

Fiche 1

Le droit administratif, droit de l'action publique

- I. Les caractères du droit administratif
- II. Les critères du droit administratif : puissance publique et service public

« Le droit administratif est l'ensemble des règles définissant les droits et obligations de l'administration, *i.e.* du gouvernement et de l'appareil administratif » (Weil & Pouyaud, p. 4). Un tel droit n'existe pas dans tous les systèmes juridiques (certains auteurs considèrent ainsi son existence comme un « miracle » – *id.*, p. 3) et, même quand il existe, il n'atteint que rarement le degré d'élaboration du droit administratif français. Celui-ci se singularise tant par ses caractères **(I.)** que par ses critères de définition **(II.)**.

I. Les caractères du droit administratif

Le droit administratif peut être identifié à partir de trois caractères principaux.

Il s'agit tout d'abord d'un **droit autonome**, distinct du droit commun avec lequel il ne peut être confondu. L'autonomie du droit administratif (manifestation du principe de l'autonomie des branches du droit) se traduit par la spécificité des notions utilisées et des règles appliquées. L'autonomie du droit administratif est fondée sur les besoins du service public (TC, 8 fév. 1873, *Blanco**, R. 1^{er} suppl. p. 61) et sur l'acceptation de la singularité de la puissance publique, seule responsable de la poursuite de l'intérêt général (Concl. David sur *Blanco** et Concl. Romieu sur *Sté immobilière de Saint-Just**). L'*exorbitance* ainsi accordée ne doit pas être interprétée comme la consécration de privilèges en faveur de l'administration ; si elle exprime le déséquilibre entre la puissance publique et les personnes privées, elle n'est pas toujours favorable à l'administration (p. ex. v. les sujétions exorbitantes qui contraignent fortement l'administration).

Il est ensuite un **droit jurisprudentiel** ; depuis l'origine tant le Tribunal des conflits (v. fiche n° 8) que le Conseil d'État (v. fiches n° 4 et 5) ont favorisé l'affirmation du droit administratif. Le juge a en effet dégagé les notions fondamentales du droit administratif (service public, police administrative, responsabilité de la puissance publique...) et continue de les adapter aux exigences

nouvelles de l'action publique. Cette caractéristique explique pourquoi le droit administratif peut apparaître mouvant ; il est à l'image de l'intérêt général dont il entend favoriser la poursuite. On comprend dès lors qu'il n'existe pas de *Code administratif* structurant la matière à l'instar du *Code civil* ou du *Code pénal*. Seules quelques branches, pour lesquelles les sources écrites sont les plus développées, ont fait l'objet d'une codification (*Code de justice administrative*, *Code des marchés publics* ou encore *Code de la santé publique...*) tandis que les règles régissant les relations entre les usagers et l'administration, initialement fixées par des textes épars (notamment la loi du 12 avr. 2000), font désormais l'objet du Code des relations entre le public et l'administration (ordonnance du 23 oct. 2015, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2016).

Le développement de sources écrites, plus facilement accessibles, n'atténue que partiellement l'impression d'un « droit secret et aristocratique » (D. Lochak), que sa complexité et sa subtilité rendent parfois difficilement intelligible par les citoyens-administrés.

Il est enfin un **droit de la puissance publique** ; le droit administratif est en effet justifié par la volonté de « faire prévaloir l'intérêt général lorsqu'il se trouve en conflit avec des intérêts particuliers » (Waline, p. 11). Pour cela, l'administration bénéficie de *prérogatives de puissance publique*, dont la principale réside dans la faculté d'imposer sa volonté aux tiers par l'édition d'actes administratifs unilatéraux (v. fiche n° 19). Il en existe quantité d'autres, allant de la faculté d'exproprier pour cause d'utilité publique à la modification unilatérale d'un contrat (v. fiche n° 25) en passant par les prérogatives fiscales de l'administration...

Compte tenu de ces caractères, le droit administratif peut être conçu comme un **droit de la place de l'État face à la Nation**. « [Suivant] un programme politique, *i.e.* d'organisation de la société » (Truchet, p. 27), le droit administratif participe en effet à l'institutionnalisation et à la limitation du pouvoir (Hauriou, p. XV), ainsi que l'énonce le principe de légalité (P. Moor). Pour ce faire, il est agencé autour de deux « grandes cathédrales » (F. Burdeau) – le **service public** et la **puissance publique** – qui ont suscité de nombreuses querelles doctrinales afin de déterminer laquelle constitue le critère du droit administratif.

Illustration

P. Moor, *Pour une théorie micropolitique du droit*, PUF, 2005, p. 28.

[Le premier des principes structurant le droit public] est le principe de légalité, qui non seulement exige que tout acte des collectivités publiques respecte l'ordre juridique, mais de plus – et c'est beaucoup plus important – qu'aucun acte de puissance publique ne puisse être accompli sans avoir un fondement dans une loi ; c'est un aspect de la maxime de la séparation des pouvoirs.

II. Les critères du droit administratif : puissance publique et service public

A. Le débat doctrinal sur le critère du service public

Service public et puissance publique « sont deux notions maîtresses du régime administratif français. Le service public est l'œuvre à réaliser par l'administration publique, la puissance publique est le moyen de réalisation. Comme la théorie juridique ne saurait s'accommoder de mettre sur le même plan les deux notions, il faut choisir celle qui domine, mais laquelle choisir ? » (Hauriou, p. IX). Voilà en substance la question à laquelle s'efforce de répondre la doctrine publiciste française depuis l'arrêt *Blanco*^{*}, deux conceptions du droit administratif s'opposant : l'une, *classique*, privilégie la *puissance publique*, tandis que l'autre, *moderniste*, s'attache davantage au *service public*.

1. Le primat de la puissance publique : l'École de Toulouse

L'**École de la puissance publique** (aussi appelée École de Toulouse) conçoit l'action administrative à l'aune de ses moyens (la puissance publique). S'inscrivant dans la continuité de la doctrine classique, ce courant, incarné par **Maurice Hauriou** (1856-1929), fonde sa position sur une double considération : la conception révolutionnaire de la séparation des pouvoirs et la conception traditionnelle du droit. En favorisant la constitution d'un bloc exécutif homogène (regroupant l'Exécutif et l'appareil administratif), la *conception révolutionnaire de la séparation des pouvoirs* a impliqué de redéfinir les fondements du pouvoir étatique. La notion de puissance publique a alors permis de rompre avec l'ordre antérieur, consacrant le principe selon lequel le souverain est *l'alpha* et *l'oméga* du pouvoir mis en œuvre. L'administration œuvrant pour le bien commun peut en conséquence jouir de moyens exorbitants (les *prérogatives de puissance publique*). L'analogie avec le droit privé finit de convaincre du primat des moyens. « Le droit privé ne se préoccupe que médiocrement des buts poursuivis par les individus, [...] ; il en est de même pour le droit public, les buts de l'État lui paraissent secondaires, ce sont ces moyens d'action [...] qui l'intéressent » (Hauriou, p. IX). Le service public n'est toutefois pas rejeté ; admettant qu'il a sans doute été trop négligé par la doctrine classique, il est envisagé comme un moyen de limiter le pouvoir de domination de l'État. « Ce qui fait l'originalité du régime administratif français, c'est que l'idée du service public se soit colletée avec le pouvoir exécutif à l'intérieur d'une vaste organisation instituée, maintenue close par le principe de séparation des pouvoirs. L'idée du service public existe dans tous les pays ; le propre du système français est d'avoir amené le pouvoir exécutif, grâce à cette organisation ingénieuse, à se limiter objectivement pour mieux la réaliser »

(Hauriou, p. XVI). Les prérogatives de puissance publique sont le critère fondamental du droit administratif, le critère du service public fournissant quant à lui les limites objectives à l'expression de ces moyens.

2. Le primat du service public : l'École de Bordeaux

L'**École du service public** (aussi appelée École de Bordeaux) s'oppose à cette conception qu'elle entend rénover afin de fournir une nouvelle légitimité au pouvoir étatique, désormais défini par les fins poursuivies. Si les auteurs de ce mouvement s'accordent sur l'importance du service public pour envisager l'État et son droit, ils n'en font pas tous la même utilisation. Considérant que l'État est une « coopération de services publics organisés et contrôlés par les gouvernants » (Duguit, p. 59), **Léon Duguit** (1859-1928) bâtit une théorie générale de l'État au sein de laquelle les services publics constituent à la fois le fondement (expression de l'interdépendance sociale) et la limite du pouvoir étatique. Véritable obligation s'imposant aux gouvernants, le service public fournit une limite objective au pouvoir, transformant la puissance publique en « un devoir, une fonction et non point un droit » (*id.* p. 62). De son côté, **Gaston Jèze** (1869-1953) développe une conception plus « empirique » (Gonod & Melleray, p. V) du service public. Selon lui, « le service public est un *procédé juridique* qui peut être appliqué pour la satisfaction d'un besoin d'intérêt général, *quel qu'il soit*. C'est au législateur à choisir ; les motifs de son choix dépendent du milieu politique, social, économique. C'est la jurisprudence qui décide souverainement si *l'intention du législateur* a été de vouloir, dans tel cas, le procédé du service public » (Jèze, *RDJ* 1923.561). S'appuyant sur une « idéologie de l'intérêt général », la construction jéziste, comme la théorie duguiste, affirme la responsabilité sociale de l'État. Cette entreprise de redéfinition de la légitimité de l'État se heurte toutefois à la plasticité du service public, l'empirisme admis par G. Jèze conduisant à faire du service public la « caution de la puissance publique » (J. Chevallier) sans accroître vraiment les garanties des administrés face à l'État.

B. La combinaison des critères par la jurisprudence et la doctrine contemporaine

Cette controverse, très vive au moment de la structuration du droit administratif républicain et réanimée par l'émergence de l'État-providence (v. le débat opposant R. Chapus [*RDJ* 1968.235] et P. Amselek [*AJDA* 1968.492] en 1968 à propos du critère fondant la compétence de l'ordre administratif), s'est progressivement estompée sous l'influence de la jurisprudence.

Si le juge a pu paraître plus souvent recourir au seul critère du service public (à commencer par l'arrêt *Blanco**) qu'à celui de la puissance publique (p. ex. en matière fiscale, TC, 10 juil. 1956, *Bourgogne-Bois*, R. p. 586) pour fonder sa position, il semble néanmoins préférer leur utilisation combinée. Le critère de



la puissance publique est ainsi largement utilisé pour définir le régime juridique du service public (p. ex. jusque récemment, l'activité gérée par une personne privée ne pouvait être qualifiée de service public que s'il y avait mise en œuvre de prérogatives de puissance publique – CE S., 28 juin 1963, *Sieur Narcy**, R. p. 401 ; d'ailleurs, l'aménagement admis par le juge dans la décision *Assoc. du personnel relevant des établissements pour inadaptés** [CE S., 22 fév. 2007, R. p. 92] n'altère pas l'importance de ces mêmes prérogatives dans la détermination du régime juridique applicable – v. fiche n° 31).

Aussi, à la suite de **Jean Rivero** (1910-2001), il est désormais admis qu'« il n'est nullement nécessaire de procéder à [la systématisation du droit administratif] à partir d'une notion unique » (Waline, p. 25). Ce constat permet de surmonter la difficulté née de la double volonté de déterminer la spécificité du droit administratif (querelle classique) et le critère de compétence du juge administratif (version moderne de la querelle doctrinale) à partir d'un seul critère. On admettra donc que la puissance publique et le service public constituent les deux « idées maîtresses » (*id.*) du droit administratif. Cette position, loin de rompre avec les origines du droit administratif, en retrouve au contraire les fondements. Si l'arrêt *Blanco** évoque le seul service public, le commissaire du gouvernement David avait bien recouru à la fois au service public (justification du régime de responsabilité proposé) et à la puissance publique (justification de la compétence de l'ordre administratif), confirmant que le droit administratif ne saurait se passer de l'une ou de l'autre de ces notions.

À retenir

- Le droit administratif est un droit autonome et prétorien qui vise à encadrer l'action de la puissance publique. Si la doctrine a longtemps débattu de son critère de définition (service public ou puissance publique), on admet aujourd'hui qu'il résulte de la combinaison des deux.

Pour en savoir plus

- G. Bigot, *Ce droit qu'on dit administratif. Études de droit public*, Éd. La Mémoire du droit, 2015.
- F. Burdeau, *Histoire du droit administratif*, PUF, Coll. « Thémis », 1995, p. 197.
- Dossier, « Le droit administratif français en 2013 », *AJDA* 2013, p. 387.
- L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. 2, Éd. de Boccard, 1928, 3^e éd.
- P. Gonod, F. Melleray, Préface à G. Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, t. 3, rééd. Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2011.

- M. Hauriou, « La puissance publique et le service public », préface à la 11^e édition du *Précis de droit administratif et de droit public général*, rééd. Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2002, p. IX.
- E. Langelier, « Blum, commissaire du gouvernement *versus* Hauriou, annotateur », *RFDA* 2013, p. 172.
- J. Rivero, « Existe-t-il un critère du droit administratif? », *RDP*, 1953, p. 279.

POUR S'ENTRAÎNER : QUESTIONS DE COURS _____

- 1. Quels sont les caractères du droit administratif ?**
- 2. Quels sont les grands courants doctrinaux qui s'opposent quant au critère du droit administratif ?**
- 3. Quel(s) critère(s) le juge administratif retient-il ?**

CORRIGÉ

1. Le droit administratif est un droit autonome, jurisprudentiel et de la puissance publique. En fait, on peut considérer que c'est un droit de la place de l'État face à la Nation.
2. Deux courants doctrinaux s'opposent : l'École de la puissance publique (ou École de Toulouse) est influencée par les travaux de Maurice Hauriou et privilégie la puissance publique comme critère du droit administratif. De son côté, l'École du service public (ou École de Bordeaux), emmenée par Léon Duguit, lui préfère la notion de service public.
3. Le juge administratif retient rarement un critère unique (même si on trouve quelques arrêts en ce sens) ; il articule les deux idées maîtresses du droit administratif (le service public et la puissance publique).

Fiche 2

Histoire de la juridiction administrative

- I. Administration vs ordre judiciaire : le privilège de juridiction
- II. Ordre administratif vs Administration : la juridiction administrative

La juridiction administrative est le résultat d'un processus historique marqué par une double dynamique d'émancipation. L'ordre administratif a en effet dû s'affranchir des velléités de contrôle de l'ordre judiciaire sur l'administration **(I.)** puis se séparer de l'administration active **(II.)**. Si les deux mouvements sont partiellement contemporains, l'affirmation de l'ordre administratif progressa beaucoup plus rapidement une fois la compétence du juge judiciaire définitivement écartée.

I. Administration vs ordre judiciaire : le privilège de juridiction

L'interdiction faite aux juridictions judiciaires de connaître de l'action administrative est ancienne. Elle résulte d'une série d'oppositions politiques qui ont progressivement façonné la *conception française de la séparation des pouvoirs*.

Dès l'**Ancien-Régime**, les Parlements, désireux de s'affirmer face au Roi, entreprennent de contrôler les ordonnances royales en énonçant des *remontrances au Roi* et en pratiquant les *arrêts de règlement*. En réaction, le Monarque soustrait les actes de l'administration royale à leur compétence en « retenant la justice ». L'**édit de Saint-Germain** (21 fév. 1641, confirmé, suite à la Fronde parlementaire [1648-1653], par l'édit de Fontainebleau du 8 juil. 1661) interdit ainsi aux Parlements de connaître des actes administratifs, au motif qu'« il ne faut pas mettre la monarchie au greffe » (Richelieu). Les actes de l'administration royale bénéficient dès lors d'un régime de contrôle exorbitant.

Cet équilibre n'est pas remis en cause par la **Révolution française**. Bien que les Révolutionnaires envisagent un temps la création de « tribunaux d'administration » appartenant à l'ordre judiciaire (Thouret), le projet est rapidement abandonné et la séparation de l'administration et de l'ordre judiciaire réaffirmée. Les juridictions judiciaires ont ainsi interdiction de connaître de l'action administrative

(L. des 16-24 août 1790, C. des 3-4 sept. 1791 et D. du 16 fructidor An III) tandis que les administrateurs ne peuvent, en retour, «rien entreprendre sur l'ordre judiciaire» (Titre III, chap. IV, S. II, art. 3 de la C. de 1791), ni «s'immiscer dans les objets dépendant de l'ordre judiciaire» (art. 189 de la C. de l'an III).

Illustration

Art. 13 du Titre II de la L. des 16-24 août 1790

Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions.

La tradition dualiste ne sera plus vraiment remise en cause. Certes, la soumission du contentieux administratif aux juridictions de droit commun est envisagée au début de la **III^e République**, mais, à l'instar du précédent révolutionnaire, elle n'aboutit pas. Léon Gambetta justifie alors le privilège de juridiction admis en faveur de l'État en énonçant qu'il n'est pas souhaitable de «mettre l'État au greffe» (Séance de la Chambre des députés du 19 fév. 1872). Le privilège de juridiction, transcendant les époques, paraît ainsi reposer sur une commune conviction selon laquelle la spécificité de la fonction administrative interdit de lui appliquer le droit commun et justifie un régime contentieux exorbitant. Reste alors, si l'on ne veut pas que le privilège de juridiction devienne une immunité de juridiction, à permettre l'affirmation d'un ordre administratif spécifique.

II. Ordre administratif vs Administration : la juridiction administrative

La juridiction administrative est le résultat d'un processus «de spécialisation et d'autonomisation, au sein de l'exécutif, des organes investis d'attributions contentieuses, qui se séparent progressivement des organes chargés de tâches purement administratives» (Lochak).

A. La confusion de la juridiction administrative avec l'administration

Sous l'**Ancien-Régime**, le contentieux est réglé par une série de juridictions spécialisées créées pour régler les litiges causés par l'action administrative. On dit alors que «*le contentieux suit l'administration*». Face aux tendances émancipatrices de ces juridictions (aidées en cela par la vénalité des offices), le monarque freine ce mouvement de spécialisation au profit d'organes administratifs royaux (le Conseil du Roi au niveau central et les intendants au niveau territorial) et renforce ainsi le caractère retenu de la justice.