1845)", *Ibid.* pp. 173 ss.

29. Le mémoire présenté par cinq professeurs de la faculté au Conseil d'Etat à l'appui de la demande d'annulation de l'installation de Rossi parle du danger qu'il y aurait à introduire au sein des écoles de droit "toutes les agitations de la politique, agitations inséparables aujourd'hui de toute discussion et par conséquent de toute enseignement sur le droit constitutionnel".

30. Chevallier (J.), "L'Etat de droit", *RDP* 1988, n° 2, pp. 313 ss et *L'Etat de droit*, Montchrestien, Coll. Clefs, 1992.

Cette montée en puissance du droit administratif lui donne une position centrale au sein du droit public.

2) La structuration du droit public

a) La construction du droit administratif s'est faite de manière autonome, par le jeu d'une dynamique propre. Néanmoins, le problème des rapports avec le "droit public" s'est immédiatement posé, notamment sur le plan didactique : c'est un enseignement de "droit public général" et de "droit civil dans ses rapports avec l'administration publique" qui est introduit par la loi du 22 ventôse an XII ; et la chaire qui est créée au profit de Gérando à la faculté de droit de Paris en 1819 est une chaire de "droit public positif et de droit administratif français". Le droit administratif est ainsi mis en relation avec le droit public, mais sans que les termes de cette relation soient clairement posés²³ : pour les uns, comme Gérando, il y a identité pure et simple entre les deux²⁴, ou plus exactement le droit administratif donne corps, matérialité au droit public ; pour les autres, le droit administratif fait partie du droit public, soit qu'il en constitue un étage inférieur²⁵, soit qu'il en soit la partie principale. En fait, le droit public est défini de manière vague, comme l'ensemble des règles qui régissent les rapports de l'homme et de la société²⁶, et la distinction avec le droit administratif est, dès lors, difficile à conceptualiser : le droit administratif apparaît en fait comme l'"archétype du droit public"²⁷ ; régissant les rapports entre les individus et l'Etat, il tend à ramener à lui tout le droit public.

b) L'autonomisation progressive du droit constitutionnel posera un problème nouveau ; cependant, la domination du droit administratif n'en sera pas véritablement entamée : détenant le privilège de l'antériorité, assuré d'une stabilité dont ne disposera pas son concurrent, doté d'une juridiction permettant d'asseoir sa prétention à la juridicité, et surtout jugé moins inquiétant pour le pouvoir, le droit administratif n'a pas trop à craindre du droit constitutionnel. Les vicissitudes de l'enseignement de celui-ci sont sur ce point révélatrices. Créée à la faculté de droit de Paris par l'ordonnance du 22 août 1834, la chaire de "droit constitutionnel français", qui fait suite aux premiers enseignements donnés sous forme de cours publics par J.-L. Ortolan en 1831, est confiée à un ami politique de Guizot, italien d'origine et ne disposant pas

23. Voir sur ce point Guglielmi (G.-J.), *op. cit.* pp. 326 ss.

24. "C'est dans le droit administratif que le droit public respire, s'applique, se montre ou doit se montrer visible aux regards".

25. Pour Serrigny (*Traité de droit public français*, 1846, p. 95), "le droit administratif est placé dans les bas degrés du droit public : celui-ci pose les principes, et l'autre embrasse les règles qui regardent l'exécution et les conséquences".

26. Pour Aucoc, le droit public "transforme les règles d'organisation de la société, contient les garanties établies pour assurer la libre jouissance des facultés de chaque citoyen et les sacrifices imposés à chaque citoyen en vue de la collection des intérêts privés qui forment l'intérêt public".

27. Guglielmi (G.-J.), *op. cit.* p. 332.

désigne pour la doctrine juridique un Etat dont la puissance est soumise au droit : ses divers organes ne sauraient agir qu'en vertu d'une habilitation juridique ; l'exercice de la puissance se transforme en une "compétence", instituée et encadrée par le droit. Par "Etat de droit", il faut entendre, selon Carré de Malberg³¹, un "Etat qui, dans ses rapports avec ses sujets et pour la garantie de leur statut individuel, se soumet lui-même à un régime de droit et cela en tant qu'il enchaîne son action sur eux par des règles, dont les unes déterminent les droits réservés aux citoyens, dont les autres fixent par avance les voies et moyens qui pourront être employés en vue de réaliser les buts étatiques".

La théorie de l'Etat de droit postule en tout premier lieu l'absolue soumission de l'administration à la loi, l'idée que l'administration, non seulement doit s'abstenir d'agir *contra legem*, mais encore qu'elle est tenue de n'agir que *secundum legem*, c'est à dire en vertu d'une habilitation légale ; il débouche sur le "principe de légalité". Alors que l'Etat de police est "celui dans lequel l'autorité administrative peut, d'une façon discrétionnaire et avec une liberté de décision plus ou moins complète, appliquer aux citoyens toutes les mesures dont elle juge utile de prendre par elle-même l'initiative en vue de faire face aux circonstances et d'atteindre à chaque moment les fins qu'elle se propose"³², l'Etat de droit signifie que l'administration ne peut user que des moyens autorisés par l'ordre juridique en vigueur : elle est soumise à un ensemble de règles, extérieures et supérieures, qui s'imposent à elle de manière contraignante et constituent à la fois le fondement, le cadre et les limites de son pouvoir. Ces règles circonscrivent le champ dans lequel elle est autorisée à se mouvoir : elles fixent les buts à atteindre et les moyens de les atteindre ; les actes administratifs ne seront valides qu'à condition de suivre leurs prescriptions et, à défaut, seront retirés de l'ordonnement juridique par l'intervention d'un juge. Alors que "l'Etat de police" appelait une "science de la police", visant à améliorer l'efficacité de l'appareil administratif, "l'Etat de droit" n'appelle plus qu'une "science du droit", destinée à assurer la parfaite régularité de l'action menée.

On mesure dès lors l'incalculable appui théorique que le droit administratif peut trouver dans la théorie de l'Etat de droit, qui apparaît comme un véritable *paradigme* indispensable à la cristallisation du champ scientifique du droit administratif : la référence à l'Etat de droit permet d'asseoir la position des publicistes par rapport aux privatistes, jusqu'alors persuadés de détenir les clefs du seul vrai droit, en témoignant de la juridicité du droit public ; elle permet aussi de fonder l'autonomie du droit administratif par rapport aux sciences sociales naissantes³³ en propulsant le droit au centre des sciences de l'Etat. La théorie de l'Etat de droit contribuera en pratique à l'expansion du

31. Carré de Malberg (R.), *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Sirey 1920, Réed. CNRS 1962, Tome 1, p. 490.

32. Carré de Malberg (R.), *Ibid.* p. 488.

33. Chevallier (J.), "Science du droit et science du politique. De l'opposition à la complémentarité", in *Droit et politique*, PUF 1993, p. 254.

droit administratif et au rayonnement du juge administratif³⁴. D'une part, elle sert de support à un droit administratif en plein essor : favorisant l'élargissement du contrôle du juge administratif sur les actes de l'administration, par le biais d'un recours pour excès de pouvoir dont la nature contentieuse et le caractère objectif sont désormais indiscutés, elle justifie aussi le développement de la responsabilité d'une administration tenue de répondre de ses actes ; plus profondément, elle entraîne une véritable *refondation* d'un droit administratif conçu, non plus comme un privilège pour l'administration, mais comme un moyen de renforcer les garanties offertes aux administrés. Aussi le critère de la "puissance" sera-t-il très logiquement relayé par celui du "service", qui traduit mieux la volonté d'assujettissement de l'administration au droit³⁵. D'autre part, elle assure la promotion du juge administratif, figure emblématique de la Raison juridique. C'est sur le juge qu'on compte pour protéger à la fois "l'administré contre les abus de pouvoir et l'ordre juridique contre les atteintes qui pourraient lui être portées"³⁶ ; à la différence des parlementaires, peu qualifiés et exposés aux pressions de toutes sortes, le juge est censé disposer de la compétence et de l'indépendance requises ; la théorie de l'Etat de droit légitime ainsi la montée en puissance du pouvoir juridictionnel, et notamment dans l'immédiat de celui du juge administratif. Mais l'Etat de droit va au-delà, en investissant les juristes en général d'une mission essentielle dans la vie sociale : il leur revient en effet d'éclairer et de guider des gouvernants privés de la hauteur de vues nécessaire ; l'Etat de droit repose ainsi sur l'utopie d'un "gouvernement des sages", dans lequel les juristes auraient une place de choix en raison de leurs compétences propres. La promotion de l'Etat de droit légitime "la revendication par les publicistes-administrativistes d'une compétence proprement juridique, articulée à un modèle de juridicité jurisprudentielle"³⁷.

b) Ainsi fondé sur des assises solides, le droit administratif parviendra aisément pendant la première moitié du XX^e siècle à établir sa suprématie sur les savoirs autres que juridiques. Il convient sans doute d'éviter sur ce plan tout schématisme. La préoccupation qui avait été celle des premiers théoriciens de la science administrative au XIX^e siècle ne disparaît pas complètement. D'abord, la création de l'école libre des sciences politiques assure la persistance d'un point de vue sur l'administration autre que juridique : répondant à un besoin spécifique, l'école parvient à monopoliser un type d'enseignement que les facultés de droit n'assuraient pas³⁸ ; et la domination qu'elle établit sur le recrutement des hauts fonctionnaires montre bien qu'il

34. Redor (M.-J.), *De l'Etat légal à l'Etat de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française (1879-1914)*, Economica 1992.

35. Chevallier (J.), "Les fondements idéologiques du droit administratif français", in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, PUF 1979.

36. Redor (M.-J.), *op. cit.*

37. François (B.), "Justice constitutionnelle et démocratie constitutionnelle", in *Droit et politique*, PUF 1993, p. 58.

38. Favre (P.), *op. cit.*

ne suffit pas seulement pour eux d'être de bons juristes³⁹. Ensuite, une réflexion sur les problèmes d'organisation interne et de gestion des services, largement ouverte aux acquis du *Business management*, se développe en marge de l'Université : illustrée par les noms de Chardon et surtout de Fayol, elle préfigure la renaissance de la science administrative. Enfin, dans les facultés de droit elles-mêmes, la prééminence du droit administratif n'exclut pas un intérêt plus large pour les sciences administratives et politiques, dont témoignent les travaux de Larnaude mais aussi de Duguit et d'Hauriou : certes, cet intérêt traduit souvent une volonté d'annexion au droit de la science politique naissante⁴⁰ ; cependant, l'interrogation sur les fondements sociologiques de l'action administrative est bien présente dans ces travaux et l'introduction progressive d'enseignements relevant des sciences sociales, notamment à la faveur de la réforme des études de droit de 1954, montre bien une prise de conscience des limites de la dogmatique juridique, renforcée par le développement de la science politique après la seconde guerre mondiale. Le monopole du savoir juridique dans le champ des études administratives est donc loin d'être total : le droit administratif coexiste avec d'autres disciplines ; néanmoins, celles-ci restent marginales et périphériques par rapport à un droit ancré dans ses certitudes, doté d'un grand prestige et assuré par sa forte structuration d'une place de choix au cœur du droit public.

2) Le droit administratif comme seul vrai droit

a) La prééminence du droit administratif au sein du droit public s'explique par un ensemble de caractéristiques intrinsèques, mais qui elles-mêmes renvoient à la configuration particulière du champ social qui garantit sa production et sa reproduction. La cohérence, à la fois synchrone et diachronique, du droit administratif n'est pas en effet le produit d'une génération spontanée : elle résulte de l'intervention d'agents actifs de systématisation, gardiens de la continuité de la permanence des significations, qui travaillent à résorber les dissonnances et à assurer le maintien de l'harmonie d'ensemble⁴¹.

Le droit administratif a été marqué dès l'origine par son caractère juridique : en l'absence de textes généraux, c'est le juge administratif qui a été amené à forger les grands principes autour desquels il a été construit ; ce mode de production juridique a contribué à établir la juridicité d'un droit dont les règles étaient apparemment, non seulement indépendantes des

39. On voit ainsi s'esquisser deux circuits durables de recrutement des fonctionnaires : l'école libre, qui prépare à la haute fonction publique, à partir d'une formation non exclusivement juridique ; les facultés de droit, qui préparent aux emplois administratifs moyens, en privilégiant l'acquisition de connaissances juridiques - prééminence du droit qui répond à des considérations instrumentales mais aussi symboliques (Verrier (P.-E.), "Les statuts de la fonction publique : les juristes et leurs prédateurs dans le système administratif", *PMP* 1985, n° 3, pp. 1 ss.).

40. Pour Duguit, "cette prétendue science politique n'est autre chose que le droit constitutionnel, c'est-à-dire une branche de la science générale du droit".

41. Voir sur cet aspect, Chevallier (J.), "Changement politique et droit administratif", in *Les usages sociaux du droit*, PUF, 1989, pp. 293 ss.

fluctuations politiques, mais encore épurées de toute dimension politique. Plus encore que d'autres droits, le droit administratif apparaît comme "un univers social autonome, capable de produire et de reproduire, par la logique de son fonctionnement spécifique, un corpus juridique relativement indépendant de contraintes externes"⁴². Cette dimension jurisprudentielle lui donnera une coloration singulière. D'abord, elle tendra à accuser l'autonomie du champ du droit administratif : une coupure tranchée s'établira entre "profanes" et "professionnels" de ce droit ; s'arrogeant le monopole du savoir juridique, les professionnels vont s'attacher à le renforcer en permanence par l'ésotérisme du langage, la subtilité des concepts, la complexité des procédures, l'hérémisme des rituels, en rendant le droit administratif inaccessible aux non-initiés. La production jurisprudentielle du droit administratif s'est ainsi accompagnée d'une "rhétorique de la compétence et d'un ethos distingué qui tendent à mettre à distance les profanes"⁴³ : le spécialiste du droit administratif doit savoir manier avec une particulière dextérité l'art jurisprudentiel ; et cette figure de l'"excellence professionnelle" creuse une distance infranchissable avec le monde des profanes.

Ensuite, elle entraînera une structuration spécifique du champ du droit administratif. Le juge occupe une position centrale dans ce champ, en apparaissant comme un véritable *auctor* : les "grands arrêts" du Conseil d'Etat et du Tribunal des conflits sont devenus progressivement, aux yeux des juristes, la source essentielle, sinon exclusive, du droit administratif, en tenant "lieu à la fois de décisions de jurisprudence et d'articles de code"⁴⁴ ; la doctrine a été vouée à se mettre "à l'écoute du juge"⁴⁵, en adoptant à son égard une attitude référentielle et révérentielle. Cette prééminence a d'ailleurs favorisé la confusion des rôles, en donnant aux membres du Conseil d'Etat un rôle essentiel dans l'exercice de la fonction doctrinale : les premiers grands traités de droit administratif à la fin du XIX^e siècle ont été, on l'a vu, l'oeuvre de praticiens ; et cette tradition a subsisté au XX^e siècle, les chroniqueurs attirés des revues de droit administratif appartenant souvent au Conseil d'Etat. En droit administratif "l'opposition entre une casuistique des situations concrètes et un droit pur (ou savant) ne peut s'appuyer sur des frontières disciplinaires strictement délimitées"⁴⁶ ; et le juge n'a jamais hésité à endosser le rôle doctrinal. Cela ne signifie pas pour autant que la doctrine soit dépourvue d'importance : l'origine jurisprudentielle du droit administratif l'exposait en effet à une contestation possible de sa légitimité ; aussi la doctrine a-t-elle joué un rôle essentiel dans la consolidation de ce droit, en se livrant à un travail de systématisation permettant d'effacer "l'empirisme de l'apparition de la règle

42. Bourdieu (P.), "La force du droit : éléments pour une sociologie du champ juridique", *ARSS* n° 64, septembre 1986, p. 3.

43. François (B.), "Du juridictionnel au juridique. Travail juridique, construction jurisprudentielle du droit et montée en généralité", in *Droit et politique*, PUF 1993, p. 211.

44. Gazier (F.), "Le choeur à deux voix de la doctrine et de la jurisprudence", *EDCE* 1956, p. 156.

45. Rivero (J.), "Apologie pour les faiseurs de systèmes", *Dalloz* 1951, I, pp. 97 ss.

46. François (B.), in *Droit et politique*, op. cit. p. 204.

*jurisprudentielle et l'arbitraire de son autorité*⁴⁷ et en donnant une place majeure au contentieux dans la didactique de la discipline.

Enfin, elle contribuera à assurer la *continuité* du droit administratif. Garantie par son mode de production, cette continuité investit le droit administratif d'un prestige particulier au sein de l'ordre juridique, en le faisant apparaître comme un droit "méta-politique", placé en dehors et au-dessus de la volonté capricieuse des gouvernants. Cette continuité est illustrée par le phénomène de résistance au changement : face à la dynamique de changement provenant du champ politique et passant par la production de règles nouvelles, les professionnels du droit mobilisent les ressources juridiques dont ils disposent pour éviter des bouleversements trop brutaux et assurer la continuité des significations juridiques ; ces stratégies passent notamment par un travail patient et subtil d'interprétation destiné, on le verra après 1958, à désamorcer la portée de certaines innovations politiques. La construction de la théorie des "principes généraux du droit" a été ainsi le moyen pour le Conseil d'Etat d'assurer la préservation des principes traditionnels du droit public au-delà des vicissitudes politiques. Plus généralement, la continuité du droit administratif se manifeste par la stabilité de son cadre conceptuel⁴⁸ : formées de manière progressive, par le choc de deux voix de la jurisprudence et de la doctrine, les grandes notions sur lesquelles il repose se sont amalgamées les unes aux autres, en formant un tissu conceptuel remarquablement cohérent et homogène ; et ce tissu a résisté aux transformations pourtant très profondes qui ont affecté la place de l'administration dans la société.

Tous ces traits expliquent que la suprématie du droit administratif sur le droit constitutionnel n'ait pas été réellement contestée.

b) Si le droit constitutionnel a fini par s'imposer dans les enseignements des facultés de droit et si la doctrine constitutionnelle a connu un spectaculaire développement⁴⁹ au début du XX^e siècle, autour des "quatre mousquetaires" - Esmein, Duguit, Hauriou, Carré de Malberg -, cela ne signifie pas pour autant qu'il soit parvenu à entamer la suprématie du droit administratif. A cela, deux raisons essentielles.

D'une part, l'absence d'un juge constitutionnel capable d'assurer le respect effectif de la Constitution, notamment par le législateur. Certes, l'institution d'un tel contrôle est au cœur de la construction de la théorie de l'Etat de droit, véritable machine de guerre contre le système de l'Etat légal : l'Etat de droit postule, non seulement la soumission de l'administration au droit (principe de légalité), mais encore la subordination de la loi à la Constitution ; remettant en cause le privilège d'incontestabilité dont bénéficiait jusqu'alors

47. François (B.), *Ibid.* p. 211.

48. Chevallier (J.), "Les fondements idéologiques...", *préc.*

49. Voir Waline (M.), "Le mouvement des idées constitutionnelles dans les facultés de droit françaises au cours du premier tiers du XX^e siècle", *Mélanges J.J. Chevallier*, Cujas 1977, p. 259.

la loi en droit français, elle vient légitimer l'institution d'un contrôle de constitutionnalité. Et la doctrine adhèrera progressivement à cette idée⁵⁰, même ceux qui, comme Esmein ou Larnaude, y avaient d'abord été hostiles et même si certaines craintes subsistent, par exemple chez Duguit⁵¹, quant au risque de "gouvernement des juges" ; les seules divergences sont en fin de compte d'ordre technique - certains, tel Hauriou, penchant plutôt pour la transposition du modèle américain, d'autres préconisant l'institution d'une cour spéciale. Néanmoins, il faudra attendre la Constitution de 1958 pour que ce souhait soit exaucé, sans d'ailleurs que la portée de la réforme soit immédiatement perçue - l'existence du Conseil constitutionnel étant d'abord vue comme une arme supplémentaire aux mains de l'Exécutif. En l'absence de juge constitutionnel, le droit constitutionnel n'apparaît pas comme un véritable "droit", réellement sanctionné.

D'autre part, les secousses constitutionnelles qui agitent à nouveau la France au milieu du XX^e siècle paraissent priver le droit constitutionnel de la continuité nécessaire : G. Vedel peut en 1974 encore opposer la "*discontinuité du droit constitutionnel*" à la "*continuité du droit administratif*"⁵² ; et la Constitution de 1958 elle-même est perçue comme une rupture par rapport aux principes les mieux établis du droit public français. La mise en place des nouvelles institutions renforce dans l'immédiat le "*sentiment d'impuissance des constitutionnalistes*"⁵³, qui ne parviennent plus à "*faire fonctionner les catégories classiques du droit constitutionnel*" ; et la maîtrise dont le général de Gaulle dispose sur l'interprétation des textes conforte ce sentiment ; le droit constitutionnel "*apparaît comme une discipline dévalorisée, sans utilité, n'ayant pas de prise sur le réel*". Le droit constitutionnel semble donc frappé d'une infirmité congénitale par rapport au droit administratif. Et le recours que certains constitutionnalistes avaient cru trouver après la seconde guerre mondiale dans la science politique renaissante apparaît illusoire : le "*duvergérisme*" (G. Vedel), marqué par la volonté de dépasser la dogmatique constitutionnelle en faisant passer l'étude des Constitutions "*de l'âge métaphysique à l'âge positif*" (M. Duverger), est en même temps une fuite hors du champ du droit ; et les constitutionnalistes risquent dès lors, en jouant sur les deux tableaux, de perdre les ressources savantes qu'ils pouvaient mobiliser en qualité de juristes.

Cette hégémonie du droit administratif est à première vue paradoxale compte tenu des fondements de l'Etat de droit ; elle est cependant peu gênante compte tenu des critères de distinction entre droit administratif et droit consti-

50. Reynaud (P.), "Des droits de l'homme à l'Etat de droit : les droits de l'homme et leurs garanties chez les théoriciens français classiques de droit public", *Droits* n° 2, 1985, pp. 61 ss.

51. Pisier (E.), "Léon Duguit et le contrôle de la constitutionnalité des lois. Paradoxes pour paradoxes", *Mélanges Duverger*, PUF 1987, pp. 189 ss.

52. in *Mélanges Waline*, LGDJ 1974, p. 777.

53. François (B.), "Une revendication de juridiction. Compétence et justice dans le droit constitutionnel de la Vème République", *Politix*, n° 10-11, 1990, p. 95.

tutionnel au sein du droit public. Comme le note très clairement Duguit⁵⁴, le droit public comprend *“l'ensemble des règles juridiques qui s'appliquent à l'Etat”* : une première partie comprend *“l'ensemble des règles qui s'appliquent directement aux gouvernants pris comme tels”* - partie qu'on appellera *“droit constitutionnel”* ; l'autre englobe *“les règles qui s'appliquent à l'activité extérieure des gouvernants et de leurs agents”* - et qui relèvent notamment d'un *“droit administratif”* tendant à un développement croissant, du fait de l'extension du rôle de l'Etat dans la vie sociale. Ainsi, la distinction entre droit constitutionnel et droit administratif est-elle faite en fonction de leur objet⁵⁵, et non pas de leur contenu : les avancées du droit administratif marquent un progrès dans l'assujettissement juridique de l'Etat ; en revanche il n'est pas surprenant que les rapports entre gouvernants restent fortement marqués par le poids des considérations politiques. L'idée que la Constitution, en tant que norme suprême, constitue la *“base nécessaire des règles dont l'ensemble compose le droit administratif”*, formulée avec une particulière vigueur par G. Vedel⁵⁶, ne modifie nullement cette perspective : compte tenu des éléments précédents, elle n'implique pas de lien de subordination entre droit constitutionnel et droit administratif.

Ainsi le droit administratif apparaît-il comme le corpus des savoirs légitimes sur l'Etat : solidement appuyé sur le Conseil d'Etat, *“roc de solidité au milieu des tourbillons du changement”*⁵⁷, il fournit aux administrateurs les préceptes qui leur sont utiles et offre aux administrés les garanties qui leur sont nécessaires ; et cette hégémonie coïncide avec une certaine vision d'un *“Etat administratif”* qui puise ses racines profondes dans l'histoire.

La position prééminente du droit administratif va cependant être remise en cause à partir des années soixante.