

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. Noguelou, 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.

RU FIL DE L'ACTUALITÉ

VEILLE

DOSSIER

CHRONIQUES

ACTUALITÉ LÉGISLATIVE

JURISPRUDENCE COMMENTÉE

I - SUR LA CONSÉCRATION AUDACIEUSE 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. Goessel-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 AJC 1987, 502) 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*, LGDJ, 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 esquive 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, *Doctrines 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 les dites 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. Modeme). 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. Bloy; 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 chargées 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. confil. 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. Stim, 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. Stim, *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.

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 posés³¹ : pour les uns, comme Gérando, il y a identité pure et simple entre les deux³², 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 inférieur³³, 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 société³⁴, 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"³⁵ ; 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 XXème 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 XIXème 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 synchronique 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 prévalence des significations, qui travaillent à résorber les dissonances 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 *jurisprudentiel* 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'hermétisme 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 choc 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 : forgées de manière progressive, par le choc à 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.