6743

TRAITÉ ÉLÉMENTAIRE

DU

CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

M 222508
S 1222510
S 2/222511
80840

TRAITÉ ÉLÉMENTAIRE

DU

CONTENTIEUX

ADMINISTRATIF

COMPÉTENCE — JURIDICTIONS — RECOURS

BIBLIOTECA CENTRALĂ UNIVERSITARĂ BUCUREȘTI

PAR

JEAN APPLETON

AVOCAT A LA COUR D'APPEL
PROFESSEUR DE DROIT ADMINISTRATIF A L'UNIVERSITÉ DE LYON
PRÉSIDENT DU COMITÉ CONSULTATIF DU CONTENTIEUX
AU MINISTÈRE DU TRAVAIL

[vol 1]

PARIS
LIBRAIRIE DALLOZ
11, RUE SOUFFLOT, 11

1927

35.07(B44)(02)=4

Biblioteca Centrală Universitară
BUCUREȘTI
Cota 80840
Inventar 184585
RC 15/01
1956
B.C.U. Bucuresti
C184585

AVANT-PROPOS

Le droit administratif français s'est constitué en majeure partie grâce au long et fécond travail jurisprudentiel du Conseil d'État. Cette seule constatation fait ressortir toute l'importance que présente, pour la connaissance de cette branche du droit, l'étude du contentieux.

Un enseignement de plus de trente-trois ans dans les facultés de droit, une expérience plus longue encore de la barre, et spécialement des affaires litigieuses intéressant les grands services de l'État, des départements et des communes, ont convaincu l'auteur qu'un livre exposant clairement les principes et décrivant aussi exactement que possible, sous une forme simple et méthodique, les solutions principales données par la loi et la jurisprudence aux questions contentieuses administratives serait utile à la fois aux étudiants poursuivant des études théoriques, aux magistrats chargés d'appliquer le droit, aux fonctionnaires qui gèrent les services publics, aux avocats, avoués et autres hommes de loi qui ont mission de représenter et de conseiller les justiciables. Tel est le but qu'il s'est proposé en composant ce traité.

Il peut paraître présomptueux d'écrire sur ce sujet après le chef-d'œuvre de Laferrière. Le célèbre *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, publié par l'ancien vice-président du Conseil d'État, restera toujours un modèle qu'on tenterait vainement d'égaler. Mais sa dernière édition date de 1896 ; et l'on peut dire que, sur bien des points, la jurisprudence

s'est complètement renouvelée depuis cette date. Le recours pour excès de pouvoir s'est remarquablement transformé ; la théorie de la responsabilité de la puissance publique a pris des aspects entièrement nouveaux ; celle de la compétence, liée désormais à la notion de service public, s'est modifiée profondément. La grande œuvre de Laferrière demandait donc une mise au point.

Il a paru que cette tâche pouvait être accomplie en donnant à l'ouvrage actuel une moindre étendue que le sien et une forme plus maniable. Pour le présenter en un seul volume, il a fallu, il est vrai, sacrifier bien des développements historiques pleins d'intérêt, et réduire à de simples aperçus l'étude de la législation comparée. Mais on s'est efforcé de présenter un tableau fidèle des problèmes et des solutions du droit positif français ; de mettre de la clarté et de la méthode dans une partie de la science du droit que beaucoup jugent encore confuse et peu cohérente.

Sans se livrer à de longues discussions doctrinales, l'auteur s'attache à expliquer et à justifier brièvement les principales solutions proposées, autant que possible en les rattachant à un principe bien défini : les cas nouveaux ne peuvent être aisément et heureusement tranchés que par application des principes, qu'il est, par suite, nécessaire de connaître et de comprendre parfaitement.

Pour situer le droit au milieu des faits qui lui donnent la vie, et sans lesquels il ne serait pas, l'auteur a choisi dans la jurisprudence les exemples qui lui ont paru les plus topiques ; mais il s'est efforcé d'échapper à l'abus des références, aux fastidieuses énumérations d'espèces et d'arrêts, au milieu desquelles la logique se perd trop souvent, sans profit pour la pratique.

En un mot, il a tenté d'écrire un livre de droit simple et utile, qui fût plus qu'un manuel et autre chose qu'un répertoire.

LISTE DES OUVRAGES LE PLUS SOUVENT CITÉS

AUCOC. — *Conférences sur l'Administration et le droit administratif*, passim.

BÉQUET. — *Répertoire de droit administratif*, v° *Contentieux administratif* et passim.

H. BERTHÉLEMY. — *Traité élémentaire de droit administratif*, 10e édit., 1923, p. 942 et suiv., et *passim*.

BRÉMOND. — *Traité de la compétence*, 1894.

P. COT. — *La responsabilité civile des fonctionnaires*, 1922.

DALLOZ — *Code des lois politiques et administratives*, passim.

DALLOZ. — *Répertoire pratique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, vis *Compétence administrative, Conflits, Conseil d'Etat, Conseil de préfecture, Elections, Taxes et impôts directs, etc. Code des lois politiques et administratives*, passim.

P. DARESTE. — *Les voies de recours contre les actes de la puissance publique*, 1914.

DARESTE. — *La justice administrative en France*, 2e édit., 1898.

DUCROCQ. — *Cours de droit administratif*, 7e édit., 1897-1905, t. 2 et *passim*.

DUGUIT. — *Traité de droit constitutionnel*, 2e édit.

HAURIOU. — *Précis de droit administratif*, 10e édit., 1921, p. 869 et suiv., 421 et suiv., et *passim*.

— *Précis élémentaire de droit administr.*, 1926, p. 447 et suiv., 185 et suiv., et *passim*.

JACQUELIN. — *La juridiction administrative dans le droit constitutionnel*, 1891.

— *Les principes dominants du contentieux administratif*, 1899.

G. JÈZE. — *Les principes généraux du droit administratif*, 3e édit., t. 1, 1925, t. 3, 1926.

— *Les contrats administratifs*, 1925.

LAFERRIÈRE. — *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2e édit., 1896.

MOREAU. — *Le règlement administratif*, 1902.

TEISSIER et CHAPSAL. — *Traité de la procédure devant les conseils de préfecture*, 1891.

G. TEISSIER. — *De la responsabilité de la puissance publique*, 1906.

TRAITÉ ÉLÉMENTAIRE

DU

CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

LIVRE PREMIER

PRINCIPES GÉNÉRAUX

INTRODUCTION

1. Définition du contentieux administratif. — On appelle « contentieux administratif « l'ensemble des litiges intéressant les services publics.

Lorsqu'elle pourvoit, par les divers procédés que la loi met à sa disposition, à la satisfaction des besoins généraux, l'Administration peut être amenée à froisser des intérêts, à porter atteinte à des droits. La violation prétendue du droit d'un tiers par l'Administration donne lieu à un litige qui fait partie du contentieux administratif. Elle ouvre au titulaire du droit froissé l'accès des juridictions organisées pour trancher ces litiges ; elle lui donne une *action* contre l'Administration.

La lésion d'un simple intérêt ne suffit pas, indépendamment de tout autre élément, pour produire ce résultat : il faut encore que l'Administration, en lésant l'intérêt d'un tiers, ait franchi les limites que le texte ou l'esprit de la loi imposent à son activité.

Le contentieux administratif suppose donc la violation prétendue d'un droit, ou tout au moins la lésion d'un intérêt par un acte contraire au droit. Lorsque l'Administration, sans transgresser la loi, porte atteinte à l'intérêt de certains particuliers, ceux-ci peuvent bien en appeler de l'Administration mal informée à l'Administration mieux informée, solliciter une décision qui leur soit plus favorable au moyen d'un *recours gracieux*, mais il ne leur est pas permis d'user de la voie contentieuse, de saisir de leur réclamation la *juridiction administrative*.

2. Importance de l'idée de service public dans le contentieux. — Il n'est pas toujours pourvu à la satisfaction des intérêts généraux par les soins de l'Administration; mais, lorsque la loi l'en charge, elle y pourvoit très généralement au moyen d'un ensemble d'institutions, d'organismes et de procédés propres au droit public ; chacun de ces organismes gouverné par les lois de son institution, et armé des procédés spéciaux au droit administratif, constitue un service public.

Cette notion a une extrême importance au point de vue contentieux. Les litiges nés de la marche des services publics sont les seuls qui fassent partie du contentieux administratif ; mais ce contentieux englobe, en principe, tous les litiges prenant leur origine dans le fonctionnement des services publics.

Cette idée s'est substituée peu à peu, pendant le premier quart du vingtième siècle, à celle de Laferrière, qui limitait aux litiges nés des actes dits *de puissance publique* le contentieux administratif par nature ; et qui exigeait un texte législatif spécial pour y faire entrer les différends nés des actes dits *de gestion*, lesquels faisaient alors partie du contentieux administratif « par la détermination de la loi ». Aujourd'hui, c'est de la notion de service public, et non de la classification des actes administratifs, que l'on part pour tracer les limites du domaine propre à la juridiction administrative.

Tout litige né du fonctionnement des services publics faisant, en principe, partie du contentieux administratif, ce contentieux ne se limite pas aux *actes* de l'Administration, à ces actes juridiques qui peuvent être envisagés et critiqués indépendamment de leur exécution : nomination et révocation de fonctionnaires, arrêtés de débet, collation ou retrait d'une permission de voirie, décret déclaratif d'utilité publique, etc. Il s'étend, en outre, aux *opérations* et aux *agissements* de l'Administration : aux opérations, c'est-à-dire à l'ensemble des mesures d'exécution qui marquent le côté constructif de la tâche administrative (confection d'un ouvrage public, procédure d'une élection municipale) ; aux agissements, c'est-à-dire aux faits matériels ayant une importance juridique parce qu'ils peuvent causer un dommage (accidents administratifs).

3. Traits généraux du système français. — Ce système se caractérise par trois traits essentiels : 1° l'interdiction pour les tribunaux de connaître des actes administratifs ; 2° l'institution de tribunaux administratifs pour résoudre les litiges intéressant les services publics ; 3° la création d'un tribunal des conflits, permettant à l'autorité administrative de revendiquer la connaissance d'un litige porté à tort devant l'autorité judiciaire.

I. — L'interdiction pour les tribunaux judiciaires de connaître des actes, opérations et agissements intéressant les services publics, a été envisagée tant sous l'ancien régime que pendant la période révolutionnaire comme une mesure de protection de l'Administration et du Gouvernement contre les empiétements des tribunaux. Les édits royaux, les commentaires des vieux jurisconsultes comme Loysel, qui parlait d'empêcher qu'on pût « mettre la couronne au greffe », les lois et décrets révolutionnaires, qui rattachent cette prohibition au principe de la séparation des pouvoirs, marquent un souci très vif de soustraire l'action administrative au contrôle des tribunaux (V. Jacquelin, *Principes dominants du contentieux administratif*).

II. — Cette conception entraînait pour l'Administration le pouvoir de trancher elle-même les litiges que fait naître le fonctionnement des services publics. Mais bientôt il parut impossible d'imposer aux citoyens des décisions exécutoires pouvant les atteindre gravement dans leurs personnes, leur liberté ou leurs biens, sans leur permettre de porter leurs griefs devant une autorité non seulement supérieure à celle qui a créé le litige, mais moins étroitement mêlée à l'Administration active, et par là plus désintéressée.

Les premières traces d'une juridiction administrative apparaissent avec la constitution de l'an 8. Successivement sont créés le Conseil d'État, les conseils de préfecture, la Cour des comptes, les conseils de révision, les conseils privés des colonies. Mais ces corps sont plus ou moins mêlés à l'Administration active ; et surtout le Conseil d'État, placé au sommet de l'échelle, ne possède pas, tout d'abord, de pouvoir propre de juridiction. Ses décisions rendues en matière contentieuse ne sont que des avis ; il faut que le chef de l'Etat se les approprie pour qu'ils deviennent des décisions exécutoires. La loi du 3 mars 1849, vite abolie par le second Empire, et enfin celle du 24 mai 1872, émancipèrent complètement le Conseil d'État, et avec lui toutes les autres juridictions administratives.

Le nombre s'en accrut, d'ailleurs, avec le développement des services publics. Les juridictions disciplinaires (conseils académiques, Conseil supérieur de l'Instruction publique, conseils de discipline des administrations générales et locales) prirent naissance et se fortifièrent avec l'accroissement du nombre des fonctionnaires et de leur importance dans la vie sociale. Des juridictions spéciales (commissions pour le rachat des ponts à péage, tribunaux de dommages de guerre, etc.) parèrent aux besoins nouveaux et aux situations transitoires.

Parallèlement, et sous le seul effort d'une jurisprudence dont on ne saurait trop vanter la prudence, la clairvoyance et l'esprit de suite, la notion fausse d'une juridiction réservée aux ministres et à certains de leurs

subordonnés disparut peu à peu, faisant du Conseil d'État l'arbitre suprême, et souvent unique, entre l'Administration publique et les particuliers.

Cet arbitrage s'exerce d'une manière plus ou moins complète suivant les cas. Tantôt le Conseil d'État est chargé de censurer les actes, dans l'intérêt public plus encore que dans celui du justiciable ; d'annuler les décisions administratives rendues en violation du texte ou de l'esprit de la loi : c'est le *contentieux de l'annulation* ; — tantôt il partage avec les juridictions qui lui sont subordonnées la connaissance de litiges où des intérêts pécuniaires sont directement en jeu, et où se posent, non seulement des questions de légalité, mais des problèmes de responsabilité contractuelle ou extra-contractuelle, de dettes et de créances, de fautes, de dommages et de risques ; il peut alors, non seulement annuler, mais redresser les actes de l'Administration, soit parfois en les rectifiant directement, soit plus souvent en compensant par des indemnités pécuniaires leurs conséquences dommageables : c'est le *contentieux de pleine juridiction* ; — tantôt il se prononce, préjudiciellement à la solution d'un litige relevant de l'autorité judiciaire, sur le sens et la portée d'un acte administratif, ou sur sa valeur légale, mais sans avoir à en faire l'application aux parties intéressées : c'est le *contentieux de l'interprétation* ; — tantôt enfin la juridiction administrative, pour mieux protéger le domaine public, a reçu la mission de juger exceptionnellement et de punir les auteurs des contraventions et délits qui peuvent compromettre l'intégrité ou l'usage de certaines dépendances de ce domaine : c'est ce qu'on nomme assez improprement le *contentieux de la répression*.

III. — La sanction principale du système qui vient d'être résumé, c'est la procédure du *conflit d'attributions*. Elle permet d'assurer l'observation du principe de la séparation des pouvoirs en ouvrant à l'Administration une voie de droit pour revendiquer les affaires qui dépendent d'elle et qui auraient été portées à tort devant les tribunaux de l'ordre judiciaire.

Pour statuer sur cette revendication faite au nom des principes, et non dans un intérêt privé, la loi a institué un tribunal supérieur ; elle a, en 1849 d'abord, puis définitivement en 1872, transféré du Conseil d'État au Tribunal des conflits, composé par égale part de magistrats de l'ordre judiciaire et de membres du Conseil d'État, présidé par le ministre de la Justice, le pouvoir de régler souverainement les compétences en cette matière.

4. Valeur du système français de contentieux administratif. (V. Berthélemy, *Traité élém.*, 10e édit., p. 943 et suiv., 946, texte et note). — Malgré quelques imperfections, la valeur de ce système est grande. Elle tient avant tout à une double circonstance : d'abord l'instrument législatif, trop souvent imparfait et lent, n'a joué qu'un rôle effacé dans la formation du droit administratif, dont il a eu la sagesse de confier au Conseil d'État l'élaboration prétorienne, de sorte que les besoins nouveaux du droit ont vite trouvé dans cette libre jurisprudence les remèdes juridiques appropriés ; ensuite, la juridiction suprême chargée de dire le droit, ainsi affranchie de l'entrave des textes, a été très heureusement organisée : la loi veut qu'elle se recrute pour la plus grande partie au concours ; elle institue la collaboration féconde des jeunes et des anciens, mariant heureusement l'audace et l'ardeur des uns à la prudente expérience des autres.

Cette liberté presque illimitée laissée au Conseil d'État, jointe à la valeur propre de son personnel, et à la remarquable stabilité de l'institution, lui a permis de créer un corps de doctrine solide et souple, aisément adaptable aux situations les plus nouvelles et les plus imprévues, et de donner au contentieux administratif un développement plus large que dans la plupart des autres pays. Chose digne de remarque : l'interdiction faite aux tribunaux de connaître des actes et opérations de l'Administration, édictée dans le but de réduire le contentieux, d'affranchir l'Administration du contrôle juridique des administrés, a abouti,

tout au contraire, à donner à ceux-ci, contre les abus et les fantaisies du pouvoir, des garanties plus étendues et plus efficaces que partout ailleurs. Elle a conduit, en effet, l'Administration elle-même à admettre l'organisation, dans son sein, d'une juridiction dont elle n'a plus pu ni décliner la compétence, ni discuter les arrêts ; et comme cette juridiction a su rapidement se rendre très indépendante tout en restant sagement discrète quand il le fallait, comme ses membres ont su allier souvent à une science consommée un sentiment juste des besoins des services publics et un grand souci de l'équité, elle a garanti efficacement les droits individuels tout en n'entravant jamais la marche des services.

La plupart des auteurs français portent aujourd'hui un jugement très favorable à la juridiction administrative française. Il en est de même à l'étranger. Laferrière (*Traité de la juridict. administr.*, 2e édit., t. 1, p. IX) cite à ce sujet une note fort élogieuse donnée par le jurisconsulte américain Frank Goodnow. De même le professeur James W. Garner écrit, dans son étude intitulée : *French administrative law* (*Yale Law Journal*, avr. 1924, vol. 33, n° 6) : « J'ose dire, après une étude quelque peu étendue de la jurisprudence du Conseil d'État, que le système de droit administratif qui a été construit, dans ses traits principaux, par ses décisions, mérite plus d'admiration que les juristes anglais et américains ne lui en ont jamais accordé ; et cela non seulement parce qu'il est en lui-même une construction juridique vraiment monumentale, mais à cause de son caractère extrêmement progressif et libéral. On peut dire aujourd'hui sans contradiction possible qu'il n'y a pas d'autre pays où les droits individuels sont aussi bien protégés contre l'arbitraire, les abus et les illégalités de l'autorité administrative, et où ils aient autant de certitude de recevoir réparation des dommages causés par ces sortes d'abus » (p. 599). Dans sa conclusion, le savant auteur ajoute : « Au début, le but principal du droit administratif français était de protéger l'Administration contre l'intrusion des magistrats judiciaires ; mais, dans le cours de son développe-

ment, il est devenu un système de droit dont le principal objet est de protéger les individus contre l'arbitraire et la conduite illégale des autorités administratives, et d'assurer réparation à ceux qui ont subi des dommages par la faute de ces autorités. Le degré de protection qu'il fournit et la certitude de la réparation qu'il assure sont visiblement plus grands que dans tout autre pays. C'est au Conseil d'État que cette situation est principalement due. Pendant longtmps les tribunaux judiciaires ont été considérés comme les gardiens des droits privés ; mais ce rôle est en grande partie passé au Conseil d'État. Avec une dépense minime (une feuille de papier timbré), et sans qu'il soit besoin de recourir à un avocat, tout citoyen ou à peu près peut aller au Conseil d'État et obtenir l'annulation de tout acte illégal (sauf quelques exceptions négligeables), émané de n'importe quelle autorité administrative, que ce soit le président de la République ou un simple maire de village » (V. Esmein, *Eléments de droit constit.*, 5e édit., p. 468).

Deux reproches de détail peuvent cependant être faits au système français : 1° les conseils de préfecture, qui constituent souvent la juridiction administrative du premier degré, ne sont pas toujours à la hauteur de leur tâche (à l'exception du Conseil de préfecture de la Seine, qui jouit d'une organisation spéciale). Cela tient d'abord au peu d'attrait que présente pour le personnel de ces juridictions une carrière bornée et sans issue ; il est difficile d'y retenir des hommes de valeur. La suppléance, d'ailleurs, y est mal organisée ; l'insuffisance numérique du personnel rend souvent le fonctionnement de la juridiction très difficile.

Le seul remède à cette situation consisterait dans la création de juridictions administratives régionales en remplacement des conseils de préfecture, qui seraient supprimés comme tribunaux administratifs. Un décret du 6 septembre 1926, rendu en exécution de l'article 1er de la loi de finances du 3 août 1926, et soumis à la ratification du parlement, a réalisé cette réforme (V. *infrà* Livre III, chap. 2).

2° Le second reproche que l'on peut faire à l'institution, c'est la lenteur extrême de la procédure devant le Conseil d'État. Cette haute juridiction est, depuis bien des années, encombrée d'une façon alarmante. A plusieurs reprises le législateur est intervenu, soit pour accroître numériquement le personnel, soit pour modifier la composition de la juridiction d'instruction, ou de celle de jugement. Ces palliatifs ont été jusqu'ici insuffisants. La création d'une juridiction administrative du premier degré, organisée par région, pourvue d'une certaine compétence en dernier ressort, pourrait remédier à la situation.

5. Les droits individuels sont mieux protégés par le Conseil d'État que par la Cour de cassation. — Les avantages de la juridiction administrative, telle qu'elle est organisée en France, apparaissent plus clairement encore si l'on compare l'œuvre du Conseil d'État et celle de la Cour de cassation en ce qui concerne la protection des droits individuels. On est frappé par la timidité des tribunaux judiciaires, par leur crainte d'empiéter sur les attributions de l'Administration, même dans les matières où la loi leur a accordé le plus de liberté, par leurs hésitations en face de textes qu'ils redoutent de ne point observer à la lettre (V. Idoux, *La jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation quant aux points qui leur sont communs*, 1908 ; Gaston Jèze, *Cours de droit public, les contrats administratifs*, 1925).

Bornons-nous à citer quelques exemples :

1° En matière d'alignement, la Cour de cassation a plus d'une fois déployé contre la propriété privée des rigueurs inutiles, que le Conseil d'État a toujours évitées. C'est ainsi que pendant longtemps la Cour de cassation a obligé les particuliers qui, sans empiéter sur le domaine public, avaient construit sans demander auparavant l'alignement individuel, à démolir le bâtiment, sauf à le reconstruire plus tard sur le même emplacement, après avoir obtenu l'alignement (V. les arrêts cités au *Rép.* de Dalloz, v° *Voirie par terre*,

nos 2288 et 2289). Ce n'est que vers 1846 que la Cour de cassation a modifié cette jurisprudence (D., *Rép.*, *Suppl.*, vo *Voirie par terre*, no 943 et les arrêts cités), tandis que le Conseil d'État a toujours décidé que, si la contravention ainsi commise entraîne l'application d'une peine d'amende, elle n'a pas pour effet d'obliger le propriétaire à démolir une construction qui n'empiète pas, en fait, sur le domaine public (V. les arrêts cités au *Rép.* de Dalloz, *vo cit.*, no 2283; au *Suppl.*, *eod. vo*, no 942; Cons. d'Ét. 14 août 1871, D. P. 72. 3. 66).

De même, la Cour de cassation décide que les travaux effectués sans autorisation au mur de façade d'une maison frappée de la servitude de reculement doivent être détruits, même s'ils ne sont pas confortatifs (V. les arrêts cités au *Suppl.* au *Rép.* de Dalloz, vo *Voirie par terre*, nos 944 et 945. *Adde* : Crim. 2 août 1907, D. P. 1910. 1. 433 et la note) ; et cela alors même que l'arrêté refusant l'autorisation de faire lesdits travaux aurait été annulé par le Conseil d'État pour la raison qu'ils ne pouvaient prolonger l'existence de l'immeuble (même arrêt). Le Conseil d'Etat, au contraire, a toujours refusé d'ordonner, en pareil cas, la destruction de travaux non confortatifs (V. les arrêts cités au *Suppl.* au *Rép.* de Dalloz, *vo cit.*, no 942. — V. aussi Laferrière, *Juridict. administr.*, t. 2, p. 667-668).

2o Bien que l'autorité judiciaire, lorsqu'elle statue en matière pénale sur les contraventions aux arrêtés et règlements de police, ait le pouvoir et le devoir d'apprécier la légalité de ces actes administratifs, elle ne le fait qu'avec une certaine timidité ; elle n'admet qu'avec quelque répugnance, comme cause d'illégalité, le détournement de pouvoir. On peut citer de nombreux cas où, dans la même espèce, la Cour de cassation a reconnu la légalité d'un arrêté plus tard annulé par le Conseil d'État pour excès de pouvoir (V. notamment dans la célèbre affaire Lesbats : Crim. 6 déc. 1862, D. P. 63. 1. 390 ; 25 août 1864, D. P. 65. 1. 48 ; et Cons. d'Ét. 25 févr. 1864, D. P. 64. 3. 25 ; 7 juin 1865, D. P. 66. 3. 29 ; dans les affaires Pariset et Laumonnier-Carriol, non moins célèbres, Crim. 21 août 1874, D. P.

75. 1. 495 ; et Cons d'Ét. 26 nov. 1875, D. P. 76. 3. 41).

De même, le Conseil d'État annule l'arrêté d'un maire qui refuse à une société musicale l'autorisation de sortir en corps, lorsque ce refus est *systématique* (Cons. d'Et. 21 juin et 28 juin 1912, D. P. 1915. 3. 16) ; la Cour de cassation, dans le même cas, juge l'arrêté légal, et casse le jugement qui a acquitté le prévenu (Crim. 9 janv. 1914, D. P. 1916. 1. 184).

3° En matière de procédure, le Conseil d'État décide qu'une demande d'assistance judiciaire suspend le délai de deux mois imparti aux administrés pour se pourvoir devant la haute juridiction administrative (Cons. d'Ét. 17 févr. 1911, D. P. 1912. 3. 35 ; 24 nov. 1911, *Hamel, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 1102 ; 27 juin 1913, *Raine, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 770 ; 22 mai 1914, *Laval, Rec. Cons. d'Et.*, p. 615), alors que l'autorité judiciaire n'a jamais voulu admettre ce principe de haute équité.

4° Au cours de la guerre de 1914-1918 et depuis, le Conseil d'État a fait, en matière de marchés, et surtout en matière de concessions de services publics, de fréquentes applications d'une théorie construite de toutes pièces par la juridiction administrative, théorie dite de l'imprévision, ou mieux de l'imprévisibilité : bien que le contrat de concession régisse pour toute sa durée les rapports du concédant et du concessionnaire, la juridiction administrative en assouplit les clauses dans le cas où des événements de force majeure, imprévisibles au moment où le lien contractuel s'est formé, ont apporté aux conditions d'exécution des modifications assez profondes pour bouleverser l'économie de la convention ; tel est, pour les concessionnaires de l'éclairage par le gaz, l'accroissement anormal du prix des charbons pendant et depuis la guerre. Pour parer aux conséquences funestes de cette situation, le Conseil d'État a admis le principe d'une indemnité au profit des concessionnaires (30 mars 1916, *Ville de Bordeaux*, D. P. 1916. 3. 25 ; 27 juin 1919, *Ville de Nice*, D. P. 1919. 3. 25) ; arbitré cette indemnité en fonction de divers indices, et notamment en mesurant son importance à la partie des conséquences onéreuses

de la situation extra-contractuelle que l'interprétation raisonnable du contrat ne permet pas de laisser à la charge du concessionnaire (Cons. d'Ét. 16 janv. 1920, *Ville de Cette*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 41) ; il a favorisé les mesures au moyen desquelles les clauses anciennes des concessions et les tarifs d'avant-guerre ont pu être adaptés à la situation nouvelle (Cons. d'Ét. 26 janv. 1923, *Ville de Lorient*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 82).

Au contraire, les tribunaux judiciaires se sont refusés à tenir compte de la situation née de la guerre au point de vue de l'exécution des contrats ; et ils ont, à bien des reprises, décidé que le débiteur devait exécuter son obligation sans avoir droit à exonération ou à indemnité toutes les fois que le cas de force majeure en avait rendu l'accomplissement plus onéreux ou plus difficile, mais non impossible (Caen, 24 févr. 1915, D. P. 1916. 2. 22 ; Trib. civ. Seine, 7 juin 1915, D. P. 1916. 2. 83 ; Civ. 4 août 1915, D. P. 1916. 1. 22 ; Paris, 21 déc.1916, D. P. 1917. 2. 33 et la note de M. Capitant ; Req. 7 juin 1920, D. P. 1920. 1. 137). Il a fallu, pour mettre fin à la situation intolérable née de cette jurisprudence, que deux lois, l'une du 21 janvier 1918, l'autre du 9 mai 1920, vinssent autoriser, puis prescrire, la résiliation des marchés conclus avant la guerre de 1914.

Là encore le Conseil d'État avait su protéger plus efficacement que la Cour de cassation les intérêts légitimes des particuliers.

6. Caractère prétorien de la jurisprudence du Conseil d'État. — La hardiesse et la liberté de la jurisprudence administrative ont été favorisées par cette circonstance, que les textes et les principes du droit civil sont, en général, inapplicables aux relations entre la puissance publique et les administrés. Pendant longtemps cette vérité a été méconnue, surtout dans la doctrine et devant les tribunaux judiciaires : on s'efforçait de définir les institutions propres au droit public et d'en déterminer les effets en les faisant entrer artificiellement dans le cadre des institutions du droit privé, et en leur appliquant par analogie les règles de ce

droit. Cette méthode vicieuse a retardé dans une certaine mesure le développement du contentieux administratif, qui n'est arrivé à son plein épanouissement que grâce à l'effort persévérant fait par le Conseil d'État pour appliquer aux litiges dont il était saisi des règles propres au droit public.

En l'absence de textes, le Conseil d'État s'est inspiré des besoins sociaux et de l'équité ; il a fait œuvre prétorienne au premier chef. Quand la loi ne s'est pas prononcée, la juridiction administrative crée le droit : elle le crée parce que le monde ne peut pas rester sans loi ; elle le crée aussi parce que, faisant partie de l'Administration, elle exerce virtuellement dans les choses qui intéressent l'État une sorte de pouvoir réglementaire emprunté à celui du chef de l'État.

Cette haute juridiction crée le droit en combinant les règles fondamentales qui assurent et dominent le fonctionnement des services publics, et les règles d'équité qui doivent présider aux rapports des Administrations publiques avec les administrés. Libérée des entraves des textes du droit privé, qui, en général, ne s'appliquent pas aux situations juridiques du droit public, elle fait cependant aux particuliers toutes les concessions d'équité compatibles avec la bonne marche du service ; elle peut même les pousser plus loin que ne le ferait une juridiction civile, préoccupée d'assurer le respect simultané de deux droits concurrents, de trancher des litiges entre particuliers qui ne veulent pas se faire de concession. Issue de l'Administration, elle peut, en effet, quand l'équité l'exige, faire abandon de certaines prérogatives du pouvoir, concéder aux particuliers des droits, leur allouer des indemnités dont on chercherait vainement la source dans un texte de loi précis et formel.

Ce droit prétorien, bien mis en lumière par Hauriou (*Précis de Droit administratif*, 10e édit., p. 889 et 892, en note), se révèle, notamment, dans les matières suivantes :

1° Le recours pour excès de pouvoir, construction dont la loi avait à peine posé la première pierre, comme sans y penser, que le Conseil d'État a édifiée de toutes

pièces, spécialement dans la détermination des fins de non-recevoir, de la qualité pour agir et des vices constitutifs, et qu'il remanie ou complète tous les jours, suivant les besoins du moment.

2° La théorie de la responsabilité de la puissance publique, dessinée en dehors de tout texte de loi, chaque jour perfectionnée et étendue (V. ma note sous divers arrêts du Conseil d'État, D. P. 1920. 3. 1 et s.).

3° Les efforts accomplis par le Conseil d'État pour séparer l'Administration active de la juridiction administrative (V. J. Appleton, *La séparation de l'Administration active et de la juridiction administrative.* Paris, Fontemoing, 1898), pour conquérir de haute lutte, après de patients travaux d'approche, et presque par la seule force de ses affirmations répétées, la qualité de juge de droit commun en matière administrative.

4° L'organisation des procédures en dehors de la loi. C'est ainsi, par exemple, que le Conseil d'État avait lentement édicté, à coups d'arrêts, les règles de la procédure à suivre devant les conseils de préfecture avant la loi du 22 juillet 1889.

5° Les cas où le Conseil d'État, non content de dire le droit dans le silence des textes, a littéralement corrigé une loi obscure ou mal faite, une bévue législative. Par exemple, l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an 8, par suite d'une maladresse du législateur, exclut nettement de la compétence des conseils de préfecture les dommages dus aux travaux publics, lorsqu'ils procèdent du fait de l'Administration. Cette exclusion est systématiquement omise par le Conseil d'État, et quelque ingénieuses que soient les raisons données pour expliquer cette omission, il faut bien reconnaître qu'en la réparant, le Conseil d'État a redressé « l'invalidité matérielle du texte » (Hauriou, *loc. cit.*).

6° Enfin, le refus, singulièrement hardi, que le Conseil d'État a osé opposer au législateur, d'appliquer une loi, dans les cas où cette application conduirait à méconnaître les bases mêmes de la société, et, par exemple, le fonctionnement continu des services publics. N'est-ce pas ce qu'il a fait en refusant d'appliquer aux fonction-

naires révoqués pour fait de grève la loi du 22 avril 1905, article 65, qui exige dans tous les cas la communication préalable à l'intéressé de son dossier disciplinaire (Cons. d'Ét. 7 août 1909, D. P. 1911. 3. 17. — V. la dissertation de M. Hauriou dans le *Recueil Sirey*, 1909. 3. 145)?

La jurisprudence des tribunaux judiciaires, lorsqu'elle fait œuvre prétorienne, s'efforce de rattacher à un texte de loi, parfois assez artificiellement, les principes nouveaux qu'elle proclame. Le Conseil d'État, au contraire, s'affranchit volontiers des textes, et se borne souvent à s'appuyer implicitement ou explicitement sur l'opportunité et sur l'équité.

C'est ainsi qu'en matière de responsabilité des conducteurs d'automobiles, la Cour de cassation, qui édicte le principe d'une présomption de faute à la charge du conducteur, dans un arrêt du 29 juillet 1924 (D. P. 1925. 1 1 et la note de M. Ripert), tient à s'appuyer sur l'article 1384, alinéa 1, du Code civil, et à affirmer que cet article établit une présomption de faute à l'encontre de celui qui a sous sa garde une chose inanimée ayant causé un dommage. Or, il est bien certain que cette présomption de faute ne peut pas plus se lire dans l'article 1384 que dans les deux articles précédents, conçus dans les mêmes termes, et qui cependant, au dire de la jurisprudence, ne créent aucune présomption.

Dans le même cas, le Conseil d'État (22 déc. 1924 D. P. 1925. 3. 9 et la note de M. J. Appleton), pour admettre le principe de la présomption de faute, se borne à rappeler les dangers de la circulation automobile à l'heure actuelle, raison d'équité et d'opportunité, suffisante à son avis, pour justifier la présomption de faute imposée au conducteur d'automobile.

Le Conseil d'État, dans toute cette œuvre, semble se souvenir de ses origines,. Lorsqu'il fut fondé en l'an 8, il participait constitutionnellement à l'exercice du pouvoir législatif. Il ne s'en est jamais laissé complètement exclure en fait, de sorte qu'aujourd'hui, non seulement il complète l'œuvre de la loi, en atténue ou un renforce les contours, mais encore, en cas de carence de législateur, il la constate et crée le droit.

CHAPITRE PREMIER

LE PRINCIPE DE LA SÉPARATION DES AUTORITÉS ADMINISTRATIVES ET JUDICIAIRES

---

7. Généralités et définitions. — L'étude détaillée des principes constitutionnels sur lesquels repose l'organisation administrative n'entre pas dans le cadre de ce livre. Il suffira de les rappeler brièvement ici, pour rattacher la juridiction administrative aux règles de droit public dont elle est issue.

La philosophie du XVIII^e^ siècle a mis en lumière les inconvénients du pouvoir absolu. Pour lutter contre les dangers de la tyrannie, elle a été amenée à préconiser une organisation de l'État dans laquelle le pouvoir législatif, chargé de faire la loi, et le pouvoir exécutif, chargé de l'appliquer, seraient distincts et indépendants l'un de l'autre. Plusieurs philosophes voulaient aussi que la fonction de juger, c'est-à-dire de trancher les différends qui s'élèvent soit entre les citoyens, soit entre ces derniers et l'Administration, fût confiée à un troisième pouvoir, indépendant des deux autres, le pouvoir judiciaire. Cette division avait pour but principal d'assurer le respect des droits individuels, trop souvent méconnus sous les régimes où la séparation des pouvoirs n'est pas organisée. Les hommes de la Révolution ont trouvé ces idées dans Montesquieu, et les ont aussitôt traduites dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen :

ART. 16. — Toute société dans laquelle... la séparation des pouvoirs n'est pas assurée, n'a point de constitution.

BIBLIOTECA CENTRALĂ UNIVERSITARĂ BUCUREȘTI

Sous la Révolution française, une seconde idée a été fortement mise en relief : il est socialement souhaitable que le fonctionnement des services publics ne puisse en rien être entravé par les organes judiciaires ; et pour cela il faut que ceux-ci ne puissent exercer ni autorité sur les fonctionnaires publics, ni contrôle sur leurs actes. C'est le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires.

Ce principe, on le voit, a une origine historique différente de celui de la séparation des pouvoirs. En outre, il n'a pas le même but : loin d'être institué en vue de protéger l'individu contre la tyrannie de l'État, il tend à protéger l'État et les services publics contre les entraves dont le pouvoir judiciaire serait tenté de les entourer. En adoptant le principe de la séparation des pouvoirs, les hommes de la Révolution appliquaient les idées de la philosophie libérale dont ils étaient nourris ; en organisant la séparation des autorités administratives et judiciaires, ils continuaient l'œuvre centralisatrice de la monarchie absolue, et tentaient de mettre fin, dans le régime nouveau, à la lutte séculaire des intendants et des parlements.

Les protagonistes de la Révolution française sentaient en effet profondément la nécessité d'écarter du terrain des réformes les obstacles que les grandes compagnies judiciaires avaient accumulés, sous l'ancien régime, devant la plupart des institutions nouvelles que le pouvoir central avait tenté de créer. Pour cela ils avaient aboli les cours souveraines ; et ils défendaient aux tribunaux du nouveau régime de troubler en quoi que ce soit les administrations publiques dans l'exercice de leurs fonctions.

Ils tenaient beaucoup à cette séparation, dans l'intérêt de la bonne marche des services publics, et pour sauvegarder l'avenir des réformes. L'importance qu'ils y attachaient leur a fait envisager la séparation des fonctions administratives et judiciaires comme un principe constitutionnel, et le rattacher à l'idée de séparation des pouvoirs. Cela s'explique d'autant mieux que la philosophie du XVIII^e^ siècle considérait d'ordi-

naire la justice comme attribut d'un pouvoir séparé des deux autres ; et que, d'ailleurs, préoccupé d'interdire aux tribunaux les anciens empiétements des parlements, tout aussi bien dans le domaine législatif que dans le domaine administratif, le législateur révolutionnaire leur avait défendu, soit de légiférer, soit d'entraver l'exécution des lois, en même temps que de s'ingérer dans les fonctions administratives.

En réalité, la justice ne fut pas organisée constitutionnellement comme pouvoir séparé ; elle fut remise aux mains du pouvoir exécutif, et devint un service public comme la défense nationale ou les finances ; mais dans le sein même du pouvoir exécutif, la Révolution avait créé la séparation des *fonctions*, celle de juger étant distincte de celle d'administrer. Le langage juridique du Conseil d'État, du Tribunal des conflits et de la Cour de cassation n'en persiste pas moins, conformément à la doctrine des assemblées révolutionnaires, à désigner sous le nom de « séparation des pouvoirs » la séparation des fonctions (ou autorités) administratives et judiciaires. Pour la simplicité du langage, nous adopterons le même vocabulaire.

En défendant l'Administration, en même temps que l'œuvre législative, contre les empiétements possibles des tribunaux, le législateur de 1790 a été bien inspiré. L'étude des législations comparées prouve, en effet, que partout où les tribunaux ont pu exercer un contrôle sur la législation, leur action, généralement très misonéiste, a été défavorable au progrès des institutions (V. notamment, pour les Etats-Unis d'Amérique, E. Lambert, *Le Gouvernement des juges*) ; et que, lorsqu'ils ont été investis de la connaissance du contentieux administratif, celui-ci n'a pu se développer aussi librement qu'en France (Laferrière, *Traité de la juridict. administr.*, t. 1, p. 133 et suiv. ; Hauriou, *Précis de droit administr.*, 10e édit., p. 872, note, et les auteurs cités).

8. Textes consacrant la séparation des autorités administratives et judiciaires. — Ce principe

n'est pas, dans notre droit public, une nouveauté imposée par la Révolution française. Depuis plusieurs siècles, la monarchie centralisatrice s'était efforcée de la faire prévaloir. Déjà Loysel protestait contre la prétention des parlements de « mettre la couronne au greffe ». Les créations successives de la Chambre des comptes, des Cours des aides, des bureaux de finances, les attributions contentieuses données au Grand Conseil, le développement de la juridiction des intendants, marquent les principales étapes de cette longue lutte. La Révolution voulut y mettre fin en faisant triompher définitivement le principe de la séparation des fonctions en même temps que celui de la centralisation administrative : « Il faut interdire toute fonction politique aux juges, disait Duport ; ils doivent être chargés simplement de décider les différends qui s'établissent entre les citoyens... J'ai dit que les juges n'étaient institués que pour appliquer les lois civiles. Les lois civiles sont les conventions que les hommes font entre eux pour régler l'usage de leurs propriétés et l'exercice de leurs facultés naturelles » (Assemblée constituante, séance du 29 mars 1790). De même Thouret, parlant au nom du comité de l'Assemblée chargé de préparer la loi d'organisation judiciaire, rappelant les empiétements récents et anciens des corps judiciaires sur l'Administration, disait, à la séance du 24 mars 1790 : « Un des abus qui ont dénaturé le pouvoir judiciaire en France était la confusion des fonctions qui lui sont propres avec les fonctions incompatibles et incommutables des autres pouvoirs publics. Rival du pouvoir administratif, il en troublait les opérations, en arrêtait le mouvement et en inquiétait les agents. Les ministres de la justice distributive ne doivent point se mêler de l'administration, dont le soin ne leur est pas confié. Le comité a consigné ces principes dans les articles du titre 1er de son projet. Ils établissent l'entière subordination des cours de justice à la puissance législative et séparent très explicitement le pouvoir judiciaire du pouvoir d'administrer. »

Dès lors que l'Assemblée constituante rattachait la

séparation de l'Administration et de la Justice au principe de la séparation des pouvoirs, il est évident que l'Administration ne devait pas plus être autorisée à entreprendre sur les fonctions judiciaires, que les tribunaux à empiéter sur le domaine de l'Administration. C'est bien ainsi que l'entendaient les hommes de la Révolution ; mais comme ils voulaient avant tout mettre fin aux empiétements de la Justice sur l'Administration, il n'est pas étonnant que ce côté du principe ait été mis en lumière plus vivement que l'autre face, et que l'Administration ait été mieux défendue contre la Justice que celle-ci contre l'Administration.

Voici les principaux textes de l'époque intermédiaire qui proclament le principe :

Loi des 16-24 août 1790, tit. II, art. 13. — 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.

Constitution des 13-14 sept. 1791, tit. II, chap. v, art. 3. — Les tribunaux ne peuvent... entreprendre sur les fonctions administratives ou citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions.

Instruction législative du 8 janv. 1790. — La Constitution serait violée si le pouvoir judiciaire pouvait se mêler des choses de l'Administration et troubler de quelque manière que ce fût les corps administratifs dans l'exercice de leurs fonctions. Tout acte des tribunaux et des cours de justice tendant à contrarier ou à suspendre le mouvement de l'Administration, étant inconstitutionnel, demeurera sans effet et ne devra pas arrêter les corps administratifs dans l'exécution de leurs opérations.

Loi des 7-14 oct. 1790. — Les réclamations d'incompétence à l'égard des corps administratifs ne sont dans aucun cas du ressort des tribunaux; elles seront portées au roi, chef de l'Administration générale... Aucun administrateur ne peut être traduit devant les tribunaux pour raison de ses fonctions publiques, à moins qu'il n'y ait été renvoyé par l'autorité supérieure, conformément aux lois.

Loi du 16 fruct. an 3. — Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'Administration, de quelque espèce qu'ils soient (V. aussi L. 22 déc. 1789, sect. III, art. 7).

Le Code pénal punit sévèrement les empiétements des tribunaux sur l'Administration.

ART. 127. — Seront coupables de forfaiture et punis de la dégradation civique : 1° ... ; 2° les juges, les procureurs généraux ou du roi ou leurs substituts, les officiers de police judiciaire qui auraient excédé leur pouvoir en s'immisçant dans les matières attribuées aux autorités administratives, soit en faisant des règlements sur ces matières, soit en défendant d'exécuter des ordres émanés de l'Administration, ou qui, ayant permis ou ordonné de citer des administrateurs pour raison de l'exercice de leurs fonctions, auraient persisté dans l'exécution de leurs jugements ou ordonnances nonobstant l'annulation qui en aurait été prononcée ou le conflit qui leur aurait été notifié.

En pratique, les deux textes le plus souvent invoqués pour justifier la séparation des fonctions, ceux qui figurent généralement dans les déclinatoires des préfets et les arrêtés de conflits, sont les lois des 16-24 août 1790, titre II, article 13, et du 16 fructidor an 3.

Nous avons dit que le principe est réciproque ; il est aussi catégoriquement formulé dans un sens que dans l'autre par les textes révolutionnaires et impériaux, quoique moins énergiquement sanctionné dans le second sens que dans le premier :

CONSTITUTION DES 3-14 SEPT. 1791, TIT. III, CHAP. IV, SECT. II, ART. 3. — Ils ne peuvent (les administrateurs) ni s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif, ou suspendre l'exécution des lois, ni rien entreprendre sur l'ordre judiciaire.

MÊME TEXTE, TIT. II, CHAP. V, ART. 1 et 4. — Le pouvoir judiciaire ne peut, en aucun cas, être exercé par un corps législatif ni par le roi. Les citoyens ne peuvent être distraits des juges que la loi leur assigne par aucune commission, ni par d'autres attributions ou évocations que celles qui sont déterminées par la loi.

LOI DES 16-24 AOUT 1790, TIT. II, ART. 17. — L'ordre constitutionnel des juridictions ne pourra être troublé, ni les justiciables distraits de leurs juges naturels par aucune commission ni par d'autres attributions ou évocations que celles qui seront déterminées par la loi.

Le Code pénal punit aussi les infractions au principe de la séparation envisagé sous sa seconde face.

ART. 130. — Les préfets, sous-préfets, maires et autres administrateurs qui se seront immiscés dans l'exercice du pouvoir législatif... ou qui se seront ingérés de prendre des arrêtés généraux tendant à intimer des ordres ou des défenses quelconques à des cours ou tribunaux seront punis de la dégradation civique.

ART. 131. — Lorsque ces administrateurs entreprendront sur les fonctions judiciaires en s'ingérant de connaître de droits et intérêts privés du ressort des tribunaux... ils seront punis d'une amende de 16 francs au moins et de 150 francs au plus.

9. Portée et justification du principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires. — Les textes que nous venons de citer consacrent deux règles voisines, mais distinctes :

1° Il est interdit aux tribunaux de s'immiscer directement dans les fonctions propres des administrateurs, par exemple en édictant des règlements pour l'application des lois, ou en adressant aux fonctionnaires administratifs des injonctions, comme le faisaient les parlements sous l'ancien régime : les tribunaux n'ont plus à s'occuper d'administration active, comme ils le faisaient autrefois.

2° Les tribunaux n'ont pas non plus à connaître des litiges intéressant les attributions de la puissance publique et l'exécution des services publics, c'est-à-dire du contentieux administratif ; celui-ci sera confié à des organes spéciaux, rattachés à l'Administration, c'est-à-dire que le principe ainsi compris entraînera la création d'une juridiction administrative.

La première règle va de soi. C'est avant tout une application du principe de la division du travail. La fonction de juger est distincte de la fonction d'administrer ; il convient donc qu'elles soient remises à des organes différents, et qu'aucun empiétement ne puisse se produire de l'une sur l'autre.

Mais la seconde règle ne peut se justifier par la même idée : la fonction de juger des litiges est la même dans tous les cas, qu'il s'agisse des litiges privés ou de ceux intéressant les services publics. Pourquoi, dès lors, la confier, dans le second cas, à des organes distincts de

ceux du pouvoir judiciaire (V. Jacquelin, *La juridiction administrative dans le droit constitutionnel* (1891) ; *Les principes dominants du contentieux administratif* ; Artur, *Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions*, Revue du droit public, 1902-1903)?

En réalité l'interdiction faite aux tribunaux de connaître des litiges administratifs se justifie parce que le principe de la séparation des pouvoirs ne doit pas être entendu seulement au sens fonctionnel, mais aussi et avant tout au sens politique : « Si l'on veut dans l'État un pouvoir exécutif constitutionnellement autonome et possédant vis-à-vis des autres pouvoirs des garanties d'indépendance, on doit se rendre compte que c'est une garantie d'indépendance pour lui d'avoir une certaine part de la juridiction, de même que, par le pouvoir réglementaire, il a une certaine part de la législation » (Hauriou, *op. cit.*, p. 873, note 2).

Laferrière (*op. cit.*, t. 1, p. 11) exprime une idée analogue : « Lorsqu'on parle de séparation des pouvoirs, on ne peut pas avoir en vue une séparation absolue, mathématique. Les pouvoirs constitutionnels, c'est-à-dire les divers attributs de la souveraineté, ne sauraient être entièrement isolés les uns des autres ; il y a entre eux des zones limitrophes souvent très étendues, qui sont réunies à l'un ou à l'autre domaine selon les tendances de chaque société, et selon le besoin qu'elle éprouve de fortifier tel ou tel pouvoir de l'État... Entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire, il y a une mission mixte à remplir, celle qui consiste à prononcer sur les contestations administratives. Cette mission est mixte à un double point de vue : d'abord parce que l'administrateur... est obligé d'exercer dans beaucoup de cas une sorte d'arbitrage de fait et de droit... ; d'où il suit que le fait d'administrer implique forcément le droit de décider ; — en second lieu parce que le droit de décision... et la force exécutoire qui y est attachée ne doivent pas... s'imposer aux citoyens sans que ceux-ci puissent les contester devant une autorité plus désintéressée... L'autorité qui sera ainsi appelée à contrôler la décision administrative fera à la fois office de

juge, puisqu'elle tranchera un différend, et office d'administrateur supérieur, puisqu'elle redressera une erreur ou une illégalité de l'Administration. Ce pouvoir intermédiaire, qui tient à la fois de l'exécutif et du judiciaire, peut être réuni à l'un ou à l'autre, selon que les traditions d'un pays, les conditions générales de son organisation administrative et judiciaire, le portent à fortifier l'influence des tribunaux ou celle de l'Administration. En France, l'organisation centralisée du pays, l'importance des services confiés à l'Administration, les responsabilités qu'ils entraînent, ont paru incompatibles avec le contrôle des corps judiciaires. »

10. Conséquences du principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires. — Des textes que nous avons cités, appliqués dans toute leur rigueur, on doit tirer tout d'abord deux conséquences générales : 1° les actes ou opérations de l'Administration échappent à l'autorité judiciaire, qui ne peut pas en connaître, même à l'occasion d'un procès pendant devant elle ; 2° les fonctionnaires ne sont pas responsables de leurs actes devant l'autorité judiciaire, à moins que l'autorité administrative n'ait permis la poursuite.

Ces deux règles, on le voit, protègent à la fois l'acte ou l'opération et le fonctionnaire contre les empiétements possibles de l'autorité judiciaire. Elles ont subi, l'une et l'autre, une importante évolution, au point que la seconde s'est complètement transformée. Nous l'étudierons en détail *infrà*, livre II, chapitre V (nos 122 et suiv.).

Une troisième conséquence du principe, c'est la création d'une juridiction administrative. On ne pouvait, en effet, soustraire à tout examen contentieux impartial les litiges que l'exercice de la puissance publique fait naître entre l'Administration et les particuliers. Il fallait donc constituer, au sein même de l'Administration, des corps chargés de faire justice dans les cas soustraits à l'autorité judiciaire (V. Berthélemy, *Traité élém.*, 10e édit., p. 943 et suiv.).

Nous allons examiner plus complètement ces conséquences du principe.

11. Les tribunaux ne peuvent faire acte d'Administration. — L'autorité judiciaire ne peut prendre de décisions sur les affaires qui seraient de la compétence de l'autorité administrative, ni prescrire des mesures qui seraient du ressort de l'Administration.

Toute immixtion de l'autorité judiciaire dans les attributions de l'Administration est donc prohibée ; et cela qu'il s'agisse des attributions des agents, de celles des conseils ou de celles des tribunaux administratifs.

a) *Attribution des agents.* — C'est à l'autorité administrative seule qu'il appartient de faire des règlements. L'autorité judiciaire ne peut statuer par voie de disposition réglementaire (C. civ., art. 5).

Il en est de même pour les décisions spéciales ou individuelles des agents de l'Administration (actes administratifs proprement dits). L'autorité judiciaire ne peut accomplir d'actes de cette nature. C'est ainsi, par exemple, qu'il appartient exclusivement aux agents supérieurs de l'Administration de donner leur approbation aux actes des autorités qui leur sont subordonnées, et spécialement aux actes de la vie civile des communes et des établissements publics placés sous leur contrôle. L'autorité judiciaire ne peut les suppléer ou les concurrencer dans cette tâche dite de « tutelle administrative ». Il ne lui serait pas permis, à l'occasion d'un litige qui lui est déféré, d'habiliter, au lieu et place du préfet, par exemple, une personne administrative ou un établissement public à contracter ou à faire tout autre acte juridique.

b) *Attributions des conseils.* — Une décision judiciaire ne pourrait jamais remplacer la délibération d'un conseil administratif chargé par la loi de prendre les décisions intéressant la gestion d'un service public. Ainsi, par exemple, un tribunal judiciaire, qui aurait condamné une commune au payement d'une somme d'argent, ne pourrait pas, pour assurer l'exécution de sa

sentence, inscrire d'office au budget communal le crédit nécessaire au payement de la condamnation.

c) *Attributions des tribunaux administratifs.* — Les tribunaux judiciaires sont incompétents pour connaître des matières réservées par la loi aux tribunaux administratifs. Cette incompétence *ratione materiæ*, conséquence du principe de la séparation des pouvoirs, est d'ordre public ; elle peut être opposée en tout état de cause ; elle doit être prononcée d'office par le tribunal ; elle s'étend aux questions préjudicielles (V. *infrà*, nos 66 et suiv.), aux questions incidentes, telles que les demandes en garantie qui ne seraient pas, envisagées isolément, de la compétence des tribunaux judiciaires ; aux demandes reconventionnelles dans les mêmes conditions (V. *infrà*, no 70).

12. Application de la règle à la juridiction des référés. — Le président du tribunal civil, en vertu des articles 806 et suiv. C. pr. civ., et le président du tribunal de commerce, en vertu de la loi du 11 mars 1924 (D. P. 1924. 4. 143), exercent une juridiction d'urgence ; ils prescrivent, à ce titre, des mesures qui ne portent pas préjudice au principal. Ils ne peuvent pas plus que les juridictions dont ils émanent statuer sur une matière administrative ou ordonner des mesures qui seraient de la compétence des autorités administratives. C'est ainsi que le juge des référés ne pourrait pas ordonner une expertise en vue de constater des dommages causés par l'exécution de travaux publics, prescrire la discontinuation provisoire de travaux ordonnés par l'autorité administrative, nommer un expert en vue de constater des faits de nature à engager, devant la juridiction administrative, la responsabilité de l'État, etc.

On a parfois contesté cette solution, soit en invoquant un motif d'utilité pratique : il y a souvent intérêt à procéder à des constatations urgentes en l'absence desquelles les droits des parties pourraient être compromis ; soit en se fondant sur ce que, les ordonnances de référé ne faisant pas préjudice au principal, le principe de la séparation des pouvoirs serait désintéressé en

l'espèce. Mais le premier argument n'a rien de juridique ; d'ailleurs, pour toutes les causes relevant des conseils de préfecture, l'article 24 de la loi du 22 juillet 1889 autorise le président de cette juridiction à faire procéder d'urgence, sur la demande des parties, à toutes constatations utiles. Quant au second, il est suffisamment réfuté par cette considération, que les textes révolutionnaires ne font aucune distinction entre les empiétements provisoires de l'autorité judiciaire et ses empiétements définitifs.

Une jurisprudence constante se prononce en faveur de l'incompétence du juge des référés : Civ. 13 juill. 1871 (D. P. 71. 1. 83) ; Trib. confl. 23 janv. 1888 (D. P. 89. 3. 38) ; Trib. confl. 13 déc. 1902 (D. P. 1903. 3. 71) ; 19 mai 1917 (D. P. 1917. 3. 17) ; Bordeaux, 26 juin 1899 (D. P. 99. 2. 437) ; Lyon, 30 mars 1920 (D. P. 1921. 2. 86) ; Dalloz, *Rép. prat.*, v° *Référés*, n^os^ 65, 166 à 171.

Toutefois, il faut ici faire remarquer que la juridiction des référés est moins souvent liée que le juge du fond par des questions préjudicielles de nature administrative. Comme nous le verrons, l'autorité judiciaire doit surseoir à statuer jusqu'à la solution de la question préjudicielle lorsqu'au cours d'un litige de sa compétence surgit une question incidente de nature administrative, dont la solution est indispensable à celle du litige principal. Il en est ainsi, par exemple, lorsque l'interprétation d'un acte administratif invoqué à l'appui des prétentions des parties est devenue nécessaire au cours du débat.

Dans ce cas, l'autorité judiciaire est compétente pour juger le litige ; seule la question préjudicielle lui échappe. Le juge des référés pourra généralement, sans la trancher, et au contraire en la réservant, prescrire les mesures provisoires qui lui sont demandées. C'est ainsi que, l'autorité judiciaire étant compétente pour statuer sur les litiges d'ordre privé qui s'élèvent entre un concessionnaire du service de l'éclairage électrique et les abonnés, le juge des référés peut ordonner, jusqu'à solution du litige principal, que la fourniture

de l'énergie électrique sera continuée aux abonnés auxquels le concessionnaire avait coupé le courant sous le prétexte qu'ils se refusaient à subir une augmentation de tarif. Le juge des référés, dans ce cas, n'a pas à surseoir jusqu'à ce que l'autorité administrative ait interprété le sens des clauses de la concession d'éclairage invoquée par le défendeur : en supposant que cette interprétation soit nécessaire, elle touche uniquement au fond du procès ; et, par suite, le juge des référés n'a pas à s'y livrer pour ordonner la mesure provisoire demandée (Req. 26 nov. 1924, *Guiter*, D. H. 1924. 713).

13. Interdiction faite aux tribunaux d'entraver l'exécution des actes administratifs. — En vertu de cette prohibition, application de la règle générale et prolongement de la prohibition précédente, il est interdit aux tribunaux :

1° De trancher les litiges qui résultent des actes ou opérations de l'Administration ;

2° De refuser d'appliquer les actes administratifs à un litige de leur compétence : incompétents pour interpréter les actes administratifs, pour les annuler ou en apprécier la légalité, les tribunaux ne peuvent se refuser à appliquer ces actes, à leur faire produire leurs effets juridiques lorsqu'ils sont invoqués devant eux ;

3° D'annuler les actes administratifs ou d'en apprécier la légalité ;

4° D'interpréter ces actes, à l'occasion d'un litige dont ils sont saisis, lorsque cette interprétation est nécessaire pour la solution du litige ;

5° De réformer, d'amender les actes administratifs, d'en limiter les effets.

Nous ne faisons ici que poser les règles générales, dont le développement sera donné au livre II.

14. La juridiction administrative. — Les tribunaux judiciaires ne pouvant ni statuer sur les litiges soulevés par l'exécution des services publics, ni annuler les actes administratifs lorsqu'ils font grief aux citoyens,

comment ceux-ci défendront-ils leurs droits contre l'Administration? En Belgique, où le principe de la séparation des pouvoirs a été promulgué avec les lois révolutionnaires, on en est resté pratiquement au système qui fait de l'Administration active l'arbitre des contestations où elle est elle-même engagée. Les recours administratifs à l'autorité supérieure y présentent un caractère nettement hiérarchique. En France on a estimé, à juste titre, que s'il était logique que les litiges administratifs fussent tranchés par une autorité faisant partie de l'Administration, indépendante des tribunaux, il serait contraire à l'équité que ces causes fussent tranchées sans un examen non seulement approfondi, mais véritablement impartial et contradictoire, et en dehors des formes de procédure protectrices du droit. C'est pourquoi le législateur a été amené à spécialiser peu à peu dans le domaine du contentieux, en leur donnant un pouvoir propre et une réelle indépendance, des corps tout d'abord seulement consultatifs, organisés de manière à rendre une justice administrative éclairée et éloignée des influences non juridiques (V. Berthélemy, *op. cit.*, p. 945).

Ces corps administratifs, dont les principaux sont le Conseil d'Etat et les conseils de préfecture, ont pour principale attribution aujourd'hui le jugement des contestations administratives et le contrôle juridictionnel sur la légalité des actes administratifs. Faisant partie de l'Administration, ces juridictions ont qualité pour l'engager, pour reconnaître ses torts sans diminuer son prestige, pour imposer en son nom les solutions équitables ; mais distinctes des organes de l'Administration active, elles n'apparaissent pas comme à la fois juges et parties ; suffisamment indépendantes, elles jouissent ainsi de la confiance des administrés, et leurs décisions (en particulier celles du Conseil d'État) font autorité. Comme le dit M. Hauriou (*op. cit.*, p. 871, note 2), « la juridiction administrative est assez *juridiction* pour constater exactement la règle juridique désirable, elle est assez *administration* pour en faire la concession *à titre de juridiction d'équité* ».

15. Caractères généraux de la juridiction administrative. — 1° Les juridictions administratives ont un domaine propre : le jugement des litiges soulevés par les actes et opérations concernant les services publics, et le contrôle de la légalité des actes administratifs. C'est là véritablement leur domaine. L'ensemble de ces attributions ne constitue pas un prélèvement sur les matières jugées par les tribunaux judiciaires. En d'autres termes, les juridictions administratives ne sont pas des tribunaux d'exception : les causes qu'elles jugent font partie, par leur nature même, du contentieux administratif, sans qu'il soit besoin de textes de loi spéciaux pour les leur déférer. Dans leur domaine les tribunaux administratifs sont des juges de droit commun, comme les tribunaux judiciaires dans le leur (Berthélemy, *op. cit.*, p. 946). L'expression « tribunaux ordinaires », ou « juridiction ordinaire «, employée parfois pour désigner les tribunaux judiciaires par comparaison avec les tribunaux administratifs, est donc impropre (V. la note sous Civ. 3 févr. 1925, D. P. 1925. 1. 113 *in fine*).

2° En matière administrative comme en matière judiciaire, la justice est *déléguée*, et non pas *retenue* (sauf de rares exceptions). Cela signifie qu'elle n'est pas rendue par le chef de l'État sous sa signature ; que les juridictions administratives ne sont pas seulement des commissions d'instruction proposant une solution au chef de l'État, mais des organes indépendants, prenant eux mêmes des décisions sous la signature de leur président, et rendues au nom du peuple français.

3° Les magistrats administratifs sont tous amovibles, sauf ceux de la Cour des comptes. On l'a souvent déploré ; mais la critique est plus théorique que pratique : l'inamovibilité existe en fait, sinon en droit ; et, pour les membres du Conseil d'État, leur indépendance est mieux assurée par des règles d'avancement équitables et des usages bien établis, qu'elle ne pourrait l'être par une loi d inamovibilité.

4° Comme devant plusieurs des tribunaux judiciaires, il existe auprès des juridictions administratives un représentant du ministère public, chargé de donner des avis

au nom du Gouvernement, sous forme de conclusions orales ou écrites. Il faut remarquer toutefois qu'en matière répressive (délits et contraventions de grande voirie, infractions à la police du roulage), il n'exerce pas l'action publique : celle-ci est intentée par le préfet ou le ministre, administrateurs actifs.

5° Les tribunaux administratifs connaissent le double degré de juridiction ; mais le droit d'appel n'est pas une règle générale : beaucoup de causes sont jugées en premier et dernier ressort par le Conseil d'État (contentieux de l'annulation, recours contre les élections aux conseils généraux, en matière de responsabilité extra-contractuelle de la puissance publique, en matière de marchés de fournitures de l'État, etc.). Mais quand le droit d'appel existe, il est indépendant de la valeur du litige : il peut s'exercer si minime que soit l'intérêt pécuniaire en jeu.

6° Les tribunaux administratifs, pas plus que les tribunaux judiciaires, ne peuvent prononcer par voie de disposition générale et réglementaire (C. civ. art. 5).

7° Leurs décisions sont soumises aux règles de l'article 1351 du Code civil sur l'effet relatif de la chose jugée. Il en est autrement, toutefois, lorsque le Conseil d'État annule un acte administratif sur recours pour excès de pouvoir : dans ce cas l'acte est anéanti à l'égard de tous (V. *infrà*, n° 352).

8° Les tribunaux administratifs, comme les tribunaux judiciaires, ne peuvent pas statuer *ultra petita*.

9° Les tribunaux administratifs sont distincts de l'Administration active ou délibérante (V. *infrà*, n^os^ 47 et suiv.).

On peut dire aujourd'hui que les administrateurs actifs ne sont jamais des juges administratifs : ni le maire, ni le préfet, ni le ministre, ne jugent de litiges. Il subsiste cependant encore aujourd'hui quelques traces de l'ancienne confusion entre l'Administration active ou délibérante et la juridiction administrative : le Conseil d'État, en même temps qu'un tribunal administratif supérieur, est un conseil consultatif de l'Administration active ; le conseil de préfecture a aussi, dans le domaine

départemental et communal, des attributions consultatives ; en outre, théoriquement du moins, il est présidé par le préfet.

Il n'est pas mauvais que la juridiction administrative conserve une sorte de regard sur l'Administration active, de manière à rester familiarisée avec ses besoins, ses procédés et ses défauts ; de manière aussi à ce que les fonctionnaires de l'Administration active n'aient pas l'impression d'être jugés par des étrangers, par des rivaux. D'ailleurs, des précautions sont prises par la loi pour que les conseillers d'État qui ont donné un avis administratif ou préparé un décret ne puissent connaître du contentieux de l'acte auquel ils ont ainsi collaboré. Quant au conseil de préfecture, ses décisions sont toujours susceptibles d'appel ; et, depuis la réforme du 6 septembre 1926, le préfet ne préside plus cette juridiction, même théoriquement.

Les tribunaux administratifs ne peuvent d'ailleurs, pas plus que les tribunaux judiciaires, empiéter sur le domaine de l'Administration active. Ainsi, quand le Conseil d'Etat annule un acte administratif, l'Administration active reste libre de le refaire à sa guise, ou même de ne pas le refaire.

Même dans le cas où un litige met en jeu le contentieux de pleine juridiction, c'est-à-dire même lorsque les tribunaux administratifs peuvent, non seulement annuler un acte, mais encore prononcer des condamnations contre l'Administration, le contentieux est purement pécuniaire. Elle ne peut ni être condamnée à faire un acte, à exécuter des travaux, à s'abstenir d'agir dans tel ou tel sens, ni y être indirectement contrainte au moyen d'une astreinte pénale. La juridiction administrative peut seulement, en principe, arrêter le chiffre des dettes contractuelles, fixer les indemnités dues pour dommage causé, condamner l'Administration à payer une somme d'argent.

Enfin, il faut remarquer que, comme il n'y a pas de voies d'exécution contre l'État, l'exécution des condamnations est toujours volontaire de sa part.

10° L'exécution des décisions juridictionnelles admi-

nistratives rendues contre les particuliers est assurée par des moyens analogues à ceux qui garantissent l'exécution des décisions judiciaires : le bénéficiaire d'un arrêté ou d'un arrêt des juridictions administratives peut procéder, en vertu de ce titre exécutoire, aux diverses saisies ; il jouit de l'hypothèque judiciaire (Av. Cons. d'Ét. 16 therm. an 12 ; L. 22 juill. 1889, art. 49).

16. Les divers groupes du contentieux administratif. — Comme on l'a vu ci-dessus (Introduction, n° 3), le rôle de la juridiction administrative est assez varié. Cette variété a amené la division du contentieux administratif en quatre branches : contentieux de pleine juridiction, contentieux de l'annulation, contentieux de l'interprétation, contentieux de la répression.

Nous caractériserons dans les numéros suivants chacune de ces quatre branches. Le contentieux de pleine juridiction et le contentieux de l'annulation sont les deux plus importantes. Dans le premier cas, l'arbitrage de la juridiction administrative s'exerce d'une manière complète sur la situation, tant en droit qu'en fait : elle alloue des indemnités (contentieux des travaux publics) ; elle réforme même les décisions de l'Administration active (contentieux des contributions directes, contentieux des établissements dangereux, incommodes ou insalubres). Dans le second cas, au contraire, c'est sur l'acte lui-même et non sur les faits et les droits respectifs des parties, que la juridiction administrative exerce son contrôle. Elle s'attache à l'acte indépendamment des droits et des dommages que peut faire naître son exécution ; elle le censure s'il est contraire au droit, sans qu'il soit nécessaire qu'il ait violé le droit propre d'un particulier ; elle se borne à l'annuler, sans pouvoir ni le réformer, ni tirer de cette annulation des conséquences pécuniaires. Sans doute, si l'exécution de l'acte a causé à un administré un dommage contraire au droit, ce dommage devra être réparé ; mais ce sera l'œuvre du contentieux de pleine juridiction qui alors, mais alors seulement, entrera en action.

Quel est le domaine propre de chacune de ces deux

branches du contentieux? Dans quel cas pourra-t-on recourir au contentieux de pleine juridiction? dans quel cas ne pourra-t-on faire appel qu'au contentieux de l'annulation? On peut dire, d'une façon générale, que le contentieux de l'annulation contrôle les *actes* administratifs indépendamment de leur exécution ; tandis que le contentieux de pleine juridiction règle les conséquences juridiques de l'*exécution* des actes, des opérations et des agissements provenant de la marche des services publics. Comme le dit M. Hauriou (*op. cit.*, p. 415), « la base des recours en annulation est la décision exécutoire, envisagée dans sa validité, et la base des recours de pleine juridiction ce sont les faits d'exécution ou de gestion et les droits subjectifs à réparation qu'ils engendrent ».

C'est ainsi que la demande d'un entrepreneur en règlement de son décompte, la réclamation d'un contribuable contre le montant de la cotisation qui lui est imposée, l'action en responsabilité dirigée contre l'État à raison d'un accident administratif, sont fondées sur l'atteinte portée aux droits d'un particulier au cours de l'exécution d'une opération administrative ou d'un service public ; elles mettent en jeu le contentieux de pleine juridiction. Au contraire, la confection et la publication d'un règlement de police, le refus ou le retrait d'une permission de voirie, sont des actes administratifs qui peuvent être attaqués par la voie du contentieux de l'annulation indépendamment de toute exécution : toute personne intéressée peut déférer au Conseil d'État, pour excès de pouvoir, le règlement de police irrégulier, sans attendre qu'il ait été exécuté par des mesures de contrainte ou par des procès-verbaux de contravention ; tout intéressé peut poursuivre l'annulation de l'acte administratif prononçant illégalement le retrait d'une concession ou d'une permission, sans attendre l'exécution de cet acte. C'est si vrai que l'ancienne jurisprudence du Conseil d'État, aujourd'hui abandonnée (V. *infrà*, n° 318), décidait dans certain cas que l'exécution de l'acte faisait obstacle à la recevabilité du recours en annulation.

Dans le contentieux de pleine juridiction, on voit en

présence deux parties litigantes qui débattent de leurs droits ; l'administré excipe d'un tort fait à lui-même, à son droit personnel.

Dans le contentieux de l'annulation, le demandeur se plaint moins d'une lésion de son droit personnel que d'une violation du droit en général. Ce n'est pas l'Administration qu'il actionne comme étant sa débitrice, c'est l'*acte* dont il veut obtenir l'anéantissement juridique parce qu'il l'estime contraire au droit. Le recours n'est pas un litige entre parties ; c'est la lutte impersonnelle contre l'illégalité, pour la correction du service. Le contentieux de pleine juridiction est subjectif, le contentieux de l'annulation est objectif. C'est pourquoi, tandis que le premier n'est ouvert qu'à ceux qui revendiquent un droit, le second, fondé sur l'intérêt qu'ont le public et l'Administration elle-même à la marche correcte des services publics, peut être mis en œuvre par quiconque justifie d'un intérêt (V. *infrà*, n° 339).

Il arrive assez souvent que la question de validité de l'acte administratif, envisagée objectivement, est étroitement connexe à des questions de fait où se trouvent impliqués des droits subjectifs. On a longtemps soutenu que, dans ce cas, le contentieux de l'annulation se fondait dans le contentieux de pleine juridiction, et ne pouvait plus être mis en œuvre isolément. C'est ce qu'on nomme la question du *recours parallèle* (V. *infrà*, n°s 320 et suiv.). Ainsi, par exemple, on décidait que le contentieux de la validité des tarifs administratifs, d'après lesquels certaines taxes directes sont perçues, n'était pas détachable du contentieux de pleine juridiction qui naît à l'occasion de l'application même de la taxe à tel ou tel contribuable : le contribuable ne pouvait pas attaquer le tarif isolément par la voie du recours pour excès de pouvoir ; il ne pouvait le discuter dans sa légalité qu'à l'occasion de l'application qui lui en était faite, et par voie de réclamation contre le rôle émis en vue de la perception. — Mais aujourd'hui le Conseil d'État admet moins aisément l'indivisibilité en pareil cas, et permet généralement aux administrés, pour des raisons

à la fois juridiques et pratiques (économie de frais, notamment), de détacher du contentieux de pleine juridiction le litige sur la validité objective de l'acte (V. *infrà*, n° 323, et J. Appleton, *Les progrès récents du recours pour excès de pouvoir*. Paris, Fontemoing, 1917).

17. Contentieux de pleine juridiction. — Les explications qui précèdent ont déjà fait comprendre la nature de cette branche du contentieux. Selon les expressions de Berthélemy (*op. cit.*, p. 983), « par le contentieux de pleine juridiction, les tribunaux administratifs ressemblent aux tribunaux civils ; ils sont juges du fait et du droit ; ils statuent sur le fond d'un procès ; leur décision est déclarative de droits, elle constate ce qui est dû, condamne à restitution ou à payement, elle est exécutoire par elle-même, elle emporte hypothèque, etc... ». On donnait souvent autrefois aux actions ainsi exercées le nom de « recours contentieux proprement dit », par opposition au recours pour excès de pouvoir qui ne pouvait aboutir qu'à une annulation d'acte et qui ne supposait pas nécessairement un droit violé. Ce dernier recours apparaissait comme une sorte de transition ou de compromis entre le recours contentieux proprement dit et le recours hiérarchique.

Nous avons précisé au numéro précédent la différence de nature qui sépare le contentieux de pleine juridiction du contentieux de l'annulation. Pratiquement on peut dire que le contentieux des opérations ou agissements de l'Administration est un contentieux de pleine juridiction, tandis que le contentieux des *actes* administratifs est généralement un contentieux d'annulation. Sans doute, les actes administratifs, lorsqu'ils sont illégaux, peuvent donner lieu à un contentieux de pleine juridiction si, ayant violé un droit, ils ont causé un dommage ; mais, dans ce cas, il faudra tout d'abord faire annuler l'acte entaché d'excès de pouvoir ; ceci fait, il ne subsistera plus qu'un agissement dommageable à l'occasion duquel une demande d'indemnité pourra être formée par le procédé du contentieux de pleine juridiction. Par exemple, lorsqu'un fonctionnaire a été

révoqué illégalement, il mettra d'abord en œuvre le contentieux de l'annulation pour anéantir, par le recours pour excès de pouvoir, l'acte de révocation illégale. Ensuite, s'il y a lieu, au moyen du contentieux de pleine juridiction, il se fera allouer une indemnité.

Le Conseil d'État a, d'ailleurs, fait des efforts très intéressants pour éviter cette complication de procédure ; il admet aujourd'hui que, lorsqu'un recours de pleine juridiction (par exemple une demande en indemnité) est formée à l'occasion de l'exécution d'un acte administratif, le demandeur peut joindre à sa requête des conclusions tendant à l'annulation de l'acte critiqué. Ainsi jugé en matière de révocation de fonctionnaires municipaux : Cons. d'Ét. 31 mars 1911, *Blanc*, *Argaing* et *Bézié*, et la note de M. Hauriou sous ces arrêts (S. 1912. 3. 129).

Comme on le voit, le contentieux de pleine juridiction comporte la reconnaissance, par la juridiction administrative, d'un droit violé, et la réparation de ce tort par la réformation plus ou moins complète de l'acte qui l'a causé (Cf. Berthélemy, *op. cit.*, p. 986).

Laferrière (*op. cit.*, t. 1, p. 16) divise en trois catégories les recours qui dépendent de cette branche du contentieux : 1° les contestations qui s'élèvent entre l'Administration et les particuliers au sujet de divers contrats intéressant la marche des services publics ; 2° les débats qui s'élèvent sur les obligations pécuniaires de l'État nées des autres sources d'obligations (quasi-contrats, quasi-délits, la loi) ; enfin 3° les contestations relatives à des opérations administratives d'où résultent des obligations ou des droits (comptabilité publique, impôts, recrutement de l'armée, opérations électorales).

Pour donner des exemples, nous rangerons dans le contentieux de pleine juridiction :

a) Les actions en responsabilité pour dommages et pour fautes intentées contre les administrations publiques. Telles sont, par exemple, les demandes en indemnité fondées sur les dommages causés par l'exécution des travaux publics ; les actions en responsabilité introduites contre l'État et ses succédanés à raison des

accidents administratifs ou des fautes des services publics.

b) Les actions naissant des contrats administratifs tels que les marchés de travaux publics, les marchés de fourniture de l'État, les traités de concession passés en vue de la gestion des services publics (demandes en payement de fournitures, de travaux, de redevances ; demandes en résiliation de marchés et contrats ; actions fondées sur les résiliations, déchéances, etc., prononcées par l'Administration).

c) Le contentieux des contributions directes et taxes assimilées (demandes en dégrèvement, en mutation de cote, etc....).

d) Le contentieux de la comptabilité publique (jugement des comptes présentés par les comptables de deniers publics, contrôle juridictionnel de la comptabilité de fait et de la gestion occulte).

e) Le contentieux des opérations électorales administratives (élections aux conseils généraux, aux conseils d'arrondissement, aux conseils municipaux ; élections des maires et adjoints, etc.). C'est là un contentieux de pleine juridiction, car le juge de l'élection peut non seulement annuler les opérations électorales, mais souvent rétablir les résultats erronés ou falsifiés, et proclamer élus des candidats qui ne l'avaient pas été par les organes de l'Administration active.

f) Le contentieux des traitements, soldes et pensions des fonctionnaires publics et assimilés.

g) Le contentieux des établissements dangereux, incommodes et insalubres. Par exception, ce contentieux, qui s'exerce par voie de recours contre les arrêtés préfectoraux ayant autorisé ou refusé d'autoriser l'ouverture des établissements classés, n'est pas, comme on pourrait le penser, un simple contentieux d'annulation. La juridiction administrative peut, non seulement annuler l'arrêté préfectoral, mais encore le réformer, ordonner des prescriptions nouvelles, abolir, comme inutiles ou excessives, certaines précautions exigées par l'Administration, etc. (L. 19 déc. 1917, art. 12 ; Berthélemy, *op. cit.*, p. 365).

Pour intenter un recours contentieux, il ne suffit pas (condition cependant toujours nécessaire) que le demandeur ait un intérêt à agir ; il faut encore qu'il invoque un droit méconnu ou violé. S'il ne revendiquait pas un droit (en dehors du contentieux de l'annulation, qui ne peut s'exercer que contre des actes proprement dits et non contre des opérations ou des agissements), l'administré ne pourrait agir que par le recours hiérarchique ou gracieux.

Le recours contentieux de pleine juridiction, toutes les fois qu'il est intenté contre une décision administrative, ce qui est le cas le plus fréquent (V. *infrà, Liaison du contentieux*, n° 204), doit être formé dans le délai de deux mois, soit exceptionnellement à dater de l'acte lui-même, soit plus généralement à dater du jour où cet acte est légalement porté à la connaissance de la partie litigante (publication ou notification de la décision, suivant les cas).

18. Contentieux de l'annulation. — Le contentieux de l'annulation se distingue du précédent en ce qu'il tend à l'annulation d'un acte juridique, et non à sa réformation, ou à une condamnation pécuniaire envers l'Administration. Il est dirigé contre un *acte*, une décision ; et cela alors même que l'on se pourvoirait contre le silence gardé par l'Administration à l'égard d'une réclamation : dans ce cas le silence est assimilé à une décision implicite de rejet.

Cette branche du contentieux peut se rattacher à la théorie générale des nullités ; un acte administratif ne peut produire d'effets juridiques que s'il est légalement fait par une autorité publique, dans la limite de ses pouvoirs, avec les formes voulues par la loi, et (particularité importante) *dans l'esprit de sa fonction*. L'invalidité de l'acte, dûment reconnue, fait tomber ses effets juridiques. Cette invalidité peut parfois être invoquée par voie d'exception devant l'autorité judiciaire elle-même (par exemple en matière répressive, lorsqu'il s'agit de l'application des règlements de simple police, ou en matière de contributions indirectes, lorsqu'il s'agit de

la légalité des actes administratifs qui ont établi les taxes ou les tarifs) ; elle peut l'être incidemment par les tribunaux administratifs lorsque l'autorité judiciaire, saisie d'un litige, a renvoyé devant l'autorité administrative l'appréciation préjudicielle de la validité d'un acte invoqué par les parties. Mais surtout la nullité, l'invalidité d'un acte administratif, donne ouverture au recours pour excès de pouvoir, action en nullité particulièrement simple et efficace mise directement par la jurisprudence du Conseil d'État à la disposition de tout intéressé.

Par ce recours, les administrés peuvent déférer au Conseil d'État et faire annuler toute décision exécutoire d'une autorité administrative, contraire au texte ou à l'esprit de la loi. On peut même dire aujourd'hui que, dans de nombreux cas, l'erreur de fait, pourvu qu'elle soit patente et génératrice d'un acte juridique, donne ouverture au recours pour excès de pouvoir.

Le recours pour excès de pouvoir a donné naissance à la théorie la plus intéressante, en même temps que la plus originale, du droit administratif français. Grâce à elle, la censure juridictionnelle des actes a atteint un développement et une étendue qu'elle n'a obtenue dans aucune autre nation. Il faut se rendre compte de ce qu'il y a de hardi dans une institution qui confie à une juridiction véritable le contrôle de la validité des actes de puissance publique les plus graves et les plus discrétionnaires de leur nature. Aussi pendant longtemps n'a-t-on pas osé dépouiller ce contentieux de tout caractère hiérarchique : c'était le chef de l'État qui, d'abord seul, puis en Conseil d'État, annulait les actes qui lui étaient déférés. Ce système, un instant abandonné en 1848, ne fut définitivement condamné qu'en 1872, époque à laquelle le Conseil d'État reçut un pouvoir propre de décision. La loi consacre expressément cette juridiction souveraine à propos du recours pour excès de pouvoir (L. 24 mai 1872, art. 9).

Ce n'est pas, d'ailleurs, le seul cas où le Conseil d'État ait à connaître d'une action directe en annulation : les décisions des juridictions administratives, lorsqu'elles ne donnent pas ouverture devant lui à des voies de

réformation, peuvent lui être déférées par le moyen du recours en cassation, recours qui ne saisit pas le Conseil d'État du fond du débat, mais seulement des questions de droit qui y sont impliquées. C'est ainsi que le Conseil d'État est juge de cassation des décisions de la Cour des comptes (L. 16 sept. 1807, art. 17), des conseils de révision statuant en matière de recrutement militaire (L. 1er avr. 1923, art. 27); de celles du Conseil supérieur de l'Instruction publique statuant comme juridiction disciplinaire (Laferrière, *op. cit.*, t. 1, p. 428); de celles des commissions supérieures en matière de contribution extraordinaire sur les bénéfices de guerre (L. 1er juill. 1916, art. 11), etc.

19. Contentieux de l'interprétation. — Les tribunaux judiciaires, qui ne peuvent ni annuler les actes administratifs, ni en entraver l'exécution, ne peuvent pas non plus les interpréter lorsque leur sens est obscur ou ambigu, ou en apprécier la validité lorsqu'elle est contestée. En d'autres termes, comme le dit Laferrière (*op. cit.*, t. 1, p. 18), « l'interprétation litigieuse des actes administratifs rentre dans le contentieux de ces actes ; par suite, elle est réservée à la juridiction administrative, alors même qu'elle se discute entre parties privées, au cours d'une contestation relevant des tribunaux judiciaires. »

Dès lors, lorsqu'une contestation se produira, au cours d'un débat judiciaire, sur le sens ou la validité d'un acte administratif invoqué aux débats, et que la solution de cette question incidente sera nécessaire à celle du débat au fond, une question préjudicielle naîtra, qui devra être tranchée au préalable par l'autorité administrative. Le tribunal judiciaire devra surseoir à statuer sur le fond jusqu'à ce que cette difficulté soit résolue.

On s'est demandé si la compétence de l'autorité administrative se justifiait aussi bien en cette matière que dans les deux autres branches principales du contentieux (contentieux de pleine juridiction et d'annulation). N'est-ce pas compliquer bien inutilement les débats, en

les surchargeant de questions préjudicielles qui les retardent et les alourdissent considérablement? Ne pourrait-on pas appliquer ici la règle *accessorium sequitur principale* et laisser les tribunaux judiciaires statuer sur le sens et la validité des actes administratifs lorsque cette question incidente n'est qu'un élément du débat principal dont ils sont compétemment saisis (*Sic*, Michoud, *Les conseils de préfecture*, *Rev. polit. et parlem.*, XII, p. 267)?

M. Hauriou défend la compétence de l'autorité administrative sur les questions préjudicielles en soutenant que cette branche du contentieux a été utile au progrès du droit administratif. Son raisonnement, plus empirique que juridique, ne paraît pas convaincant (Hauriou, *op. cit.*, p. 878). Laferrière fait observer plus justement que, si le contentieux préjudiciel de l'interprétation et de la validité des actes administratifs était livré entièrement aux tribunaux judiciaires, ceux-ci seraient maîtres d'anéantir les effets d'un grand nombre d'actes qui forment titre aux mains des justiciables. Il en est ainsi, par exemple, en matière de concessions. Ces actes mettent les concessionnaires en présence du public ; ils lui sont opposables : ils donnent des droits sur lui. Les contestations entre les particuliers et le concessionnaire sont de la compétence des tribunaux judiciaires ; si ceux-ci étaient juges du sens et de la validité des concessions, ils pourraient pratiquement détruire les droits dont l'Administration a investi les concessionnaires ; ceux-ci ne sont vraiment protégés que si l'autorité administrative elle-même peut interpréter sa pensée ou statuer sur la validité des actes accomplis.

Cette observation est juste ; mais elle ne porte plus lorsqu'il s'agit de l'interprétation ou de l'appréciation incidente de la validité des actes réglementaires, lesquels ne forment pas titre en faveur de tel ou tel citoyen en particulier, et dont l'appréciation par l'autorité judiciaire ne porte pas plus atteinte aux pouvoirs de l'Administration, que l'interprétation des lois, laissée aux tribunaux, n'empiète sur les attributions du législateur. C'est pourquoi, comme nous le verrons (*infrà*,

nos 56 et 67), la jurisprudence a fait fléchir, en ce qui concerne les actes réglementaires, la rigueur des règles générales du contentieux de l'interprétation.

L'étude détaillée de cette branche du contentieux trouvera sa place plus loin (nos 357 et suiv.). Disons seulement que, pour que les tribunaux judiciaires soient tenus de surseoir à statuer, il faut : 1° que la question soit soulevée à propos d'un acte administratif dont le contentieux échappe aux tribunaux judiciaires ; 2° que le sens de l'acte soit réellement obscur ou ambigu, ou que sa validité soit sérieusement contestée : les tribunaux, incompétents pour connaître des difficultés d'interprétation ou de validité des actes administratifs, ont au contraire le devoir de les appliquer, lorsque leur sens est clair et que leur validité n'est pas sérieusement contestée ; 3° que la question se pose à propos d'un litige né et actuel.

Il sera parfois nécessaire d'interpréter le sens d'une décision juridictionnelle administrative. Dans ce cas, cette interprétation devra être demandée à la juridiction même qui a rendu la décision (V.Cons. d'Ét. 26 juill. 1912, *Cie d'Orléans*, et le commentaire de M. Hauriou sur cet arrêt, *op. cit.*, p. 879).

20. Contentieux de la répression. — Cette expression est assez mal choisie : le mot « contentieux » suppose un litige ou un ensemble de litiges où des droits sont débattus, des intérêts invoqués, des pouvoirs contestés. Ici, quand on parle du « contentieux de la répression », on veut dire que l'Administration possède exceptionnellement des attributions répressives ; qu'elle est chargée de punir les auteurs de certains délits.

Il en est ainsi, par exemple, en matière de contraventions (ou plus exactement de délits) de grande voirie : les conseils de préfecture sont chargés d'appliquer les peines d'amende qui punissent les auteurs de ces infractions (V. *infrà*, nos 363 et suiv.).

On a souvent dit que c'était là un démembrement de la justice pénale ; et l'on a voulu en conclure que cette attribution exceptionnelle de la juridiction admi-

nistrative aurait dû rester confiée aux tribunaux judiciaires. Ce point de vue nous paraît contestable. La juridiction administrative a reçu ici compétence (spécialement en matière de grande voirie) parce que cette attribution répressive se rattache étroitement à la police et à la conservation du domaine public. Elle a pour but d'assurer l'intégrité de ce domaine, son affectation exclusive aux usages que la loi lui a assignés, la réparation des dommages qui lui sont causés. A l'inverse de la législation pénale dont l'objet essentiel est de réprimer les infractions en infligeant des peines aux délinquants, la législation de la grande voirie tend avant tout à faire disparaître les conséquences matérielles de l'infraction, notamment en ordonnant la restitution du terrain usurpé sur le domaine public, la réparation des dégâts causés,etc. A la vérité, les contraventions de grande voirie donnent lieu à des amendes, mais si les tribunaux administratifs les prononcent, c'est parce qu'il a paru logique de les laisser juges des divers aspects d'un même fait (anticipation, usurpations sur le domaine public, etc.). Le principal consiste ici à assurer l'intégrité du domaine public. L'application des peines, qui est l'accessoire, devait être remise aux juges chargés du principal.

M. Hauriou (*op. cit.*, p. 879) signale en outre, comme dépendant du contentieux de la répression, les actions disciplinaires qui relèvent des conseils de discipline, de plus en plus nombreux, qui punissent les fautes professionnelles commises par les fonctionnaires (ou même parfois par les particuliers, tels que les instituteurs privés). Telles seraient les actions portées devant les conseils académiques, les conseils des universités, le Conseil supérieur de l'Instruction publique, les conseils de discipline des ministères, des fonctionnaires communaux, etc. Mais les mesures prises par ces conseils ou sur leur avis ne sont pas des peines proprement dites ; ce sont plutôt des actes d'autorité de nature administrative, ayant pour but de faire régner l'ordre dans les services. La suspension, le déplacement, la révocation d'un fonctionnaire, la retenue opérée sur son traitement, toutes mesures qui constituent des actes admi-

nistratifs proprement dits lorsqu'elles émanent d'un maire, d'un préfet ou d'un ministre, ne changent pas de caractère lorsqu'elles interviennent sur l'avis d'un corps consultatif ou lorsqu'elles sont prononcées par un conseil administratif. Il y a là un contentieux très spécial, qu'on ne peut rattacher que par analogie au contentieux de la répression.

21. Les recours gracieux et hiérarchiques. — Les actes administratifs ne sont pas tous susceptibles d'un recours contentieux, surtout d'un recours de pleine juridiction pouvant aboutir à une réformation. Même si un tel recours est recevable, les particuliers préfèrent souvent ne pas intenter dès l'abord un véraitble procès, et tenter d'obtenir de l'Administration active elle-même la suppression ou la modification de l'acte qui leur fait grief. Enfin, dans la plupart des cas, cette démarche préalable auprès de l'Administration active sera le préliminaire obligé du débat contentieux proprement dit (*V. infrà, Liaison du contentieux*, nos 204 et suiv.). C'est pourquoi, à côté des recours contentieux, il existe des recours *gracieux* et *hiérarchiques*.

Ces deux sortes de recours sont théoriquement distincts : dans le recours hiérarchique, l'administré défère à un fonctionnaire supérieur l'acte ou l'agissement de son inférieur ; il lui demande de l'annuler ou de le réformer, comme lui faisant grief, en usant du pouvoir hiérarchique, qui met à la merci du supérieur les actes de l'inférieur. En un mot, il met en mouvement le contrôle hiérarchique.

Dans le recours gracieux, au contraire, c'est à l'auteur même de l'acte que s'adresse l'administré. L'idée de « contrôle », de « hiérarchie », ne joue donc pas ici. Le demandeur sollicite d'un fonctionnaire le retrait ou l'amendement d'un acte dont celui-ci est lui-même l'auteur. On peut à peine dire qu'il y a là un recours ; c'est plutôt une démarche ou une pétition (Hauriou, *op. cit.*, p.107).

Pratiquement, les deux recours sont confondus : l'un et l'autre diffèrent du recours contentieux en ce

qu'ils ne sont pas portés devant une juridiction, en ce qu'ils ne sont pas assujettis aux formes et aux délais de la justice administrative. Le recours gracieux, si la décision rendue ne donne pas satisfaction au pétitionnaire, aboutit au recours hiérarchique par l'appel formé devant le fonctionnaire supérieur.

Plus importantes sont les différences entre les recours gracieux et hiérarchiques, d'une part, et les recours contentieux, d'autre part. Elles sont fondées sur ce que ces derniers ont toujours pour base une violation du droit, tandis que les premiers peuvent ne prendre pour base que des considérations de simple opportunité, de convenance ou d'équité. De cette différence fondamentale découlent les conséquences suivantes : 1° Le recours contentieux est porté devant les tribunaux administratifs ; le recours gracieux ou hiérarchique, soit devant l'auteur de l'acte, soit devant ses supérieurs dans l'Administration active. C'est ainsi que l'acte d'un maire peut être déféré au préfet, puis au ministre. 2° Les décisions des tribunaux administratifs sur les recours contentieux ont l'autorité de la chose jugée ; elles constituent un droit acquis pour les parties en cause. Au contraire, l'auteur de la décision, en matière de recours gracieux ou hiérarchique, pourra toujours la rapporter (sauf si elle a été exécutée de manière à ne pouvoir être modifiée sans violer un droit acquis). 3° Les recours contentieux ne peuvent être intentés et poursuivis que dans certains délais et suivant certaines formes ; les recours gracieux sont affranchis des formes et des délais. 4° Les recours gracieux ou hiérarchiques peuvent être formés contre de simples agissements, tandis que les recours contentieux, sauf exceptions, ne peuvent être dirigés que contre des décisions exécutoires.

C'est ainsi, pour prendre un exemple, qu'en matière de contributions directes, la demande en dégrèvement, recours contentieux, est fondée sur le droit que le contribuable croit avoir d'être déchargé de tout ou partie de sa cotisation ; aussi est-elle portée devant une juridiction, le conseil de préfecture, et soumise à des délais spéciaux, ainsi qu'à des formes prescrites par la loi.

Les demandes en remise ou en modération, au contraire, dans lesquelles le contribuable ne conteste pas la validité de l'imposition, mais sollicite de l'Administration une solution d'équité, sont soumises au préfet, administrateur actif, sans délais préfixes et sans formes spéciales.

22. Suite : histoire, procédure et effets des recours gracieux et hiérarchiques. — Le législateur de 1790, en proclamant le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires, n'avait pas organisé de juridictions administratives. Le recours contentieux se confondait donc avec les recours gracieux et hiérarchique. Lorsque la constitution de l'an 8 créa le Conseil d'État et la loi du 28 pluviôse an 8 les conseils de préfecture, et au fur et à mesure que s'accentua la distinction entre ces grands corps et les organes de l'Administration active, le recours contentieux apparut davantage comme différant des recours gracieux et hiérarchique. Il fallut poser les règles auxquelles obéiraient ces derniers. Ce fut l'œuvre des décrets dits de décentralisation administrative, du 25 mars 1852, article 6, et du 13 avril 1861, article 7, œuvre complétée par l'article 7 du décret du 2 novembre 1864.

Le recours hiérarchique n'est recevable d'une façon générale qu'à l'égard des actes, opérations ou agissements des fonctionnaires hiérarchisés : maires, sous-préfets, préfets, ministres. Pour les actes des autorités décentralisées (par exemple les conseils municipaux, les conseils généraux), le recours hiérarchique ne joue pas, parce que les préfets, les ministres, ne sont pas, à proprement parler, les supérieurs hiérarchiques de ces corps élus. Par exception il arrivera cependant que le chef de l'État aura le pouvoir de suspendre, pour simple inopportunité, l'exécution d'une délibération prise par le conseil général sur certaines matières (L. 10 août 1871, art. 49).

Le recours gracieux est porté devant l'auteur même de l'acte. Mais le pétitionnaire peut, s'il le préfère, agir directement devant le supérieur immédiat du fonctionnaire qui a fait l'acte. Il peut ainsi déférer au préfet l'acte d'un maire ou d'un sous-préfet, puis se pourvoir

devant le ministre; mais il ne doit sauter aucun échelon (Cons. d'Ét. 31 juill. 1903, *Picard, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 584).

Ces recours ne sont assujettis à aucun délai : comme on l'a dit, un préfet du xx^e^ siècle pourrait fort bien réformer un acte d'un préfet de l'an 8.

Les pétitionnaires ne sont astreints à l'observation d'aucune forme de procédure. Leur requête doit être écrite sur papier timbré. L'auorité saisie du recours doit, en principe, statuer dans les quatre mois de la réception de la requête, constatée par un récépissé délivré à la partie requérante. Au bout de quatre mois, le pétitionnaire peut considérer sa demande comme rejetée, et se pourvoir au contentieux contre cette décision implicite de rejet (Décr. 2 nov. 1864, art. 7 ; L. 17 juill. 1900, art. 3. — V. *infrà, Liaison du contentieux*, n° 204).

Les recours gracieux et hiérarchique sont indépendants du recours contentieux : on n'est pas obligé de les intenter au préalable, avant de recourir à la voie contentieuse (Cons. d'Ét. 24 juin 1881, *Bougard*, D. P. 1882. 3. 51 ; 13 avr. 1881, *Bansais*, D. P. 1882. 3. 49 ; 14 janv. 1887, *Union des gaz, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 43) ; et réciproquement, après les avoir intentés en vain, on peut encore, en principe, agir au contentieux.

Ce n'est pas à dire que le fait d'avoir intenté ou non un recours gracieux ou hiérarchique ne puisse pas exercer une influence sur la recevabilité du recours contentieux. Lorsque, au lieu d'attaquer un acte administratif au contentieux, on l'a déféré, par la voie du recours gracieux ou hiérarchique, soit à l'auteur de l'acte, soit à son supérieur, les délais pour se pourvoir au contentieux (deux mois en général) cessent de courir ; et la notification du rejet du recours hiérarchique fait courir un nouveau délai de deux mois, pendant lequel le pétitionnaire peut intenter le recours contentieux. Ce résultat, qui n'est pas directement prévu par les textes, s'induit de l'article 7 du décret du 2 novembre 1864, aux termes duquel, si l'autorité saisie du recours hiérarchique reste quatre mois sans répondre, ce silence prolongé est assimilé à une décision de rejet, et ouvre aux parties le

recours contentieux. Ceci prouve bien que l'exercice du recours hiérarchique interrompt les délais de déchéance dans lesquels est enfermé le recours contentieux, puisque, s'il en était autrement, ces délais, qui sont de deux mois en principe, seraient depuis longtemps expirés au bout des quatre mois dont l'achèvement implique le rejet de la réclamation (Berthélemy, *op. cit.*, p. 997, note).

Toutefois, ce résultat ne se produit que si le recours hiérarchique a été intenté dans les délais utiles pour former un recours contentieux : une fois ces délais expirés, le demandeur est forclos ; son droit est éteint, et l'exercice du recours hiérarchique ne peut pas le faire artificiellement revivre. On avait tout d'abord pensé le contraire (Cons. d'Ét. 9 févr. 1865, D. P. 65. 3. 66) ; mais le Conseil d'Etat est revenu sur sa jurisprudence dans le célèbre arrêt *Bansais* (13 avr. 1881, D. P. 82. 3. 49) ; et depuis y a persisté très fermement (14 janv. 1887, *Union des gaz, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 43 ; 14 mars 1890, *Ville de Constantine, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 293).

Bien entendu, si l'autorité hiérarchique, au lieu de confirmer la décision attaquée devant elle, soit implicitement par son silence, soit explicitement par un arrêté de rejet, la réformait, il y aurait là une décision nouvelle que les intéressés pourraient attaquer au contentieux dans les délais ordinaires, même si le recours hiérarchique n'a été formé qu'à l'expiration des délais du recours contentieux. Ceci présente un intérêt particulier, dans le cas où la décision du supérieur hiérarchique aggrave, en la réformant, celle de l'autorité subordonnée (Laferrière, *op. cit.*, t. 2, p. 461 et suiv. — Cf. *infrà*, n° 317).

CHAPITRE II

SANCTIONS DU PRINCIPE DE LA SÉPARATION DES AUTORITÉS ADMINISTRATIVES ET JUDICIAIRES LES CONFLITS

---

23. Comment le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires est-il sanctionné? — Le principe de la séparation des autorités était autrefois sanctionné, en ce qui concerne l'interdiction pour les tribunaux de connaître des poursuites dirigées contre les fonctionnaires publics à raison de leurs fonctions, par la garantie inscrite en leur faveur dans l'article 75 de la Constitution de l'an 8. Cette garantie est aujourd'hui abolie par le décret du 19 septembre 1870 (V. *infrà*, nos 123 et suiv.).

Trois autres sanctions existent encore actuellement :

1° Les actes faits par l'autorité incompétente sont frappés de nullité. Les actes judiciaires ou administratifs accomplis en violation du principe de la séparation, sont entachés du vice d'incompétence *ratione materiæ*. Devant les tribunaux judiciaires ce vice peut être invoqué en tout état de cause, et même pour la première fois devant la Cour de cassation. A raison de son caractère d'ordre public, il doit même être relevé d'office par les juges (C. pr. civ., art. 170). De même les tribunaux administratifs, et spécialement le Conseil d'État, saisis soit par la voie de l'appel contre les décisions juridictionnelles administratives, soit au moyen du recours pour excès de pouvoir, annuleront les décisions admi-

nistratives qui empiéteraient sur les attributions des tribunaux. Dans certains cas, l'empiétement pourra même apparaître comme si patent et si grave, que l'acte ainsi entaché d'une forme particulière d'incompétence appelée *usurpation de pouvoir*, n'aura pas besoin d'être au préalable annulé pour perdre toute valeur légale, et sera, de plein droit, dépourvu de tout effet juridique (Laferrière, *op. cit.*, t. 2, p. 498. — Cf. *infrà*, nº 327).

2º Les articles 127, 130 et 131 du Code pénal frappent de peines variées les magistrats et les administrateurs qui seront, de mauvaise foi, sortis des attributions constitutionnelles, soit de la justice pour les premiers, soit de l'Administration pour les seconds.

3º Préoccupé spécialement d'éviter les empiétements judiciaires sur le domaine de l'Administration, le législateur a organisé, en faveur de celle-ci, une procédure et une juridiction spéciales pour arbitrer les conflits de compétence. C'est ce dernier point que nous allons examiner.

24. Le conflit positif d'attributions. Ses caractères. — Un conflit est une lutte de compétence. On dit qu'il y a conflit de *juridictions* lorsque deux organes dépendant d'une même autorité se déclarent tous deux compétents ou tous deux incompétents. Il en serait ainsi, par exemple, si un tribunal civil et un tribunal de commerce, tous deux organes judiciaires, se déclaraient tous deux compétents pour connaître d'une même affaire. Ce conflit de juridictions trouverait sa solution dans la procédure du règlement de juges (art. 363 et suiv. C. pr. civ., 525 et suiv. C. instr. crim.).

Il y a conflit d'attributions, lorsque la lutte de compétence s'engage, non entre organes d'une même autorité, mais entre organes dépendant l'un de l'autorité administrative, l'autre de l'autorité judiciaire. Plus spécialement il y aura conflit d'attributions lorsqu'un tribunal judiciaire prétendra retenir une affaire ou un incident revendiqués par l'autorité administrative. Il en serait ainsi, par exemple, si un tribunal civil, malgré

le déclinatoire opposé par l'Administration, se déclaraît compétent pour connaître d'une demande en indemnité fondée sur des faits qui constitueraient, aux yeux de l'Administration, un dommage causé par l'exécution des travaux publics.

Le conflit est positif lorsque l'autorité administrative et l'autorité judiciaire veulent toutes deux retenir une affaire. Il est négatif lorsqu'elles déclinent toutes deux leur compétence. Mais dans ce dernier cas le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires n'est pas intéressé, aucun empiétement n'étant à craindre.

Le mot conflit ne désigne pas seulement la lutte de compétence, mais aussi la procédure destinée à y mettre fin. Ainsi entendu, le conflit positif d'attributions est une procédure servant de sanction au principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires.

Il convient de remarquer que la procédure du conflit, en l'état de l'opinion dominante, n'existe qu'en faveur de l'autorité judiciaire. A première vue, le contraire paraît cependant résulter de l'article 26 de la loi du 24 mai 1872 sur le Conseil d'État, ainsi conçu : « Les ministres ont le droit de revendiquer devant le Tribunal des conflits les affaires portées à la section du contentieux et qui n'appartiendraient pas au contentieux administratif ». Il semble qu'il y ait là, pour l'autorité judiciaire, le moyen de faire jouer, au profit des tribunaux, la procédure du conflit, lorsqu'une cause portée devant le Conseil d'État lui paraît relever de la justice et non de la juridiction administrative.

Cette explication de l'article 26 est combattue par la majorité des auteurs : Batbie, *Droit publ. et administr.*, 2e édit., t. 7, nº 356, p. 377, note 1 ; Ducrocq, *Droit administr.*, 7e édit., t. 3, p. 306, nº 996. Ils font remarquer que les travaux préparatoires de l'article 47 de la loi du 3 mars 1849, auquel l'article 26 de la loi du 24 mai 1872 est emprunté, laissent supposer que cette disposition a pour but d'empêcher le Conseil d'État d'empiéter sur le domaine réservé à l'autorité gouvernementale, et d'étendre le contentieux administratif aux actes de

gouvernement. Ils ajoutent que, si c'était là une disposition édictée en faveur de l'autorité judiciaire, il eût suffi d'accorder au seul ministre de la Justice le droit d'élever cette sorte de conflit; on comprendrait mal que cette prérogative eût été étendue à tous les ministres.

Certains auteurs répondent à cela, d'abord que l'argument tiré des travaux préparatoires n'est pas décisif : trop souvent l'intention du législateur n'apparaît pas clairement à la lecture des débats officiels ; ensuite que, le texte seul faisant loi, rien n'empêche une institution de se développer, à l'abri du texte, dans un sens autre que celui prévu à l'origine par le législateur : on en peut citer plusieurs exemples ; enfin, que les ministres autres que celui de la Justice peuvent préférer la juridiction des tribunaux judiciaires à celle du Conseil d'État pour certains litiges intéressant leur administration ; il est donc juste qu'ils puissent, le cas échéant, comme leur collègue de la Justice, faire valoir par la voie du conflit l'incompétence du Conseil d'État (*Sic*, Aucoc, *Conférences sur l'Administr.*, t. 1, n° 400 ; Hauriou, *op. cit.*, p. 880, note 1).

Ce dernier auteur remarque que, lorsqu'une affaire qu'un plaideur estime relever des tribunaux judiciaires est pendante devant le Conseil d'État, ce plaideur peut indirectement faire régler la question de compétence par la voie du conflit en saisissant lui-même un tribunal judiciaire, devant lequel le préfet ne manquera pas de soulever un déclinatoire, et, au besoin, d'élever le conflit.

Le contentieux des conflits présente un caractère constitutionnel, comme le principe de la séparation des pouvoirs lui-même, dont celui de la séparation des autorités administratives et judiciaires est considéré comme une application (Hauriou, *op. cit.*, p. 880, texe et note 3 ; Confl. 5 nov. 1880, *Marquigny*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 803).

Le conflit positif n'a pas un caractère contentieux proprement dit : il met en présence deux autorités, non deux plaideurs privés. Le litige s'agite en dehors et au-dessus des plaideurs primitifs ; ils ne sont pas parties

à l'instance sur conflit. On tire de là les conséquences suivantes : 1° les plaideurs primitifs ne peuvent pas récuser les membres du Tribunal des conflits, même s'ils eussent pu faire valoir l'une des causes de récusation prévues par l'article 378 du Code de procédure civile (Trib. confl. 4 nov. 1880, D. P. 80. 3. 121. — Cf. D., *Rép. prat.*, v° *Conflit*, n^os 15 et 16) ; 2° les décisions rendues sur conflit positif ne comportent pas de condamnation aux dépens (Cons. d'Ét. 26 févr. 1857, deux arrêts, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 163 et 174 ; 13 déc. 1861, D. P. 62. 3. 9 ; D., *Rép. prat.*, v° *Conflit*, n° 272) ; 3° les décisions de cette nature ne sont pas passibles de droits d'enregistrement (D., *Rép. prat.*, *eod. v°*, n° 254).

Le conflit suppose une double affirmation de compétence. Il faut donc, pour qu'il puisse être élevé, que le tribunal judiciaire ait statué sur sa propre compétence. C'est pourquoi le conflit ne peut pas être élevé pour empêcher un établissement public communal de plaider devant un tribunal judiciaire sans l'autorisation du conseil de préfecture, lorsque cette autorisation est nécessaire (Ord. 1^er juin 1828, art. 3, 1°). Cet article est sans application aux communes, depuis la loi du 8 janvier 1905, qui les a affranchies de l'autorisation de plaider. Son intérêt subsiste pour les établissements communaux (L. 8 janv. 1905, art. 3 ; Berthélemy, *op. cit.*, p. 571).

C'est pour la même raison que le conflit ne peut pas être élevé pour sanctionner l'obligation imposée aux parties de ne pas agir en justice contre les administrations publiques sans avoir au préalable déposé un mémoire (L. 28 oct.-5 nov. 1790, t. 3, art. 15 ; L. 10 août 1871, art. 55 ; L. 5 avr. 1884, art. 124 et suiv. ; L. 8 janv. 1905 ; Hauriou, *op. cit.*, p. 905). L'article 3-2° de l'ordonnance du 1^er juin 1828 consacre expressément ce principe.

Dans ces deux cas, en effet, le tribunal judiciaire est bien compétent ; sa compétence n'est même pas contestée ; seule une question de recevabilité et de procédure est en jeu ; le principe de la séparation des pouvoirs n'est pas intéressé.

25. Devant quelles juridictions le conflit peut-il être élevé? — L'ordonnance du 1er juin 1828, qui a réglé ce point, l'a fait d'une manière assez imparfaite. Il y a des juridictions devant lesquelles la procédure du conflit est impossible, pour des raisons de pure forme, sans lien avec les principes. Quoi qu'il en soit, on peut diviser, à ce point de vue, les juridictions en trois catégories : 1° celles devant lesquelles le conflit est toujours possible ; 2° celles devant lesquelles cette procédure n'est possible que dans des cas déterminés ; 3° celles enfin devant lesquelles elle n'est jamais possible.

26. I. Juridictions devant lesquelles le conflit est toujours possible. — Ce sont les tribunaux civils de première instance et les cours d'appel. C'est à ces juridictions spécialement que s'applique la procédure organisée par l'ordonnance du 1er juin 1828.

Une seule difficulté a été élevée, à propos de la juridiction des référés. On a soutenu que la procédure du conflit ne pouvait être employée devant cette juridiction, parce que le procureur de la République, agent de transmission obligatoire, d'après l'ordonnance de 1828, du déclinatoire proposé par le préfet, ne concourt pas aux débats devant le juge des référés. Ce motif est sans valeur, car rien ne s'oppose à ce que le procureur de la République assiste à l'audience des référés lorsqu'il a un acte de ses fonctions à y accomplir. En temps ordinaire son intervention n'est pas nécessaire ; mais elle n'est nullement exclue. Le président du tribunal civil, jugeant en référé, n'est d'ailleurs qu'une émanation du tribunal civil, devant lequel le conflit est possible.

Une jurisprudence constante reconnaît que le conflit peut être élevé devant le juge des référés : Trib. confl. 27 déc. 1880, *Caseneuve, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 1086 ; 13 et 27 janv. 1883 (D. P. 84. 3. 73) ; 13 déc. 1902, sol. impl. (D. P. 1903. 3. 71) ; 19 mai 1917, sol. impl. (D. P. 1917. 3. 17).

27. II. Juridictions devant lesquelles le conflit n'est possible que dans certains cas. — Ce sont

les tribunaux correctionnels. L'article 2 de l'ordonnance du 1er juin 1828 dispose à ce sujet : « Il ne pourra être élevé de conflit en matière de police correctionnelle que dans les deux cas suivants : 1° lorsque la répression du délit est attribuée, par une disposition législative, à l'autorité administrative ; 2° lorsque le jugement à rendre par le tribunal dépendra d'une question préjudicielle dont la connaissance appartiendrait à l'autorité administrative, en vertu d'une disposition législative. Dans ce dernier cas, le conflit ne pourra être élevé que sur la question préjudicielle ». Le conflit élevé en dehors de ces deux cas est nul (Cons. d'Ét. 7 mai 1871, deux arrêts, D. P. 72. 3. 17).

Le premier cas prévu par le texte précité concerne les attributions répressives des conseils de préfecture (V. *infrà, Contentieux de la répression*, nos 363 et suiv.). Si un délit de grande voirie était, par erreur, déféré au tribunal correctionnel, la procédure du conflit pourrait, au besoin, obliger le tribunal à se dessaisir.

On a voulu élever le conflit à l'occasion de poursuites correctionnelles dirigées contre les membres d'un conseil municipal, sous l'inculpation de diffamations commises contre des particuliers dans une délibération du conseil. On se fondait pour cela sur l'article 60 de la loi des 14-22 décembre 1789, qui donne à l'Administration le droit d'annuler de telles délibérations. Mais cette attribution est parfaitement distincte de celle des tribunaux correctionnels : l'Administration fait cesser un abus municipal, la juridiction répressive punit un délit. Il ne s'agit pas là d'un cas où la connaissance d'un délit est réservée aux organes administratifs. Le conflit ne peut donc pas être élevé dans ce cas : Cons. d'Ét. 18 mai 1872 (*Rec. Cons. d'Ét.*, p. 328) ; Trib. confl. 28 déc. 1878 (D. P. 79. 3. 56) ; 13 déc. 1879 (D. P. 80. 3. 102) ; 22 mars 1884 (D. P. 85. 3. 118) ; Laferrière, *op. cit.*, t. 1, p. 631-632.

Le second cas dans lequel le conflit est possible en matière correctionnelle est celui où le jugement de la poursuite est subordonné à la solution d'une question préjudicielle dont la connaissance appartient à l'auto-

rité administrative. Il en est ainsi lorsque, au cours des poursuites correctionnelles intentées contre lui, le prévenu invoque un fait justificatif résultant d'un acte administratif dont il y a lieu d'apprécier, au préalable, le sens ou la régularité. Le conflit peut être élevé, par exemple, quand un entrepreneur de travaux publics, poursuivi par application de l'article 144 du C. forestier pour avoir pratiqué des extractions de matériaux dans une forêt, soutient qu'il n'a agi qu'en vertu d'ordres réguliers de l'Administration (Cons. d'Ét. 28 mai 1846, D., *Rép. prat.*, v° *Conflit*, n° 681) ; ou lorsque, poursuivi pour avoir causé volontairement des dommages à la propriété privée, il se prévaut d'ordres administratifs dont le sens ou la portée sont contestés (Cons. d'Ét. 31 mars 1847, D. P. 48. 3. 3).

Mais il faut, bien entendu, que la question préjudicielle résulte de l'influence que peut avoir sur le débat un acte administratif, dont le sens ou la régularité sont contestés. La question de responsabilité pénale, même lorsque le prévenu est un fonctionnaire public et que le délit qui lui est reproché a été commis au cours ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, reste livrée sans partage à l'appréciation de la juridiction correctionnelle, et aucun conflit ne peut être élevé sur ce point (Trib. confl. 31 juill. 1876, D. P. 76. 3. 51).

Une jurisprudence peut-être critiquable au point de vue doctrinal (Berthélemy, *op. cit.*, p. 953 ; Le Poittevin, *Revue pénit.*, 1906, p. 529 et 530), mais solidement assise (Trib. confl. 15 avr. 1905, D. P. 1907. 3. 8 ; 22 juill. 1909, D. P. 1911. 3. 56), décide que la limitation des cas dans lesquels le conflit peut être élevé en matière correctionnelle ne s'applique pas à l'égard de l'action civile intentée devant cette juridiction par la partie lésée, soit contre le prévenu, soit contre la partie civilement responsable. Dans ce cas, le conflit peut être élevé aussi librement que si cette action avait été portée devant le tribunal civil. C'est ainsi qu'il a été décidé, sur conflit, que la juridiction correctionnelle est incompétente pour connaître de l'action introduite par une partie civile et tendant à faire déclarer le préfet de

police, à Paris, civilement responsable du délit d'homicide par imprudence commis par un gardien de la paix sur la personne d'un individu qu'il conduisait au poste de police (Trib. confl. 26 mai 1924, D. P. 1925. 3. 52-53).

28. III. Juridictions devant lesquelles le conflit n'est jamais possible. — Ce sont les juridictions criminelles. L'article 1er de l'ordonnance du 1er juin 1828 dispose qu' « à l'avenir, le conflit d'attributions... ne sera jamais élevé en matière criminelle ». Comme il n'y a aucun crime dont la répression soit actuellement confiée à l'autorité administrative, ce texte signifie simplement que le conflit ne peut pas être élevé, en matière criminelle, à l'occasion d'une question préjudicielle.

Il faut bien entendre cette disposition : elle ne signifie pas que les juridictions criminelles puissent, plus que les autres organes judiciaires, connaître des actes administratifs, en apprécier la validité, en fixer le sens lorsqu'il y a lieu à interprétation, se substituer à l'Administration pour faire les actes réservés à celle-ci. Le principe de la séparation des pouvoirs s'applique ici comme ailleurs ; seulement il n'est plus sanctionné par la procédure du conflit. Il restera la ressource du pourvoi en cassation (Berthélemy, *op. cit.*, p. 953 ; J. Appleton, note sous Crim. 15 mars 1923, D. P. 1923. 1. 137).

Ainsi la Cour d'assises ne pourrait connaître du crime de détournement commis par un comptable de deniers publics (C. pén., art. 169 et suiv.) avant que l'Administration se soit prononcée sur la régularité des comptes de celui-ci : Dalloz, *Rép.*, v° *Trésor public*, n° 1031 ; *Suppl., eod. v°*, n° 632 ; *Rép. prat.*, v^is *Forfaiture*, n^os 33 et 34 ; *Questions préjudicielles*, n° 96, et les autorités citées.

L'article 1er de l'ordonnance de 1828 est une réaction contre l'abus des conflits commis pendant la période révolutionnaire, sous le Directoire, le Consulat, l'Empire et aussi sous la Restauration : trop souvent on avait, par cette procédure, soustrait à l'action publique les fonctionnaires coupables, sous le prétexte qu'ils avaient agi comme agents du Gouvernement. L'ordonnance de

1828 a voulu rendre cet abus impossible (V. Dalloz, *Rép. prat.*, v° *Conflit*, et les autorités citées).

Toutefois, la jurisprudence décide que la défense d'élever le conflit en matière criminelle ne vise que l'action publique, dont il est interdit de suspendre le cours par cette procédure, et non l'action civile exercée par la partie lésée devant la juridiction criminelle, conformément à l'option que lui laisse l'article 3 du Code d'instruction criminelle.

C'est ainsi que le Tribunal des conflits a jugé que le conflit pouvait être élevé sur l'action engagée par un particulier devant un juge d'instruction, tendant à inculper un fonctionnaire public à raison de faits accomplis dans l'exercice de ses fonctions, où le demandeur voulait voir des actes qualifiés crimes par la loi : Trib. confl. 22 déc. 1880, trois arrêts (D. P. 81. 3. 17) ; 12 févr. 1881 (D. P. 81. 5. 90) ; 19 févr. 1881, trois arrêts, *ibid.* ; 26 février 1881, quatre arrêts, *ibid.* ; 12 mars 1881, deux arrêts, *ibid.* ; 12 mars 1881, 2e et 3e espèces (D. P. 81. 3. 81-82) ; 2 avr. 1881 (D. P. 81. 5. 90).

Cette jurisprudence s'est formée à propos de l'application des décrets du 29 mars 1880, ordonnant la dispersion de congrégations religieuses non autorisées. On avait voulu voir dans les actes d'exécution de ces décrets des attentats à la liberté individuelle, crime prévu et puni par l'article 114 du Code pénal, et les personnes lésées avaient saisi le juge d'instruction d'une plainte avec constitution de partie civile. C'est par la procédure du conflit que le Gouvernement réussit à arrêter ces poursuites.

La jurisprudence du Tribunal des conflits sur ce point appelle, en l'état des dispositions de l'ordonnance de 1828, de sérieuses réserves. La plainte de la partie lésée qui se constitue partie civile met en mouvement l'action publique. La victime de l'infraction devient ainsi un véritable ministère public ; son action oblige les juridictions criminelles d'instruction et de jugement à statuer, non seulement sur les intérêts civils, mais avant tout sur la culpabilité et l'application de la peine.

Nous sommes donc bien ici « en matière criminelle », cas auquel l'article 1er de l'ordonnance de 1828 prohibe le conflit. Là encore des considérations pratiques ont fait fléchir la rigueur des textes ; elles sont bien développées par Laferrière (*op. cit.*, t. 1, p. 629-630).

Ajoutons, pour en finir sur ce point, que le conflit ne peut pas être élevé devant les conseils de guerre : ce sont des juridictions criminelles, et le fait qu'ils connaissent aussi des simples délits commis par les militaires ne leur enlève pas ce caractère.

29. Des juridictions où il existe des obstacles de procédure au conflit. — 1° *Tribunaux de simple police.* — Une jurisprudence ancienne, mais unanime, décide que le conflit ne peut pas être élevé devant cette juridiction, parce que la procédure prévue par l'ordonnance de 1828 n'y est pas applicable : le conflit suppose l'intervention du procureur de la République, qui transmet au tribunal le déclinatoire de compétence et l'arrêté de conflit. Or ce magistrat n'exerce pas ses fonctions auprès du tribunal de simple police : le rôle du ministère public y est exercé par le commissaire de police (Cons. d'Ét. 3 déc. 1828, D., *Rép. prat.*, v° *Conflit*, n° 61 ; 16 juill. 1846, D. P. 47. 3. 49).

Cette raison est peu convaincante : un argument purement littéral ne saurait porter, en présence du principe de la séparation des pouvoirs et du caractère à la fois constitutionnel et très général du contentieux des conflits, qui lui sert de sanction (L. 7-14 oct. 1790 ; 21 fruct. an 3). Au surplus, l'ordonnance du 1er juin 1828, en désignant limitativement les juridictions devant lesquelles le conflit n'est pas possible (art. 1er) et celles devant lesquelles il ne peut être élevé que dans des cas déterminés (art. 2), implique bien que cette procédure peut être employée devant toutes les autres juridictions. En droit français, à la différence de ce qui se passait en droit romain, l'exercice d'un droit ne peut jamais être empêché par l'insuffisance des moyens ou le silence des lois de procédure. Si la loi de procédure est muette, le juge opérera par voie d'analogie. C'est ce qu'a toujours fait le Conseil d'État, qui a réglé lui-même la procé-

dure des actions exercées devant lui, toutes les fois que la loi n'y avait pas pourvu.

Concluons donc, contrairement à la jurisprudence ancienne, que le conflit peut être élevé devant le tribunal de simple police. Le procureur de la République recevra du préfet le déclinatoire, et, s'il y a lieu, l'arrêté de conflit, et les fera parvenir au juge par le commissaire de police.

En tout cas, il est bien certain que le conflit peut être élevé devant le tribunal correctionnel, saisi de l'appel d'un jugement de simple police, dans les deux cas prévus par l'article 2 de l'ordonnance de 1828 : Cons. d'Ét. 7 août 1863 (D. P. 63. 3. 81).

2° *Tribunaux de commerce.* — Ici l'obstacle de procédure est plus grave encore : il n'existe pas de ministère public auprès de ces juridictions. Les auteurs et un vieil arrêt du Conseil d'État en concluent que le conflit n'est pas possible devant ces tribunaux, le procureur de la République n'y pouvant jouer le rôle que lui réserve l'ordonnance de 1828 dans cette procédure (Cons. d'Ét. 29 mars 1832, D., *Rép. prat.*, v° *Conflit*, n° 62. — V. les autorités citées au *Rép. prat.*, v° *Conflit*, n° 76).

Cette opinion, si unanime qu'elle soit, nous paraît erronée, pour les raisons déjà exposées au sujet des tribunaux de simple police. D'ailleurs, en quoi consiste le rôle du procureur de la République en matière de conflit? A transmettre au tribunal le déclinatoire du préfet et son arrêté de conflit ; à prendre, dans ce dernier cas, des réquisitions de sursis. Il était naturel, devant les tribunaux où fonctionnent les magistrats du Parquet, de les charger de ce soin : ils représentent l'État puissance publique ; ils étaient, en cette matière, les porte-paroles naturels du préfet. Le mot même l'indique : le « procureur » est un mandataire ; sous l'ancien régime le procureur du roi, à l'heure actuelle le procureur de la République, sont les mandataires du Gouvernement. Devant les tribunaux où la puissance publique n'a pas de représentants permanents et officiels, rien ne l'empêche de prendre un autre mandataire. Par conséquent, devant les tribunaux de commerce,

le declinatoire de compétence et l'arrêté de conflit pourront être transmis, les conclusions de sursis pourront être prises au nom du Gouvernement, par un avocat ou un avoué, mandataires légaux dispensés de procuration (L. 13 juill. 1911, art. 96 et 97), ou par un fondé de pouvoir spécial (C. pr. civ., art. 421 ; C. comm., art. 627).

Dans l'opinion opposée, on aboutit à cette conséquence inadmissible qu'une même cause, qui ne pourrait pas donner lieu à conflit si elle est portée devant un tribunal de commerce, serait au contraire sujette à cette procédure si elle est soumise à un tribunal civil, soit que le demandeur ait (comme il arrive très souvent) le choix entre ces deux juridictions, soit qu'il n'existe pas de tribunal de commerce dans l'arrondissement où l'affaire doit être jugée (C. comm., art. 640).

Si l'ordonnance de 1828 ne parle pas des tribunaux de commerce, c'est parce que, d'une part ces juridictions étaient loin d'avoir, à cette époque, la même importance qu'à l'heure actuelle, et que, d'autre part, on n'apercevait guère de cas dans lesquels une affaire administrative pourrait être portée par erreur devant un tribunal consulaire. Aujourd'hui, au contraire, le développement du rôle industriel de l'État le rend assez souvent justiciable des tribunaux de commerce, et crée dans ces cas, entre la juridiction consulaire et celle des tribunaux administratifs, une frontière assez indécise pour que la compétence de la première soit fréquemment discutée. De plus, les nombreux litiges entre les concessionnaires de services publics (gaz, énergie électrique, transports, etc.) et les usagers exigent souvent l'interprétation préjudicielle des actes de concession et des cahiers des charges ; et là encore le principe de la séparation des pouvoirs est intéressé.

Quoi qu'il en soit, même dans l'opinion que nous combattons, on admet unanimement que le conflit peut être élevé en cause d'appel, même en matière commerciale (V. les autorités citées dans Dalloz, *Rép. prat.*, v° *Conflit*, n° 77).

3° *Justices de paix et conseils de prud'homme.* — La même controverse existe pour les mêmes raisons. Con-

trairement à l'opinion dominante, nous pensons que le conflit pourrait être élevé devant ces juridictions (*Contrà* D., *Rép. prat.*, *v° cit.*, n°s 69, 70 et les autorités citées).

4° *Jurys d'expropriation.* — Malgré le silence de l'ordonnance de 1828, qui paraîtrait, au premier abord, autoriser le conflit devant ces juridictions, nous ne pensons pas qu'il puisse y être élevé : le jury de jugement est essentiellement temporaire. Le conflit élevé par le préfet devant le jury d'expropriation et le sursis qui s'en suit auraient pour effet la dissolution du jury déjà constitué, et exigeraient, si le conflit est annulé, le tirage au sort d'un nouveau jury ; de sorte qu'l'Administration disposerait ainsi d'une voie indirecte pour récuser péremptoirement l'ensemble du jury, alors que la loi ne lui donne droit qu'à une seule récusation (L. 3 mai 1841 modif. par L. 6 nov. 1918, art. 34).

Au reste, la très large juridiction accordée par la loi aux organes judiciaires en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique enlève à cette question une partie de son intérêt pratique (V. Dalloz, *Rép. prat.*, *v° cit.*, n° 79).

Sur le conflit devant la Cour de cassation, V. *infrà*, n° 31.

30. Par qui le conflit peut-il être élevé ? — L'arrêté des conseils du 13 brumaire, an 10, article 3 et l'ordonnance du 1er juin 1828 réservent aux préfets seuls cette attribution. Les ministres peuvent donner l'ordre à un préfet d'élever le conflit ; ils ne peuvent l'élever eux-mêmes (Berthélemy, *op. cit.*, p. 954).

A Paris, le conflit est élevé soit par le préfet de police, soit par le préfet de la Seine, chacun pour les matières comprises dans ses attributions (D., *Rép. prat.*, v° *Conflit*, n°s 18 et 19, et les arrêts cités).

Dans les affaires ressortissant au ministère de la Marine, la jurisprudence décide que les préfets maritimes seuls ont le droit d'élever le conflit, et cela à l'exclusion des préfets des départements (Trib. confl., 15 avr. 1905, D. P. 1906. 3. 103 ; D., *Rép. prat.*, *v° cit.*, n° 20).

En Algérie, les préfets ont également dans leurs attributions la procédure du conflit (arrêté du 30 déc. 1848). Les généraux faisant fonctions de préfets dans les territoires du Sud ont le même droit (Cons. d'Ét. 7 août 1856, *sol. impl.*, D. P. 57. 3. 18). Dans les colonies, ce soin est confié aux gouverneurs (Décr. 5 août 1881, art. 4 ; 7 sept. 1881 ; Trib. confl. 22 juill. 1899, D. P. 1901. 3. 10) ; en Tunisie, au résident général (Trib. confl. 16 nov. 1901, D. P. 1903. 3. 21 ; 12 déc. 1908, D. P. 1910. 3. 80).

Lorsque le conflit est élevé en cause d'appel, c'est le préfet dans le département duquel l'affaire est née et a été jugée en première instance qui reste compétent, même si la cour d'appel siège dans un autre département (Trib. confl. 26 mars 1892, D. P. 93. 3. 69 ; 30 avr. 1898, D. P. 99. 3. 95; 2 juill. 1898, D. P. 1900. 3. 11). Il en est ainsi même si la cour d'appel a été désignée pour connaître de la cause, par un arrêt de cassation (Trib. confl. 9 juin 1923, *Vve Sicard, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 473).

Les parties n'ont jamais le droit de recourir elles-mêmes à cette procédure, même en cas de refus du préfet d'élever le conflit (V. trav. préparatoires de la loi du 24 mai 1872, amendemant Roger-Marvaise, D. P. 72. 4. 101, note 3). La décision du préfet est, d'ailleurs, discrétionnaire (Berthélemy, *op. cit.*, p. 954).

Le préfet agit ici non à titre de partie au procès, mais comme représentant de la puissance publique. Il pourra donc élever le conflit, même si l'Administration n'est pas en cause (Ord. 1er juin 1828, art. 6). Dans le cas où il serait déjà en cause comme représentant de l'État ou du département, il interviendra au procès à un titre nouveau, en cas de conflit. Si, comme partie en cause, il a déjà opposé une exception d'incompétence rejetée par le tribunal, il proposera quand même un déclinatoire comme représentant de la puissance publique. Si même, comme partie au procès, il avait reconnu la compétence du tribunal judiciaire et conclu au fond, il n'en aurait pas moins le droit d'élever le conflit, en vertu de sa nouvelle qualité (Trib. confl.

31 juill. 1875, D. P. 76. 3. 45 ; 17 janv. 1880, D. P. 80. 3. 105 ; 20 mai 1882, D. P. 83. 3. 116).

31. A quel moment le conflit peut-il être élevé? — Cette question est résolue par l'article 4 de l'ordonnance du 1er juin 1828. De ce texte on peut tirer les deux règles suivantes : 1° le conflit ne peut être élevé après une décision judiciaire définitive ; 2° le conflit peut être élevé tant qu'il n'a pas été statué sur le fond du litige.

Examinons chacune de ces règles, et précisons leurs conséquences.

Une conséquence de la première règle, c'est que le conflit ne peut être élevé contre les jugements rendus en dernier ressort. C'est ainsi, par exemple, que le conflit ne peut pas être élevé après un jugement du tribunal civil tranchant le fond du débat, sur appel d'une décision du juge de paix (Trib. confl. 20 janv. 1900, D. P. 1901. 3. 43).

D'autre part, il ne faut pas oublier qu'un jugement peut être définitif sans être inattaquable : par exemple un jugement susceptible d'appel est définitif, mais non inattaquable. Dès lors, le conflit ne peut pas être élevé même si le jugement définitif n'est qu'en premier ressort, car l'article 4, § 2, de l'ordonnance de 1828, en autorisant le conflit en cour d'appel, le prohibe implicitement pendant les délais d'appel, tant que l'appel n'a pas été interjeté.

De même, un jugement par défaut peut être définitif, quoiqu'il ne soit pas inattaquable ; mais dès que le tribunal est saisi à nouveau par un acte d'opposition qui anéantit le jugement rendu par défaut, le conflit peut être élevé.

Il en serait de même si un jugement définitif avait été anéanti par une requête civile admise.

La tierce opposition ne produirait pas le même résultat, car elle n'anéantit pas le jugement rendu (Berthélemy, *op. cit.*, p. 952, note 2).

La Cour de cassation ne constituant pas un troisième degré de juridiction, et ne pouvant être saisie que des

décisions rendues en dernier ressort, le conflit n'est pas possible devant cette juridiction ; il ne peut pas même être élevé pendant le délai du pourvoi en cassation.

La deuxième règle est que le conflit peut être élevé tant qu'il n'a pas été statué sur le fond du litige. Dès lors, des jugements ou arrêts avant dire droit, par exemple des jugements ordonnant une mesure d'instruction, telle qu'une enquête ou une expertise, ne mettent pas obstacle au conflit.

D'une façon plus générale, le conflit est possible tant qu'il n'a pas été rendu une décision terminant le litige. Ainsi, le conflit reste possible, même après le rejet d'une exception d'incompétence présentée par une des parties (V. les autorités citées au *Rép. prat.* de Dalloz, v° *Conflit*, n° 99).

Il en est de même si l'arrêté de conflit a été annulé pour vice de forme : tant que le tribunal qui aura sursis à statuer à la suite du premier arrêté de conflit ne se sera pas prononcé sur le fond du litige, un nouvel arrêté de conflit pourra être pris (Trib. confl. 22 janv. 1921, D. P. 21. 3. 1, et les conclusions de M. le commissaire du Gouvernement Paul Matter).

Par application du même principe, il faudra décider que le conflit ne sera pas possible après acquiescement des parties à une décision portant sur le fond de l'affaire ; la transaction et le désistement produiront le même effet.

Il y a des juridictions qui peuvent statuer à la fois sur la compétence et sur le fond, par une même décision : tel est par exemple le juge des référés. Lorsqu'un déclinatoire aura été proposé par le préfet devant le juge des référés, et que celui-ci se sera prononcé à la fois sur ce déclinatoire et sur le fond du débat, cette décision, bien que statuant sur le fond, dans toute la mesure où le peut le juge des référés, ne mettra pas obstacle au conflit : sans cela l'autorité judiciaire pourrait, devant la juridiction des référés, rendre impossible l'emploi de la procédure du conflit. Dans ce cas, le conflit pourra quand même être élevé, et, s'il est validé devant le

Tribunal des conflits, cette haute juridiction déclarera non avenue la décision tout entière du juge des référés, même dans ses dispositions touchant au fond du débat (Trib. confl. 19 mai 1917, D. P. 1917. 3. 17).

On a vu qu'exceptionnellement le conflit peut être élevé en cause d'appel. Ce point sera étudié ci-dessous, n° 35 *bis*.

32. Formes du conflit. — Ces formes sont indiquées dans les articles 6 et suivants de l'ordonnance du 1er juin 1828. Il faudra observer en outre les prescriptions du décret du 26 octobre 1849 et de la loi du 4 février 1850.

La procédure se divise en deux phases : la première devant le tribunal saisi du litige, la seconde devant le Tribunal des conflits.

Une jurisprudence unanime décide que l'inaccomplissement par l'Administration des formalités essentielles imposées par la loi et les règlements entraîne la nullité de la procédure du conflit. Mais il n'en serait pas de même de l'omission ou de l'accomplissement irrégulier des formalités qui doivent être remplies par les organes judiciaires ; car il ne peut dépendre de l'autorité judiciaire d'anéantir les effets du conflit au moyen d'une irrégularité qui lui est imputable.

Ainsi, si les délais et les formalités n'ont pas été observés, soit par la faute du ministère public, soit par celle du greffier, le conflit n'en sera pas moins valable (V. Dalloz, *Rép. prat.*, v° *Conflit*, nos 114 et suiv.).

33. Première phase : procédure devant l'autorité judiciaire. — I. Déclinatoire de compétence. — Le premier acte de la procédure est l'allégation de l'incompétence de l'autorité judiciaire présentée par voie d'exception, sous forme d'un déclinatoire de compétence (Art. 6, ord. 1er juin 1828).

Le déclinatoire précède nécessairement l'arrêté de conflit. Sous l'empire de l'arrêté du 13 brumaire an 10, le préfet pouvait élever le conflit sans déclinatoire préalable. Cette dernière formalité a été introduite dans

la procédure en 1828 par déférence pour l'autorité judiciaire. C'est là une formalité substantielle, dont l'omission entraînerait nullité de l'arrêté de conflit (Trib. confl. 13 déc. 1902, D. P. 1903. 3. 71. *Adde* : Dalloz, *Rép. prat.*, v° *Conflit*, n° 118).

Le déclinatoire préalable doit être proposé par le préfet, même si une exception d'incompétence a déjà été opposée, soit par les parties, soit par le ministère public (Trib. confl. 13 nov. 1873, D. P. 76. 3. 38 ; 20 mai 1882, D. P. 83. 3. 116. *Adde* : Dalloz, *Rép. prat.*, v° *Conflit*, n° 119). Toutefois lorsque, sur le déclinatoire de compétence proposé en première instance, le tribunal s'est déclaré incompétent, et que l'appel a été formé contre cette décision, le préfet peut élever le conflit en appel, sans renouveler le déclinatoire devant cette juridiction (Ord. 1er juin 1828, art. 8).

Le déclinatoire présenté par le préfet n'est assujetti à aucune forme spéciale. Ainsi, le fait par le préfet d'avoir adressé au procureur de la République une lettre accompagnée d'une note revendiquant, pour une juridiction administrative, la connaissance d'un litige, et déduisant les motifs d'incompétence du tribunal, constitue un déclinatoire régulier (Trib. confl. 16 juin 1923, *consorts Graber*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 501).

Cependant le préfet doit rapporter dans le déclinatoire la disposition législative qui attribue à l'Administration la connaissance du litige (Ord. 1er juin 1828, art. 6).

Le déclinatoire de compétence est adressé par le préfet au procureur de la République, et communiqué par ce magistrat au tribunal. Cette communication est obligatoire, mais la loi ne fixe aucun délai pour la faire. Cependant ce délai doit être le plus bref possible (Circ. min. Just. 15 déc. 1847).

Après avoir communiqué au tribunal le déclinatoire du préfet, le ministère public doit requérir le renvoi si la revendication lui apparaît fondée (Ord. 1er juin 1828, art. 6, § 2). Cette communication se fait à l'audience ; elle provoque un débat public sur la compétence. Le préfet doit attendre la décision du tribunal ; si celui-ci

accueille le déclinatoire, il n'y a pas de difficulté : le tribunal judiciaire est dessaisi. Si le tribunal rejette le déclinatoire, il ne statue pas sur le fond et doit attendre l'expiration du délai de quinzaine pendant lequel le conflit peut être élevé. Une décision au fond rendue dans ce délai ne pourrait pas empêcher le préfet d'élever le conflit (Ord. 1er juin 1828, art. 8).

Si le tribunal a statué sur le fond en même temps que sur la compétence, sa décision doit être déclarée nulle et non avenue par le Tribunal des conflits, s'il confirme l'arrêté de conflit (Trib. confl. 19 mai 1917, D. P. 1917. 3. 17. *Adde* : Dalloz, *Rép. prat.*; vo *Conflit*, no 143). Mais il n'y aurait pas lieu de déclarer la décision au fond non avenue si l'arrêté de conflit est annulé (Trib. confl. 2 mai 1907, 4e et 5e espèces, D. P. 1907. 3. 73 ; 7 déc. 1907, D. P. 1908. 3. 33. *Adde* : Dalloz, *Rép. prat.*, vo *Conflit*, no 144).

Après que le tribunal a statué sur le déclinatoire, le procureur de la République adresse au préfet, dans les cinq jours qui suivront le jugement, copie de ses conclusions ou réquisitions, et du jugement rendu sur la compétence. La date de l'envoi est consignée sur un registre à ce destiné (Ord. 1er juin 1828, art. 7). Cette communication fait courir un délai de quinzaine, pendant lequel le préfet a droit d'élever le conflit. Tant qu'elle n'est pas faite, ou si elle est faite incomplètement, le délai ne court pas. Ainsi, lorsque la copie des conclusions du ministère public n'accompagne pas le texte du jugement, et n'a été transmise que tardivement, c'est seulement à partir du jour de cette transmission que court le délai de quinzaine (Trib. confl. 7 déc. 1912, D. P. 1917. 3. 2).

L'arrêté de conflit ne peut pas être pris valablement après l'expiration de ce délai de quinzaine ; mais il pourrait être pris antérieurement à la communication de la décision du tribunal, faite par le ministère public au préfet, pourvu, bien entendu, que cette décision ait été rendue, et que le préfet en ait eu connaissance d'une manière quelconque (Trib. confl. 2 déc. 1902, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 713). En effet, si l'on exigeait, pour que le préfet pût élever le conflit, qu'il fût en possession d'une

signification régulière du jugement, faite par le ministère public, dans les cas où le juge peut statuer à la fois sur la compétence et sur le fond, comme en matière de référé, il serait à craindre que la décision fût exécutée avant l'arrêté de conflit, et que celui-ci perdît ainsi une grande partie de son utilité. Cela arriverait notamment dans le cas où le juge aurait ordonné l'exécution de sa décision sur minute (V. Trib. confl. 2 déc. 1902, précité).

34. II. Arrêté de conflit. — Si le préfet estime que c'est à tort que le tribunal s'est déclaré compétent, il peut élever le conflit. Il le fait par un arrêté dans lequel il revendique la question pour l'autorité administrative, dont il affirme la compétence.

Les formes de cet arrêté sont indiquées dans l'article 9 de l'ordonnance du 1er juin 1828. Il comprend quatre mentions : 1° le *visa* : le préfet doit viser le jugement intervenu, et, s'il y a lieu, l'acte d'appel ; 2° le texte de la disposition législative qui attribue compétence à l'autorité administrative. Ce texte, si l'on interprète littéralement l'article 9, doit être inséré intégralement dans l'arrêté de conflit, ceci pour éviter que cette procédure soit employée d'une façon arbitraire. Toutefois, la jurisprudence admet qu'il suffit de *viser* les textes, sans les reproduire littéralement et en entier (V. les autorités citées au *Rép. prat.* de Dalloz, v° *Conflit*, n° 177). Elle décide en outre que, s'il n'y a pas de texte spécial applicable à la matière, le *visa* de la loi des 16-24 août 1793, tit. 2, article 13, et de celle du 16 fructidor an 3 établissant la séparation des autorités administratives et judiciaires, serait suffisant (Trib. confl. 11 déc. 1880, D. P. 82. 3. 57 ; 9 déc. 1882, D. P. 84. 3. 50 ; 15 déc. 1883, D. P. 85. 3. 57 et la note 3 ; 7 juill. 1888, D. P. 89. 3. 106) ; 3° les motifs, mais la jurisprudence se montre extrêmement tolérante sur ce point ; 4° le dispositif.

Le préfet fait déposer son arrêté et les pièces y visées au greffe du tribunal. Il lui en est donné récépissé, sans délai et sans frais (Ord. 1828, art. 10). Le greffier remet immédiatement l'arrêté au procureur de la République,

qui le communique au tribunal réuni dans la chambre du conseil. Le procureur requiert qu'il soit sursis à toute procédure judiciaire (L. 21 fruct. an 3, art. 27 ; Ord. 1er juin 1828, art. 12). L'arrêté de conflit et les pièces sont alors rétablis au greffe, où ils doivent rester pendant quinze jours. Le procureur de la République en prévient les parties ou leurs avoués, lesquels pourront en prendre communication sans déplacement, et remettre, dans le même délai de quinzaine, au Parquet, leurs observations sur la question de compétence, avec tous les documents à l'appui.

Aussitôt ce délai expiré, le procureur de la République transmet au garde des sceaux le dossier, accompagné de ses propres observations (Ord. 1828, art. 14. V. aussi Ord. 12 mars 1831, art. 6, § 2 et 3).

35. Effets de l'arrêté de conflit. — L'arrêté de conflit oblige le tribunal à surseoir à statuer. Ce sursis est obligatoire : le tribunal n'aurait pas le droit de vérifier la légalité ou la régularité de l'arrêté de conflit ; toutes ces questions de validité, tant en la forme qu'au fond, relèvent du Tribunal des conflits (Trib. confl. 22 déc. 1880, 2e espèce, D. P. 81. 3. 17-21 ; 12 févr. 1881, D. P. 81. 3. 90 ; 19 févr. 1881, D. P. *ibid.* ; 26 févr. 1881, D. P. *ibid.*). Mais, bien entendu, si le préfet estime son arrêté illégal, il peut en prendre un second, même après la décision de sursis du tribunal (Trib. confl. 22 janv. 1921, D. P. 1921. 3. 1).

Ce sursis n'est pas un dessaisissement. Si le Tribunal des conflits annule l'arrêté du préfet, l'instance sera reprise devant le même tribunal sur simple acte, sans qu'il soit besoin d'assignation nouvelle.

L'obligation pour les tribunaux de surseoir à statuer dès qu'un arrêté de conflit leur est notifié, est pénalement sanctionnée par l'article 128 du Code pénal.

On doit considérer l'obligation de surseoir, imposée aux tribunaux judiciaires dans ce cas, comme réciproque : comme les organes judiciaires, l'Administration doit attendre la solution du conflit. Elle ne peut pas légalement, dans l'intervalle, trancher elle-même le

litige. Toutefois, il ne lui est pas interdit de prendre des mesures conservatoires (Dalloz, *Rép. prat.*, v° *Conflit*, n°s 203 et suiv.).

35 *bis*. **Règles spéciales au conflit élevé en cause d'appel.** — Les articles 4 et 8 de l'ordonnance du 1er juin 1828 prévoient les cas où le conflit peut être élevé en cause d'appel. Ces cas sont au nombre de trois :

1° Lorsque le conflit n'a pas été élevé en première instance (Ord. 1828, art. 4), soit que ni les parties ni le préfet n'aient proposé de déclinatoire, soit que, le déclinatoire ayant été rejeté, l'une des parties ait fait appel ;

2° Quand le conflit a été irrégulièrement élevé en première instance, soit que l'arrêté ait été pris après l'expiration du délai de quinzaine (Ord. 1828, art. 4), soit qu'il fût atteint d'un autre vice qui a entraîné son annulation par le Tribunal des conflits.

3° Quand le déclinatoire du préfet ayant été admis par les premiers juges, l'une des parties a fait appel sur la question de compétence. Le préfet pourra alors élever le conflit devant la cour d'appel. Dans ce troisième cas, il n'aura pas besoin de saisir la cour d'un nouveau déclinatoire, du moins s'il élève le conflit dans la quinzaine du jour où l'acte d'appel lui est notifié (Ord. 1828, art. 8).

Lorsque le conflit est élevé devant la cour d'appel, c'est à cette juridiction, et non au tribunal de première instance, qu'il appartient d'ordonner le sursis ; mais quand, par erreur, c'est le tribunal qui a prononcé le sursis, cette irrégularité, non imputable à l'Administration, ne peut préjudicier à la validité du conflit (Trib. confl. 24 juin 1911, D. P. 1913. 3. 107).

36. **Jugement du conflit. Historique.** — Sous l'ancienne monarchie, les conflits étaient jugés par le roi en son conseil. La loi des 7-14 octobre 1790, votée à l'occasion de contestations particulières, décida que le conflit serait tranché par le roi en conseil des ministres, sauf recours au corps législatif.

L'article 27 de la loi du 21 fructidor an 3 décida que la solution des conflits appartiendrait au ministre de la Justice, dont la décision devait être confirmée par le directoire exécutif. S'il le jugeait à propos, le directoire pouvait en référer au corps législatif.

La Constitution du 22 frimaire an 8, article 52, et le règlement du 5 nivôse an 8, article 11 laissaient la décision au premier consul, en Conseil d'État. L'arrêté du 13 brumaire an 10 réglait la procédure.

Sous la Restauration, comme au cours de la période antérieure, il avait été fait abus des conflits. Cette procédure était une arme aux mains des gouvernements pour protéger avec excès les fonctionnaires et les administrations publiques contre toute tentative de contrôle judiciaire. Pour réagir contre cet abus, une commission fut constituée qui rédigea, à la suite d'un rapport remarquable de M. de Cormenin, un projet bientôt converti en ordonnance (1er juin 1828).

Le caractère commun à ces quatre phases du droit, c'est que le chef de l'État, par lui-même, par ses ministres ou avec l'assistance du Conseil d'État, était juge du conflit. Deux autorités qui lui étaient subordonnées entraient en conflit ; il jugeait entre elles. C'était un cas de justice retenue.

Ce système présentait peu de garanties d'impartialité : le Gouvernement, trop exposé à envisager le principe de la séparation des pouvoirs sous son aspect purement politique, est mal placé pour juger les conflits. Aussi la Constitution du 4 novembre 1848, article 89, décida-t-elle que les conflits seraient réglés par un tribunal spécial composé de membres du Conseil d'État et de la Cour de cassation en égal nombre, élus par leurs collèges, et présidé par le ministre de la Justice. Les formes de procéder devant le Tribunal des conflits furent réglées par le décret du 26 octobre 1849 ; la loi du 4 février 1850 fixa la composition et organisa le fonctionnement de la nouvelle juridiction.

Ce système, qui privait le Gouvernement du droit de décision en cette matière, fut aboli après le coup d'État du 2 décembre 1851 : le décret organique du 27 janvier

1872 sur le Conseil d'État, article 1er, restituait au chef de l'État en Conseil d'État le droit de statuer sur les conflits.

Après la chute de l'Empire, la loi du 24 mai 1872, article 25, remit en vigueur la loi du 4 février 1850 et le règlement du 26 octobre 1849. Les articles 25 et 26 de la loi du 24 mai 1872 contiennent cependant quelques dispositions nouvelles.

37. Organisation et composition du Tribunal des conflits. — L'article 25 de la loi de 1872 règle ainsi la composition du Tribunal des conflits :

ART. 25. — Les conflits d'attributions entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire sont réglés par un tribunal spécial composé : 1° du garde des sceaux, président ; 2° de trois conseillers d'État en service ordinaire élus par les conseillers en service ordinaire ; 3° de trois conseillers à la Cour de cassation nommés par leurs collègues ; 4° de deux membres et deux suppléants qui seront élus par la majorité des autres juges désignés aux paragraphes précédents. Les membres du Tribunal des conflits sont soumis à réélection tous les trois ans et indéfiniment rééligibles. Ils choisissent un vice-président au scrutin et à la majorité absolue des voix. Ils ne pourront délibérer valablement qu'au nombre de cinq membres présents au moins.

Un secrétaire, nommé par le ministre de la Justice, est attaché au Tribunal des conflits (Décr. 26 oct. 1849, art. 25). En fait, c'est le sous-chef du secrétariat du contentieux au Conseil d'État qui remplit ces fonctions.

Les représentants du ministère public auprès du Tribunal des conflits reçoivent le nom de *commissaires du Gouvernement* et sont choisis tous les ans par le président de la République, l'un parmi les maîtres des requêtes au Conseil d'État, l'autre dans le Parquet de la Cour de cassation. Il est adjoint à chacun de ces commissaires un suppléant choisi dans les mêmes catégories (L. 4 févr. 1850, art. 6).

La jurisprudence décide que les personnes engagées dans le litige qui a donné lieu à un conflit n'ont pas le droit de récuser les membres du Tribunal des conflits : elles ne sont pas parties au procès, qui s'agite en dehors

et au-dessus d'elles : le conflit existe non entre les plaideurs, mais entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire (Trib. confl. 4 nov. 1880, D. P. 80. 3. 121). La rigueur de cette règle est tempérée par un autre principe sur lequel tout le monde est d'accord : les juges dont l'impartialité pourrait être soupçonnée devraient se déporter d'eux-mêmes et s'abstenir de délibérer ; s'ils ne le faisaient pas, le Tribunal des conflits réuni en chambre du conseil pourrait décider qu'ils doivent s'abstenir de prendre part aux débats (V. conf. dissertation, D. P. 80. 3. 121, note 1).

38. Attributions du Tribunal des conflits. — Le Tribunal des conflits statue : 1° sur les conflits positifs d'attributions ; 2° sur les conflits négatifs ; 3° sur les conflits spéciaux prévus par l'article 26 de la loi du 24 mai 1872.

Le Tribunal des conflits n'est pas une juridiction proprement dite ayant à statuer sur un débat entre deux plaideurs. Il a pour fonction de maintenir le respect du principe de la séparation des pouvoirs dans un intérêt d'ordre public. Les décisions qu'il rend sont donc des actes de haute administration qui ne peuvent être assimilés à des arrêts entre parties.

Il suit de là que le Tribunal des conflits n'est pas lié par les termes de l'arrêté de conflit. Dès qu'il est saisi, il peut revendiquer pour l'autorité administrative même la connaissance des points du litige qui n'auraient pas été indiqués dans cet arrêté (Trib. confl. 1er févr. 1873, D. P. 73. 3. 57 et les conclusions du commissaire du Gouvernement, *ibid.*, p. 78). Mais, bien entendu, le Tribunal des conflits ne pourrait pas apprécier la question de compétence sur des points qui n'auraient pas été préalablement soumis aux juges du fond par les parties (Trib. confl. 25 déc. 1879, D. P. 80. 3. 89).

Il résulte du même principe que le Tribunal des conflits ne peut pas désigner la juridiction particulière qui sera chargée de trancher le litige au fond. Il se borne à annuler ou à valider le conflit, se prononçant ainsi en faveur de la compétence soit de l'autorité judiciaire, soit de l'autorité

administrative en général. En allant plus loin, il ferait un règlement de juges qui n'est pas dans ses attributions (D., *Rép. prat.*, v° *Conflit*, n° 247).

39. Procédure devant le Tribunal des conflits. — Cette procédure est réglée par le décret du 26 octobre 1849. Nous nous bornons à la résumer.

Un rapporteur est nommé par le ministre de la Justice ; il doit appartenir à un ordre autre que le commissaire du Gouvernement, et il est nommé alternativement parmi les conseillers d'État et parmi les membres de la Cour de cassation (L. 4 févr. 1850, art. 5 et 7).

Dans les cinq jours de l'arrivée des pièces au secrétariat du Tribunal des conflits, elles sont communiquées au ministre dans les attributions duquel se trouve l'affaire. Dans la quinzaine, le ministre doit fournir ses observations et les documents qu'il juge convenables sur la question de compétence. Dans tous les cas, les pièces sont rétablies au secrétariat du Tribunal des conflits dans le même délai. Les plaideurs peuvent se faire représenter devant le Tribunal des conflits par des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation qui fournissent des mémoires et des observations orales. Les pièces leur sont communiquées sans déplacement au secrétariat. Dans les vingt jours de la rentrée des pièces, le rapporteur fait au secrétariat le dépôt de son rapport et des pièces.

La période de l'instruction ainsi terminée, le Tribunal des conflits est convoqué sur l'ordre du ministre de la Justice ; il est donné lecture du rapport en séance publique ; les plaideurs peuvent présenter par leurs avocats des observations orales. Le Tribunal des conflits a décidé, dans une circonstance tout à fait particulière, que les parties engagées dans le litige primitif pouvaient plaider elles-mêmes (Trib. confl. 15 avr. 1886, D. P. 87. 3. 95-96). Cette décision restée isolée ne paraît pas avoir fait jurisprudence.

Le tribunal entend ensuite les conclusions du commissaire du Gouvernement et rend sa décision. Celle-ci doit être rendue dans les deux mois qui suivent la

réception des pièces au ministère de la Justice (Ord. 12 mars 1831, art. 7 ; Arr. 30 déc. 1848, art. 15). Ce délai est suspendu du 15 août au 15 septembre (Décr. 15 juill. 1885). Si un mois après l'expiration du délai, le tribunal devant lequel le conflit a été élevé n'a pas reçu notification de la décision du Tribunal des conflits, il peut passer outre et juger l'affaire (Ord. 12 mars 1831, art. 7).

40. Diverses décisions que peut prendre le Tribunal des conflits. — Le Tribunal des conflits doit apprécier l'arrêté de conflit soit quant à la forme, soit quant au fond.

Trois solutions sont possibles : 1° l'arrêté de conflit est annulé pour vice de forme. Dans ce cas, le préfet peut renouveler son arrêté devant le tribunal saisi de l'affaire tant qu'un jugement au fond n'est pas intervenu. Toutefois si l'annulation était fondée sur le dépôt tardif de l'arrêté de conflit au greffe du tribunal, le conflit ne pourrait plus être élevé par le préfet qu'en cause d'appel (Ord. 1er juin 1828, art. 11) ; 2° l'arrêté de conflit est confirmé. Dans ce cas les actes accomplis devant le tribunal judiciaire sont annulés. L'autorité judiciaire est dessaisie du litige, sauf si l'arrêté de conflit n'était confirmé que sur certains chefs, auquel cas l'autorité judiciaire resterait saisie des autres points du litige ; 3° l'arrêté de conflit est annulé au fond. L'instance peut alors être reprise devant le tribunal judiciaire primitivement saisi. Désormais la compétence de l'autorité judiciaire ne pourra plus être ultérieurement contestée dans la même affaire. L'autorité judiciaire ne pourrait même plus d'office se déclarer incompétente. Enfin, un nouveau conflit ne pourrait plus être élevé dans la même affaire (D., *Rép. prat.*, v° *Conflit.* n° 263 et les autorités citées).

Les décisions du Tribunal des conflits ne sont susceptibles d'aucun recours. Notamment, l'opposition et la tierce-opposition ne sont pas recevables devant cette juridiction (D., *Rép. prat.*, *v° cit.*, n° 264).

Malgré le silence de la loi et des règlements, nous

estimons que l'interprétation des décisions sur conflit qui, évidemment, n'appartient pas aux juridictions saisies du fond de l'affaire, pourrait être demandée, au cas où le sens de l'une de ces décisions serait obscure ou ambiguë, au Tribunal des conflits lui-même ; on appliquerait ici la règle *ejus est interpretari cujus est condere.* Sans doute, ni la loi ni les règlements n'ont fixé la procédure à suivre en pareil cas, mais l'absence de loi de procédure ne peut pas, dans le droit français, priver les parties intéressées du droit de faire appel à la justice. Nous estimons que, dans le cas où l'autorité soit judiciaire, soit administrative, estimerait qu'une décision du Tribunal des conflits a besoin d'être interprétée, elle pourrait charger le ministère public de demander au garde des sceaux de réunir le Tribunal des conflits pour le saisir de la question d'interprétation (V. sur cette question D., *Rép. prat.*, v° *Conflit*, n°s 265 et suiv.).

Le Tribunal des conflits n'a pas à statuer sur les dépens. Ainsi en décidait déjà l'article 7 de l'ordonnance du 12 décembre 1821 ; d'autre part, comme les plaideurs ne peuvent, devant le Tribunal des conflits, présenter que de simples observations, ils ne sont pas reçus à déposer des conclusions tendant à une condamnation aux dépens.

Il appartiendra à la juridiction qui restera définitivement saisie du litige de statuer sur la question des dépens. Ces dépens comprendront non seulement les frais engagés devant la juridiction qui statuera définitivement, mais encore ceux qui ont été exposés devant la juridiction incompétemment saisie (Cons. d'Ét. 17 mars 1922, aff. *Bonis*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 233). Les dépens antérieurs à l'arrêté de conflit doivent être supportés par la partie qui avait à tort saisi l'autorité incompétente (Cons. d'Ét. 8 déc. 1899, D. P. 1901. 3. 29). — V. au surplus, sur les détails, le *Rép. prat.* de Dalloz, v° *Conflit*, n°s 268 et suiv.

41. Enregistrement. — Les décisions sur conflit positif, n'étant pas des litiges entre parties, ne sont pas passibles de droits d'enregistrement (Cons. d'Ét. 6 févr.

1821, *Jur. gén.*, v° *Conflit*, n° 796). Il en est ainsi alors même que les parties intéressées dans le litige qui a donné lieu à conflit ont fourni des mémoires devant le Tribunal des conflits.

42. Conflit négatif. — L'article 25 de la loi du 24 mai 1872 décide que le Tribunal des conflits réglera les conflits d'attribution entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire. Il ne fait, à ce point de vue, aucune distinction entre les conflits positifs et les conflits négatifs. Le Tribunal des conflits est donc compétent pour juger ces derniers comme les premiers. Au reste, le règlement du 26 octobre 1849, remis en vigueur par l'article 27 de la loi du 24 mai 1872, contient tout un chapitre de dispositions relatives aux conflits négatifs (chap. 3, art. 17 à 24).

L'article 17 du règlement du 26 octobre 1849 déclare que, « lorsque l'autorité administrative et l'autorité judiciaire se sont respectivement déclarées incompétentes sur la même question, le recours devant le Tribunal des conflits, pour faire régler la compétence, est exercé directement par les parties intéressées ». En effet, l'empiètement de l'autorité judiciaire sur l'autorité administrative n'est plus à craindre ici, puisque par hypothèse les tribunaux ont refusé de connaître du litige. Un intérêt privé est donc seul en jeu. C'est pourquoi le Tribunal des conflits ne peut être saisi que par les parties en cause.

Le ministre n'a à saisir le Tribunal des conflits d'un conflit négatif que dans deux cas : 1° lorsque le service public qu'il représente est partie en cause ; 2° lorsque l'une des déclarations d'incompétence émane d'un tribunal de simple police ou d'un tribunal correctionnel ; dans ce dernier cas, le recours peut être formé par le ministre de la Justice (Régl. 26 oct. 1849, art. 18 et 19).

Le préfet n'aura à agir que si le département est partie en cause dans le litige donnant lieu au conflit.

43. Conditions requises pour qu'il y ait conflit négatif. — 1° Il faut que les deux autorités, l'une

administrative, l'autre judiciaire, aient été saisies toutes deux de la connaissance de l'affaire. Il suit de là, par exemple, qu'il n'y aura pas lieu à conflit négatif lorsque les deux déclarations d'incompétence émanent de deux autorités administratives (Cons. d'Ét. 24 janv. 1861, D. P. 61. 3. 38) ; ou lorsque l'autorité judiciaire seule s'est déclarée incompétente, l'autorité administrative n'ayant pas été saisie du litige (V. conf. les arrêts cités au *Rép. prat.* de Dalloz, v° *Conflit*, n° 289).

2° Il faut que les deux autorités en présence se soient toutes deux déclarées incompétentes. Il ne suffirait pas, par exemple, que la demande ait été déclarée irrecevable (Trib. confl. 19 févr. 1898, D. P. 99. 3. 100 ; 12 juin 1880, D. P. 82. 3. 26-27).

Mais il y aurait lieu à conflit négatif lorsque le conseil de préfecture s'est déclaré incompétent et que le tribunal de commerce s'est dessaisi pour cause de litispendance, cette dernière décision mettant les parties dans la même situation que si ce tribunal se fût déclaré incompétent (Trib. confl. 24 juin 1911, D. P. 1913. 3. 116).

Encore faut-il, pour qu'il y ait conflit négatif, que les parties se soient adressées, au sein de chaque autorité, à l'organe susceptible d'être compétent pour trancher le litige. Par exemple, lorsque l'autorité judiciaire s'est déclarée incompétente, si les parties ont porté le litige devant le conseil de préfecture, alors qu'elles eussent dû le soumettre directement au Conseil d'État, la déclaration d'incompétence du conseil de préfecture ne créera pas un conflit négatif (Trib. confl. 24 déc. 1904, D. P. 1906. 3. 58).

3° De vieux arrêts ont décidé que, pour qu'il y eût conflit négatif, il fallait que l'autorité judiciaire se fût dessaisie d'une manière absolue ; il n'y aurait pas conflit négatif, par exemple, si elle s'était bornée à surseoir à statuer jusqu'à solution par l'autorité administrative d'une question qu'elle estime préjudicielle ; — alors d'ailleurs que l'autorité administrative, saisie de cette question, a refusé d'en connaître.

Mais cette doctrine est abandonnée : une décision de sursis pour attendre la solution d'une question que

l'on tient pour préjudicielle est en réalité une décision d'incompétence sur un point essentiel du litige. Les arrêts récents sont en ce sens : Cons. d'Ét. 7 août 1863 (D. P. 65. 3. 6) ; Trib. confl. 12 juill. 1890 (D. P. 92. 3. 20) ; 21 nov. 1896 (D. P. 98. 3. 9) ; 30 avr. 1898 (D. P. 99. 3. 94).

4° Il faut que l'une ou l'autre des deux autorités saisies se soit à tort déclarée incompétente. C'est ainsi qu'il n'y aurait pas lieu à conflit négatif si l'acte déféré successivement aux deux autorités était un acte de Gouvernement insusceptible de tout recours contentieux.

5° Enfin, la double déclaration d'incompétence doit avoir été rendue à l'occasion du même litige, c'est-à-dire entre les mêmes parties (Trib. confl. 7 déc. 1907, D. P. 1909. 3. 54), à raison de la même demande (Trib. confl. 1er mars 1873, D. P. 73. 3. 51 ; 21 mars 1903, D. P. 1903. 3. 102 ; 19 mars 1904, D. P. 1904. 3. 72).

Mais il ne serait pas nécessaire que les deux décisions d'incompétence soient en dernier ressort. Lorsque ces décisions sont en premier ressort, les parties ont le choix entre l'appel et la procédure du conflit négatif (Trib. confl. 15 mars 1873, D. P. 74. 3. 7).

44. Procédure sur conflit négatif. — Le recours est formé par requête signée d'un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation (Décr. 26 oct. 1849, art. 17). Il doit être communiqué aux parties intéressées (art. 20).

Lorsque le recours est formé par des particuliers, l'ordonnance de soit-communiqué, rendue par le ministre de la Justice, président du Tribunal des conflits, doit être signifiée par les voies de droit, dans le délai d'un mois. Ceux qui demeurent hors de la France continentale ont, outre le délai d'un mois, celui qui est réglé par l'article 75 du Code de procédure civile (art. 21).

Lorsque le recours est formé par un ministre, il en est, dans le même délai, donné avis à la partie intéressée, par voie administrative. Dans les affaires qui

intéressent l'État directement, si le recours est formé par la partie adverse, le ministre de la Justice est chargé d'assurer la communication du recours au ministre que l'affaire concerne (art. 22).

La partie à laquelle la notification a été faite est tenue, si elle réside sur le territoire continental, de répondre et de fournir ses défenses dans le délai d'un mois à partir de la notification. — A l'égard des colonies et des pays étrangers, les délais seront réglés ainsi qu'il appartiendra par l'ordonnance de soit-communiqué (art. 23).

Les parties intéressées peuvent prendre par elles-mêmes ou par leurs avocats communication des productions au secrétariat, sans déplacement, et dans le délai déterminé par le rapporteur (art. 24).

L'introduction de la demande n'entraîne pas nécessairement le sursis à toute procédure, comme cela a lieu en matière de conflit négatif. Ceci présente des inconvénients sérieux, car si l'une des deux autorités s'était prononcée définitivement sur le fond de l'affaire, et si sa décision avait acquis l'autorité de la chose jugée, la requête à fin de règlement du conflit négatif devrait être rejetée comme étant devenue sans objet (Trib. confl. 10 févr. 1877, D. P. 77. 3. 68). Mais pratiquement les tribunaux ne refusent que très rarement le sursis motivé par un conflit négatif.

45. Décision sur conflit négatif. — Le Tribunal des conflits désigne, dans sa décision, celle des deux autorités qui est compétente pour juger le litige. Les décisions de l'autre autorité, relatives à la compétence, sont, en conséquence, annulées.

Lorsque le litige se trouve éteint, par exemple par suite d'un désistement, le Tribunal des conflits rend une décision de non-lieu à statuer (Trib. confl. 10 févr. 1877, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 158).

Les décisions sur conflit négatif sont susceptibles d'opposition, de tierce opposition et de requête civile, dans les termes du droit commun, à raison de leur caractère de litiges entre parties.

Le Tribunal des conflits, pour la même raison, statue dans ce cas sur les dépens. Suivant les cas il peut, soit condamner immédiatement un plaideur aux dépens, par exemple si le conflit n'est dû qu'à une faute ou à une erreur de sa part (Trib. confl. 26 juin 1880, D. P. 81. 3. 59 ; 20 nov. 1880, D. P. 81. 3. 83 ; 26 mars 1881, D. P. 82. 3. 58 ; 7 mai 1881, D. P. 82. 3. 106 ; 8 nov. 1902, D. P. 1904. 3. 36 ; 19 janv. 1907, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 59) ; soit réserver les dépens pour être supportés par la partie qui succombera en fin de cause (Trib. confl. 15 janv. 1881, D. P. 82. 3. 41 ; 12 mars 1881, D. P. 82. 3. 93 ; 7 déc. 1907, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 925) ; soit enfin compenser les dépens (Cons. d'Ét. 2 août 1860, D. P. 61. 3. 6).

46. Revendications formées par les ministres devant la section du contentieux du Conseil d'État. — En dehors du jugement des conflits positifs et négatifs, le Tribunal des conflits connaît encore d'un recours très particulier exercé par les ministres. L'article 47 de la loi du 3 mars 1849 reconnaissait au ministre de la Justice le droit de revendiquer, devant le Tribunal des conflits, les affaires portées à la section du contentieux du Conseil d'État, et qui n'appartiendraient pas au contentieux administratif. L'article 26 de la loi du 24 mai 1872 a maintenu ce droit, mais en l'étendant à tous les ministres.

La portée de cette disposition légale est controversée (V. *suprà*, n° 24). Certains auteurs y ont vu une mesure destinée à servir de sanction au principe de la séparation des autorités, en faveur de l'autorité judiciaire. Ce recours jouerait pour défendre l'autorité judiciaire contre les empiétements possibles de la juridiction administrative (Aucoc, *Conférences sur l'Administration*, 3e édit., t. 2, n° 400; Collignon, *Des conflits d'attributions*, p. 258 et suiv. ; Hauriou, *Précis de droit administr.*, 10e édit., p. 880, note 1). Mais il semble plutôt que l'on ait voulu, par cette disposition, permettre aux ministres de soustraire au contentieux administratif les actes de leur administration considérés comme assez discrétion-

naires pour échapper à tout recours juridictionnel, tels que les actes dits de Gouvernement. En étendant à tous les ministres ce droit de revendication, au lieu de ne l'accorder qu'au ministre de la Justice, l'article 26 de la loi du 24 mai 1872 a fourni à cette dernière opinion un argument qui paraît décisif.

La procédure de ce recours est déterminée par les articles 28 à 33 du décret du 26 octobre 1849. On aurait peine, d'ailleurs, à citer un cas où il ait été mis en mouvement.

CHAPITRE III

SÉPARATION DE L'ADMINISTRATION ACTIVE ET DE LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE

---

47. Principe. — Le principe de la séparation de l'Administration et de la Justice conduisait à chercher des juges administratifs dans le sein même de l'Administration. Mais un écueil était à éviter : comment admettre que l'Administration se jugeât elle-même? elle manquerait d'impartialité ; elle serait à la fois juge et partie.

Pour parer à ce danger, auquel, historiquement, notre droit public n'a pas toujours échappé, les institutions françaises modernes ont confié la juridiction administrative non au personnel *actif* de l'Administration, mais au personnel *consultatif*. Ce personnel, qui entoure les préfets (conseils de préfecture) et les ministres (Conseil d'Etat), est assez à l'écart de l'Administration active pour garder l'indépendance de son jugement, et cependant assez mêlé aux choses de l'Administration pour en bien connaître les rouages, les nécessités et les vices.

Le principe que nous développons signifie donc d'abord que le personnel de l'Administration active ne rend pas de jugements, même en matière administrative. Il signifie aussi, en retour, que la juridiction administrative doit s'abstenir d'entreprendre, par ses décisions, sur le domaine de l'Administration active. Nous allons développer ces deux points.

48. Historique. — Dès l'époque révolutionnaire, la séparation de l'Administration active et de la juridic-

tion administrative fut proposée par le comité de l'Assemblée constituante chargé de préparer la loi d'organisation judiciaire qui devint plus tard le décret des 16-24 août 1790. L'Assemblée avait, notamment, posé au comité la question suivante : « Les mêmes juges connaîtront-ils de toutes les matières, ou divisera-t-on les différents pouvoirs de juridiction pour les causes de commerce, de l'Administration, des impôts et de la police? » Le comité y répondit en proposant la création d'un *tribunal d'administration* chargé de « juger d'après les lois précises et des formes déterminées les affaires contentieuses qui peuvent s'élever à l'occasion de l'impôt ou relativement à l'Administration ».

Mais l'Assemblée ne comprit pas l'utilité de cette institution. Avant tout, on voulait simplifier les rouages administratifs, et l'on considéra que la création d'une juridiction administrative spéciale entraînerait des complications inutiles. « Vous allez établir vingt-trois cours des aides, » disait le député Pezons (du Tarn), « couvrir la France de juges, accabler les peuples de frais et les tourmenter encore par des questions de compétence ; » et il préconisait le renvoi du contentieux administratif aux directoires de département, organes essentiels de l'Administration active dans ces circonscriptions : « Les directoires, composés d'hommes choisis par le peuple pour un temps court et toujours en activité, doivent conduire toutes les affaires de l'Administration. Pourquoi ne videraient-ils pas les questions contentieuses qui s'y rattachent? » (Séance du 27 mai 1790).

C'est dans cet esprit que fut rédigée la loi des 7-11 septembre 1790, qui partage la compétence, en matière contentieuse administrative, entre les directoires de district et ceux de département. Une série de lois postérieures étendit encore les attributions juridictionnelles de ces organes de l'Administration active; et sous la Constitution du 5 fructidor an 3, les administrations centrales de département, substituées à la fois aux directoires de district et aux directoires de département, héritèrent des attributions contentieuses de ces corps administratifs.

La même confusion se retrouve à tous les degrés de la hiérarchie. Sous la Constitution de 1791, c'était le roi en conseil des ministres qui exerçait à la fois les attributions de juge de l'excès de pouvoir, et celles de juge de cassation à l'égard des directoires de district et de département. Les mêmes textes donnaient à ce conseil, faussement nommé *Conseil d'État*, la connaissance des litiges administratifs qui n'étaient pas remis aux administrations locales (L. 7-14 oct. 1790, art. 3 ; 27 avr.-25 mai 1791, art. 17, §§ 1, 2, 4). Sous la Constitution de l'an 3, les attributions autrefois exercées par le conseil des ministres furent remises à chaque ministre individuellement pour son département (Constit. 5 fruct. an 3, art. 193 et 196).

Cette confusion de pouvoirs eut pour résultat d'entraver, de la façon la plus déplorable, le développement du contentieux administratif. Lorsqu'un fonctionnaire ou un corps constitué est à la fois administrateur et juge, il a une tendance marquée à ne pas distinguer sa première fonction de la seconde ; quand une affaire contentieuse lui est soumise, il est instinctivement porté à la résoudre, non d'après les règles fermes et précises du droit, mais d'après les conseils plus vagues et plus élastiques de l'opportunité administrative. Aussi la jurisprudence de l'époque révolutionnaire ne distingue-t-elle guère le recours hiérarchique et gracieux du recours contentieux.

La confusion absolue de l'Administration active et de l'Administration juge, voilà donc, en quelques mots, le trait essentiel de cette première période.

Une seconde étape commence avec la Constitution du 12 frimaire an 8 ; elle est caractérisée par la création d'une série de juridictions administratives distinctes de l'Administration active. La Constitution de l'an 8 elle-même crée un tribunal administratif supérieur, le Conseil d'État, dont la jurisprudence éclairée et progressive rassemblera en un corps de doctrine solide les principes épars et incohérents du contentieux administratif ; la loi du 28 pluviôse an 8 organise les conseils de préfecture et définit leurs attributions contentieuses dans son

article 4 ; la loi du 16 septembre 1807 et le décret du 28 septembre suivant créeront et organiseront la Cour des comptes, dont les arrêts vont acquérir une autorité d'autant plus grande que ses magistrats jouiront du privilège de l'inamovibilité ; enfin, des lois postérieures ont institué, en leur donnant une juridiction contentieuse, les conseils de revision et les conseils privés des colonies.

La première moitié du XIXe siècle a donc réalisé un pas énorme vers la séparation de l'Administration active et de l'Administration juge ; le triomphe du principe, néanmoins, n'était pas encore complet. Sans parler ici des détails, la confusion subsistait sur deux points importants.

D'abord, le Conseil d'État n'avait pas de pouvoir propre de décision. Il était resté le *Conseil du chef de l'État*, mais il ne rendait pas d'arrêts, à proprement parler ; il préparait des ordonnances ou des décrets au contentieux, présentés à la signature du chef de l'État, administrateur actif en même temps que juge. Les autres juridictions administratives avaient un pouvoir propre ; la justice leur était déléguée. Mais elles étaient toutes subordonnées, soit par l'appel, soit par la cassation, au Conseil d'État, et par conséquent au chef de l'État, exerçant sa justice retenue. Cette infraction au principe était grave par ses conséquences possibles : lorsque la justice est retenue, le chef de l'État peut, non seulement rendre un décret contraire à l'avis du Conseil d'État, ce qui ne s'est jamais vu en pratique, mais encore retarder indéfiniment la signature d'un décret au contentieux, et par conséquent ne pas rendre la justice ; et dans certaines circonstances, il aura des raisons politiques et personnelles pour observer cette attitude ; par exemple, il peut être lui-même l'auteur de l'acte qu'il s'agit d'apprécier et d'annuler. Au contraire, les tribunaux administratifs où s'exerce la justice déléguée, non mêlés à l'Administration active, jouissent de plus d'indépendance et sont plus désintéressés : de leur part, le déni de justice n'est pas à craindre.

Cette application du principe de la *justice retenue*

(on appelle ainsi la justice rendue par le chef de l'État lui-même, et non par des organes subordonnés, auxquels on dit alors qu'elle est *déléguée*) fut expressément condamnée par la loi du 3 mars 1849; qui enleva au président de la République, pour le donner sans réserve au Conseil d'État, le pouvoir suprême de décision en matière contentieuse administrative. Le principe de la séparation de l'Administration active et de la juridiction administrative avait ainsi accompli un progrès énorme, mais éphémère ; car le décret organique du 25 janvier 1852, complétant l'œuvre d'actes dictatoriaux antérieurs, rétablit le système des décrets au contentieux et remit la juridiction administrative supérieure sous la tutelle omnipotente du chef de l'État.

Le terrain ainsi perdu ne fut regagné que vingt ans après. La loi du 24 mai 1872, au point de vue qui nous préoccupe, remit les choses au point où elles étaient sous la seconde République. L'article 9 de cette loi consacre, d'une façon qu'on peut espérer définitive, le pouvoir propre de juridiction du Conseil d'État : « Le Conseil d'État *statue souverainement* sur les recours en matière contentieuse administrative... » Désormais, cette haute Assemblée ne se bornera plus à préparer des décrets au contentieux, elle rendra de véritables arrêts.

De plus, la loi a soin d'exclure soit de l'Assemblée, soit des sections du contentieux, tous les membres de l'Administration active, quels qu'ils soient ; ni les conseillers d'État en service extraordinaire, ni les ministres n'ont voix délibérative au Conseil d'État en matière contentieuse. Le garde des sceaux lui-même, qui a le droit de présider cette Assemblée et ses différentes sections, perd ce privilège devant les sections et l'Assemblée du contentieux (L. 24 mai 1872, art. 2 et 10). L'indépendance de cette haute juridiction apparaît ainsi plus nettement aux yeux des justiciables ; ses décisions acquièrent une portée plus grande, une autorité plus indiscutée.

49. La juridiction des ministres. — (V. aussi *infrà*, n° 168). A un autre point de vue, la confusion

subsistait encore entre l'administrateur actif et le juge administratif : les ministres avaient conservé, aux yeux de la doctrine dominante, une juridiction contentieuse assez vaste. Pour beaucoup, ils constituaient même les juges de droit commun en matière administrative. Il en résultait que, dans bien des cas, le ministre, intéressé dans un litige comme représentant de l'État, était à la fois juge et partie. Ici encore le temps a fait son œuvre, et d'une façon d'autant plus remarquable que le progrès s'est réalisé sans l'intervention du législateur : le seul mouvement des idées a déterminé, dans la doctrine et dans la jurisprudence, une volte-face presque complète ; si bien qu'aujourd'hui le Conseil d'État paraît bien disposé à refuser aux ministres toute attribution contentieuse.

Le Conseil d'État s'est hautement proclamé, à diverses reprises, juge administratif de droit commun ; si bien que lorsque aucun texte de loi ne vient attribuer à un tribunal autre que lui la connaissance d'un litige administratif, il se reconnaît compétent pour en connaître comme unique degré de juridiction. C'est la négation formelle de la juridiction ordinaire des ministres.

L'article 52 de la Constitution de l'an 8, le règlement du 5 nivôse an 8, l'article 9 de la loi du 24 mai 1872, ont paru suffisants au Conseil d'État pour étayer cette jurisprudence, aujourd'hui fermement établie. Elle s'est manifestée, d'abord, en matière de recours incidents, à la suite de questions préjudicielles soulevées devant l'autorité judiciaire.

Ces questions préjudicielles sont de deux sortes : il se peut, d'abord, que le sens d'un acte obscur ou ambigu soit contesté ; ou bien, — et c'est la seconde hypothèse, — la validité même de l'acte est mise en question. Dans ce dernier cas, le Conseil d'État a très vite admis que le recours incident contre l'acte invoqué devant un tribunal judiciaire pouvait être directement porté devant lui. La jurisprudence contraire, qui considérait le ministre comme juge de la question préjudicielle (Cons. d'Ét. 25 juin 1875, D. P. 76. 3. 19 ; 26 janv. et 2 févr. 1877, D. P. 77. 3. 36), a été nettement abandonnée

quelques années plus tard (Cons. d'Ét. 28 avr. 1882, D. P. 83. 3. 89) dans un arrêt de principe suivi d'autres décisions non moins catégoriques.

Pour les recours en interprétation proprement dits, le Conseil d'État a hésité plus longtemps à les déclarer recevables devant lui *de plano*. Toutefois, s'il a exigé autrefois que l'acte dont le sens ou la portée étaient contestés fût soumis tout d'abord à son auteur lui-même, il décidait déjà, dès 1877, que la décision interprétative émanée de l'auteur de l'acte pouvait être déférée *omisso medio* à sa haute juridiction sans que ce recours fût assujetti à la formalité préalable de l'appel aux supérieurs hiérarchiques (Cons. d'Ét. 9 mars 1877, aff. *Brescon*, D. P. 78. 3. 1 ; 4 avr. 1884, aff. *Rivier*, D. P. 85. 3. 91). Ces deux décisions sont relatives à des cas où l'auteur de l'acte était une commission départementale ; le Conseil d'État a déclaré recevable le recours dirigé contre l'interprétation donnée par cette commission sans que la décision interprétative ait été, au préalable, attaquée devant le conseil général. La solution eût été évidemment la même, par identité de motifs, si le supérieur hiérarchique de l'auteur de l'acte eût été le ministre.

Mais ce n'était là qu'une première étape : un arrêt plus récent (Cons. d'Ét. 15 févr. 1895, D. P. 96. 3. 22) a admis, dans une hypothèse où les actes à interpréter étaient des circulaires ministérielles, le recours direct devant le Conseil d'État, en l'absence de toute décision interprétative émanée du ministre. Cet arrêt ne peut s'expliquer que par la volonté arrêtée du Conseil d'État de refuser aux ministres tout pouvoir de juridiction en cette matière. Comment en effet, s'il en était autrement, et si le Conseil d'État ne statuait ici que comme juge d'appel, pourrait-il se prononcer alors que le juge du premier degré n'a pas rendu sa décision?

Enfin, postérieurement aux premières manifestations de la jurisprudence que nous venons d'analyser, le Conseil d'État a affirmé sa compétence comme juge de droit commun, d'une façon plus générale, dans un autre domaine, celui du recours contentieux proprement dit.

Le premier arrêt qui, à notre connaissance, ait fermement admis cette doctrine, est en date du 24 juin 1881 (D. P. 82. 3. 51). Il s'agissait d'une contestation relative à une pension communale ; l'acte attaqué était un arrêté préfectoral qui n'avait point été, au préalable, frappé d'un recours devant le ministre de l'Intérieur. Celui-ci opposait à la requête une fin de non-recevoir tirée de ce que la décision du préfet, n'ayant pas été soumise au ministre sur le recours de la partie intéressée, n'était pas définitive et ne pouvait, par conséquent, être déférée directement au Conseil d'État. L'arrêt rejette ce moyen en déclarant « que si l'arrêté attaqué pouvait être déféré au ministre de l'Intérieur..., il n'en avait pas moins, à l'égard du sieur Bougard, le caractère d'une décision de nature à être déférée directement au Conseil d'État par la voie contentieuse. »

Dans un autre arrêt, qui eut plus de retentissement encore, le Conseil d'État se reconnut compétent, en l'absence de toute décision ministérielle, pour connaître de la demande en indemnité formée contre une ville par un employé municipal révoqué. Cette décision constate que « du refus du maire et du conseil municipal de Marseille de faire droit à la réclamation du sieur Cadot, il est né entre les parties un litige dont il appartient au Conseil d'État de connaître » (Cons. d'Ét., 13 déc. 1889, D. P. 91. 3. 41).

Le Conseil d'État avait ainsi dénié au ministre toute juridiction de droit commun. Mais il va plus loin encore, et paraît aujourd'hui lui refuser la qualité de juge en toute matière, même dans les cas où le recours au Conseil d'État doit être obligatoirement précédé d'une décision ministérielle. Le Conseil d'État ne veut pas voir dans ces actes des jugements. Ce sont, à ses yeux, des actes d'administration active, nécessaires pour poser le débat, pour créer un contentieux qui n'existait pas auparavant. Le ministre, dans sa décision, ne fait que donner un corps aux prétentions de l'Administration, et condenser dans un acte les éléments d'un litige qui ne prend naissance qu'en même temps que cet acte et ne se manifeste que par le recours exercé contre lui.

Dans une première série de décisions, le Conseil d'État s'est d'abord refusé à considérer le ministre comme juge en matière d'actes de gestion faits pour le compte de l'État. Cette solution résulte, notamment, d'arrêts qui refusent d'appliquer aux décisions ministérielles la règle d'après laquelle tout jugement doit être motivé (Cons. d'Ét. 30 avr. et 2 juill. 1880, D. P. 81. 3. 9).

Le Conseil d'État a également déclaré que le ministre n'était point un juge en matière de recours hiérarchique en accueillant directement, *omisso medio*, des pourvois en matière contentieuse proprement dite, formés contre des actes d'autorités subordonnées au ministre (Cons. d'Ét. 24 juin 1881, précité). On comprend que le Conseil d'État n'aurait pu admettre ce principe, si le ministre avait dû être considéré comme un juge du premier degré.

Résumant et mettant en relief les tendances du Conseil d'État ainsi manifestées, Laferrière, alors vice-président de la haute Assemblée, a énergiquement soutenu que le ministre n'avait jamais, dans aucune hypothèse, le caractère d'un juge administratif (*op. cit.*, t. 1, p. 463-465). L'analyse qu'il donne des cas dans lesquels le ministre est appelé à prendre une décision, préalablement à l'exercice des recours contentieux, montre bien que le ministre, même alors, ne statue pas comme juge, mais règle administrativement une question qui ne donne lieu à un litige véritable, susceptible d'être débattu au contentieux, qu'après incorporation du point litigieux dans une décision ministérielle.

Il en est ainsi, notamment, lorsque le ministre statue sur la régularité de certaines élections administratives (par exemple les élections aux conseils départementaux, aux conseils académiques et au conseil supérieur de l'Instruction publique) (Décr. 16 mars 1880, art. 12; 12 nov. 1886, art. 12). Les décisions que prend ici le ministre constituent le simple exercice d'un pouvoir de vérification administrative, qu'il tient de sa qualité de chef de service ; elles ne constituent pas des jugements (V. J. Appleton, *La Séparation de l'Administration active et de la juridiction administrative*, p. 18).

Les principaux arrêts du Conseil d'État intervenus au sujet de ce contentieux électoral spécial sont antérieurs à l'époque où cette haute juridiction avait pris le parti de contester aux ministres la qualité de juges ; on n'en peut donc tirer aucun argument. Il n'en est pas de même d'une décision plus récente (Cons. d'Ét. 24 avr. 1891, D. P. 92. 3. 103), à laquelle on ne paraît pas jusqu'ici avoir prêté l'attention qu'elle mérite. Cet arrêt accorde, *en l'absence de tout texte*, compétence au ministre des Colonies pour connaître des protestations contre les élections au Conseil supérieur des colonies. Il s'agit là d'un contentieux électoral de même nature que celui dont nous venons de nous occuper. La solution donnée par l'arrêt précité est remarquable, parce qu'elle prouve clairement que le Conseil d'État ne reconnaît pas le caractère de jugements aux décisions prises en matière électorale par les ministres. Les expressions dont il se sert suffiraient à démontrer ce point ; le Conseil évite avec le plus grand soin d'employer des termes quelconques pouvant faire supposer qu'il attache un caractère juridictionnel à de telles décisions : « Considérant que c'est devant le ministre des Colonies que, sous forme de protestation contre les opérations électorales, les requérants... pouvaient se prévaloir des illégalités dont ledit arrêté serait, suivant eux, entaché... »

Mais remarquons, en outre, qu'en l'état de sa jurisprudence dès lors inébranlable, le Conseil d'État ne pouvait reconnaître ici compétence au ministre des Colonies qu'à la condition de ne pas considérer la décision de ce dernier comme un acte de juridiction. En effet, il n'existe pas de texte qui investisse le ministre du droit de statuer en cette matière ; s'il agissait comme juge, il ne le pourrait donc qu'à titre de juge de droit commun. Or, on sait que le Conseil d'État lui dénie formellement cette qualité ; c'est donc qu'aux yeux de cette assemblée il ne statue pas comme juge en matière électorale, mais comme administrateur.

A part Ducrocq (*op. cit.*, t. 2, p. 36), la doctrine, en général, approuve cette jurisprudence. Elle ne s'applique pas seulement aux ministres, mais aux autres membres

de l'Administration active, tels que les préfets, et même aux corps administratifs non organisés comme juridictions par la loi, par exemple aux commissions départementales (Cons. d'Ét. 28 févr. 1902, *Moureaud*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 150).

50. Des cas de justice retenue. — Il subsiste exceptionnellement, dans la législation administrative, des cas de *justice retenue*, c'est-à-dire des cas dans lesquels le chef de l'État prend lui-même la décision juridictionnelle. Ce sont là des dérogations, aujourd'hui fort rares, au principe de la séparation de l'Administration active et de la juridiction administrative.

Il en était ainsi, jusqu'à la loi du 9 décembre 1905, sur la séparation des Églises et de l'État, des recours pour abus. Ces recours tendaient à l'annulation des actes de l'autorité, soit civile, soit religieuse, portant atteinte aux principes du droit public ecclésiastique ; les cas étaient précisés par les articles organiques du Concordat (L. 18 germ. an 10, art. 6, 7). Ces recours étaient jugés par décret du chef de l'État, sur avis de l'assemblée générale du Conseil d'État. Ils sont désormais sans application, depuis que la loi du 18 germinal an 10 a été abrogée par l'article 44 de la loi du 9 décembre 1905.

Un second exemple de justice retenue est relatif à la matière des prises maritimes. La capture opérée en mer, par une puissance belligérante, de navires appartenant aux sujets de la puissance ennemie (ou même aux neutres dans certains cas) est considérée comme un acte licite par le droit des gens actuel. Mais, comme la prise peut donner lieu à beaucoup d'abus, pour qu'elle soit conservée notre législation exige qu'elle soit validée par un corps administratif spécial, le Conseil des prises (Arr. 6 germ. an 8). Les décisions de ce conseil n'ont pas nécessairement un caractère contentieux, car elles doivent intervenir même en l'absence de toute contradiction. Mais elles peuvent être attaquées devant l'assemblée générale du Conseil d'État, soit par le Gouvernement, soit par les parties. Ces recours revêtent, à notre avis, un caractère nettement contentieux, car les questions

à juger, bien qu'elles mettent en jeu, pour la plupart, des principes de droit international public, supposent, de la part des parties, la revendication de véritables droits. Un détail de procédure prouve bien que le législateur a envisagé dans ce sens la nature de ce recours : le ministère des avocats au Conseil d'État est obligatoire pour les parties en cette matière (Laferrière, *op. cit.*, t. 2, p. 81 ; décr. 9 mai 1859, art. 7).

Néanmoins, le Conseil d'État ne possède, pas plus ici qu'au sujet du recours pour abus, un pouvoir propre de décision ; il se borne à présenter un décret à la signature du chef de l'État, et statue sans observer les formes spéciales aux délibérations contentieuses (Ord. 9 sept. 1831). Ce décret est un véritable jugement (Cons. d'Ét. 14 mars 1924, *Lloyd de Trieste*, D. H. 1924. 398).

Il faut voir aussi, à notre avis, un vestige de justice retenue dans le recours, encore en vigueur, organisé par l'article 40 du décret du 22 juillet 1806. Ce texte est ainsi conçu : « Lorsqu'une partie se croira lésée dans ses droits ou dans sa propriété, par l'effet d'une décision de notre Conseil d'État rendue en matière non contentieuse, elle pourra nous présenter une requête *pour*, sur le rapport qui en sera fait, être l'affaire *renvoyée*, s'il y a lieu, soit à une section du Conseil d'État, soit à une commission. » En cette matière, c'est encore le chef de l'État qui statue par décret, après avoir pris l'avis, soit d'une section du Conseil d'État, soit d'une commission prise dans le sein de cette assemblée.

Malgré les discussions qui se sont élevées sur le caractère qu'il convient d'attribuer à ce recours, nous n'hésitons pas à y voir un recours contentieux, et non simplement gracieux : il résulte du texte même de l'article 40, précité, que le recours n'est ouvert que pour atteinte portée *aux droits* ou *à la propriété* des parties. Il s'agit donc, ici encore, d'un véritable litige, et non d'un recours gracieux, puisque les parties y revendiquent des droits et ne se bornent pas à invoquer de simples intérêts (V. sur les applications de ce recours : Laferrière, *op. cit.*, t. 2, p. 385 et suiv. ; Cons. d'Ét. 14 mars 1924, *Lloyd de Trieste*, D. H. 1924. 398).

C'est encore par décret en Conseil d'État qu'il est statué : 1° sur les recours formés par les préfets et tendant à l'annulation des délibérations des conseils généraux prises sur des objets non compris dans leurs attributions, ou entachées d'excès de pouvoir (L. 10 août 1871, art. 33 et 47) ; 2° sur les recours formés par les propriétaires intéressés ou par les tiers contre les arrêtés préfectoraux qui créeraient une association syndicale autorisée en dehors des cas prévus par la loi (L. 21 juin 1865, art. 13).

Les cas de justice retenue sont devenus, on le voit, très exceptionnels dans notre droit.

51. La juridiction administrative ne peut empiéter sur le domaine de l'Administration active. — La juridiction administrative, ainsi rendue indépendante de l'Administration active, doit respecter le domaine propre de celle-ci. Elle dit le droit, elle tranche les litiges, elle condamne au besoin l'Administration à payer des indemnités, mais elle ne peut pas s'immiscer dans le domaine de l'Administration active en traçant à celle-ci sa tâche ; elle ne peut lui intimer des ordres ou des défenses, en ce qui concerne les actes ou les opérations de l'Administration proprement dite. Les actes administratifs illégaux seront annulés, les dettes seront reconnues, les dommages seront réparés par l'allocation d'indemnités compensatrices, mais la juridiction administrative ne peut contraindre les organes de l'Administration active à faire un acte ou à s'en abstenir.

Ainsi, pas plus que les tribunaux judiciaires, les tribunaux administratifs ne peuvent statuer par voie de disposition générale et réglementaire. Ils ne pourraient pas non plus accomplir un acte de tutelle administrative, réintégrer dans son emploi un fonctionnaire indûment révoqué, délivrer un alignement individuel refusé à tort, enjoindre à l'Administration de faire ou de détruire certains travaux publics ; ils excéderaient aussi leurs pouvoirs si, après avoir annulé une mise en régie prononcée à tort contre un entrepreneur, ils déci-

daient qu'il sera replacé à la tête de ses chantiers : cette mesure ne peut être prise que par l'Administration active. La juridiction administrative peut seulement indemniser pécuniairement l'entrepreneur (V. Dalloz, *Rép. prat.*, v° *Compétence administr.*, n^os^ 1161 et 1162).

Les tribunaux administratifs ne peuvent pas enfreindre ces règles, même lorsqu'ils ont affaire, non à l'Administration elle-même, mais à un concessionnaire de services publics ; lorsque le concessionnaire a causé un dommage à la propriété, les tribunaux administratifs peuvent et doivent allouer une indemnité au propriétaire, mais ils ne sauraient condamner le concessionnaire à exécuter des travaux propres à faire cesser le dommage (Cons. d'Ét. 23 janv. 1924, *Fouché*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 89).

Ce qu'ils ne peuvent pas faire directement, les tribunaux administratifs ne peuvent pas non plus le faire indirectement, en prononçant contre l'Administration ou le concessionnaire qui lui est substitué une astreinte pénale (même arrêt).

Le Conseil d'État a fait une application des mêmes principes dans une espèce où il s'agissait de l'inexécution, par l'Administration, des conditions d'une offre de concours en vue d'un travail public. Un propriétaire avait offert à l'Administration son terrain en vue de l'ouverture d'un chemin, sous la condition que le service public lui construirait gratuitement un mur. La construction n'ayant pas été faite, le Conseil d'État s'est refusé à l'ordonner, mais a condamné l'Administration à payer au propriétaire une indemnité égale à la somme nécessaire pour construire le mur (Cons. d'Ét., 20 juill. 1910, *Viguier*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 593. —V. *infrà*, n° 213).

LIVRE II

LA COMPÉTENCE ADMINISTRATIVE

CHAPITRE PREMIER

RÈGLES GÉNÉRALES DE COMPÉTENCE

---

52. Énoncé des principes. — Les lois des 16-24 août 1790, titre 2, article 13, et du 16 fructidor an 3, posent énergiquement un principe qui paraît, au premier abord, très étendu et sans exception. Ces textes interdisent aux tribunaux, non seulement de troubler, *de quelque manière que ce soit*, les opérations administratives, mais aussi de connaître des actes administratifs, *de quelque espèce qu'ils soient*.

Ces expressions sont trop absolues. Les intérêts privés sont trop mêlés à l'intérêt général, l'action des particuliers est trop étroitement associée à celle des pouvoirs publics dans la recherche de la satisfaction des besoins généraux, les procédés du droit privé sont trop intimement unis à ceux du droit public dans le mécanisme de la gestion des services publics, pour que l'Administration et la justice puissent s'ignorer. Cette collaboration nécessaire exige une mise au point délicate et sans cesse renouvelée. Les frontières des deux services sont assez mouvantes, et il n'a pas fallu moins d'un siècle d'efforts jurisprudentiels pour les bien tracer. Encore l'évolution continue-t-elle tous les

jours, prudemment réglée par la Cour de cassation, le Conseil d'État et le Tribunal des conflits.

On peut dire aujourd'hui que les tribunaux judiciaires ne peuvent connaître des actes et opérations de l'Administration, trancher les litiges qu'ils soulèvent, refuser d'appliquer les actes administratifs à un litige de leur compétence, les annuler, les interpréter lorsque le sens en est obscur ou ambigu, les réformer, en limiter l'effet. Pour savoir quels sont au juste les actes juridiques, les opérations d'exécution, les agissements, compris dans cette règle, et par conséquent pour faire le départ des compétences, il faut s'attacher avant tout à la notion de service public. En principe, le contentieux de tout acte juridique fait en vue des services publics, de toute opération d'exécution faite dans le même but, de tout agissement accompli et de tout incident né au cours de cette exécution, relève de la juridiction administrative (V. Trib. confl. 12 nov. 1906, *Sagot du Vauroux*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 803). Toutes les fois, au contraire, que les organes, même administratifs, n'ont pas agi en vue des services publics, le contentieux que soulèvent leurs actes, opérations ou agissements, relève des tribunaux judiciaires.

C'est ainsi que l'on doit ranger dans le contentieux administratif celui que font naître les décisions nommant ou révoquant un fonctionnaire public, accordant ou retirant une permission de voirie, autorisant ou refusant d'autoriser la création d'un établissement insalubre ; les contrats par lesquels l'Administration concède à un particulier l'exploitation d'un service public ; les accidents de personnes et les dommages matériels résultant du fonctionnement des services publics.

Ces idées assez simples, au moins dans leur principe, ne se sont dégagées que lentement. Pendant presque toute la deuxième moitié du XIX^e^ siècle, surtout sous l'influence de Laferrière, la théorie de la compétence administrative a été dominée par une distinction qui a joui d'une longue fortune : seuls les actes de puissance publique et les opérations impliquant la mise en œuvre actuelle de la puissance publique, auraient échappé à

la compétence des tribunaux judiciaires. Ceux qu'on nommait les *actes de gestion* y seraient demeurés soumis (Laferrière, t. 1er, p. 477), sauf dérogation législative. On reconnaissait, il est vrai, que de nombreuses lois attribuaient aux tribunaux administratifs la connaissance des actes et opérations de gestion intéressant les services publics ; mais, tandis qu'on considérait le contentieux des actes de puissance publique comme administratif *de sa nature*, on disait que celui des actes de gestion n'était administratif que dans des cas exceptionnels et *par détermination de la loi*.

D'autre part, on avait longtemps distingué le contentieux de l'État de celui des départements, communes et établissements publics. Si le contentieux de la validité des décisions exécutoires émanées de ces administrations locales ou spéciales a été toujours attribué au Conseil d'État, celui des opérations d'exécution, des contrats intéressant ces personnes morales de droit public, celui de leur responsabilité pécuniaire à raison du fonctionnement des services, a longtemps été maintenu dans le domaine judiciaire.

Toutes ces distinctions ont aujourd'hui disparu. Le contentieux des actes, opérations et agissements concernant les services publics, relève des tribunaux administratifs, qu'il s'agisse d'actes de puissance publique ou d'opérations de gestion, que le litige intéresse l'État ou l'un de ses succédanés (département, commune, établissement public, colonie). La notion de service public est à la base de la distinction des compétences (Hauriou, *Précis*, 10e édit., p. 875 ; Berthélemy, *Traité élém.*, 10e édit., p. 963 ; Dalloz, *Rép. prat.*, vo *Compétence administrative*, nos 80 et suiv.).

53. Application aux actes administratifs proprement dits. — On désigne souvent sous ce nom les décisions exécutoires de l'Administration présentant un caractère spécial et individuel. Accomplis en vue des services publics, ces actes ont toujours été considérés comme donnant naissance à un contentieux purement administratif (Civ. 14 févr. 1922, *Chemins de fer P.-L.-M.*,

Gaz. Pal. 1922. 1. 464). De très nombreux exemples peuvent être donnés. C'est ainsi que l'on doit ranger dans le contentieux administratif :

1° *Les litiges soulevés par les mesures individuelles de police.* — Tels sont les ordres donnés par l'Administration en matière de police sanitaire (Trib. confl. 22 avr. 1882, D. P. 83. 3. 94-95) ; ceux émanés d'un préfet en vue de poursuivre l'évacuation d'un presbytère par application des lois sur la séparation des Églises et de l'État (Cons. d'Ét. 17 mars 1911, 1re espèce, D. P. 1913. 3. 57, et les conclusions de M. Léon Blum) ; les actes par lesquels les diverses autorités administratives donnent ou retirent des permissions sur le domaine public ; les ordres de service des commissions de réseau des chemins de fer, donnés pendant la guerre en exécution des arrêtés ministériels autorisant la réouverture du service des voyageurs ou des marchandises (Civ. 9 nov. 1925, *Sirèze*, D. H. 1926. 23).

2° *Les difficultés relatives à la nomination et à la révocation des fonctionnaires et agents publics* (Laferrière, t. 1, p. 618 ; Civ. 18 nov. 1895, D. P. 98. 1. 497 ; 10 juill. 1900, D. P. 1900. 1. 497-498 ; 30 janv. 1907, D. P. 1907. 1. 176 ; Trib. confl. 1er juin 1889, D. P. 90. 3. 49).

3° *Les réclamations contre les actes conférant à des particuliers des droits ou des faveurs.* — Tel est, par exemple, l'acte qui donne une mission à un explorateur, celui qui y met fin et règle les détails d'exécution de cette mesure (Trib. confl. 22 avr. 1882, D. P. 83. 3. 94-95) ; les actes autorisant les changements et additions de noms ; ceux qui statuent sur la délivrance des *primes* qui peuvent être dues par l'État, les départements ou les communes (Dalloz, *Rép. prat.*, v° *Compétence administr.*, n° 80). On pourrait multiplier les exemples.

Quelques difficultés ont été soulevées à propos des actes de tutelle administrative et des actes nuls ou annulables.

54. Compétence relativement aux actes de tutelle administrative. — Ce sont les actes par lesquels

l'Administration centrale exerce ses attributions de contrôle sur les administrations décentralisées, notamment sur les actes de la vie civile des départements, communes et établissements publics. Ils consistent, en général, dans des décisions portant soit approbation, autorisation, soit refus d'approbation ou d'autorisation. Tel sera, par exemple, l'acte d'un préfet approuvant la concession à une compagnie privée du service de l'éclairage municipal, avec monopole ou pendant plus de trente ans (L. 5 avr. 1884, art. 115).

Le contentieux de ces actes est administratif : sans doute ils ne contiennent ni prescription ni défense ; néanmoins ce sont des actes de puissance publique, faits en vue des services publics ; ils donnent, aux administrations soumises au contrôle, un pouvoir qu'elles n'auraient pas sans une intervention spéciale de l'autorité publique. L'Administration, dans ce cas, ne traite pas d'égal à égal avec autrui ; elle affirme son pouvoir propre, sa qualité de supérieur, son autorité sur les services publics. Dès lors ses actes ne relèvent pas de l'autorité judiciaire.

Il n'en est pas de même, bien entendu, des actes et contrats que l'autorité supérieure approuve ou autorise. L'acte de tutelle n'imprime pas son caractère d'acte de puissance publique aux opérations approuvées ou autorisées par lui ; celles-ci conservent leur caractère propre, et relèvent, suivant les cas, soit de l'autorité judiciaire, soit des tribunaux administratifs (Laferrière, t. 1, p. 484 ; Dalloz, *Rép. prat.*, v° *Compétence administr.*, n^os^ 73 et suiv.).

55. Compétence à l'égard des actes illégaux. — L'illégalité d'un acte lui enlève-t-elle son caractère administratif et soumet-elle les conséquences de cet acte à la juridiction des tribunaux judiciaires?

A cet égard, la jurisprudence fait une distinction : en règle générale, les vices de l'acte ne lui enlèvent pas son caractère administratif ; selon l'expression de Laferrière, ils affectent la validité de l'acte, non sa nature. L'acte irrégulier, annulable, n'est pas inexis-

tant en tant qu'acte de puissance publique ; il reste administratif (Laferrière, t. 1, p. 478).

Cette solution n'a jamais été sérieusement contestée lorsque l'acte administratif irrégulier n'a pas encore été annulé : les tribunaux judiciaires doivent tenir compte de l'acte tant qu'il reste debout. S'ils agissaient autrement, ils s'arrogeraient ainsi le droit d'annuler un acte administratif, ou du moins de refuser de l'appliquer sous prétexte d'illégalité, ce qui serait contraire au principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires. Pour l'autorité judiciaire, un acte administratif est censé valable tant qu'il n'a pas été rapporté ou annulé par l'autorité compétente.

La question a paru plus délicate dans le cas où l'acte a été rapporté par son auteur ou par le supérieur hiérarchique de celui-ci, — ou encore annulé comme illégal par la juridiction administrative. Cependant, même dans ce cas, la jurisprudence a reconnu que l'Administration était seule compétente pour apprécier les conséquences de l'acte annulé ; notamment les réparations pécuniaires ou autres, auxquelles peuvent donner lieu les dommages qu'il a causés. Comme le dit M. Laferrière (*loc. cit.*), « l'annulation ne prouve qu'une chose, c'est que l'acte a constitué une faute administrative ; or les fautes administratives ne relèvent pas des tribunaux, à moins qu'elles ne constituent en même temps des fautes personnelles du fonctionnaire, assimilables à des délits ou à des quasi-délits de droit commun » (V. *infrà*, nos 125 et suiv.) ; *sic*, Trib. confl. 5 mai 1877, *Laumonnier-Carriol*, D. P. 78. 3. 13, qui a fixé la jurisprudence ; Crim. 21 mars 1918, 1re espèce, D. P. 1921. 1. 41, et les autorités citées en note).

Cependant il y a un cas où les tribunaux seraient compétents pour apprécier les conséquences de l'acte nul d'un administrateur : c'est lorsque l'agent est sorti, non seulement de ses attributions propres, mais de celles de l'Administration en général. Il y aurait, dans ce cas, non pas une simple incompétence, un excès de pouvoir justiciable du Conseil d'État, mais une véritable usurpation de pouvoirs touchant à la voie de fait. Tel serait

le cas d'un administrateur qui confisquerait une propriété privée, qui procéderait à une arrestation arbitraire, qui supprimerait un journal. L'acte, dans ce cas, est plus que nul ; il est inexistant, et ne protège plus son auteur ; il touche à la voie de fait ; il engage directement la responsabilité de son auteur devant les tribunaux judiciaires (Req. 8 févr. 1876, D. P. 76. 1. 277 ; Lyon, 28 janv. 1904, *Favre*, D. P. 1904. 2. 321 ; Cons. d'Ét. 5 févr. 1904, *Ginière*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 88 ; Hauriou, *Précis*, 10e édit., p. 35 ; Laferrière, t. 1, p. 479). Les tribunaux, dans ce cas, n'ont pas à attendre que la nullité de l'acte soit prononcée par la juridiction administrative ; ils n'ont qu'à constater son inexistence juridique, et à passer outre (V. *infrà*, nº 327).

56. Application des principes aux actes réglementaires. — Ce sont des actes administratifs d'un caractère général imposant des prescriptions ou intimant des défenses à un public plus ou moins étendu (règlements d'administration publique du chef de l'État, règlements de police des préfets et des maires, etc.). Ils sont pris en vue des services publics ; la puissance publique y apparaît nettement. Donc, les tribunaux judiciaires ne peuvent ni les annuler ni les réformer.

Toutefois, il est admis que les tribunaux peuvent interpréter les règlements, et refuser de les appliquer lorsqu'ils sont illégaux. C'est là une remarquable exception au principe de la séparation des pouvoirs, exception inspirée à la jurisprudence surtout par des considérations pratiques. Elle mérite d'être étudiée de près.

Les tribunaux judiciaires sont compétents pour interpréter les actes réglementaires, sans avoir à renvoyer cette question incidente à l'autorité administrative. Ils sont même investis du pouvoir d'apprécier la légalité de ces actes, et doivent refuser de les appliquer à l'occasion d'un litige de leur compétence, lorsqu'ils reconnaissent qu'ils sont accomplis en violation de la loi. Ces deux questions (interprétation par voie incidente, appréciation préalable de la légalité des règlements) sont considérées par les arrêts comme connexes ; elles sont

résolues dans le même sens, au moyen d'une formule unique : « Il appartient à l'autorité judiciaire, dit la chambre civile dans un arrêt du 24 octobre 1915 (D. P. 1918. 1. 5), non seulement d'en faire l'application quand leurs dispositions sont claires, mais encore d'en apprécier la légalité et d'en interpréter le sens lorsque cette interprétation est nécessaire pour la solution d'un litige dont elle a été compétemment saisie. »

Cette jurisprudence s'est formée à l'occasion des règlements de police, sanctionnés pénalement par l'article 471, § 15, du Code pénal. D'après ce texte, la contravention à ces règlements n'est punissable que s'ils sont légalement faits. La jurisprudence a considéré que la légalité du règlement était une des conditions d'existence de la contravention, et que le contrevenant devait être renvoyé des fins du procès-verbal, lorsque le tribunal de simple police, juge de la contravention, constatait l'absence de cet élément essentiel. Une fois entrés dans cette voie, les tribunaux ont dû admettre que l'autorité judiciaire, compétente pour apprécier la légalité du règlement, l'était *a fortiori* pour l'interpréter; l'appréciation de la légalité d'un acte exige sa confrontation avec la loi, et, par suite, son interprétation. D'ailleurs, rechercher le sens d'un acte obscur ou ambigu est moins grave et suppose un pouvoir moins grand que refuser de l'appliquer pour cause d'illégalité. Les arrêts ont dû admettre aussi que ce pouvoir n'était pas restreint au cas où l'infraction au règlement ne constitue qu'une contravention justiciable du tribunal de simple police ; qu'il s'étendait au cas où elle est érigée par la loi en délit correctionnel. Il n'y avait pas de raison pour faire de différence entre les deux situations, les règlements sanctionnés par des peines correctionnelles étant évidemment, quant à leur nature, identiques à ceux que sanctionnent les seules peines de simple police.

La jurisprudence en ce sens est abondante et unanime (Crim. 22 mars 1907, D. P. 1908. 1. 352 ; 17 janv. 1914, D. P. 1914. 1. 144 ; Dijon, 26 juin 1907, D. P. 1908. 2. 375 ; *Rép. prat.*, v^is^ *Commune*, n^os^ 760 et suiv. ; 921 et suiv. ; 1888 et suiv. ; *Compétence administrative*,

nos 788 et suiv., 962 et suiv. ; *Lois et décrets*, nos 52 et suiv. ; Laferrière, t. 1, p. 483).

Pendant longtemps, cette compétence exceptionnelle de l'autorité judiciaire est restée spéciale aux matières répressives. Mais elle ne pouvait demeurer ainsi limitée. Lorsque, au lieu de contrevenir au règlement de police, un particulier préfère y obéir d'abord, et intenter ensuite une action tendant à remettre les choses en l'état primitif (par exemple, une action en restitution de taxes indirectes perçues en vertu de règlements et tarifs illégaux), comment lui refuser de contester au civil la légalité de l'acte qu'il eût pu discuter devant le tribunal répressif s'il avait refusé d'y obéir (V. en ce sens D., *Rép. prat.*, vo *Compétence administrative*, no 800 ; Req. 11 déc. 1876, D. P. 77. 1. 9)? Arrivée à ce point, la jurisprudence en est venue à ne voir dans le pouvoir implicitement reconnu à l'autorité judiciaire par l'article 471, § 15, du Code pénal d'apprécier, en matière répressive, la légalité des règlements, qu'une application particulière d'une règle générale présupposée, d'après laquelle les tribunaux pourraient librement, à l'occasion d'un litige de leur compétence, interpréter les actes réglementaires et apprécier leur légalité. A maintes reprises, dans les matières les plus diverses, elle a reconnu ce pouvoir à l'autorité judiciaire, même en matière civile (Req. 24 nov. 1874, D. P. 76. 1. 135 ; Civ. 21 mars 1899, D. P. 99. 1. 418 ; Req. 1er mars 1905, D. P. 1908. 1. 76 ; Civ. 24 juill. 1900, D. P. 1900. 1. 502 ; 24 oct. 1917, D. P. 1918. 1. 5; Req. 10 janv. 1921, D. P. 1921. 1. 49; 15 mai 1922, *Gaz. Pal.* 1922. 2. 166 ; Trib. confl. 5 mai 1900, D. P. 1900. 3. 96; Amiens, 8 et 22 mars 1916, D. P. 1916. 2. 169, et la note 15 à 20. — Comp. Civ. 15 avr. 1899, D. P. 99. 1. 417, et la note signée L. S. — V. aussi les conclusions de M. le commissaire du Gouvernement Blondel sous Trib. confl. 29 juill. 1916, D. P. 1916. 3. 57, et la note ; Moreau, *Le règlement administratif*, p. 260 et suiv. ; Hauriou, *Précis*, 10e édit., p. 69, 70).

La jurisprudence s'est alors préoccupée de justifier la théorie qu'elle venait de construire. Elle a cru y arriver aisément en disant que les actes réglementaires

« participent du caractère de la loi ». C'est la formule de l'arrêt du 24 octobre 1917 précité, et de plusieurs autres (V. notamment Req. 10 janv. 1921 précité). Si cette affirmation est exacte, elle explique fort bien, en effet, que les tribunaux puissent interpréter les règlements, de même qu'ils ont pouvoir d'interpréter la loi : comment pourraient-ils se dérober à ce devoir, puisque les juges ne peuvent refuser de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi? Mais elle n'explique pas du tout que les tribunaux puissent refuser d'appliquer les règlements en constatant leur illégalité. Si les actes réglementaires participent du caractère de la loi, les tribunaux ne peuvent pas plus se refuser à les appliquer pour cause d'illégalité, qu'ils ne pourraient tenir pour nulle une loi proprement dite, sous le prétexte qu'elle serait entachée d'illégalité constitutionnelle (V. Dalloz, *Rép. prat.*, v° *Lois et décrets*, n° 529, les auteurs et arrêts cités ; Berthélemy, note sous C. cass. de Roumanie, 16 mars 1912, D. P. 1912. 2. 201 ; Gaston Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, 3e édit., t. 1, p. 350). On peut dire, il est vrai, que les règlements présenteraient un caractère mixte, participant à la fois de la nature des lois et de celle des actes administratifs. Mais la difficulté n'est que reculée, car si le règlement doit être considéré comme une loi, les tribunaux ne peuvent en proclamer l'illégalité et refuser de l'appliquer : ce serait violer le principe de la séparation des pouvoirs et la loi des 16-24 août 1790, titre 2, article 10 ; et si le règlement doit être tenu pour un acte administratif, les tribunaux ne peuvent pas davantage en apprécier la légalité, car ce serait méconnaître le principe de la séparation des fonctions administratives et judiciaires, proclamé par la même loi, titre 2, article 13.

En réalité, la loi et le règlement sont différents par leur nature ; ce n'est pas dans une assimilation du règlement à la loi qu'il faut chercher la justification des larges pouvoirs d'appréciation accordés à l'autorité judiciaire sur les actes réglementaires. Si les règlements participaient du caractère de la loi, comment le Conseil d'État pourrait-il les annuler, dans un système constitutionnel

qui met les actes législatifs au-dessus de tout contrôle juridictionnel? Comme le dit fort bien M. Berthélemy : « Tandis que le domaine des lois est indéfini, qu'elles peuvent créer toutes les obligations qu'il plaît au législateur d'imposer aux citoyens, le domaine des règlements est restreint. C'est seulement dans les lois qu'ils puisent leur force coercitive. Un règlement qui n'aurait pas pour base un texte de loi constituerait un empiétement de l'Administration sur le pouvoir législatif » (*Traité élém. de droit administr.*, 10e édit., p. 108. Dans le même sens Hauriou, *op. cit.*, p. 55 ; Laband, *Le droit public de l'Empire allemand*, traduc. franc., t. 2, p. 260. — *Contrà* : G. Jèze, *Principes généraux du droit administr.*, 3e édit., t. 1, p. 28 ; Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, t. 1, p. 191 et suiv.). Quoi qu'il en soit de cette controverse théorique, il est certain qu'en droit positif français, comme dans tous les pays où la séparation des pouvoirs est organisée, le règlement diffère profondément de la loi, en ce que cette dernière émane des organes législatifs, tandis que le premier émane des organes exécutifs. En France, la seule base positive du pouvoir réglementaire du chef de l'État se trouve dans l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 (D. P. 75. 4. 30), aux termes duquel le président de la République surveille et assure l'exécution des lois. Ces termes mêmes marquent une différence profonde entre la loi et le règlement ; ce dernier n'intervient que pour assurer l'exécution de la première.

Il faut donc chercher ailleurs que dans la nature quasi-législative des règlements l'explication des pouvoirs de contrôle que les tribunaux judiciaires exercent sur eux. Ces pouvoirs constituent une dérogation au principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires strictement entendu, dérogation fondée sur cette idée que l'utile collaboration des pouvoirs publics exige qu'aucun d'eux n'ait de frontières trop rigides. Chacun des pouvoirs doit avoir la faculté de pénétrer sur le terrain de l'un des autres, à l'occasion des actes de sa propre fonction, dans la limite où cela est nécessaire pour que cette fonction soit bien et com-

plètement remplie. Le principe de la séparation des pouvoirs ne doit pas être entendu dans un sens trop étroitement fonctionnel, mais plutôt dans un sens politique (V. Jean Appleton, *La séparation de l'Administration active et de la juridiction administrative*, p. 2). C'est cette idée qui explique les pouvoirs reconnus aux tribunaux en matière de contôle des règlements. Ce sont les tribunaux judiciaires qui, le plus souvent, ont à appliquer ces actes, qui servent de base à un très grand nombre de jugements civils ou répressifs. S'ils avaient à surseoir à statuer toutes les fois que le sens ou la légalité des innombrables règlements généraux, départementaux ou communaux peuvent être contestés, le fonctionnement de la justice serait irrémédiablement entravé par la multiplicité des questions préjudicielles. En un mot, pour accomplir son œuvre propre, quand il s'agit de règlements, la justice ne peut pas appliquer sans interpréter et sans apprécier la légalité. Le principe de la séparation des pouvoirs serait pratiquement méconnu à son détriment, si cette double faculté ne lui était pas laissée. Il suffit, pour que l'autorité administrative ne soit pas privée de son propre domaine, que l'autorité judiciaire ne puisse ni faire ni défaire un règlement. C'est ce qui arrive dans le système de la jurisprudence, puisque le règlement subsiste même quand, dans une espèce particulière, les juges ont refusé de l'appliquer.

La jurisprudence que nous venons d'analyser mérite donc d'être approuvée, quoique pour des raisons bien différentes de celle qu'elle invoque. Il est cependant très remarquable que la Cour de cassation reconnaisse aux tribunaux le droit de proclamer l'illégalité d'un règlement malgré la nature législative qu'elle attribue à ces sortes d'actes. Si, en effet, les lois échappent au contrôle juridictionnel, c'est moins par leur nature que parce qu'elles émanent des organes parlementaires, lesquels, pratiquement omnipotents, excluent ce contrôle. Dès lors qu'un acte n'émane pas du Parlement, il est susceptible d'un contrôle juridictionnel, alors même qu'il contiendrait des dispositions législatives par leur nature. C'est ainsi que les actes du chef de l'État,

légiférant en matière coloniale (L. 24 avr. 1833 ; Sénatus-consulte du 3 mai 1854) pourraient être déclarés illégaux par l'autorité judiciaire, parce que, s'ils constituent des lois matérielles, ils ne sont pas des lois formelles, n'émanant pas du Parlement. C'est ainsi, à l'inverse, que les règlements des Chambres ne peuvent être appréciés par l'autorité judiciaire, bien que ce ne soient pas des lois, parce que ce sont des actes parlementaires (V. Gaston Jèze, *op. cit.*, t. 1, p. 384 et suiv.).

57. Jurisprudence récente du Tribunal des conflits. — Dans un arrêt plus récent, le Tribunal des conflits, d'une façon d'ailleurs toute incidente, a paru se mettre en opposition avec cette jurisprudence très solidement assise. Il s'agissait de savoir si l'autorité judiciaire était compétente pour fixer le sens et la portée de l'arrêté interministériel du 31 mars 1915, relatif aux transports par voie ferrée pendant la guerre. Le Tribunal des conflits, dans un arrêt du 16 juin 1923, déclare « que l'arrêté du 31 mars 1915 a été pris par le ministre de la Guerre, de concert avec le ministre des Travaux publics, en vertu de ces textes ; que, s'il constitue un acte administratif en raison du caractère des organes dont il émane et si, dès lors, à ce titre, il appartient à la juridiction administrative seule d'en contrôler la légalité, il participe également du caractère de l'acte législatif puisqu'il contient des dispositions d'ordre général et réglementaire, et, qu'à ce dernier titre, les tribunaux judiciaires chargés de l'appliquer sont compétents pour en fixer le sens, s'il se présente une difficulté d'interprétation au cours d'un litige dont ils sont compétemment saisis ; que, par suite, en se bornant à déterminer la portée de cet arrêté, l'arrêt de la Cour de Paris n'a pas violé le principe de la séparation des pouvoirs ».

Cet arrêt paraît donc faire une distinction entre l'interprétation des actes réglementaires, qui relèverait des tribunaux judiciaires lorsqu'ils sont amenés à appliquer un règlement à l'occasion d'un litige de leur compétence, et l'appréciation de la légalité de ces actes, qui échapperait complètement aux tribunaux (Trib.

confl. 16 juin 1923, *Chemins de fer du Midi*, D. P. 1924. 3. 41, avec les conclusions de M. Paul Matter et la note).

Si cette doctrine, qui trouve son expression plus encore dans les conclusions du commissaire du Gouvernement que dans les termes mêmes de l'arrêt, devait triompher, elle compliquerait singulièrement les litiges, et multiplierait d'une façon abusive le nombre des questions préjudicielles : il faudrait que les tribunaux suspendissent leur jugement toutes les fois que la question de la légalité d'un acte réglementaire serait soulevée devant eux ; d'où de bien graves complications, et d'interminables retards.

Mais nous ne croyons pas qu'il faille attribuer une telle portée à cet arrêt : d'abord il faut remarquer que la question de légalité de l'acte réglementaire impliqué dans le débat n'était pas soulevée ; seule son interprétation était en jeu. Le Tribunal des conflits n'avait donc pas à trancher la question de savoir si les tribunaux judiciaires ont compétence pour apprécier incidemment la légalité des actes réglementaires. L'opinion, d'ailleurs un peu sybilline, qu'il exprime sur ce point, n'a, par suite, que la valeur d'un motif surabondant et étranger à l'intérêt du litige.

D'autre part, le commissaire du Gouvernement lui-même a reconnu la compétence des tribunaux pour apprécier, accessoirement aux poursuites et aux demandes dont ils sont saisis, la légalité des actes réglementaires en matière de contraventions de police et de contributions publiques. Il n'y a pas de bonne raison pour leur refuser la même compétence en d'autres matières.

Au surplus, après cet arrêt du Tribunal des conflits, la Cour de cassation a maintenu avec énergie l'affirmation de sa compétence pour apprécier, à l'occasion d'un litige entrant dans le cercle des attributions de l'autorité judiciaire, la légalité des actes réglementaires invoqués (Civ. 27 avr. 1926, *Pham Van Muoi*, D. P. 1926, 1re partie, et la note).

58. Application des règles de compétence aux actes de gestion. — Autrefois, jusque vers la fin du XIXe siècle, la doctrine et la jurisprudence dominantes admettaient que le contentieux des actes de gestion accomplis au nom des Administrations publiques est, en principe, judiciaire. Dans cette opinion, les tribunaux judiciaires pourraient apprécier ces actes, les interpréter, les annuler. Il n'en serait autrement que si l'acte ou l'opération de gestion a été classé expressément par la loi, au point de vue contentieux, dans le domaine des tribunaux administratifs ; de sorte que, tandis que le contentieux des actes de puissance publique proprement dits serait administratif par nature, le contentieux des actes de gestion ne le serait qu'à titre exceptionnel et par détermination de la loi.

Le long succès de cette théorie est dû surtout à l'influence de Laferrière. D'après lui, les actes de gestion sont « ceux que l'Administration accomplit en qualité de gérant et d'intendant des services publics et non comme dépositaire d'une part de souveraineté. Les facultés que l'Administration exerce dans l'accomplissement de ces actes n'excèdent pas, en général, celles que les citoyens possèdent en vertu du droit privé, ou qu'ils peuvent s'attribuer par des stipulations librement consenties ». Laferrière concluait de là (t. 1, p. 485) que si l'intérêt public motive ces actes (contrats conclus en vue des services publics, engagements pécuniaires des Administrations contractés dans le même but, etc.), en général la puissance publique n'y intervient pas ; et il en déduisait que leur contentieux n'est administratif que si un texte de loi en décide exceptionnellement ainsi. Tel est le cas, par exemple, pour les marchés de travaux publics (L. 28 pluv. an 8, art. 4) ; mais le contentieux des marchés de fournitures passés par les départements et les communes, par exemple, reste judiciaire.

Cette théorie est abandonnée ; elle n'a pas d'appui dans les textes, lesquels prohibent l'immixtion des tribunaux dans les actes d'administration, *de quelque espèce qu'ils soient* (L. 16 fruct. an 3), et leur interdisent,

sans distinction, de connaître des actes administratifs. Or, on ne peut nier que les actes de gestion, faits en vue des services publics, ne présentent ce caractère. D'autre part, l'ancienne théorie méconnaissait le but de la prohibition faite aux tribunaux de connaître des actes d'administration. Cette prohibition vise, ainsi que le prouve clairement son histoire, à soustraire à la connaissance de la justice tous les actes intéressant le fonctionnement des services publics. Or les actes de gestion sont bien au nombre de ceux par lesquels les services publics fonctionnent.

L'idée de service public, et non celle de puissance publique, doit donc être mise à la base de la distinction des compétences. Telle est la théorie moderne, consacrée par la jurisprudence.

59. Importance de l'idée de service public dans la distinction des compétences. — Ce qui vient d'être dit montre à quel point il importe, pour résoudre les questions de compétence, de rechercher ce que c'est qu'un service public. M. Hauriou le définit « un service technique rendu au public d'une façon régulière et continue pour la satisfaction de l'ordre public et par une organisation publique » (*op. cit.*, p. 25). Le savant auteur entend, d'ailleurs, ici la notion de l'« ordre public » d'une façon très large ; il veut simplement dire que les services publics sont des facteurs de l'ordre public, en ce sens qu'ils contribuent au règne de l'ordre en donnant satisfaction aux besoins généraux (*ibid.*, p. 27). Un service public est donc un moyen, organisé par les pouvoirs publics, de satisfaire socialement un besoin général par des procédés propres au droit administratif. Cela ne veut pas dire qu'il sera donné satisfaction à tous les besoins généraux par le procédé du service public. Certains de ces besoins sont satisfaits, à peu près exclusivement, en temps normal, par l'initiative privée : tel est le besoin d'alimentation, que le commerce et l'industrie satisfont par les seuls procédés du droit privé. Pour certains autres besoins généraux, les pouvoirs publics aident à leur satisfaction, sans aller jusqu'à employer le

procédé du service public ; ils se borneront, par exemple, *à subventionner* les œuvres privées ; cette subvention, à elle seule, ne leur attribuera pas le caractère de service public. Il faut pour cela un lien plus fort. A quels signes reconnaîtra-t-on que les organes qui pourvoient à la satisfaction d'un besoin général constituent un service public? Ces signes sont nombreux et variables ; mais en voici trois que l'on retrouve toujours : 1° le service public est une création de l'État ou de ses succédanés ; il tient des gouvernants son organisation, les règles générales de son fonctionnement ; 2° il est continu, et les pouvoirs publics veillent de près à ce que cette continuité soit assurée ; 3° les pouvoirs publics, quel que soit son mode d'exploitation, en conservent toujours la maîtrise ou le contrôle ; ils peuvent en modifier le fonctionnement lorsque les besoins à satisfaire viennent à varier. Il faut y ajouter les signes suivants, qui se retrouvent souvent : 1° taxes ou servitudes imposées aux particuliers ; 2° institution d'un monopole d'exploitation (V. *infrà*, n° 105). Cette notion large du service public permet d'y ranger même certaines exploitations d'un caractère commercial ou industriel, telles que les chemins de fer, les tramways, les entreprises publiques d'éclairage par le gaz ou l'électricité, les halles et marchés couverts, les octrois, qui ne cessent pas d'être des services publics par cela seul qu'ils sont concédés ou affermés. La concession est, en effet, à côté de la régie simple ou intéressée, un mode de gestion des services publics ; et le fait que le service présente un côté commercial ou industriel, ne change pas son caractère de service public (Gaston Jèze, *Principes généraux du droit administr.*, 2e édit., p. 249, texte et note 1, p. 250, p. 284 ; Hauriou, *op. cit.*, p. 29, note).

C'est ainsi que le Conseil d'État a été amené à reconnaître que la juridiction administrative est compétente pour connaître des difficultés relatives à l'exécution du contrat liant l'État avec le directeur d'un théâtre national (en l'espèce l'Opéra-Comique), ce contrat présentant le caractère d'un traité de concession de service public (Cons. d'Ét. 25 juill. 1923, *Gheusi*, D. P. 1923. 3. 59 et la note).

Le critérium des compétences est donc le suivant : l'acte de gestion a-t-il été accompli en vue d'un service public, la compétence sera administrative ; au contraire, a-t-il été accompli par l'Administration en vue d'un autre objet que le fonctionnement d'un service public (par exemple pour la gestion du domaine privé d'une personne administrative), la compétence sera judiciaire (D., *Rép. prat.*, v° *Compétence administr.*, n°s 81 et suiv.).

C'est par *application* de ce principe que les tribunaux administratifs sont seuls compétents pour connaître du contentieux des travaux publics (L. 28 pluv. an 8, art. 4) ; de celui des contributions directes (même texte) ; des demandes en indemnités formées contre l'État, les départements et les communes, soit à raison des dommages causés par les fautes de service, soit à raison des dommages causés sans faute par le fonctionnement du service ; des réclamations relatives au traitement, à la solde, aux pensions des officiers civils et militaires.

C'est, au contraire, par *exception* à ce principe que les tribunaux judiciaires ont été reconnus, par des lois spéciales, compétents pour connaître du contentieux des contributions indirectes (L. 7-11 sept. 1790, art. 2 ; 5 vent. an 12, art. 88 ; 22 frim. an 7, art. 65 ; 2 vendém. an 8, art. 1er, etc.) ; de la responsabilité de l'État à raison des faits dommageables commis par les enfants fréquentant les écoles publiques (L. 20 juill. 1899).

60. Les règles de la compétence administrative s'appliquent aux départements, communes et établissements publics comme à l'État. — Ce principe n'a pas toujours été admis. On a longtemps distingué entre le contentieux de l'État et celui des départements, communes et établissements publics. Même après avoir admis la compétence de la juridiction administrative, d'une façon générale, sur tous les litiges nés de l'organisation et du fonctionnement des services publics de l'État, la jurisprudence, — du moins celle des tribunaux judiciaires, — a hésité assez longtemps à appliquer cette solution avec la même ampleur aux départements, communes et établissements publics. Elle avait quelque

tendance à les rapprocher des personnes privées et n'apercevait pas dans leurs actes la puissance publique au même degré que dans ceux de l'État. La compétence judiciaire a donc été longtemps admise pour les litiges nés de la gestion des services départementaux ou communaux (D., *Rép. prat.*, v° *Compétence administr.*, nos 281 et suiv. ; Cons. d'Ét., 7 janv. 1883, D. P. 84. 3. 70 ; Civ. 16 août 1876, D. P. 77. 1. 456 ; Bordeaux, 21 août 1877, D. P. 80. 1. 38 ; Trib. confl. 11 déc. 1880, D. P. 82. 3. 41 ; 26 mars 1881, D. P. 82. 3. 60 ; 18 mars 1882, D. P. 83. 3. 84 ; 11 mai 1901, D. P. 1903. 3. 3).

Cette théorie est aujourd'hui condamnée par le Tribunal des conflits, qui s'y était cependant autrefois rallié (Trib. confl. 29 févr. 1908, *Feutry*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 208-218 ; 11 avr. 1908, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 448). Le Conseil d'État l'a, de même, résolument abandonnée : il assimile entièrement les départements et communes à l'État, au point de vue de la compétence (Cons. d'Ét. 6 févr. 1903, *Terrier*, D. P. 1904. 3. 63 ; 4 mars 1910, *Thérond*, D. P. 1912. 3. 57 ; 10 mars 1911, D. P. 1913. 3. 38).

Mais la théorie ancienne est restée longtemps en faveur devant les tribunaux judiciaires, qui l'appliquent encore quelquefois. La jurisprudence de la Cour de cassation l'a cependant finalement condamnée, et s'est ralliée à celle du Conseil d'État du Tribunal des conflits (Civ. 26 févr. 1912, D. P. 1912. 1. 119 ; 16 avr. 1923, *Boca*, *Gaz. Pal.* 1923. 2. 27).

Bien entendu, les règles de compétence sont les mêmes pour les établissements publics (Civ. 16 avr. 1923, précité).

Cette dernière jurisprudence est seule logique : les départements, les communes, les établissements publics (auxquels il faut ajouter les colonies) gèrent des services publics au même titre que l'État ; ils doivent être soumis à la même compétence.

61. Distinction entre les litiges nés des contrats et ceux provenant d'autres causes. — La jurisprudence est fixée en ce sens que, pour les litiges où la res-

ponsabilité de l'Administration est engagée en dehors d'un contrat, la compétence administrative s'impose toutes les fois que cette responsabilité est mise en jeu à l'occasion de la gestion, du fonctionnement des services publics. Toutes les actions relatives au jeu du service public lui-même, toutes celles fondées sur le quasi-délit ou le quasi-contrat, toutes les actions en responsabilité pour dommages et pour fautes, seront de la compétence des tribunaux administratifs. Telles seront, par exemple, les actions récursoires de département à département, pour le remboursement des dépenses d'assistance (Cons. d'Ét. 8 août 1899, *Département de la Mayenne*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 591 ; 14 déc. 1900, *Département de l'Allier*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 748 ; 21 déc. 1900, *Département du Calvados*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 803 ; 1er août 1902, *Département de la Seine*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 592) ; de même, l'action en réclamation d'une indemnité de résidence, réclamée à une commune, sous le régime concordataire, par un ministre du culte (Cons. d'Ét. 3 févr. 1893, *Ville de Paris*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 91) ; les actions en responsabilité dirigées contre l'État et ses succédanés du fait de leurs agents (Trib. confl. 12 juill. 1907, D. P. 1909, 3. 32) ; le litige relatif au refus d'un maire d'admettre une personne à une adjudication publique (Trib. confl. 16 nov. 1901, D. P. 1902. 3. 42) ; ou au dommage causé à un particulier par la délivrance tardive d'un alignement (Trib. confl. 24 déc. 1904, D. P. 1906. 3. 58) ; l'action en responsabilité dirigée contre une commune à raison des dommages causés par ses pompiers au cours d'un incendie (Bordeaux, 6 déc. 1909, D. P. 1912. 2. 337, et la note).

Lorsque l'action dérive d'un contrat, la jurisprudence actuelle, par une sorte de transaction, distingue : si l'Administration a usé d'un contrat appartenant à l'un des types propres au droit privé (vente, louage, assurance, etc.), la compétence sera judiciaire ; si au conraire elle a traité au moyen d'une des conventions propres au droit public (concession, affectation, subvention, primes à la destruction des animaux nui-

sibles, etc.), la compétence sera administrative. Cette distinction sera développée au numéro suivant.

62. Distinction entre les contrats propres au droit public et ceux qui appartiennent aux types créés par le droit privé. — Les litiges naissant d'un contrat propre au droit public, conclu en vue de la gestion d'un service public, *où l'intéressé prend part à la gestion de ce service*, sont de la compétence des tribunaux administratifs, car l'acte en litige fait intimement partie de ceux par lesquels la marche du service public est assurée : l'Administration et son adversaire se fondent, dans le litige, sur des faits étroitement liés à la marche des services publics ; la contre-partie de l'État est un quasi-agent ; il est mêlé aux opérations internes du service (cette situation est particulièrement frappante à l'égard des concessionnaires de services publics).

En un mot, il s'agit, dans ce cas, d'un *acte de gestion interne* ; le litige naît à l'occasion du fonctionnement même des services publics.

C'est ainsi que la compétence administrative a été reconnue dans les litiges concernant : l'exécution d'une promesse de subvention faite en vue d'un service public (Cons. d'Ét. 6 févr. 1903, *Terrier*, D. P. 1904. 3. 65), la concession de l'enlèvement des bêtes mortes sur la voie publique (Cons. d'Ét. 4 mars 1910, D. P. 1912. 3. 57), le contentieux des concessions de terres dans les colonies, pendant la période de la concession provisoire, où la concession ne fait pas naître un droit de propriété (Civ. 23 févr. 1921, *Vittori*, *Gaz. Pal.* 1921. 1. 479).

Au contraire, la compétence judiciaire subsiste lorsqu'il s'agit de l'application d'un contrat de droit civil ou commercial, même fait en vue d'un service public. Tel est, par exemple, le cas d'un bail conclu en vue de loger un service public. Le bailleur ne prend aucune part au service ; il reste, pour ainsi dire, à la porte. Le bail est un acte de gestion *externe*. Le bailleur livre la chose louée, et le service s'organise sans son concours.

Dans ce cas et dans tous les cas analogues, l'État et ses succédanés emploient les procédés du droit privé ; ils contractent dans les mêmes conditions, dans les mêmes formes juridiques que les simples particuliers ; ils se soumettent aux mêmes juridictions. On peut dire que, tout en agissant dans l'intérêt des services publics, l'Administration se place par sa propre volonté dans les conditions mêmes du droit privé, qu'elle passe un des contrats connus et classés dans le droit civil ou commercial, qu'elle se livre à des opérations parfaitement semblables, par les procédés employés, à celles que font journellement les particuliers, opérations qui supposent des rapports contractuels identiques à ceux du droit privé.

Lorsqu'il s'agit d'un litige soulevé par un contrat de l'Administration, la jurisprudence recherche donc, pour trancher la question de compétence, non pas en vue de quel objet ce contrat a été passé, mais ce qu'est ce contrat de par sa nature même ; et, pour que le juge administratif soit compétent, il ne suffit pas que la fourniture qui est l'objet du contrat doive être ensuite utilisée pour un service public : il faut que ce contrat, par sa nature propre, par sa forme et sa contexture, soit de ceux qu'une administration publique peut seule passer.

C'est ainsi que la compétence judiciaire a été admise pour les litiges concernant les marchés de fournitures des communes, qui sont des contrats de droit commun (Trib. confl. 7 mai 1881, D. P. 82. 3. 106 ; Cons. d'Ét. 31 juill. 1912, *Ville de Lille, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 909, et les conclusions de M. Léon Blum) ; pour les procès relatifs aux marchés de fournitures des départements (Cons. d'Ét. 11 nov. 1910, D. P. 1912. 3. 128) ; pour les difficultés soulevées par un contrat de location en vue de l'affichage sur les emplacements municipaux (Cons. d'Ét. 26 juin 1914, *Agence nationale d'affichage, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 777) ; pour le contentieux d'un contrat d'affrètement de navire passé par l'État (Trib. confl. 9 juin 1923, *Vimant, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 474) ; pour les litiges soulevés par la vente, faite par l'État aux particuliers,

des stocks américains provenant de la guerre (Rennes, 4 mai 1923, D. P. 1924. 2. 49 et la note).

En effet, par la mise en œuvre des procédés ordinaires du droit privé, le co-contractant de l'État n'est pas placé *dans* le service ; il reste en dehors. L'exécution d'un bail, d'un marché de fournitures, ne mêle pas le bailleur, le fournisseur, au fonctionnement du service public. Le service se gère et fonctionne en dehors du contractant. Au contraire, pour reprendre un exemple cité plus haut, le soin d'enlever les bêtes mortes sur la voie publique est un service public dépendant de la police de l'hygiène ; celui qui contracte pour faire ce travail collabore directement à la gestion d'un service public.

Ainsi, quand l'Administration emploie les procédés du droit privé en vue des besoins d'un service public, on peut dire qu'elle ne fait pas, à proprement parler, un acte administratif. La compétence administrative sera donc exclue pour le jugement des contestations soulevées par ces contrats, à moins qu'un texte formel ne la consacre (tel est le cas, par exception, pour les marchés de fournitures de l'État, en vertu du décret du 11 juin 1806).

63. Du cas où les besoins généraux sont satisfaits autrement qu'au moyen des services publics. — Il en sera de même, *a fortiori*, lorsque, pour satisfaire un besoin général, l'Administration, au lieu d'ériger en service public organisé l'ensemble des moyens employés dans ce but, se contente d'user d'un procédé de droit privé. Tel serait le cas, par exemple, où, pour constituer une foire municipale d'échantillons, une commune, sans donner une concession de travaux publics, faciliterait la constitution d'une société anonyme pour construire les établissements de la foire et en gérer les services. Dans ce cas, tous les litiges soulevés par le fonctionnement de cet organisme relèveraient évidemment de l'autorité judiciaire.

En effet, à la différence de ce qui se passe dans le procédé du service public, on ne sent pas ici l'autorité,

le commandement, la coercition. L'Administration traite d'égale à égale avec les particuliers ; elle se soumet donc aux mêmes règles de compétence que les particuliers lorsqu'ils traitent entre eux.

Cette conception a souvent été appliquée lorsqu'il s'agit d'exploitations théâtrales, soit nationales, soit municipales (V. la note sous Cons. d'Ét. 27 juill. 1923, *Gheusi*, D. P. 1923. 3. 59).

Il n'en serait autrement que si l'État avait passé, avec le directeur du théâtre, un véritable traité de concession avec cahier des charges, dans des conditions qui érigeraient le théâtre en service public (même arrêt).

64. Du contentieux des opérations administratives. — L'Administration ne fait pas que des actes juridiques. Les agents qui ont le pouvoir de décider prennent des décisions exécutoires ; ceux qui exécutent procèdent à l'*opération* qui a été décidée. Ainsi, le chef de l'État en Conseil d'État décide de reconnaître l'utilité publique de travaux projetés ; à la suite de ce décret les divers agents procèdent à l'exécution des travaux (établissement des plans de détails, marchés à passer avec les entrepreneurs, acquisition des terrains, constatation et règlement des dommages, etc.) ; c'est là une *opération* de travaux publics. De même le préfet convoque les électeurs en vue d'une élection municipale. L'Administration prend alors les mesures nécessaires : aménagement d'une salle pour le scrutin, composition du bureau électoral, mesures d'ordre, organisation du dépouillement du scrutin : ce sont là des *opérations* électorales. De même encore, l'Administration interdit une manifestation sur la voie publique. Les agents d'exécution convoquent des forces de gardiens de la paix, les organisent, les répartissent sur différents points, leur donnent leurs consignes, font circuler et dispersent les manifestants. C'est là une *opération* de police.

Le contentieux des opérations administratives est administratif comme celui des actes proprement dits, sauf exceptions prévues par la loi. On peut même dire que, toutes les fois qu'il ne s'agit pas du recours pour

excès de pouvoir, qui ne tend qu'à l'annulation d'une décision exécutoire envisagée en elle-même indépendamment de son exécution, le recours intenté devant la juridiction administrative vise plus les incidents de l'*opération* de nature à léser des droits, que les actes administratifs qui l'ont décidée. On l'a déjà vu à plusieurs reprises dans les exemples cités aux numéros précédents. Ainsi, au cours de l'opération de travaux publics, un entrepreneur réclame une augmentation de prix, un propriétaire se plaint du dommage que les travaux font subir à la propriété ; au cours de l'opération électorale, des électeurs protestent contre des erreurs dans le calcul des voix, ou dans l'attribution des bulletins ; au cours de l'opération de police un passant inoffensif est foulé aux pieds des chevaux d'une troupe concourant à l'opération. Les litiges qui naissent de ces incidents ou de ces agissements se rattachent à l'opération administrative et ne peuvent être jugés que par la juridiction administrative ; ils font naître, en général, un contentieux de pleine juridiction, par opposition aux décisions exécutoires, qui ne font naître, en principe, qu'un contentieux d'annulation (V. sur ce point *suprà*, n^os^ 17 et 18, et sur la théorie de l'opération administrative, Hauriou, *Précis*, 10^e^ édit., p. 464, texte et note 2).

En un mot, tous les incidents litigieux des opérations accomplies en vue d'un service public sont, en principe, de la compétence des juridictions administratives. Nous allons éclaircir ce point par quelques exemples.

Il a été jugé à bon droit que tous les litiges relatifs à l'application de la législation sur les céréales et les farines pendant la guerre de 1914-1918, législation qui a transformé le commerce de ces denrées en un véritable service public, sont de la compétence de la juridiction administrative ; et qu'il en est ainsi même quand il s'agit des contrats de cession que l'Administration passait avec les intéressés en vue de la répartition des denrées : ces conventions, qui eussent constitué des contrats de droit commun s'ils fussent apparus isolément, n'étaient, en l'espèce, que des modalités d'exécution du service public du ravitaillement, et devenaient

des incidents de cette opération administrative (Cons. d'Ét. 29 mai 1925, D. H. 1925. 451).

Le caractère propre de l'opération de service public, qui a pour effet d'attribuer à la juridiction administrative les litiges naissant à l'occasion de ces opérations, est indépendant de la régularité des actes juridiques qui ont décidé l'opération ou qui doivent en accompagner l'exécution. Ce point a été souvent jugé, par exemple en matière de dommages causés par les travaux publics (Trib. confl. 29 juin 1895, D. P. 96. 3. 16 ; Civ. 1er déc. 1902, D. P. 1903. 1. 87).

65. Situation spéciale des départements d'Alsace et de Lorraine. — Le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires, proclamé dans les trois départements d'Alsace et de Lorraine par la Révolution française, n'a pas cessé d'y être en vigueur après 1870, pendant l'occupation allemande. Mais le contentieux administratif s'y était peu développé au cours de cette période.

En effet, il n'existait pas, pour l'Alsace et pour la Lorraine, de juge ordinaire du contentieux administratif. La connaissance des recours contre les actes de l'Administration n'ayant été attribuée d'une manière générale à aucun tribunal, ces recours se trouvaient supprimés dans un grand nombre de cas, faute d'un juge compétent pour statuer.

Une autre et grave différence existait entre les institutions d'Alsace-Lorraine et les règles françaises en cette matière : beaucoup de lois spéciales avaient donné aux tribunaux judiciaires du pays d'Empire compétence pour connaître d'un certain nombre d'actes ou d'opérations de l'Administration ; et, d'autre part, la jurisprudence alsacienne-lorraine, entendant moins strictement qu'en France le principe de la séparation des pouvoirs, avait résolu dans le sens de la compétence judiciaire un certain nombre de conflits que la jurisprudence française avait, au contraire, tranchés en faveur des tribunaux administratifs.

La loi du 17 octobre 1919, après le retour de l'Alsace

et de la Lorraine dans l'unité française, a maintenu provisoirement en vigueur, dans les trois départements recouvrés, la législation locale. Un décret du 26 octobre 1919 défère au « tribunal administratif d'Alsace et de Lorraine » les attributions autrefois exercées par les tribunaux administratifs locaux.

Mais ces tribunaux n'ont qu'une compétence d'attribution. La question s'est donc posée de savoir quel était, pour les départements alsaciens-lorrains, le juge de droit commun en matière administrative. Le Conseil d'État a jugé que « le retour à la France des départements recouvrés a eu pour effet d'y réintroduire de plein droit les garanties essentielles du droit public français, notamment celle qui réside dans l'institution du Conseil d'État, juge administratif de droit commun ; que, par suite, en Alsace et en Lorraine, dans tous les cas où un texte spécial n'a pas, en matière administrative, attribué compétence, soit aux tribunaux administratifs locaux, soit aux tribunaux judiciaires, les parties peuvent, ainsi que l'a d'ailleurs expressément rappelé, en ce qui concerne le recours pour excès de pouvoir, l'article 10 du décret du 26 novembre 1919, s'adresser au Conseil d'État comme juge administratif de droit commun » (Cons. d'Ét. 26 déc. 1924, *Keil*, D. P. 1926. 3. 49).

Bien entendu, dans les cas où la loi locale a expressément attribué compétence aux tribunaux judiciaires, cette attribution subsiste jusqu'à ce qu'il en ait été autrement ordonné. Il en a été ainsi jugé, par exemple, au sujet de la demande en dommages-intérêts contre l'État à raison d'un accident causé par un camion militaire (Cons. d'Ét. 1er août 1924, *Trauttmann*, D. P. 1926. 3. 49). De même, les tribunaux judiciaires ont été déclarés compétents, en Alsace, en ce qui concerne une action tendant à faire condamner la ville de Strasbourg au payement de dommages-intérêts en réparation du préjudice que le maire de ladite ville aurait causé au demandeur en ne le nommant pas à un emploi municipal malgré les résultats d'un concours ouvert pour pourvoir à cet emploi (Cons. d'Ét. 1er août 1924, *Bonnal*, D. P. 1926. 3. 49).

Mais que décider dans le cas où l'attribution de compétence à l'autorité judiciaire, sous le régime allemand, résultait, non d'une disposition formelle de la loi, mais de la manière dont la jurisprudence locale avait interprété le principe de la séparation des pouvoirs? Cette jurisprudence classait dans le contentieux judiciaire un grand nombre de litiges ayant leur origine dans le fonctionnement des services publics, alors qu'au contraire le Conseil d'État et le Tribunal des conflits élargissaient beaucoup, dans ces cas, le domaine du contentieux administratif.

Il est évident que, dans ces cas, où il ne s'agit pas d'appliquer une loi précise, mais de prendre parti sur l'étendue d'un principe, ni les tribunaux français, ni le Conseil d'État, ni le Tribunal des conflits n'ont à abandonner leurs conceptions ; ce sont elles qui devront triompher (V. sur l'ensemble de la question : J. Laferrière, *La juridiction administr. en Alsace-Lorraine*, *Rev. du droit publ.*, 1921, p. 420 et suiv.).

L'unité de juge de droit commun entraînera ainsi l'unité de jurisprudence (V. les notes sur un ensemble d'arrêts du Conseil d'État, D. P. 1926, 3. 49).

66. De la compétence sur les questions préjudicielles. — (V. Laferrière, t. 1, p. 492 ; Hauriou, *Précis*, 10e édit., p. 877 ; Berthélemy, *Traité élém.*, 10e édit., p. 1003 ; D., *Rép. prat.*, vo *Compétence administr.*, nos 877 et suiv., et vo *Questions préjudicielles*, nos 95 et suiv. ; Béquet, *Rép. du droit administr.*, vo *Contentieux administr.*, nos 230 et suiv.).

Les tribunaux judiciaires, qui ne peuvent connaître des actes administratifs par voie principale, ne peuvent pas non plus en connaître par voie incidente. Lors donc qu'au cours d'un procès de la compétence des tribunaux judiciaires se présentera une question incidente qui, prise isolément, serait de la compétence soit de l'Administration active ou délibérante, soit des tribunaux administratifs, le tribunal saisi devra surseoir à statuer jusqu'à ce que cette question soit tranchée par l'autorité compétente. C'est la théorie des questions préjudicielles.

Il faut bien distinguer les questions préjudicielles des questions préalables. Les unes et les autres présentent, il est vrai, un caractère commun : elles se posent au cours d'un procès, et leur solution est nécessaire pour que le litige puisse être tranché : la réponse à la question préalable, comme celle à la question préjudicielle, constitue un élément nécessaire de la décision à intervenir.

Mais tandis que la question préalable ne dépasse pas la compétence du juge saisi du fond du débat, et doit être tranchée par ce juge même, la question préjudicielle, au contraire, excède les pouvoirs du juge du fond, et doit être tranchée par une autre autorité.

En général, la jurisprudence a une louable tendance à limiter le nombre des questions préjudicielles : elles retardent la solution des procès ; et d'ailleurs le juge saisi de l'ensemble de l'affaire est généralement le mieux à même de juger les incidents qui la compliquent. Ces incidents ne doivent donc être traités, en général, que comme des questions préalables. Tel est le principe développé dans la fameuse *note* de la Cour de cassation, des 3-12 novembre 1813 (D., *Rép.*, v° *Question préjudicielle*, n° 5) : « Il est de principe que tout juge compétent pour statuer sur un procès dont il est saisi, l'est par là même pour statuer sur les questions qui s'élèvent incidemment dans ce procès, quoique d'ailleurs ces questions fussent hors de sa compétence si elles lui étaient posées principalement. Il faut une disposition formelle de la loi pour ne pas faire application de ce principe. »

Il y aura simple question préalable, que le juge du fond résoudra lui-même, si, au cours d'une poursuite pour abus de confiance, le prévenu soutient que le contrat le liant au plaignant n'est pas au nombre de ceux énumérés dans l'article 408 du Code pénal, mais constitue, par exemple, une vente, ce qui exclurait le délit. Le tribunal correctionnel sera compétent pour apprécier la nature du contrat.

Il y aura question préjudicielle, au contraire, dans le cas où un jeune homme porté sur les tableaux de recensement conteste, devant le conseil de revision,

la nationalité française qui lui est attribuée. Cette question, qui dépasse la compétence du conseil de revision, ne peut être jugée que par le tribunal civil (L. 1er avr. 1923, art. 26).

Il en est de même, en matière de mutation de cote de la contribution foncière, lorsque la propriété de l'immeuble est contestée entre les parties (L. 2 mess. an 7, art. 7).

En matière administrative, voici la règle admise en pratique pour les questions préjudicielles : le principe aux termes duquel le juge de l'action est juge de l'exception, fléchit devant celui de la séparation des pouvoirs. Dès lors, toutes les fois que, dans un litige de la compétence des tribunaux judiciaires, les parties invoquent un acte d'administration dont la connaissance n'appartient pas à l'autorité judiciaire, et dont la validité doit être appréciée ou le sens fixé pour pouvoir résoudre le litige, le tribunal doit surseoir à statuer sur le fond en renvoyant à l'autorité administrative la solution de cette question préjudicielle.

L'application de ce principe présente des inconvénients : elle retarde, nous l'avons dit, la solution des litiges ; elle les complique gravement. On concevrait un système de compétence et de procédure où ces lenteurs et ces complications seraient évitées. Quoi qu'il en soit, la jurisprudence est fixée ; nous allons l'analyser.

67. Conditions nécessaires pour qu'il y ait, en matière administrative, question préjudicielle et obligation de surseoir. — Trois conditions sont nécessaires :

1° Il faut que la solution de la question soit un élément nécessaire de celle du fond, c'est-à-dire que le sort du litige en dépende (D., *Rép. prat.*, v° *Compétence administr.*, nos 891, 1058 et les arrêts cités ; Laferrière, t. 1, p. 499 ; Civ. 17 juin 1890, D. P. 90. 1. 297 ; Trib. confl. 8 juill. 1893, D. P. 94. 3. 71 ; Civ. 7 juill. 1896, D. P. 1900. 1. 440. — Cf. Cons. d'Ét. 2 mars 1925, *Ville de Castelnaudary*, D. H. 1925. 332).

2° Il faut qu'il s'agisse de fixer le sens ou d'apprécier

la validité d'un acte administratif. — Ce n'est pas à dire que les tribunaux judiciaires doivent surseoir à statuer toutes les fois qu'un acte administratif, dont le contentieux ne leur appartient pas, sera invoqué devant eux : compétents pour *appliquer* les actes administratifs, les tribunaux judiciaires sont incompétents pour les *interpréter* et pour en *contrôler la légalité*. Ainsi, toute contestation sur le sens ou la validité de l'acte invoqué n'a pas nécessairement pour effet de faire naître une question préjudicielle : il faut que cette contestation soit sérieuse, qu'elle soulève une difficulté réelle. Il faut, à ce point de vue, éviter deux écueils : il convient d'abord de se garder de voir une question là où il n'y en a pas ; si l'acte est clair, sans obscurité, manifestement valable, il n'y a qu'à l'appliquer : surseoir, sous prétexte de faire trancher une question préjudicielle inexistante, serait un abus. Mais, d'autre part, toutes les fois que la difficulté est sérieuse, le sursis doit être ordonné. En niant l'existence de la difficulté relative à l'interprétation ou à la validité de l'acte, les tribunaux judiciaires ne peuvent pas la faire disparaître (V. pour les applications D., *Rép. prat.*, v° *Compétence administr.*, n^os^ 1001 et suiv. ; Civ. 1^er^ mars 1911, D. P. 1913. 1. 89 ; 28 mars 1911, D. P. 1913. 5. 50 ; 11 et 18 déc. 1911, D. P. 1913. 1. 302 ; 9 nov. 1914, D. P. 1916. 1. 268 ; Dijon, 17 mars 1913, D. P. 1914. 2. 39 ; Civ. 10 déc. 1919, D. P. 1920. 1. 7 ; 4 mai 1921, D. P. 1921. 1. 41).

3° Enfin, pour qu'il y ait question préjudicielle et obligation de surseoir, il faut que l'acte administratif dont il s'agit de fixer le sens ou d'apprécier la validité ne soit pas de ceux qui, par leur nature ou par une disposition de la loi, peuvent être interprétés, ou contrôlés dans leur légalité, par les tribunaux judiciaires. Tels sont, par exemple, les contrats de droit privé passés par les personnes administratives (V. *suprà*, n° 62), les actes réglementaires (V. *suprà*, n° 56).

68. Applications des principes qui précèdent. — Ces applications sont extrêmement nombreuses (V. no-

tamment Civ. 4 août 1915, D. P. 1921. 1. 15 ; 17 mars 1915, 38e espèce, D. P. 1917. 1. 1, la note de M. Sarrut, et les autorités citées). Plus récemment, il a été jugé qu'un particulier qui soutenait que l'occupation d'un terrain lui appartenant avait été illégalement autorisée par le préfet, ayant saisi le tribunal civil d'une demande en suppression d'ouvrages construits sur la propriété ainsi occupée, le tribunal devait, avant de statuer sur le fond, renvoyer à l'autorité administrative l'examen de la question de savoir si l'arrêté préfectoral d'occupation temporaire était légal ou non (Trib. confl. 10 mai 1924, *Tabary*, D. H. 1924. 496). Jugé de même que, si les tribunaux judiciaires sont compétents pour constater la possession d'un particulier au regard de l'État, ils ne peuvent maintenir ce particulier en possession d'une parcelle du domaine public; et, par suite, si l'exception de domanialité est invoquée par l'État, ils doivent surseoir à statuer jusqu'à la solution de cette question préjudicielle administrative (Req. 16 juin 1925, *d'Albis de Gissac*, D. H. 1925. 517). Jugé enfin que si les tribunaux judiciaires sont compétents pour connaître des contestations relatives aux contributions indirectes, et par suite aux droits de place dans les halles, foires et marchés, ils doivent surseoir à statuer s'il y a lieu, préalablement au jugement du fond, de déterminer le sens et la portée des conventions passées entre la commune et le fermier des taxes (Civ. 29 déc. 1924, *Trassard*, D. H. 1925. 82).

69. Exceptions aux principes qui précèdent. — On dit parfois qu'il n'y a pas de question préjudicielle d'ordre administratif en matière criminelle ; et l'on se fonde pour cela sur l'ordonnance du 1er juin 1828 sur les conflits, dont l'article 1er déclare que le conflit d'attribution ne sera jamais élevé en matière criminelle. C'est une erreur. Le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires a, en matière criminelle, la même portée qu'en toute autre matière ; seulement, pour mieux sauvegarder ici l'indépendance de l'autorité judiciaire, le principe de la séparation n'est pas sanc-

tionné par la procédure du conflit, en matière criminelle (V. *suprà*, n° 28).

Mais, par exception, l'état civil des citoyens, leur nationalité, les questions d'état en général, ne peuvent être appréciés que par les tribunaux judiciaires, sans aucun partage de compétence avec la juridiction administrative. Dès lors, il n'y a pas de question préjudicielle d'ordre administratif en cette matière. C'est ainsi que les tribunaux de l'ordre judiciaire, à propos d'une question de nationalité, auraient compétence pour apprécier la validité d'un décret de naturalisation (Laferrière, t. 1, p. 497. — Cf. *infrà*, n° 74) ; et qu'ils pourraient, à propos d'une action en nullité de mariage, discuter la validité du titre (délégation, par exemple) en vertu duquel l'officier de l'état civil a procédé à la célébration (Laferrière, *ibid.*).

70. Compétence en matière de demandes incidentes et reconventionnelles. — L'incompétence des tribunaux judiciaires, pour connaître des actes et opérations de l'Administration, tient à l'ordre public. Elle s'applique donc non seulement aux demandes principales, mais aux demandes incidentes, reconventionnelles, en garantie, etc., qui peuvent surgir au cours du litige. Ce principe a été appliqué à maintes reprises en matière de garantie (V. Dalloz, *Suppl.* au *Rép.*, v° *Compétence administr.*, n° 183 ; *Rép. prat.*, *eod. v°*, n°s 338 et suiv., et les arrêts cités. V. surtout Trib. confl. 10 mai 1890, D. P. 91. 3. 108 ; 8 août 1891, D. P. 93. 3. 14). Il doit s'appliquer, pour les mêmes raisons, en matière de demandes reconventionnelles. En effet, la jurisprudence n'attribue compétence au tribunal saisi de la demande principale, pour connaître des demandes reconventionnelles connexes, qu'à la condition que cette extension du débat ne se heurte à aucun obstacle tiré des règles de la compétence *ratione materiæ*. Notamment, un tribunal de commerce ne peut connaître d'une demande reconventionnelle qui, prise isolément, eût été de la compétence des tribunaux civils (*Rép. prat.*, v° *Demande reconventionnelle*, n° 25). Si la réciproque

n'est pas admise, et si la jurisprudence déclare recevables les demandes reconventionnelles formées devant les tribunaux civils, alors même que, prises isolément, elles eussent été de la compétence des tribunaux de commerce, des juges de paix ou des conseils de prud'hommes, c'est qu'elle reconnaît aux tribunaux civils, en matière non administrative, une sorte de plénitude de juridiction, et qu'elle n'attribue pas à leur incompétence, dans les matières réservées aux tribunaux d'exception, le même caractère d'ordre public qu'à l'incompétence de ces derniers sur les questions qui sont de la compétence des tribunaux civils (*Rép. prat.*, v° *Demande reconventionnelle*, n° 25 ; Garsonnet et Cézar-Bru, *Traité théor. et prat. de procédure*, t. 1, 3e édit., n° 460, p. 720). Mais, au contraire, l'incompétence des tribunaux de l'ordre judiciaire étant absolue et d'ordre public, relativement aux actions nées à l'occasion de la gestion des services publics, ces juridictions n'en peuvent être saisies, même par voie de demande reconventionnelle (V. conf. Paris, 15 nov. 1917, D. P. 1918. 2. 32). Toutefois, un arrêt a apporté à ce principe un tempérament : il faut bien distinguer les demandes reconventionnelles des simples moyens de défense, qui, fondés sur les faits mêmes du procès compétemment soumis au tribunal civil, ont leur place marquée, et même obligée, dans la situation d'ensemble qui doit être appréciée par les juges. L'examen de ces moyens de défense ne pourra aboutir qu'à faire échec à la demande principale, ou à en atténuer les conséquences. Il est impossible de priver le défendeur du droit de faire valoir de tels moyens devant le tribunal même où le demandeur l'a attiré : ce serait fragmenter arbitrairement un litige qui ne peut être jugé sainement que si les mêmes juges ont pouvoir d'examiner les faits dans leur ensemble et sous toutes leurs faces (Nancy, 20 févr. 1919, D. P. 1919. 2. 57).

Cette plénitude de compétence ne pourrait fléchir que si le moyen de défense invoqué nécessitait l'interprétation d'un acte administratif ou impliquait l'appréciation de la validité d'un tel acte. Dans ce cas, le tribunal

civil, tout en restant saisi, devrait surseoir à statuer jusqu'à la solution de cette question préjudicielle (V. la note sous Nancy, 20 févr. 1919, précité).

71. Des questions préjudicielles au profit de l'autorité judiciaire. — Par application du principe de la séparation des pouvoirs, les organes de l'Administration ne peuvent, ni principalement, ni accessoirement, statuer sur les questions judiciaires ou interpréter les décisions judiciaires. C'est la réciproque de la règle qui interdit aux tribunaux de s'immiscer dans l'Administration.

Dès lors, il y aura des questions préjudicielles en faveur de l'autorité judiciaire, dans les affaires de la compétence des tribunaux administratifs. Lorsque, au cours d'un litige entrant dans leurs attributions, ces tribunaux auront à résoudre une question dont le contentieux relève des tribunaux judiciaires, ils devront surseoir à statuer jusqu'au jugement de cette question préjudicielle.

Ainsi les tribunaux administratifs n'ont aucun pouvoir pour connaître des questions de propriété privée, d'état, de capacité, de domicile. Lorsqu'elles surgiront au cours d'un litige administratif, ces questions donneront lieu à sursis.

C'est ainsi que, lorsque la mutation d'une cote de contribution foncière est demandée, si la question de propriété des parcelles imposées est soulevée incidemment par l'une des parties, comme elle domine le débat et gouverne la solution, le conseil de préfecture devra surseoir à statuer jusqu'à ce qu'elle soit résolue par les tribunaux civils. Ainsi en dispose l'article 7 de la loi du 2 messidor an 7 : « S'il y a contestation sur le droit à la propriété, les administrations renverront devant les tribunaux civils, et ajourneront la décision sur la demande en mutation de cote, jusqu'après jugement définitif sur le droit des parties à la propriété. »

De même, aux termes de l'article 16 de la loi du 10 août 1871, modifié par celle du 31 juillet 1875, en matière de contentieux des élections aux conseils généraux, « lorsque

la réclamation est fondée sur l'incapacité légale de l'élu, le Conseil d'État surseoit à statuer jusqu'à ce que la question préjudicielle ait été jugée par les tribunaux compétents, et fixe un bref délai dans lequel la partie qui aura élevé la question préjudicielle doit justifier de ses diligences ». Cette règle a été appliquée d'une façon générale aux questions d'état, de domicile, de nationalité, de parenté ou d'alliance, d'interdiction, de faillite, etc. desquelles peut dépendre l'éligibilité d'un candidat (Hauriou, *Précis*, p. 161, note 2 ; Laferrière, t. 2, p. 338 ; Cons. d'Ét. 5 févr. 1906, *Elections de Soleymieux*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 109).

En matière de recrutement militaire, le conseil de revision, juridiction administrative spéciale statuant sur l'incorporation des recrues, est soumis à des règles analogues : « Lorsque les jeunes gens portés sur les tableaux de recensement ont fait des déclarations dont l'admission ou le rejet dépend de la décision à intervenir sur des questions judiciaires relatives à leur état ou à leurs droits civils, le conseil de revision ajourne sa décision ou ne prend qu'une décision conditionnelle » (L. 1er avr. 1923, art. 28). La suite de l'article indique la procédure à suivre pour faire juger la question préjudicielle.

La jurisprudence généralise ces dispositions. On peut dire qu'il y a question préjudicielle en faveur des tribunaux judiciaires toutes les fois que, dans un litige de leur compétence, les tribunaux administratifs voient surgir une question incidente, dont la solution est nécessaire à celle du litige principal, et qui est relative à des questions d'état, de capacité civile, de domicile, de propriété privée, de possession, d'usage civil, de servitude, de droit à succession (Dalloz, *Rép. prat.*, v° *Compétence administr.*, nos 933 et suiv.).

Il faut bien noter ici que cette obligation de surseoir, qui s'impose aux juridictions administratives, n'existe pas à la charge de l'Administration active. Il arrive assez souvent que les agents administratifs, pour prendre des décisions de leur ressort, ont à apprécier des questions de propriété, de domicile, de nationalité. Tel est le cas,

par exemple, du ministre de l'Intérieur qui prend contre un étranger, en vertu de la loi du 3 décembre 1849, un arrêté d'expulsion ; du directeur des Contributions directes, qui établit le rôle de la contribution foncière et doit se demander, avant d'arrêter ce rôle, si la personne imposée est ou non propriétaire de la parcelle envisagée.

Dans ce cas, les parties seraient mal venues à soulever une question préjudicielle devant l'Administration active. Il ne s'agit point ici, en effet, pour l'agent de l'Administration, de juger, mais d'agir. Il apprécie la situation dans son ensemble et décide. C'est là une conséquence de l'autonomie de la puissance publique, qui jouit de la prérogative de réaliser son but par ses propres moyens, en vertu de ce qu'on a appelé l'« action d'office », sans qu'elle ait besoin d'avoir recours à l'autorisation ou à l'intervention du juge (Hauriou, *Précis*, 10e édit., p. 346, 353 et suiv.). Ce n'est que si la décision prise soulève un litige, que les questions de propriété, de nationalité, etc., deviennent préjudicielles, parce que les juridictions administratives n'ont pas qualité pour les trancher.

Les arrêts du Conseil d'État qui ont annulé des décisions de commissions départementales classant comme chemins vicinaux ou reconnaissant comme chemins ruraux des voies de communication, alors que la propriété du sol était contestée (Cons. d'Ét. 9 juin 1882, *Maixent*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 536 ; 4 juill. 1884, *Laffont*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 550 ; 13 déc. 1889, *Charles*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 1155 ; 26 janv. 1906, *de Mürard*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 69), ne sont nullement inconciliables avec le principe qui précède : dans ce cas comme dans quelques autres semblables, l'Administration avait excédé ses pouvoirs parce qu'elle ne peut légalement classer dans le domaine public un chemin dont la propriété est contestée (V. Laferrière, t. 1, p. 503-504).

72. De l'obligation, pour chacune des deux autorités, de respecter les décisions juridictionnelles de l'autre. — L'indépendance respective des deux ordres de juridiction oblige chacune d'elles à respecter

les actes de l'autre. Ce qui a été jugé par les tribunaux administratifs s'impose aux tribunaux judiciaires, et réciproquement. Lorsque les conditions pour qu'il y ait chose jugée sont réunies, la décision rendue s'impose aux deux ordres de juridiction, alors même que le tribunal dont la sentence est invoquée aurait été incompétemment saisi. En effet, « la maxime *res judicata pro veritate habetur* couvre les erreurs de compétence aussi bien que les erreurs de fait et de droit que le juge a pu commettre » (Laferrière, t. 1, p. 507). C'est ainsi que si un tribunal judiciaire a connu à tort d'une contravention de grande voirie et a acquitté le prévenu, celui-ci ne peut plus être traduit, pour le même fait, devant le conseil de préfecture (Cons. d'Ét. 5 févr. 1875, D. P. 76. 3. 8. — Cf. Dalloz, *Rép. prat.*, v° *Compétence administr.*, n^os^ 830 et suiv., et les nombreux arrêts cités).

Mais le principe de l'indépendance réciproque des deux ordres de juridictions n'obligerait pas l'autorité judiciaire à se dessaisir en faveur de la juridiction administrative, ou réciproquement, par cela seul que la même cause serait pendante devant une juridiction d'un autre ordre. La menace de conflit naissant de la litispendance serait, le cas échéant, tranchée par la procédure du conflit.

Cette indépendance réciproque produit parfois, il faut le reconnaître, des résultats fâcheux. C'est ainsi que l'autorité judiciaire, compétente pour juger les contraventions aux règlements et arrêtés de police, a le pouvoir, à ce propos, d'apprécier la légalité de ces actes administratifs et d'acquitter le contrevenant en constatant l'illégalité. Il arrive assez fréquemment qu'elle tranche cette question préalable autrement que le Conseil d'État, saisi d'un recours pour excès de pouvoir contre le même arrêté, soit qu'elle considère comme valable un acte que le Conseil d'État annulera plus tard pour excès de pouvoir, soit qu'elle considère comme illégal un arrêté à l'occasion duquel un recours pour excès de pouvoir a été ou sera rejeté par la juridiction administrative. Laferrière (t. 1, p. 505-506) cite plusieurs

exemples très frappants de ces contradictions (V. aussi Dalloz, *Rép. prat.*, v° *Compétence administr.*, n° 871 et les arrêts cités).

Dans le premier cas, le conflit ne sera souvent que de peu de durée, car l'arrêté annulé par le Conseil d'État disparaît à l'égard de tous, et même les poursuites déjà engagées tombent de plein droit (Crim. 25 mars 1882, *Darsy*, D. P. 82. 1. 486) ; mais, dans le second cas, si la Cour de cassation, comme elle en a le droit, persiste dans son appréciation première, il arrive qu'un arrêté de police reconnu valable par le Conseil d'État est privé de toute sanction pénale. Dans ce cas, en effet, le rejet du recours pour excès de pouvoir n'a pas pour conséquence la validation *erga omnes* de l'acte attaqué.

N'y a-t-il pas cependant des circonstances où l'Administration est dispensée d'exécuter les décisions de justice, en dépit de la règle qui veut qu'elle les respecte?

Il y a des cas où les décisions de justice ne peuvent être exécutées qu'avec le concours de l'Administration. Par exemple, lorsqu'un jugement ordonne qu'une personne soit réintégrée dans une propriété indûment détenue par un tiers, il arrive parfois qu'elle ne puisse le faire qu'avec le concours de la force publique, à laquelle son titre exécutoire lui donne le droit de demander main-forte. L'Administration a-t-elle le droit d'interdire à ses agents d'obéir à cette réquisition?

Sans doute l'Administration ne peut être dépouillée, à cet égard, d'un certain pouvoir d'appréciation. Dans les circonstances graves, pour éviter des violences et des troubles, elle peut temporiser, revendiquer le droit de rester juge du moment opportun ; mais elle ne pourrait indéfiniment entraver l'exécution d'un jugement par une inertie volontaire et injustifiée. Dans ce cas, sa décision d'abstention serait entachée d'excès de pouvoir ; elle pourrait même, selon les circonstances, engager la responsabilité personnelle du fonctionnaire qui aurait donné l'ordre d'abstention.

Il n'en serait autrement que dans les cas graves et rares où le refus d'exécuter une sentence judiciaire apparaîtrait, de la part de l'Administration, comme

un sacrifice nécessaire fait à la paix publique, pouvant être considéré comme un acte de Gouvernement. Il en a été ainsi jugé, par exemple, dans un pays de protectorat (la Tunisie) en une circonstance où l'exécution du jugement eût pu faire craindre des révoltes et des conflits à main armée avec les indigènes (Cons. d'Ét. 30 nov. 1923, *Couitéas, Gaz. Pal.* 1924. 1. 291). Mais dans ce cas, si l'acte critiqué ne peut être annulé par le Conseil d'État, s'il ne peut engager la responsabilité personnelle de son auteur, il fait naître tout au moins une action en indemnité contre l'État au profit du titulaire du jugement, dont le droit a ainsi été méconnu (même arrêt).

Dans d'autres circonstances, il arrive qu'un jugement exige, pour produire son effet, un acte de l'Administration. Par exemple, un jugement attribuant à un particulier un titre de rente ne peut produire la plénitude de ses effets juridiques que par un transfert opéré sur le grand livre de la Dette publique. Le ministre des Finances excéderait ses pouvoirs s'il refusait le transfert sous le prétexte que le tribunal a mal jugé la question de propriété. Sa décision encourrait, de ce chef, la censure du Conseil d'État, et la responsabilité personnelle du fonctionnaire coupable pourrait même être mise en jeu si une faute vraiment lourde était relevée contre lui. En tout cas, la responsabilité pécuniaire de l'État serait engagée.

Mais il en serait autrement si, pour se refuser au transfert, le ministre invoquait un principe de droit dont l'Administration est fondée à se prévaloir, par exemple l'insaisissabilité des rentes sur l'État (L. 8 niv. an 6, art. 4 ; 28 flor. an 7, art. 7). Cette attitude serait justifiée si, par exemple, le jugement avait attribué la propriété du titre litigieux soit au créancier saisissant, soit à un tiers adjudicataire sur saisie. Dans ce cas, l'Administration se prévaut de son propre droit, auquel l'autorité judiciaire n'a pas pu porter atteinte par un jugement rendu en faveur d'un tiers (Laferrière, t. 1, p. 510).

Il n'en serait autrement que si l'Administration avait été mise en cause devant les tribunaux judiciaires,

sans qu'elle soulevât l'incompétence, et si le jugement lui était ainsi devenu opposable. Elle devrait alors, sous peine d'excès de pouvoir, exécuter le jugement (Laferrière, t. 1, p. 511-512).

Enfin, par exception, l'Administration serait fondée à refuser d'exécuter un jugement si, par une usurpation de pouvoir caractérisée et flagrante, les juges étaient allés jusqu'à adresser des injonctions ou intimer des défenses à la puissance publique. Dans ce cas, il y aurait lieu d'appliquer l'instruction législative du 8 janvier 1790 : « Tout acte des tribunaux ou des cours de justice tendant à contrarier ou à suspendre le mouvement de l'Administration, étant inconstitutionnel, demeurera sans effet et ne devra pas arrêter les corps administratifs dans l'exécution de leur opération. » Les juges, dans ce cas, n'auraient pas exercé leur pouvoir de juridiction ; ils auraient usurpé la fonction législative ou exécutive, commis ainsi une forfaiture, et leur décision, juridiquement inexistante, n'aurait pas à être observée par l'Administration (Laferrière, *loc. cit.*).

CHAPITRE II

COMPÉTENCE EN MATIÈRE D'ÉTAT, DE CAPACITÉ CIVILE ET DE DROITS INDIVIDUELS

---

73. Principe de la compétence judiciaire. — Il est généralement reconnu que les tribunaux judiciaires sont seuls compétents pour statuer sur les questions d'état, de capacité civile, de domicile, d'atteintes à la liberté individuelle et à d'autres droits analogues touchant de très près à l'exercice des libertés garanties à l'individu par la Constitution.

Cette compétence résulte de textes nombreux fortifiés par une longue interprétation jurisprudentielle. C'est ainsi que les questions de nationalité ont été réglées par le Code civil et les diverses lois qui y ont été incorporées (art. 8 et suiv.). L'article 9, alinéa 2, prévoit que la décision du ministre de la Justice refusant l'enregistrement de la soumission faite par un étranger né en France d'y fixer son domicile en vue d'acquérir la nationalité française peut être frappée d'un recours *devant les tribunaux civils*. L'article 26 de la loi du 1er avril 1923 sur le recrutement de l'armée dispose que les questions préjudicielles concernant l'état ou les droits civils des recrues sont jugées *par le tribunal civil* contradictoirement avec le préfet. Divers articles du Code civil et du Code de procédure civile placent le service de l'état civil sous le contrôle de l'autorité judiciaire (C. civ., art. 49, 53, 54, 99 et suiv. ; C. pr. civ., art. 855 et suiv. ; L. 20 nov. 1919).

Les règles du domicile sont énoncées au Code civil (art. 102 et suiv.). Les tribunaux civils ont seuls le droit de modifier la capacité civile des personnes au moyen de l'interdiction ou de la dation d'un conseil judiciaire (C. civ., art. 489 et suiv., 513 et suiv.). Les attentats à la liberté individuelle constituent des crimes prévus et punis par l'article 114 du Code pénal, et l'article 117 prend soin de réserver aux parties lésées, dans ce cas, leur action civile devant les tribunaux.

Ces textes et un grand nombre d'autres du même genre ont fait décider par la jurisprudence que l'ensemble de droits, d'avantages et de rapports légaux dont il vient d'être parlé, est placé sous la sauvegarde des tribunaux judiciaires qui ont, sur ce point, plénitude de juridiction.

Cette attribution de compétence produit, notamment, cette double conséquence : 1° les questions d'état, de capacité, de domicile, sont préjudicielles lorsqu'elles se présentent incidemment à un litige de la compétence des tribunaux administratifs ; 2° les questions d'interprétation et d'appréciation de la validité des actes administratifs ayant concouru à l'établissement de l'état civil ou de la nationalité d'une personne ne sont pas préjudicielles lorsqu'elles se présentent au cours d'un litige dont les tribunaux judiciaires sont compétemment saisis.

C'est ainsi que les conseils de préfecture et le Conseil d'État doivent surseoir à statuer sur les réclamations en matière d'élections au conseil municipal et au conseil général lorsque la solution du litige dépend d'une question d'état (L. 5 mai 1884, art. 39 ; 31 juill. 1875). On a vu plus haut une disposition analogue en matière de recrutement militaire.

Réciproquement, les tribunaux judiciaires, saisis d'une question litigieuse concernant l'état civil d'un individu, apprécieront librement la validité du titre en vertu duquel l'officier municipal qui a fait l'acte de l'état civil attaqué a exercé ses fonctions. La question s'est posée à propos des célèbres affaires des mariages de Montrouge où la validité des mariages contractés était contestée à

raison de l'irrégularité de la délégation conférée par le maire à un conseiller municipal ; elle n'a pas paru un instant douteuse (Civ. 7 août 1883, D. P. 84. 1. 5 et la note).

Par application des règles ci-dessus, une veuve n'est pas recevable à déférer au Conseil d'État la décision par laquelle le ministre des Pensions a rejeté sa demande tendant à obtenir l'insertion, dans l'acte de décès de son mari, de la mention « Mort pour la France » (V. L. 2 juill. 1915 et 28 févr. 1922). Il lui appartient de saisir les tribunaux civils, seuls compétents pour ordonner la rectification des actes de l'état civil (Cons. d'Ét. 15 juill. 1925, D. H. 1925. 560).

Une autre conséquence du même principe, c'est que la responsabilité encourue par un officier de l'état civil en refusant de procéder à un mariage ne peut être appréciée que par les tribunaux civils ; et il en est ainsi même si le fonctionnaire intéressé est un consul agissant à l'étranger comme officier de l'état civil français (Trib. confl. 25 mars 1911, D. P. 1912. 3. 1, et la note de M. A. Mérignhac).

Nous allons maintenant examiner quelques cas particuliers.

74. Compétence en matière de naturalisation. — La règle qui précède souffre-t-elle exception lorsque la nationalité d'une personne dépend de la validité ou de la régularité d'un décret de naturalisation ou de réintégration dans la qualité de Français? Les tribunaux, saisis d'un litige dont la solution dépend de la nationalité de l'une des parties, peuvent-ils apprécier, à cette occasion, la validité d'un décret de naturalisation? La Cour de cassation a décidé qu'il n'appartient pas aux tribunaux judiciaires d'apprécier la validité d'un acte de cette nature (Civ. 6 juill. 1922, D. P. 1922. 1. 137, le rapport de M. Ambroise Colin et la note). Le tribunal civil de la Seine, statuant dans une affaire analogue, reconnaît compétence à l'autorité judiciaire pour apprécier la régularité du décret en la forme, mais lui dénie le pouvoir de se faire juge de sa légalité proprement dite

(Trib. civ. Seine, 4e ch., 31 janv. 1924, D. P. 1924. 2. 38).

Laferrière pense au contraire, avec raison selon nous, que la question de légalité du décret de naturalisation est ici du ressort des tribunaux judiciaires : « Dans ce cas, écrit-il, il n'y a point à proprement parler de question préjudicielle se détachant de la question du fond et comportant un jugement distinct et séparé ; il n'y a qu'une seule question, celle de savoir si telle personne a acquis ou non la qualité de Français par l'un des moyens que prévoit la loi civile. Or, la question de savoir si l'on a été légalement naturalisé Français nous semble relever tout entière des tribunaux judiciaires, seuls juges de l'état des citoyens; car l'acte de puissance publique est, dans ce cas particulier, constitutif de l'état civil lui-même » (Laferrière, t. 1, p. 517). Le célèbre auteur compare à juste titre cette situation à celle qui se présente en matière de contributions directes, où les tribunaux judiciaires connaissent, en vertu de leur plénitude de juridiction sur le contentieux de ces taxes, de la validité des actes administratifs qui en ont autorisé la perception.

75. Compétence en matière de liberté individuelle. — Les tribunaux judiciaires sont les gardiens naturels de la liberté individuelle. Ce principe trouve sa source dans la législation de l'époque révolutionnaire (V. la note sous Lyon, 28 janv. 1904, D. P. 1904. 2. 321, et Berthélemy, *Traité élém. de droit administr.*, 10e édit., p. 343 et suiv.) et dans les articles 114 et 117 du Code pénal. Toutes les questions où se trouve intéressé le principe de la liberté individuelle ressortissent donc à l'autorité judiciaire. La jurisprudence a fait de fréquentes applications de ce principe (V. notamment, en matière de détention arbitraire, Civ. 3 août 1874 et Req. 8 févr. 1876, D. P. 76. 1. 289; Lyon, 28 janv. 1904 précité ; Cons. d'Ét. 5 févr. 1904, *Ginière*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 88).

La jurisprudence part de cette idée que le principe de la liberté individuelle est mis en dehors des pouvoirs de police qui appartiennent à l'Administration. Elle tire de là deux conséquences : 1° les actes de l'Admi-

nistration qui limiteraient arbitrairement la liberté individuelle, étant en dehors du cercle des matières réservées à l'Administration par la loi, constituent de véritables usurpations de pouvoir, des voies de fait qu'il n'est pas nécessaire de faire annuler par le Conseil d'État. Les tribunaux n'ont pas à en tenir compte ; l'existence matérielle de ces actes ne fait nul obstacle à la compétence de ces tribunaux pour trancher les questions intéressant la liberté individuelle. Ces voies de fait pourraient engager, d'ailleurs, la responsabilité personnelle de leurs auteurs (Laferrière, t. 1, p. 530) ; 2° les actes qui consistent dans une arrestation, dans une détention, sont judiciaires de leur nature, même s'ils sont ordonnés et accomplis par des agents de l'ordre administratif. Dès lors, les tribunaux judiciaires sont seuls juges de la légalité de ces actes. Ils sont maîtres d'en faire cesser l'effet, d'en apprécier les conséquences, de statuer sur les actions en responsabilité dirigées contre les auteurs de ces actes (Lyon, 28 janv. 1904 et Cons. d'Ét. 5 févr. 1904, précités). Ces arrêts ont statué dans des cas où le service administratif des mœurs avait procédé à des arrestations arbitraires.

Mais il y a des cas où la loi elle-même limite la liberté individuelle et donne à l'Administration certains pouvoirs restrictifs de la liberté des citoyens ; dans ces cas exceptionnels, l'Administration n'agit plus en dehors de ses pouvoirs lorsqu'elle prend des mesures restrictives de la liberté individuelle. Les actes qu'elle accomplit alors ne relèveraient plus, au point de vue de l'appréciation de leur légalité, du contrôle des tribunaux judiciaires.

C'est ainsi que les peines disciplinaires prononcées par l'autorité militaire contre des militaires en activité de service ne sauraient être appréciées dans leur légalité par l'autorité judiciaire (Trib. confl. 31 oct. 1885, *Francomme, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 804).

Il en est de même pour la législation des étrangers : l'article 7 de la loi du 3 décembre 1849 autorise le ministre de l'Intérieur à prendre contre les étrangers des arrêtés d'expulsion d'un caractère discrétionnaire.

L'étranger qui est l'objet d'une telle mesure peut saisir les tribunaux judiciaires de sa réclamation ; le Conseil d'État est seul compétent pour connaître du recours pour excès de pouvoir qui pourrait être dirigé, le cas échéant, contre un arrêté de cette nature (Laferrière, t. 1, p. 531).

La loi du 30 juin 1838 permet aux préfets d'ordonner le placement d'office dans un asile d'aliénés d'une personne dont l'état d'aliénation compromet l'ordre ou la sécurité. La famille de tout aliéné peut d'ailleurs provoquer son placement dans une maison de santé au moyen d'une procédure purement administrative. Ces dispositions, si elles étaient restées isolées, eussent consacré une très importante exception à la règle qui fait des tribunaux judiciaires les gardiens naturels de la liberté individuelle : en cas d'internement pour cause d'aliénation mentale, la juridiction administrative eût été seule compétente pour apprécier la légalité et les effets des décisions administratives. Mais la loi du 30 juin 1838 elle-même a pris des précautions pour restituer aux tribunaux judiciaires leur plénitude de compétence en cette matière : l'article 29 de cette loi permet à la personne intéressée et à tout parent ou ami de se pourvoir à toute époque devant le tribunal civil et de faire ordonner la sortie immédiate d'une personne arbitrairement internée sous prétexte de folie.

Dès lors, le Conseil d'État rejette comme irrecevables les recours intentés devant lui contre les arrêtés préfectoraux ordonnant le placement d'aliénés. Il considère que la compétence judiciaire est ici sans partage (Cons. d'Ét. 16 déc. 1881, *Département de la Sarthe*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 980). Toutefois, le Conseil d'État demeurerait compétent pour connaître de la régularité intrinsèque de l'acte par lequel le préfet a ordonné le placement d'un aliéné (Cons. d'Ét. 21 juill. et 12 janv. 1912, D. P. 1913. 3. 131 ; 26 déc. 1923, *Duluguet*, *Gaz. Pal.* 1924. 1. 287) ; mais il reconnaît que l'autorité judiciaire a seule qualité pour apprécier la nécessité de la mesure d'internement et les conséquences qui peuvent en résulter (Cons. d'Ét. 26 déc. 1923, précité).

76. Compétence relative aux autres droits individuels. — Il existe des droits individuels autres que la liberté personnelle proprement dite, mais qui se rattachent aussi étroitement aux mêmes principes constitutionnels : ce sont la liberté de la presse, la liberté du travail et de l'industrie, la liberté de conscience, le droit de réunion, le droit d'association.

Là encore l'autorité judiciaire est compétente en principe pour faire cesser les atteintes qui seraient portées à ces libertés publiques. En faisant saisir un journal, en faisant lacérer des affiches, l'Administration sort de sa compétence. De pareilles mesures ne peuvent être ordonnées que par l'autorité judiciaire dans les cas spécifiés par la loi. En conséquence, l'autorité judiciaire serait compétente pour restituer aux citoyens l'usage des droits de cette nature dont l'Administration les aurait indûment privés (Trib. confl. 25 mars 1889, 3 arrêts, D. P. 90. 3. 65). La loi a d'ailleurs formellement reconnu la compétence de l'autorité judiciaire en cette matière, lorsqu'elle a érigé en crimes et délits les atteintes portées à ces droits, même par l'Administration (V. notamment C. pén., art. 114 à 117 ; L. 9 déc. 1905, art. 31 et suiv.). Or il est de principe que, toutes les fois que les actes accomplis par les agents de l'Administration présentent les caractères légaux d'un crime ou d'un délit pénal, les tribunaux judiciaires sont compétents pour en apprécier les conséquences, même au point de vue civil (Req. 8 nov. 1897, D. P. 98. 1. 542 ; Crim. 14 févr. 1902, D. P. 1903. 1. 101 et la note).

Mais là encore il y a des matières où l'Administration n'est pas dépourvue de tout pouvoir de police : c'est ainsi que le principe de la liberté du commerce et de l'industrie subit de graves restrictions en ce qui concerne les établissements dangereux, incommodes ou insalubres (L. 19 déc. 1917). Les autorisations et les refus d'autorisation résultant en cette matière d'arrêtés préfectoraux donnent naissance à un contentieux administratif important, de la compétence des conseils de préfecture (L. 19 déc. 1917, art. 14).

De même, il y a des cas où la liberté d'association, consacrée par la loi du 1er juillet 1901, est fortement restreinte, notamment en matière de congrégations religieuses (L. 1er juill. 1901, art. 13 et suiv.).

C'est ainsi que les congrégations religieuses ne peuvent se fonder sans une autorisation donnée par une loi, et ne peuvent former aucun nouvel établissement qu'en vertu d'un décret rendu au Conseil d'État ; la dissolution de la congrégation, ou la fermeture de tout établissement, pourront en outre être prononcées par décret rendu en Conseil des ministres. La légalité de ces décrets ne peut être évidemment discutée que devant la juridiction administrative.

En outre, il a été fréquemment jugé que l'exécution par la voie administrative, au moyen de mesures d'expulsion, d'appositions de scellés, etc., d'actes administratifs ordonnant la dispersion de certaines congrégations religieuses ne peut être discutée devant les tribunaux judiciaires. C'est là une conséquence du principe que la liberté d'association ne s'applique pas à la matière des congrégations religieuses, et que, par suite, l'Administration a à intervenir dans leur fondation, leur fonctionnement et leur dissolution (Trib. confl. 5 nov. 1880, *Marquigney*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 803; 2, 6, 13, 20 déc. 1902, D. P. 1903. 3. 41, la note et les conclusions de M. Romieu). Ces mesures d'exécution soulèvent d'ailleurs la très grave question de savoir dans quelle mesure et dans quelles conditions les actes de législation et les actes de puissance publique peuvent être exécutés par la voie administrative, sur les personnes et sur les biens. M. Romieu, dans ses remarquables conclusions, reproduites au *Recueil* de Dalloz 1904. 3. 45, examine cette question dans tous ses détails et pose les principes qui ont fait jurisprudence.

En un mot, comme le dit Laferrière, les difficultés auxquelles peut donner lieu l'exercice des droits individuels relèvent en principe de l'autorité judiciaire, alors même qu'il s'agirait d'atteintes illégales portées à ces droits par l'Administration ; mais la compétence judiciaire cesse dans tous les cas où la loi réserve sur ces

matières un pouvoir à l'Administration. Les actes administratifs accomplis en vue de l'exercice de ce pouvoir ne peuvent être appréciés que par les tribunaux administratifs. Les tribunaux judiciaires n'ont ici plénitude de compétence que « si l'Administration portait atteinte à l'exercice d'un droit individuel entièrement soustrait à ses décisions » (Laferrière, t. 1, p. 529-530).

77. Compétence en matière de changement de noms. — Par exception aux règles qui viennent d'être développées, il est une matière, touchant à l'état civil des citoyens, qui est soustraite à la compétence judiciaire : c'est celle des changements de noms. La compétence administrative, en cette matière, résulte des articles 4 et 5 de la loi du 11 germinal an 11, aux termes desquels « toute personne qui aura quelque raison de changer de nom en adressera la demande motivée au Gouvernement. Le Gouvernement prononcera dans la forme prescrite pour les règlements d'administration publique ».

Le décret autorisant un changement de nom doit être inséré au *Bulletin des lois*, et ne sera exécutoire qu'un an après cette insertion. Pendant ce délai, tout intéressé peut demander la révocation du décret. C'est là un contentieux très large, qui peut porter non seulement sur la légalité de la mesure prise, mais sur son opportunité ; il relève du Conseil d'État statuant au contentieux (L. 11 germ. an 11, art. 7 ; Laferrière, t. 1, p. 519 ; Dalloz, *Rép. prat.*, v° *Nom-prénom*, n° 110 ; Civ. 9 août 1872, D. P. 72. 1. 299). La compétence de la haute Assemblée en cette matière est très large ; elle va jusqu'à pouvoir modifier le décret d'autorisation et restreindre la concession faite par ce décret (Cons. d'Ét. 17 mars 1864, D. P. 64. 3. 89 ; 4 févr. 1876, D. P. 76. 3. 56).

Quant aux tribunaux judiciaires, il ne pourraient pas s'opposer, sur la demande des parties intéressées, à l'exécution du décret, même sous le prétexte que le nom concédé est la propriété d'un tiers. Ces questions de propriété sont de la compétence du Conseil d'État (Laferrière, t. 1, p. 519-520) ; et les tribunaux ne pour-

raient pas les juger, en présence d'un acte du Gouvernement réglant la question, même si cet acte leur paraît irrégulier ou illégal. Les tribunaux judiciaires, en effet, ne sont pas juges de l'illégalité des actes administratifs (Trib. civ. de la Seine, 3 févr. 1865, sous Paris, 8 août 1865, *de Montmorency*, D. P. 1865. 2. 121. — *Contrà* concl. de l'avocat général de Vallée, D. P. 65. 2. 121).

Au contraire, les revendications de noms, formées par les légitimes possesseurs contre les usurpateurs, sont de la compétence des tribunaux judiciaires tant qu'aucun décret, autorisant un changement de nom, n'est intervenu au profit du défendeur (Dalloz, *Rép. prat.*, v° *Nom-prénom*, n°s 66 et suiv.).

78. De la compétence sur les questions d'aptitude administrative. — Les questions d'*aptitude* à certaines fonctions ou à certains droits dont le contentieux est administratif, celles d'incapacité et de déchéance touchant les mêmes matières, ne doivent pas être confondues avec celles d'état, de capacité générale, de domicile, dont le contentieux est toujours judiciaire. Nous allons donner quelques exemples de cette règle.

1° *Elections.* — L'éligibilité est, à la différence de l'électorat, une aptitude administrative dont les tribunaux judiciaires n'ont pas à connaître, sauf lorsque le débat soulève une question d'état ou de capacité proprement dite, telle qu'une question de nationalité, auquel cas cette difficulté devra être tranchée préjudiciellement par les tribunaux (Dalloz, *Rép. prat.*, v° *Elections*, n°s 2156 et suiv.).

Mais la loi fait souvent dépendre l'éligibilité de circonstances qui n'influent pas sur l'état et la capacité générale de l'élu, par exemple du payement d'une contribution directe dans la commune, du non-exercice de certaines professions incompatibles avec le mandat sollicité. Pour trancher ces questions, le juge de l'élection est seul compétent (Cons. d'Ét. 20 mai 1868, D. P. 69. 3. 34 ; 9 mars 1870, D. P. 70. 3. 67 ; 15 déc. 1900, D. P. 1902. 3. 12 ; Dalloz, *Rép. prat.*, v° *cit.*, n° 2166).

2° *Jouissance de biens communaux.* — La jouissance

en nature, par les habitants, des bois communaux, nommée *affouage*, donne lieu à des partages qui soulèvent souvent des difficultés. L'article 105 du Code forestier, modifié par les lois des 26 mars 1908 et 8 avril 1910, pose les règles relatives à cette jouissance ; il exige, notamment, de la part des ayants droits, un *domicile réel et fixe* dans la commune. Le conseil de préfecture, compétent pour trancher les contestations entre les communes et les habitants en matière d'affouage, l'est aussi pour connaître des conditions d'aptitude prévues par le Code forestier. Ces conditions, en effet, sont de nature administrative ; elles diffèrent des questions d'état et de capacité civile dont l'appréciation est réservée aux tribunaux judiciaires. C'est ainsi que le *domicile réel et fixe* dont parle l'article 105 du Code forestier n'est pas le domicile pur et simple du Code civil ; il comporte une idée de stabilité et de résidence effective qui le différencie du domicile décrit à l'article 102 du Code civil. Dès lors le conseil de préfecture est compétent pour vérifier l'existence de cette condition comme de toutes les autres conditions d'aptitude à la jouissance des bois communaux (Cons. d'Ét. 8 mai 1896, D. P. 97. 3. 46 ; 8 août 1899, D. P. 1901.3. 2 ; 11 juill. 1902, motifs, D. P. 1904. 3. 26 ; 3 mai 1911, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 496 ; Trib. confl. 4 juill. 1896, D. P. 97. 3. 71 ; 1er août 1903, D. P. 1905. 3. 19 ; Civ. 7 juill. 1898, D. P. 99. 1. 106 ; 22 mai 1905, D. P. 1905. 1. 503).

3° *Incapacités et déchéances d'ordre administratif.* — Ces incapacités et déchéances ne se confondent pas avec celles qui influent sur l'état et la capacité générale des personnes ; elles résultent de faits qui n'atteignent pas ces rapports de droit d'ordre civil et privé. Telle est, par exemple, la déchéance du droit à pension qui résulte, pour un fonctionnaire civil, de sa démission donnée à prix d'argent, de malversations, ou de la constatation d'un déficit résultant d'un détournement (L. 14 avr. 1924, art. 58). La vérification de ces faits, l'appréciation de leur caractère, la détermination de leurs effets sur le droit à pension, relèvent de la juridiction administrative.

Quant aux déchéances qui résultent des condamnations judiciaires, la compétence des juridictions administratives, pour tirer de ces décisions les conséquences légales qu'elles comportent quant aux matières qui sont du ressort de l'Administration, n'est pas contestable. Ainsi la juridiction administrative est compétente pour décider si une condamnation judiciaire, dont l'existence et l'applicabilité au candidat n'est pas contestée, entraîne au préjudice de celui-ci une inéligibilité soit temporaire, soit perpétuelle (Cons. d'Ét. 15 mars 1878, D. P. 78. 3. 97 ; 19 févr. 1897, D. P. 98. 3. 50 ; Trib. confl. 19 févr. 1898, D. P. 99. 3. 58). Il ne s'agit là, en effet, que d'*appliquer* la décision judiciaire ; et, de même que les tribunaux doivent appliquer les actes de l'Administration, lorsque le sens en est clair et précis, de même les tribunaux administratifs doivent appliquer, dans le même cas, les décisions judiciaires.

Il n'en serait autrement que si ces décisions donnaient lieu à interprétation ; dans ce cas il y aurait, suivant les règles générales, question préjudicielle et obligation de surseoir (Laferrière, t. 1, p. 528).

Par application des mêmes principes, les juridictions administratives, saisies de réclamations électorales ou de demandes en réintégration de membres de la Légion d'honneur, pourront librement se prononcer sur les effets de la grâce, de l'amnistie et de la réhabilitation quant aux succès de la demande, pourvu que ces actes ne soient contestés ni dans leur existence, ni dans leur validité, ni dans leur applicabilité aux parties en cause (Laferrière, t. 1, p. 529 ; Cons. d'Ét. 20 févr. 1885, D. P. 86. 3. 17 ; 3 mai 1881, D. P. 82. 3. 97 ; 1er déc. 1911, D. P. 1914. 3. 12).

CHAPITRE III

COMPÉTENCE EN MATIÈRE DE PROPRIÉTÉ

SECTION I

PRINCIPES GÉNÉRAUX

79. Fondement et étendue de la compétence judiciaire. — La jurisprudence a maintes fois affirmé que les tribunaux judiciaires étaient les gardiens naturels de la propriété privée. Elle a dégagé ce principe du fait que ce droit est défini et réglé par le Code civil (art. 544 et suiv.) et de la circonstance que l'atteinte la plus grave portée à la propriété privée dans un but d'utilité publique, l'expropriation, s'opère par autorité de justice (L. 3 mai 1841, art. 1er).

Mais, d'autre part, il ne faut pas oublier que la propriété privée immobilière se confond avec le sol national ; que la propriété mobilière, elle aussi, fait économiquement partie de la richesse commune. Dans l'intérêt général, des règles de police, des charges fiscales, des restrictions de toute nature pourront être imposées aux citoyens, qui diminueront d'une façon souvent considérable l'usage qu'ils peuvent faire de leurs propriétés, qui même les priveront parfois de celles-ci d'une façon complète. Telles sont les restrictions apportées au droit de propriété, non seulement par l'expropriation pour cause d'utilité publique, mais par les

servitudes légales d'utilité publique, par les règles de l'hygiène publique, de la voirie, par l'intérêt de la défense nationale. Ces restrictions résulteront d'actes de puissance publique dont beaucoup ne relèveront pas de l'autorité judiciaire.

La question de savoir quelle sera l'autorité juridictionnelle compétente pour régler, au point de vue contentieux, les rapports entre les propriétaires privés et l'Administration sera donc souvent délicate (V. F. Sanlaville, *La propriété dans ses rapports avec l'Administration (dépossession et dommages)*, avec une préface de M. H. Berthélemy, 1923 ; Laferrière, t. 1, p. 537 et suiv. ; Dalloz, *Rép. prat.*, v° *Compétence administr.*, nos 109 et suiv.).

D'une façon générale, toutes les fois qu'un litige impliquera la reconnaissance ou la discussion d'un droit de propriété ou d'une possession légale, position avancée de la propriété ; toutes les fois qu'il tendra à réparer les conséquences de la privation d'un droit de propriété privée, imposée par l'Administration dans l'intérêt public, les tribunaux judiciaires, gardiens naturels de la propriété privée, seront compétents (V. Trib. confl. 12 nov. 1881, D. P. 83. 3. 22 ; Req. 17 déc. 1895, D. P. 96. 1. 385 ; Civ. 11 janv. 1898, D. P. 1904. 1. 265 ; Cons. d'Ét. 7 juill. 1911, D. P. 1913. 3. 127).

Ils le seront également, sauf exception, lorsqu'il s'agira de statuer sur les effets d'un contrat translatif de propriété (V. Laferrière, t. 1, p. 553 et suiv., 561 et suiv., et *infrà*, chap. IV).

Toutefois, les tribunaux judiciaires seront tenus de surseoir à statuer toutes les fois que la solution du litige dépendra de la validité ou de l'interprétation d'un acte administratif.

Ils seront incompétents, à moins que des textes précis de la loi n'en aient autrement ordonné, pour connaître des dommages causés à la propriété et des demandes en indemnité qui en découlent, toutes les fois que le dommage n'ira pas jusqu'à la dépossession entière et définitive.

Enfin les litiges entre les diverses administrations

publiques, relatifs à l'usage et à l'affectation du domaine public, sont encore de la compétence des tribunaux administratifs.

80. Applications : I. Litiges relatifs au droit de propriété entre l'Administration et les particuliers. — Par application des règles qui précèdent, l'autorité judiciaire est compétente sans partage, sans question préjudicielle, pour prononcer sur les questions de propriété, toutes les fois que la solution du litige repose, soit sur des titres privés, soit sur la mise en œuvre des règles du droit civil, même si le litige existe entre un patriculier et l'Administration (Dalloz, *Rép. prat.*, v° *Compétence administr.*, n° 113, et les arrêts cités). C'est ainsi, par exemple, qu'elle statuera sur toutes les questions relatives à la propriété des alluvions qui se forment sur les rives des cours d'eaux, même dépendant du domaine public (Cons. d'Ét. 7 juill. 1911, D. P. 1913. 3. 127).

Lorsqu'un particulier revendique contre l'Administration, comme dépendant de sa propriété privée, une parcelle de terrain, la circonstance que l'Administration soutient que cette parcelle a été incorporée au domaine public ne fait aucun obstacle à la compétence judiciaire (Civ. 24 août 1857, D. P. 57. 1. 312).

Il résulte du même principe que l'autorité judiciaire est seule compétente pour connaître de toute voie de fait constituant une violation de propriété de la part de l'Administration (Trib. confl. 12 nov. 1881, D. P. 83. 3. 22 ; Civ. 11 janv. 1898, D. P. 1904. 1. 265 ; 11 févr. 1901, D. P. 1905. 1. 495 ; 28 janv. 1902, D. P. 1904. 1. 143 ; Trib. confl. 19 mars 1904, D. P. 1904. 3. 72 ; 16 mai 1904, D. P. 1906. 3. 6 ; Cons. d'Ét. 16 déc. 1904, D. P. 1906. 3. 57 ; Trib. confl. 24 déc. 1904, D. P. 1906. 3. 59 ; Cons. d'Ét. 16 févr. 1906, D. P. 1907. 3. 104 ; Req. 12 mai 1909, D. P. 1910. 1. 285).

Comme nous le verrons plus loin, il arrive parfois que les dépossessions provenant du fait de l'Administration, en dehors de l'expropriation pour cause d'utilité publique proprement dite, sont définitives en ce sens

qu'elles ne peuvent pas donner lieu à restitution. Dans ce cas, le droit du propriétaire dépossédé se résoudra en une indemnité pécuniaire, qui sera fixée par les tribunaux judiciaires.

La compétence est la même en ce qui concerne les litiges intéressant la propriété mobilière (Dalloz, *Rép. prat.*, v° *Compétence administr.*, n^os^ 143 et suiv.). Ainsi les tribunaux judiciaires sont seuls compétents pour statuer sur la demande en revendication de placards imprimés saisis par le préfet de police, sur l'ordre du ministre de l'Intérieur (Trib. confl. 25 mars 1889, trois arrêts, D. P. 90. 3. 65) ; de même que sur les demandes en revendication d'objets saisis sur un redevable qui ne s'est pas acquitté de ses contributions directes (Dalloz, *Rép. prat.*, v° *Taxes et impôts directs*, n^os^ 2969 et suiv.).

Le bornage entre les propriétés privées de l'État, d'un département ou d'une commune, et celles d'un particulier, est également une opération dont les tribunaux judiciaires peuvent seuls connaître (Dalloz, *Rép. prat.*, v° *Compétence administr.*, n^os^ 147 et suiv.). Il n'en serait pas de même de la délimitation du domaine public, comme nous le verrons plus loin (n^os^ 87).

81. II. **Litiges relatifs aux droits réels immobiliers autres que la propriété.** — Les droits réels tels que l'usufruit, l'usage, l'habitation, les servitudes, sont des démembrements de la propriété; dès lors, les litiges relatifs à leur existence et à leur étendue, même s'ils s'agitent entre l'État et les particuliers, sont de la compétence des tribunaux judiciaires (Cons. d'Ét. 5 janv. 1878, D. P. 78. 3. 95 ; Req. 15 janv. 1879, D. P. 79. 1. 104 ; Cons. d'Ét. 11 déc. 1903, D. P. 1905. 3. 28 ; Dalloz, *Rép. prat.*, v° *Compétence administr.*, n^os^ 167 et suiv.). Il en est ainsi même si la servitude revendiquée par un particulier devrait exceptionnellement porter sur une dépendance du domaine public (Paris, 1^re^ ch., 10 juill. 1925, D. H. 1925. 563).

82. III. **Litiges relatifs à la possession.** — La possession est une position avancée de la propriété ;

elle en est le signe extérieur, l'indice visible ; c'est pour mieux protéger la propriété que la loi protège la possession (V. J. Appleton, *Le fondement de la protection possessoire*). Les litiges sur la possession entre les particuliers et l'Administration sont donc de même nature que les litiges sur la propriété ; ils sont, dès lors, de la compétence des tribunaux judiciaires (Civ. 12 févr. 1883, D. P. 84. 1. 108 ; Trib. confl. 5 nov. 1892, D. P. 94. 3. 6 ; 12 déc. 1896, D. P. 99. 3. 48 ; 22 oct. 1900, D. P. 1903. 1. 117).

C'est ainsi, par exemple, que les tribunaux judiciaires sont compétents pour statuer : 1° sur le caractère d'une possession résultant d'un bail de terrains dépendant du domaine de l'État (Civ. 18 févr. 1895, D. P. 95. 1. 168) ; 2° sur une action ayant pour objet la répression d'une atteinte que le demandeur prétend avoir été illégalement portée à sa possession par le recépage de rejetons sur le talus d'un chemin vicinal dont une décision judiciaire l'a reconnu possesseur (Trib. confl. 10 déc. 1910, D. P. 1912. 3. 139).

Des difficultés se sont élevées toutefois sur la question de savoir dans quelle mesure les actions possessoires peuvent être intentées, devant les tribunaux judiciaires, à l'occasion des dépendances du domaine public.

Il est d'abord hors de doute que l'Administration et ses subrogés (concessionnaires de travaux publics et de services publics) peuvent utiliser les actions possessoires pour la défense du domaine public (Req. 5 nov. 1867, D. P. 68. 1. 116 ; 9 janv. 1872, D. P. 72. 1. 41 ; Civ. 20 nov. 1877, *Labayle*, S. 78. 1. 64 ; Req. 6 mars 1878, *Breton*, S. 79. 1. 13). L'imprescriptibilité du domaine public, qui fait obstacle à la recevabilité des actions possessoires dirigées par les particuliers contre l'Administration à l'occasion de ce domaine, ne peut pas se retourner contre l'Administration et lui être opposée.

On admet, d'autre part, que les tribunaux judiciaires sont compétents, même en présence d'une exception de domanialité publique opposée au nom de l'État,

pour ordonner la remise en possession du possesseur expulsé ou troublé avec violence et voie de fait par les agents de l'État sous prétexte que la parcelle litigieuse dépendrait du domaine public ; la réintégrande, en effet, peut être intentée même par un simple détenteur incapable de prescrire (Req. 25 mars 1857, D. P. 58. 1. 305 ; 10 févr. 1864, D. P. 64. 1. 343 ; 24 juill. 1865, D. P. 65. 1. 441 ; 6 juin 1866, D. P. 67. 1. 119 ; 18 juin 1866, D. P. 66. 1. 425 ; Civ. 27 févr. 1878, D. P. 78. 1. 277).

Enfin, en ce qui concerne la complainte, sa recevabilité dépend de la question de savoir si l'immeuble à l'occasion duquel elle est intentée fait ou non partie du domaine public. Le juge de paix est compétent pour statuer sur l'exception de domanialité opposée par l'Administration (Req. 19 juill. 1882, D. P. 82. 1. 340 ; Civ. 24 juin 1883, D. P. 84. 1. 456 ; 8 janv. 1884, D. P. 84. 1. 71 ; Trib. confl. 6 déc. 1884, D. P. 86. 3. 44 ; Req. 6 juill. 1896, D. P. 96. 1. 352 ; Trib. confl. 12 déc. 1896, D. P. 99. 3. 48 ; Req. 13 déc. 1904, D. P. 1905. 1. 194) ; mais il doit surseoir à statuer jusqu'à la décision de l'autorité administrative, lorsque le jugement de l'exception de domanialité exige l'interprétation d'actes administratifs (Trib. confl. 6 déc. 1884, D. P. 86. 3. 45) ou soulève une question de délimitation du domaine public, matière sur laquelle l'autorité administrative est seule compétente (Req. 16 juin 1925, *d'Albis de Gissac*, D. H. 1925. 517).

La compétence judiciaire est exclue lorsque le trouble apporté à la possession résulte de l'exécution d'actes administratifs (Dalloz, *Rép. prat.*, v^is^ *Compétence administr.*, n° 164 ; *Action possessoire*, n^os^ 291 et 292 ; Civ. 20 avr. 1891, D. P. 91. 1. 351). Ainsi le juge de paix ne serait pas compétent pour connaître d'une action en complainte intentée par les représentants du culte catholique contre une commune au sujet du trouble apporté, d'après eux, à leur possession, par une délibération du conseil municipal affectant à une école de filles un bâtiment précédemment destiné à un presbytère (Civ. 20 avr. 1891, précité). Mais il n'en est ainsi que si l'on est en présence d'actes rentrant dans les

attributions de l'autorité administrative ; dans le cas contraire, il y aurait simple voie de fait, et par suite les tribunaux judiciaires demeureraient compétents (Cf., pour les mesures administratives d'exécution relatives à la dispersion des congrégations religieuses, *suprà*, n° 76).

De même, la compétence judiciaire ne saurait s'exercer lorsque le trouble s'analyse en un dommage causé par l'exécution des travaux publics : dans ce cas, les particuliers ont seulement une action en indemnité devant le conseil de préfecture (V. *infrà*, livre IV, *le Contentieux de pleine juridiction*).

83. IV. Litiges sur la propriété privée, entre deux ou plusieurs administrations publiques. — Il importe peu que le litige s'élève entre un particulier et l'Administration, ou entre deux administrations publiques ; toutes les fois qu'il s'agit d'une difficulté relative au droit de propriété ou à ses démembrements, la compétence est judiciaire. C'est ainsi que les tribunaux civils sont compétents pour trancher les questions de propriété privée ou d'indivision litigieuses entre deux communes, ou entre une commune et une section de commune (Dalloz, *Rép. prat.*, v° *Compétence administr.*, n° 117 ; Paris, 18 mars 1872, D. P. 74. 5. 106 ; Req. 17 mars 1869, D. P. 71. 1. 280).

Il en serait de même si la difficulté s'élevait entre une commune et l'État, entre un département et une commune, etc.

84. V. Litiges relatifs au domaine public. — La question de savoir si un immeuble constitue une dépendance du domaine public ou est, au contraire, la propriété d'un particulier, constitue un litige sur la propriété qui rentre dans la compétence des tribunaux judiciaires, pourvu que sa solution ne dépende pas d'une délimitation du domaine public (Civ. 24 août 1857, D. P. 57. 1. 321). C'est par application de ce principe que la loi du 20 août 1881, article 7, dispose que « les contestations qui peuvent être élevées par toute partie intéressée sur la propriété ou sur la possession

totale ou partielle des chemins ruraux sont jugées par les tribunaux ordinaires ».

Mais l'utilisation du domaine public donne lieu, entre les diverses administrations, à des questions qui ne sont pas des litiges purs et simples sur la propriété, et se compliquent de questions d'affectation. Il en est ainsi, par exemple, lorsque l'État s'empare d'une dépendance du domaine public d'un département ou d'une commune, pour l'affecter à un chemin de fer ou à un autre service analogue (V. sur cette question Hauriou, *Précis*, 10e édit., p. 623-624, note). Dans ce cas on s'était demandé, d'abord, si la procédure de l'expropriation pouvait être employée et l'on avait, en général, tranché cette question par la négative. Mais lorsqu'en fait l'État avait désaffecté une dépendance du domaine public départemental ou communal pour l'affecter à un de ses services, sans recourir pour cela à l'expropriation, la jurisprudence voyait là une mutation forcée de propriété constituant une expropriation indirecte. En conséquence, elle reconnaissait compétence aux tribunaux judiciaires pour fixer l'indemnité à allouer à la personne administrative dépossédée (Trib. confl. 15 mai 1858, *Département de la Gironde*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 372 ; 28 janv. 1899, *Ville de Périgueux*, D. P. 99. 3. 41).

La Cour de cassation paraît se rattacher aujourd'hui à un autre système, et considérer que le domaine public ne forme qu'une masse de biens unique placée, suivant les circonstances, sous la garde de l'État, des départements ou des communes ; dès lors, l'affectation, même à titre définitif, par l'État à l'un de ses services, d'un immeuble dépendant du domaine public départemental ou communal ne constituerait pas une expropriation indirecte parce qu'elle n'entraînerait aucune mutation de propriété (Civ. 20 déc. 1897, D. P. 99. 1. 25 ; 29 oct. 1900, D. P. 1901. 1. 183 ; Civ. 11 mai 1909, *Gaz. Pal.* 1909. 2. 140). Il s'ensuivrait logiquement, soit que les indemnités éventuelles entraînées par ce changement d'affectation devraient être allouées par la juridiction administrative, soit même qu'aucune indemnité ne serait due.

Le Conseil d'État est entré dans cette dernière voie,

mais sans aller jusqu'à admettre qu'il n'y a qu'une seule masse de dépendances du domaine public, divisée administrativement, pour l'usage seulement, entre l'État, les départements et les communes. Il a jugé que le Gouvernement pouvait changer, même d'une façon durable et permanente, l'affectation des dépendances du domaine public départemental et communal, sans qu'il y ait pour cela dépossession à proprement parler, la propriété de ces dépendances continuant à appartenir au département ou à la commune. Dans ce système, pas plus que dans celui de la Cour de cassation, il n'y aurait à régler d'indemnité d'expropriation indirecte (Cons. d'Ét. 16 juill. 1909, *Ville de Paris*, S. 1909. 3. 97, les conclusions de M. Teissier et la note de M. Hauriou), mais seulement peut-être des indemnités d'usage et d'occupation ; ces litiges seraient de la compétence des tribunaux administratifs.

Il nous paraît assez difficile d'admettre que, dans le cas d'une emprise prolongée et pratiquement définitive, au profit de l'État, d'une dépendance du domaine public départemental ou communal, il n'y ait pas une véritable dépossession; mais, comme cette dépossession se complique d'une question de désaffectation et d'affectation domaniale, à laquelle elle est intimement unie, nous estimons qu'il ne s'agit plus ici d'un litige sur une pure question de propriété immobilière et que, dès lors, les questions d'indemnités soulevées par ces opérations relèvent de la juridiction administrative.

Ce point de vue est confirmé par l'article 39 de la loi du 31 juillet 1913 sur les voies ferrées d'intérêt local. Cet article, après avoir décidé qu'à toute époque une voie ferrée peut être distraite du domaine public départemental ou communal et classée par une loi dans le domaine public de l'État, ajoute : « En cas de désaccord entre l'État et le département ou la commune, les indemnités ou dédommagements qui peuvent être dus par l'État sont déterminés, *sauf recours au Conseil d'État statuant au contentieux*, par un arrêté concerté du ministre des Travaux publics et du ministre des Finances ».

SECTION II

COMPÉTENCE EN MATIÈRE D'EXPROPRIATION

85. Expropriation directe. — L'expropriation pour cause d'utilité publique s'opère par autorité de justice (L. 3 mai 1841, art. 1er) ; mais les actes qui déclarent l'utilité publique des travaux, lorsqu'ils n'émanent pas du législateur, sont des actes administratifs ; il en est de même des arrêtés de cessibilité pris par les préfets, et d'une série d'autres actes, sur la légalité et l'interprétation desquels la juridiction administrative aura à exercer son contrôle. De là des distinctions de compétence que nous allons préciser.

L'expropriation est une opération de puissance publique, accomplie en vue des services publics ; dès lors, suivant les règles générales, les litiges qu'elle suscite devraient être soumis aux tribunaux administratifs. Il en était ainsi sous l'empire des lois du 28 pluviôse an 8 et du 16 septembre 1807. Si le législateur, depuis la loi du 8 mars 1810, a abandonné ce principe pour confier à des organes judiciaires le soin de prononcer l'expropriation et de fixer l'indemnité, c'est dans le but d'assurer à la propriété une protection plus efficace ; mais il n'a entendu ni faire ces tribunaux juges de la légalité des actes administratifs qui préparent l'expropriation, ni leur permettre de les interpréter.

Ainsi c'est à l'autorité judiciaire qu'il appartient de prononcer l'expropriation et de réaliser ainsi le transfert de propriété qui en est la conséquence ; de fixer, au moyen d'un jury judiciaire, les indemnités dues aux divers intéressés ; de trancher les questions de propriété immobilière, de droits réels, de validité ou d'interprétation de contrats civils soulevées à l'occasion de la procédure d'expropriation ; de statuer sur les difficultés relatives aux cessions amiables, à la prise de possession par l'Administration, aux offres réelles, aux engagements

pris par l'Administration devant le jury (Cons. d'Ét. 6 avr. 1906, *min. des Trav. publ., Rec. Cons. d'Ét.*, p. 347) ; de vérifier enfin l'existence matérielle de l'acte déclaratif d'utilité publique et des formalités administratives qui en sont la suite (enquête parcellaire, arrêté de cessibilité. — V. L. 3 mai 1841, art. 2 et 14).

Mais le tribunal civil, saisi de la procédure administrative, ne pourrait pas apprécier la légalité des actes administratifs dont il a mission de vérifier l'existence (Civ. 3 mai 1887, D. P. 87. 5. 223 ; 25 juill. 1910, D. P. 1912. 1. 587) ; il ne pourrait pas non plus contester le caractère d'utilité publique attribué par l'acte déclaratif aux travaux projetés (Civ. 28 juin 1897, D. P. 98. 1. 223), ni apprécier leur opportunité (Civ. 22 janv. 1901, D. P. 1902. 1. 83).

Toutefois, bien que la question soit controversée, nous pensons que le tribunal devrait refuser l'expropriation lorsque l'utilité publique a été déclarée par décret, s'il estime que l'on se trouve dans un cas où une loi eût été nécessaire. Laferrière accorde ce pouvoir aux tribunaux si la question ne fait pas de doute ; il le lui refuse si la question est douteuse (t. 1, p. 540). Nous ne croyons pas pouvoir nous rallier à cette distinction : la question de savoir si, dans le cas soumis au tribunal, l'utilité publique des travaux pouvait ou non être déclarée par simple décret, est un pur problème juridique dont la solution n'exige l'appréciation d'aucun acte administratif. Ayant émis l'opinion qu'une loi était nécessaire dans le cas envisagé, le tribunal se bornera à constater que cette loi n'est jamais intervenue et ne prononcera pas l'expropriation.

Si les actes qui préparent l'expropriation, tels que le décret déclaratif d'utilité publique et l'arrêté de cessibilité, échappent, quant à l'appréciation de leur validité et à leur interprétation contentieuse, au contrôle des tribunaux judiciaires, ils sont soumis, au contraire, à celui de la juridiction adminitrative.

C'est ainsi que les actes déclaratifs d'utilité publique, sauf le cas où il s'agit d'une loi, peuvent être attaqués par la voie du recours pour excès de pouvoir, soit pour

cause d'incompétence, soit pour violation des formes, soit pour violation de la loi (Cons. d'Ét. 26 déc. 1873, D. P. 75. 3. 4 ; 22 nov. 1878, D. P. 79. 3. 38), soit même pour détournement de pouvoir, lorsque le décret a déclaré l'utilité publique dans un but autre que de réaliser un programme de travaux présentant ce caractère (Cons. d'Ét. 11 févr. et 6 août 1910, D. P. 1912. 3. 59), par exemple pour exonérer l'État de l'obligation, contractée par lui, de restaurer les lieux loués à l'expiration d'un bail (Cons. d'Ét. 7 août 1925, *Crouzillac*, D. H. 1925. 653).

On décidait autrefois que ce recours cesse d'être recevable lorsque l'expropriation est consommée, même lorsqu'il a été formé avant le jugement d'expropriation (Laferrière, t. 1, p. 541-542). Mais aujourd'hui cette jurisprudence est abandonnée, à juste titre (V. Dalloz, *Rép. prat.*, v° *Conseil d'État*, n° 709 ; Cons. d'Ét. 11 févr. 1910, D. P. 1912. 3. 95), car elle aboutissait, dans la plupart des cas, à enlever au pourvoi toute efficacité.

86. Expropriation indirecte. — La jurisprudence a tiré de la compétence reconnue par la loi à l'autorité judiciaire, en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, une conséquence importante : cette compétence s'exercera en vue de la fixation d'une indemnité toutes les fois que l'Administration, par un moyen quelconque, aura, sans le consentement du propriétaire, annexé à son domaine un bien dont elle aura définitivement dépossédé le maître légitime. En effet si, dans le but de protéger la propriété, la compétence judiciaire a été instituée lorsque la dépossession définitive et totale s'est opérée au profit de l'Administration dans des conditions régulières et avec des formalités protectrices des droits privés, cette compétence doit exister *a fortiori* lorsque ces formalités ont été omises (V. Hauriou, *Précis*, 10e édit., p. 717 ; Berthélemy, *Traité élém.*, 10e édit., p. 717 ; Sanlaville, *De l'occupation définitive sans expropriation* ; Laferrière, t. 1, p. 542). Seulement, dans ce cas, l'indemnité sera fixée par les tribunaux et

non par le jury, qui ne se réunit que dans le cas d'expropriation directe.

Il faut bien remarquer, d'ailleurs, que l'expropriation indirecte n'existe, et par suite la compétence judiciaire ne s'exerce, que s'il y a une véritable dépossession complète et définitive du propriétaire, accompagnée d'une annexion de sa propriété au domaine de l'Administration. S'il n'y avait pas dépossession complète et définitive, on serait en présence, non d'une expropriation indirecte, mais d'un simple dommage ; et l'indemnité ne pourrait être demandée que devant les tribunaux administratifs (le plus généralement devant les conseils de préfecture, car le plus souvent ce dommage résultera d'un travail public ; — L. 28 pluv. an 8, art. 4). S'il n'y avait pas acquisition corrélative par l'Administration, il n'y aurait pas non plus, à proprement parler, expropriation, même indirecte. C'est ainsi que la suppression d'un établissement dangereux, incommode ou insalubre ne pourrait donner naissance à un contentieux judiciaire.

Cependant, sur ce dernier point, il faut reconnaître que la jurisprudence n'est pas très exigeante, et que les tribunaux judiciaires ont été reconnus compétents pour statuer sur des demandes d'indemnité pour dépossession définitive, dans des cas où l'acquisition corrélative par l'Administration n'apparaissait pas avec une grande évidence (V. *infrà*, même n°).

La théorie de l'expropriation indirecte avec compétence judiciaire a été plusieurs fois consacrée par la loi : 1° L'article 50 de la loi du 16 septembre 1807 autorise l'Administration, dans certains cas, à annexer à la voie publique des parcelles de terrain riveraines, par l'effet de la servitude de reculement. Cette annexion comporte l'allocation d'une indemnité non préalable à la dépossession, fixée, en cas de contestation, par le jury d'expropriation (avis Cons. d'Ét. 1er avr. 1841). 2° L'article 15 de la loi du 21 mai 1836 sur les chemins vicinaux dispose que les décisions portant reconnaissance et fixation de la largeur d'un chemin vicinal attribuent définitivement au chemin le sol compris dans les limites qu'elles

déterminent ; il ajoute que le droit du propriétaire se résout en une indemnité (non préalable), réglée, en cas de contestation, par le juge de paix du canton, sur rapport d'experts. On cite aussi les cas de dépossession résultant parfois de l'établissement des lignes télégraphiques et téléphoniques (L. 28 juill. 1885, art. 13) et de l'occupation prolongée de terrains de surface par des concessionnaires ou explorateurs de mines (L. 21 avr. 1810, art. 43, modif. par L. 27 juill. 1880). Mais ce ne sont pas là, à proprement parler, des cas d'expropriation indirecte : dans le premier cas il y a expropriation directe, avec application de la loi du 3 mai 1841 ; dans le second cas, ce n'est pas l'Administration qui acquiert le terrain par voie d'autorité, c'est le propriétaire du terrain occupé qui a le droit d'en exiger l'acquisition.

Dans des cas plus nombreux, c'est la jurisprudence qui a admis l'existence d'une expropriation indirecte et reconnu compétence à l'autorité judiciaire pour fixer l'indemnité. C'est ce qui se produit, notamment : 1° lorsque l'emprise résulte de l'exécution de travaux publics où l'on a, par mégarde, englobé des propriétés privées. L'ouvrage public, qui forme un bloc, a, dans ce cas, absorbé la propriété privée par une sorte d'accession (Trib. confl. 26 mai 1894, *de Gasté*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 371 ; 29 juin 1895, *Sanières*, *Rec. Cons. d'Et.*, p. 560) ; 2° lorsque l'Administration, dans l'intérêt de la voie ferrée, a interdit d'une façon définitive au concessionnaire d'une mine d'exploiter celle-ci sous le domaine public (Trib. confl. 5 mai 1877, *Houillères de Saint-Étienne*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 444) ; 3° lorsque l'Administration a fait déraser la partie supérieure d'une maison et a interdit au propriétaire d'en relever le niveau afin de faciliter la manœuvre d'un pont tournant, qui eût été gênée par une construction plus élevée (Cons. d'Ét. 20 déc. 1860 et 9 févr. 1865, *Letessier*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 824 et p. 178).

Ces deux derniers cas étaient fort délicats, car on voit mal que la dépossession du propriétaire privé y ait été accompagnée d'une acquisition par l'Administration. Pour expliquer la solution et notamment la

compétence judiciaire, Laferrière fait observer (t. 1, p. 543) que, « dans ces deux cas, il n'y avait pas seulement une privation définitive de jouissance, il y avait aussi une sorte de prise de possession des espaces interdits, devenus une dépendance de l'ouvrage public ». Le caractère un peu subtil de ce raisonnement montre assez que la jurisprudence n'exige pas très rigoureusement, pour reconnaître la compétence judiciaire en cas d'expropriation indirecte, que la dépossession définitive ait été accompagnée d'une véritable acquisition de propriété par l'Administration (V. aussi, sur des cas analogues, Cons. d'Ét. 15 juill. 1898, *Beilon, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 559 ; 7 juin 1902, *Parzols, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 438 ; et la note de M. Mestre sous Cass. 2 févr. 1909, *Casanova*, S. 1912. 1. 577).

Enfin, la jurisprudence a encore reconnu compétence à l'autorité judiciaire pour compenser par une indemnité pécuniaire la privation de propriété résultant d'une délimitation abusive du domaine public naturel (V. le n° suivant).

87. Empiétements du domaine public naturel sur la propriété privée. — Lorsqu'il s'agit du domaine public artificiel, on conçoit que l'Administration, qui le crée, ait le droit d'en modifier les limites ; elle peut le faire, dans une certaine mesure, au moyen des plans d'alignement (L. 16 sept. 1807, art. 50 ; L. 21 mai 1836, art. 15). Au contraire, lorsqu'il s'agit du domaine public naturel (rivages de la mer, fleuves et rivières navigables ou flottables), les limites en sont fixées par la nature elle-même ; l'Administration ne peut que les constater.

Il suit de là que les actes de délimitation qui engloberaient, dans les limites qu'ils attribuent au domaine public naturel, certaines parcelles dépendant des propriétés riveraines, sont abusifs et peuvent être attaqués devant le Conseil d'État par la voie du recours pour excès de pouvoir. La jurisprudence est ainsi fixée depuis longtemps, après certaines fluctuations (Cons. d'Ét. 27 mai 1863, *Drillet de Lanigou*, D. P. 63. 3. 63 ; 27 juin 1884, *Ville de Narbonne, Rec. Cons. d'Et.*, p. 536, pour

les rivages de la mer ; — Cons. d'Ét. 13 déc. 1866, *Coicaud, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 1152 ; 9 janv. 1868, *Archambaud, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 18 ; 30 mai 1873, *Pascal, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 498. — V. aussi Cons. d'Ét. 31 juill. 1908, D. P. 1910. 3. 39). Les propriétaires indûment dépossédés peuvent ainsi recouvrer en nature, au moyen de l'annulation de l'acte de délimitation abusif, les terrains dont ils ont été frustrés.

A l'époque où le Conseil d'État n'admettait pas encore la recevabilité des recours pour excès de pouvoir en cette matière, les tribunaux, pénétrés de l'injustice d'une solution qui eût laissé sans recours les propriétaires dépossédés, avaient décidé que l'autorité judiciaire était compétente, en présence d'une dépossession réalisée par un acte de délimitation du domaine public naturel, pour constater la dépossession et pour condamner l'État à une indemnité compensatrice. Le Tribunal des conflits a approuvé cette jurisprudence, qui s'est maintenue même après que le Conseil d'État eut reconnu la recevabilité des recours pour excès de pouvoir dirigés contre les actes de délimitation abusifs. L'utilité de cette jurisprudence n'est pas douteuse. Sans doute on peut dire qu'elle respecte imparfaitement le principe de la séparation des pouvoirs, puisqu'en somme les tribunaux ne peuvent allouer une indemnité au propriétaire qu'en constatant sa dépossession, et par suite le caractère abusif de l'acte de délimitation. Ils proclament ainsi indirectement, mais nécessairement, le caractère illégal d'un acte administratif.

Toutefois, comme il serait bien dur de priver le propriétaire de tout remède judiciaire s'il a laissé expirer les délais très brefs du recours pour excès de pouvoir (deux mois), la jurisprudence s'est maintenue, malgré les controverses qui ont surgi à l'occasion de l'article 36 de la loi du 8 avril 1898 sur le régime des eaux (V. Berthélemy, *Revue gén. d'administr.*, 1899. 1. 385 ; Bouvier, *Rev. crit.*, 1899, nos 1 et 2 ; Hauriou, *Précis*, 10e édit., p. 475 et suiv.). L'article 36 déclare que « les arrêtés de délimitation pourront être l'objet d'un recours contentieux » ; et il ajoute : « Ils seront toujours pris sous

la réserve des droits de propriété. » On a voulu voir là, suivant les opinions, soit la confirmation des deux recours parallèles accordés par la jurisprudence aux propriétaires, soit l'exclusion du recours en indemnité devant les tribunaux judiciaires. Il appert, semble-t-il, des travaux préparatoires, que la loi du 8 avril 1898 n'a rien voulu changer, sur ce point, à la situation antérieure (V. D. P. 98. 4. 145, note 1, nos 6 et 7 ; Dalloz, *C. administr.*, t. 5, p. 1304, nos 424-7° et suiv.).

L'action en indemnité devant l'autorité judiciaire subsiste donc (V. Trib. confl. 11 janv. et 1er mars 1873, D. P. 73. 3. 65 ; 27 mai 1876, D. P. 77. 3. 41-42 ; Civ. 4 janv. 1886, D. P. 86. 1. 125 ; Cons. d'Ét. 11 mars 1887, D. P. 88. 3. 74 ; 22 mars 1889, D. P. 90. 3. 68 ; Civ. 24 janv. 1893, D. P. 93. 1. 281 ; 12 déc. 1894, D. P. 95. 1. 285 ; Trib. confl. 10 déc. 1898, D. P. 1900. 3. 29 ; Cons. d'Ét. 13 déc. 1901, D. P. 1903. 3. 40 ; 7 janv. 1910, D. P. 1911. 3. 123. — Laferrière, t. 1, p. 544 et suiv.).

88. De la compétence en matière de réquisitions militaires. — (V. sur la question : Berthélemy, *Traité élém.*, 10e édit., p. 399 et suiv. ; Hauriou, *Précis*, 10e édit., p. 798 ; Dalloz, *Rép. prat.*, vo *Réquisitions militaires*, nos 353 et suiv.). La guerre de 1914-1918 a attiré l'attention sur l'importance des réquisitions militaires. On appelle ainsi un système de fournitures forcées soit d'objets ou denrées, soit de services, soit de locaux, organisé dans le but de faire face aux besoins de l'armée. La longueur et le caractère mondial de la guerre de 1914-1918 ont obligé les gouvernements à étendre ce système à la satisfaction des besoins, principalement des besoins alimentaires, de la population civile. Cette satisfaction était assurée exceptionnellement par les procédés du service public, au lieu de l'être par le mécanisme privé du commerce (V. pour les réquisitions militaires proprement dites, L. 3 juill. 1877, modifiée par diverses lois, notamment du 27 mars 1906 et du 20 juill. 1918, et complétée par plusieurs règlements d'administration publique ; et pour le ravitaillement civil, L. 1er févr. 1892 ; Décr. 3 sept. 1900 ; L. 27 févr. 1920).

Les réquisitions nécessaires au ravitaillement civil ou militaire étant exercées sous la forme et par les procédés d'autorité qui caractérisent le service public, les principes généraux eussent voulu que la compétence sur les litiges nés des réquisitions et notamment sur la fixation des indemnités de dépossession, d'usage ou de dommages, fût soumise aux tribunaux administratifs. Le législateur en a autrement décidé, parce que la réquisition constitue, dans un grand nombre de cas, une véritable expropriation mobilière ; et cette particularité a décidé la loi à instituer ici la compétence judiciaire, même dans les cas où il n'y a pas dépossession (dommages mobiliers ou immobiliers, dégâts commis par les troupes dans les bâtiments occupés, locations forcées, prestations de main-d'œuvre, etc.). L'article 26 de la loi du 3 juillet 1877 consacre ce principe d'une façon tout à fait générale. Il a été rappelé plus récemment, en matière de réquisition de moyens de transports pour les besoins de la population civile, dans le cas d'interruption du service des voies ferrées (L. 27 févr. 1920, art. 6). Il est à remarquer, à ce propos, que ce dernier texte se sert d'une expression impropre lorsque, pour désigner les tribunaux judiciaires, il les appelle « la juridiction de droit commun». En matière administrative, la juridiction de droit commun, c'est le Conseil d'État.

La compétence judiciaire, en vue de la fixation des indemnités de réquisition, s'exerce ici à l'égard de toutes les difficultés qui peuvent s'élever sur l'existence, la quotité et la valeur des fournitures effectuées par les particuliers (Trib. confl. 17 févr. 1912, D. P. 1914. 3. 36), ainsi que sur la détermination des ayants droits (Cons. d'Ét. 22 juin 1917, 2e espèce, D. P. 1918. 3. 1, et la note de M. Alfred Porché).

Cette compétence s'étend à la fixation de toute indemnité due pour tout dommage s'analysant en un supplément ou en une majoration de réquisition, alors même que le dommage aurait été accru par des faits de service commis à l'occasion des réquisitions ou de leur exécution (Trib. confl. 22 mai 1909, D. P. 1911. 3. 11 ; 6 mai 1918, *Lempereur, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 417 ;

Cons. d'Ét. 9 févr. 1917, D. P. 1917. 3. 13, et la note ; Hauriou, *Précis*, 10e édit., p. 799).

Il a été décidé, de même, que l'action d'une compagnie de navigation tendant à faire décider qu'un vapeur à elle remis par l'État afin de remplacer un de ses navires, détruit par l'ennemi pendant la période de réquisition, n'est pas susceptible d'effectuer une navigation maritime normale et qu'elle a droit, par suite, à la livraison d'un autre bâtiment et au payement de certaines indemnités, concernant le règlement d'une indemnité de réquisition, est de la compétence des tribunaux judiciaires (Cons. d'Ét. 9 juill. 1924, *Cie générale transatlantique*, D. H. 1924. 607).

Mais la compétence judiciaire ne saurait être étendue aux actions en responsabilité proprement dite dirigées contre l'État, qui ne seraient pas fondées sur des faits indivisibles de la réquisition, ayant eu pour effet d'augmenter le dommage. Lorsque le dommage, en un mot, n'est pas le résultat de la réquisition mais la conséquence d'une faute de service indépendante de la réquisition proprement dite, la compétence administrative reprend tout son empire. Il en serait ainsi, par exemple, si, par suite d'un fait de service, la réquisition avait porté sur des objets qui n'y étaient pas assujettis ; si le dommage provenait d'une violence commise au cours d'une réquisition irrégulière ; s'il est le résultat des conditions illégales ou irrégulières dans lesquelles le propriétaire a été dépossédé.

D'une façon plus générale, les actions en responsabilité proprement dites dirigées contre l'État, à raison des irrégularités commises à l'occasion des réquisitions, restent de la compétence de la juridiction administrative, lorsqu'elles ne peuvent être présentées ni sous forme d'une demande distincte d'indemnité de réquisition, ni sous forme d'une demande en majoration de prix (Trib. confl. 17 nov. 1917, *Bailly*, D. P. 1918. 3. 1, et la note de M. Alfred Porché ; Cons. d'Ét. 6 juill. 1923, *de Salaberry*, *Gaz. Pal.* 1923. 2. 533).

89. De la compétence en matière de forces hydrauliques et de distribution d'énergie. — La production de l'énergie, et spécialement de l'énergie électrique au moyen des chutes d'eau, de l'utilisation des marées et d'une façon générale de l'utilisation des forces hydrauliques, nécessite des travaux importants pour capter les eaux et recueillir la force provenant de leur écoulement ou de leur chute. Non seulement des droits de propriété peuvent être ainsi acquis par voie d'autorité par l'Administration et les concessionnaires, mais encore les riverains peuvent être contraints de céder leurs droits aux eaux, de supporter diverses servitudes et souvent de subir des dommages du fait des travaux. La loi du 16 octobre 1919 n'a pas voulu distinguer, au point de vue de la compétence, les simples dommages de l'expropriation proprement dite : toutes les demandes en indemnité, quelle qu'en soit la source, ressortissent à l'autorité judiciaire (art. 4 et 5).

C'est là une tendance remarquable de la législation contemporaine en matière de travaux d'utilité générale : elle ne s'attache plus à l'ancienne distinction entre l'expropriation et les simples dommages ; elle attribue, dans tous les cas, compétence à l'autorité judiciaire pour statuer sur les demandes en indemnité.

La loi du 15 juin 1906 sur les distributions d'énergie en fournit un nouvel exemple : elle attribue compétence à l'autorité judiciaire sur les demandes d'indemnité relatives aux servitudes d'appui, de passage des canalisations et des lignes aériennes, d'ébranchage, imposées par l'établissement des réseaux de distribution (art. 12). Seules les contestations et réclamations auxquelles peut donner lieu l'application des mesures prises en vue de la protection des transmissions télégraphiques et téléphoniques, ainsi que de la marche des autres services publics, restent soumises à la juridiction des conseils de préfecture (art. 22).

SECTION III

COMPÉTENCE EN MATIÈRE DE MINES

90. Évolution de la législation des mines. — L'idée que les mines constituent une richesse publique sur laquelle la nation a des droits plus ou moins étendus, et dont l'exploitation doit être rationnellement organisée dans l'intérêt général, est une conception qui a gagné beaucoup de terrain au cours des XIX^e^ et XX^e^ siècles (V. Berthélemy, *Traité élém.*, 10^e^ édit., p. 729 et suiv.). Elle n'est pas étrangère à la loi du 21 avril 1810, qui a réglé la première le statut des mines dans notre droit moderne. Mais il a paru au législateur de cette époque que la meilleure manière d'assurer l'exploitation était de constituer, au profit des exploitants, un domaine de profondeur en pleine propriété, sous forme de concession perpétuelle. Cette conception a réagi sur la compétence : presque tous les litiges concernant cette propriété spéciale ressortissaient aux tribunaux judiciaires.

Peu à peu ce point de vue s'est modifié. Le rôle de l'État dans la création et l'exploitation des mines s'est fortifié ; l'idée de service public, avec ses conséquences, est apparue dans ce domaine. Enfin la loi du 9 septembre 1919, en supprimant pour l'avenir la perpétuité des concessions, en les ramenant à une durée déterminée, en faisant participer l'État aux bénéfices des exploitations, a nettement orienté dans le sens administratif et étatiste tout ce qui concerne les exploitations minières. Dès lors, le contentieux lui-même et la compétence des juridictions en cette matière ont évolué aussi dans la direction administrative.

91. Compétence pendant la période antérieure à la concession. — Pendant cette période, il s'agit surtout d'orienter et de réglementer les recherches dans un but d'intérêt général. Cet intérêt étant dominant

en l'espèce, la compétence administrative est la règle en ce qui concerne les contestations sur le contentieux des permis de recherches et sur les demandes d'indemnité.

C'est ainsi que si l'Administration peut délivrer à toute personne des permis de recherches (L. 21 avr. 1810, art. 10 et 11 ; et L. 27 juill. 1880, art. 11), ces permis constituent des actes administratifs dont la validité et l'interprétation ne peuvent être mises en question devant les tribunaux judiciaires. Quant aux indemnités, c'est devant le conseil de préfecture qu'elles doivent être réglées en cas de contestations, soit qu'il s'agisse de l'indemnité due par l'explorateur au propriétaire de la surface, pour dommages (L. 21 avr. 1810, art. 46), soit qu'il s'agisse de l'indemnité que le concessionnaire de la mine peut être appelé à payer à l'explorateur, lorsque celui-ci, n'ayant pas obtenu la concession, a cependant fait des travaux utiles (même texte. — V. les arrêts cités au *Rép. prat.* Dalloz, v° *Mines*, n°s 97 et suiv. ; notamment Cons. d'Ét. 1er févr. 1901, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 123 ; 5 août 1901, D. P. 1903. 3. 15 ; 5 mai 1911, D. P. 1913. 3. 84 ; 13 juin 1913, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 675).

Deux autres indemnités sont réglées par l'acte de concession et ne donnent lieu, en principe, à aucun recours contentieux. La première est l'indemnité d'invention payable à l'inventeur de la mine, indépendamment de la question de savoir s'il a fait ou non des travaux utiles. C'est une sorte de récompense à l'inventeur (L. 21 avr. 1810, art. 16).

Toutefois, dans le cas où les parties intéressées se seraient entendues à l'amiable pour fixer cette indemnité, l'autorité judiciaire serait compétente pour connaître des difficultés pouvant surgir sur l'application de ces contrats, sauf bien entendu la question préjudicielle pouvant naître de la nécessité d'interpréter le décret de concession (V. Dalloz, *Rép. prat.*, v° *Mines*, n° 96 et les autorités citées).

L'article 16 précité déclare que « l'inventeur *aura droit* à une indemnité » ; dans le cas où cette indemnité serait

refusée, l'inventeur jouirait-il d'un recours? Un arrêt du Conseil d'État du 10 mai 1889 (*Reinach, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 570, et les conclusions de M. Gauwain) lui refuse tout recours, réservant toutefois le cas où l'inventeur n'aurait pas été entendu au cours de l'instruction, et celui où les formalités prescrites par la loi n'auraient pas été remplies. Nous croyons cependant que, dans le cas où l'indemnité aurait été arbitrairement refusée, il y aurait violation de la loi, puisque le droit de l'inventeur est reconnu par elle, et que le Conseil d'État devrait annuler le décret. Mais il n'aurait aucun pouvoir d'appréciation quant au chiffre de l'indemnité, à moins que, dans la fixation de ce chiffre, le Gouvernement n'ait commis un détournement de pouvoir.

Il en est de même de la redevance tréfoncière due au propriétaire de la surface. Cette redevance est aussi réglée souverainement par l'acte de concession (L. 21 avr. 1810, modifiée par L. 27 juill. 1880, art. 6 et 42). En ce qui concerne les recours contre le refus de la redevance par l'acte de concession, il faudrait donner la même solution que pour le recours de l'inventeur (V. Laferrière, t. 1, p. 567).

Les inventeurs ou autres pétitionnaires n'ont pas de recours contre le refus de concession. Toutefois, il en serait autrement s'il s'agissait de gisements d'hydrocarbures liquides ou gazeux ; dans ce cas, la loi du 16 décembre 1922, incorporée dans l'article 16 de la loi du 21 avril 1810, décide que le titulaire d'un permis de recherches exclusif d'hydro-carbures *a droit* à l'obtention de la concession, s'il satisfait aux conditions que la loi énumère. Dès lors, la décision administrative qui rejetterait la demande de concession, et même la décision implicite de rejet résultant du silence de l'Administration gardé pendant quatre mois, pourraient être attaquées devant le Conseil d'État par le titulaire du permis de recherches.

92. Compétence pendant la période postérieure à la concession. — La concession est donnée par décret, et suivant les règles générales, les contestations rela-

tives à l'interprétation ou à l'invalidité du décret de concession échappent à la compétence des tribunaux judiciaires (V. Dalloz, *Rép. prat.*, v° *Mines*, n° 125). Mais ce décret, dans le système de la loi de 1810, crée une propriété. Dès lors, la compétence judiciaire s'exercera dans les rapports soit entre le concessionnaire de la mine et les propriétaires de la surface, soit entre deux ou plusieurs propriétaires de concessions voisines. Les demandes d'indemnités formées par les propriétaires des terrains occupés, fouillés ou endommagés, lorsqu'il s'agit de travaux de recherches ou d'exploitation postérieurs à la concession, doivent être portées devant les tribunaux judiciaires.

De même, bien que la vente d'une mine par lots, ou tout autre mode de partage de la concession, ne puisse avoir lieu qu'avec l'autorisation préalable du Gouvernement (L. 21 avr. 1810, art. 7), toutes les questions relatives aux conventions de droit commun intéressant les mines, telles que la vente d'une mine ou son apport en société, relèvent des tribunaux judiciaires.

La compétence judiciaire est ici tellement absolue que l'article 28 de la loi du 21 avril 1810 décide qu'au cas où la demande en concession provoquerait une opposition fondée sur ce que l'opposant serait déjà devenu, par concession ou autrement, propriétaire de la mine, l'émission du décret est suspendue, et les parties doivent être renvoyées devant l'autorité judiciaire, pour trancher au préalable cette question de propriété.

L'article 49 de la loi du 21 avril 1810, complété et expliqué par la loi du 27 avril 1838, articles 6 et 10, statue sur les cas où la déchéance de la concession peut être prononcée pour cause d'insuffisance d'exploitation. Cette mesure grave est prononcée par le ministre des Travaux publics, mais elle peut être l'objet d'un recours au Conseil d'État. Il ne s'agit pas seulement, dans ce cas, d'un recours pour excès de pouvoir, mais d'un véritable appel de la décision du ministre, où les intéressés pourront proposer tous les moyens de fait et de droit de nature à faire annuler ou réformer l'arrêté de déchéance.

93. Compétence à l'égard des concessions temporaires instituées sous le régime de la loi du 9 septembre 1919. — La loi de 1919 a rendu les concessions de mines temporaires. Ces concessions constituent toujours des droits immobiliers et restent susceptibles d'hypothèque (L. 9 sept. 1919, art. 1er, *in fine*) ; par suite, le concessionnaire, dans ses rapports avec les propriétaires de la surface et avec les concessionnaires voisins, demeure soumis à la compétence judiciaire.

En est-il de même dans ses rapports avec le pouvoir concédant? Nous ne le croyons pas. On ne saurait, pour trancher la question, argumenter de l'article final du cahier des charges type des concessions de mines, approuvé par décret du 21 avril 1920 (*Journ. off.* 24 avr. 1920), aux termes duquel les litiges qui pourront s'élever entre le concessionnaire et l'Administration sur l'interprétation du cahier des charges seront soumis, *avant qu'il y soit statué par la juridiction administrative*, à une commission de conciliation. En effet, il n'appartient pas à un simple décret de régler la compétence des juridictions, surtout en une matière qui touche au principe de la séparation des pouvoirs. Mais, contrairement à Berthélemy (*Traité Élém.*, 10e édit., p. 753), nous pensons que la loi du 9 septembre 1919 a eu pour résultat de faire de l'exploitation des mines un véritable service public : cette loi prévoit l'exploitation des mines par les modes propres au droit public (régie directe, régie intéressée, concession) ; elle exige, en cas de concession, la rédaction d'un cahier des charges qui règle minutieusement les rapports entre le pouvoir concédant et le concessionnaire. Elle prévoit le retour gratuit à l'État, à la fin de la concession, non seulement de la mine proprement dite, mais des terrains, bâtiments, ouvrages, machines, appareils et engins de toute nature servant à l'exploitation de la concession ; elle prévoit aussi un partage de bénéfices entre l'État et le concessionnaire.

L'ensemble de ces considérations nous amène à penser que la juridiction administrative est seule compétente pour connaître des contestations entre l'État et le concessionnaire temporaire de mines. Il s'agit seulement de

savoir si ces contestations relèvent du conseil de préfecture ou du Conseil d'État. Pour justifier la compétence du conseil de préfecture, il faudrait que les travaux de mines pussent être assimilés à de véritables travaux publics. Nous n'allons pas jusque-là ; au reste, la loi du 9 septembre 1919 elle-même (art. 2, n° 6) donne compétence au Conseil d'État, en premier et dernier ressort, sur la plus importante de ces contestations, celle relative à la déchéance des concessions pour inobservation des obligations imposées au concessionnaire, et à l'allocation de l'indemnité qui peut être due au concessionnaire dépossédé. Si l'idée de travaux publics eût paru ici dominante, la connaissance de ces contestations eût dû être attribuée aux conseils de préfecture. Nous croyons qu'il faut généraliser et attribuer au Conseil d'État la connaissance de tous les litiges qui peuvent naître entre le concédant et le concessionnaire temporaire de mines.

SECTION IV

COMPÉTENCE EN MATIÈRE DE PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE

94. Principe de la compétence judiciaire. — La propriété industrielle comprend principalement les brevets d'invention, les marques de fabrique, les dessins et modèles industriels.

C'est surtout en matière de brevets d'invention que certaines questions de compétence peuvent se présenter. En effet, aux termes de l'article 1er de la loi du 5 juillet 1844, la propriété de toute invention nouvelle est garantie à son auteur, sous forme d'un droit exclusif mais temporaire d'exploitation, par un titre délivré par le Gouvernement. Pour la délivrance des brevets, la loi exige des formalités administratives assez minutieuses (L. 5 juill. 1844, art. 5 et suiv. et art. 11, modifié par les lois du 7 avr. 1902 et du 26 déc. 1908). Les transmissions de propriété, cessions ou concessions de droit

d'exploitation ou de gage relativement à un brevet, ne sont valables à l'égard des tiers qu'après avoir été inscrites sur le registre spécial des brevets d'invention tenu à l'office national de la propriété industrielle (L. 26 juin 1920, art. 4).

Un véritable service public est ainsi organisé.

Le rôle de l'Administration est cependant relativement restreint en cette matière, d'après la législation française ; car les brevets sont délivrés sans examen préalable (L. 5 juill. 1844, art. 34, 40 et suiv.).

La nécessité de la notification de la cession d'un brevet d'invention à l'Office national de la propriété industrielle ne fait aucun obstacle à la compétence judiciaire, en ce qui concerne la validité de la cession.

De même, les conflits relatifs aux droits de deux cessionnaires successifs, aux effets produits à cet égard par l'antériorité de la transcription sur le registre des brevets, relèvent exclusivement des tribunaux judiciaires : la juridiction administrative ne saurait en connaître (Cons. d'Ét. 3 févr. 1926, *Pamard*). Les actions en contrefaçon sont de la compétence des tribunaux judiciaires, même lorsqu'elles se débattent entre un inventeur et l'État (Civ. 1er févr. 1892, D. P. 92. 1. 417 ; Paris, 4e chambre, 17 mai 1923, *Esnault-Pelterie*, *Gaz. Pal.* 1923. 2. 306).

95. Compétence exceptionnelle de l'Administration. — C'est à l'Administration qu'il appartient de délivrer des brevets d'invention. Elle ne doit le faire que si la demande a été régulièrement formée (L. 5 juill. 1844, art. 11). Dès lors, l'Administration a le devoir de refuser la délivrance du brevet lorsque la demande est irrégulièrement formée. Cette décision serait, d'ailleurs, susceptible d'un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État (Cons. d'Ét. 12 août 1879, *Giroud-Dargoud*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 606).

Le droit de l'Administration se borne-t-il à ce pur examen de forme? L'article 3 de la loi du 5 juillet 1844 dispose que ne sont pas susceptibles d'être brevetés : 1° les compositions pharmaceutiques ou remèdes de

toute espèce ; 2° les plans et combinaisons de crédit ou de finance. La jurisprudence en a conclu que l'Administration, saisie de la demande, a le droit de refuser le brevet, par application de l'article 3, non seulement lorsque le caractère non brevetable de l'objet ressort du titre même donné à l'invention, mais encore lorsque la non-brevetabilité est révélée seulement par l'examen intrinsèque de l'invention présentée (Cons. d'Ét. 14 avr. 1864, D. P. 65. 3. 25 ; 5 juill. 1901, D. P. 1903. 3. 11 ; 30 juill. 1909, D. P. 1911. 3. 76-77).

Toutefois, il ne faudrait pas étendre trop loin ce pouvoir d'appréciation. C'est ainsi que l'article 30 de la loi du 4 juillet 1844 déclare nuls et de nul effet les brevets portant sur une découverte, invention ou application contraire à l'ordre ou à la sûreté publique, aux bonnes mœurs ou aux lois nationales. On s'est demandé si le Gouvernement aurait le droit de refuser un brevet qu'il jugerait contraire à la loi ou aux bonnes mœurs. La jurisprudence est fixée dans le sens de la négative : en droit, un objet de cette nature n'est pas intrinsèquement insusceptible d'être breveté ; mais le brevet, une fois délivré, est nul. Il y a là une différence sensible avec la situation de l'article 3.

L'appréciation gouvernementale serait d'ailleurs ici particulièrement délicate. Au surplus, le Gouvernement, en présence d'un brevet portant sur un objet contraire aux lois ou aux mœurs, ne serait pas désarmé ; car, aux termes de l'article 37 de la loi du 4 juillet 1844, le ministère public peut se pourvoir directement par action principale, pour faire prononcer la nullité des brevets dans ce cas. Il n'appartient donc pas au ministre du Commerce de se faire juge d'une question ainsi réservée à l'autorité judiciaire (Cons. d'Ét. 7 févr. 1913, D. P. 1917. 3. 20 et la note).

SECTION V

COMPÉTENCE EN MATIÈRE D'OFFICES MINISTÉRIELS

96. Nature du droit des officiers ministériels sur leurs charges. — Les officiers publics et ministériels (notaires, avoués, huissiers, greffiers, etc.) n'ont pas sur leurs charges un droit de propriété. Cette idée de propriété est inconciliable avec la fonction publique qu'ils exercent. Laferrière écrit très justement à ce sujet : « Sans doute, le titulaire d'un office ministériel possède un cabinet, une étude, une clientèle, qui sont des sources de revenus susceptibles d'être évalués en argent, et qui peuvent faire l'objet de transactions privées ; mais il ne possède ce capital, il ne peut le faire fructifier que grâce au titre que le Gouvernement lui a conféré et aux fonctions spéciales dont il est investi. Or ce titre et ces fonctions sont hors de commerce et résistent à toute idée de propriété privée » (Laferrière, t. 1, p. 577-578).

La loi du 28 avril 1816 a seulement reconnu aux officiers ministériels le droit de présenter un successeur à l'agrément du Gouvernement. Ce droit n'était expressément réglementé par la loi du 1816 qu'au profit des titulaires vivants (art. 91). En ce qui touche les droits des héritiers, le même article déclarait qu'il serait statué par une loi spéciale. Cette loi n'est jamais intervenue, mais la pratique courante a toujours admis le droit de présentation des héritiers.

Rien ne s'oppose donc à ce que le Gouvernement et le législateur modifient le régime des services publics auxquels collaborent les officiers publics et ministériels. Si ces modifications diminuent les profits que ces fonctionnaires tirent de leur travail professionnel, le Gouvernement n'est pas tenu de les indemniser. Il n'y a pas là expropriation, puisque toute expropriation suppose une propriété et que cette idée de propriété

est nécessairement étrangère à l'exercice d'une fonction publique. Il faudrait pourtant réserver le cas où les modifications, provenant d'une réforme judiciaire, auraient bouleversé la situation de certains officiers ministériels d'une façon particulièrement grave et impossible à prévoir. Peut-être seraient-ils recevables, dans ce cas, à demander une indemnité au Conseil d'État, par application de la théorie dite de l'« imprévision ».

Dans ses rapports avec le Gouvernement, l'officier ministériel est donc un fonctionnaire public, nommé à vie, ayant le droit de présenter un successeur, mais ne pouvant revendiquer sur sa charge aucun droit de propriété, et n'ayant nullement qualité pour s'opposer à toutes les modifications du service que le législateur ou le Gouvernement jugeraient bon de prescrire.

Au contraire, dans ses rapports avec les tiers, l'officier ministériel agit comme propriétaire de son cabinet, d'un fonds auquel sont attachés des produits; ce fonds peut devenir l'objet de conventions privées ; les prérogatives qui y sont attachées, les produits dont il est suceptible, peuvent être discutés devant les tribunaux judiciaires.

Dès lors, dans ses relations avec les tiers, l'officier ministériel sera justiciable des tribunaux judiciaires ; dans ses rapports avec le Gouvernement, il dépendra de la juridiction administrative.

97. Compétence de l'autorité judiciaire. — Toutes les contestations relatives aux traités de cession, passés entre le titulaire ou ses héritiers d'une part et son successeur désigné d'autre part, sont de la compétence des tribunaux judiciaires ; il en est ainsi, par exemple, des demandes en payement du prix de cession, des actions en réduction de prix. Il en est de même, en cas de suppression d'un office ministériel, des contestations qui peuvent s'élever entre les ayants droit de l'ancien titulaire et les officiers ministériels dont la charge a été maintenue, en ce qui touche le payement des indemnités imposées par le décret de suppression aux

titulaires des offices maintenus (V. Dalloz, *Rép. prat.*, v° *Office, passim*).

Sans doute, l'effet des traités de cession est subordonné à l'agrément donné par le Gouvernement au successeur proposé; mais, sous cette réserve, les traités de cession sont des conventions privées dont le contentieux relève des tribunaux judiciaires.

98. Compétence administrative. — Les contestations qui peuvent s'élever entre les officiers ministériels et le Gouvernement sont de la compétence de la juridiction administrative. Il en est ainsi notamment des difficultés qui peuvent surgir en ce qui concerne la fixation administrative et la répartition des indemnités en cas de suppression d'office.

Pour comprendre les limites assignées ici aux pouvoirs de la juridiction administrative, il ne faut pas oublier que le Gouvernement a toujours le droit de supprimer un office ministériel. Il se l'est, d'ailleurs, réservé expressément dans les cas prévus par l'article 91 de la loi du 28 avril 1816, c'est-à-dire dans les cas de vacances par décès, démission ou destitution.

En dehors de ces cas, bien que le droit du Gouvernement de supprimer des offices soit, à notre avis, hors de doute, la question d'indemnité pourrait se poser devant la juridiction contentieuse ; mais, en tout cas, l'indemnité dont il pourrait être question ne serait pas une indemnité d'expropriation, puisque les offices ne sont pas objets de propriété privée ; ce serait une indemnité pour dommage qui ne pourrait être réglée, en cas de contestation, que par le Conseil d'État.

Dans les cas réservés par l'article 91 de la loi du 28 avril 1816, au contraire, la liberté du Gouvernement n'est même pas limitée par l'obligation éventuelle de fixer une indemnité.

En droit strict, le Gouvernement ne doit rien au titulaire de l'office supprimé par suite de décès, démission ou destitution, non plus qu'à ses ayants droit. S'il règle par décret l'indemnité à verser, par les titulaires des offices conservés, aux ayants droit du titulaire de

l'office supprimé, c'est par une pure mesure d'équité. L'idée même d'une action *de in rem verso* que le titulaire de l'office supprimé ou ses ayants droit pourraient exercer devant les tribunaux judiciaires contre les officiers ministériels qui profitent de la suppression, idée admise par quelques anciens arrêts, est aujourd'hui abandonnée.

La légalité des décrets qui fixent l'équitable indemnité à payer dans ce cas, et qui répartissent la charge de cette indemnité entre les divers titulaires des offices conservés, a été autrefois contestée : on se demandait en vertu de quel principe le Gouvernement pouvait imposer une charge pécuniaire aux titulaires des offices conservés. L'article 13 de la loi de finance du 25 juin 1841 a légalisé le procédé ; il suit de là que si le décret qui prononce la suppression, fixe et répartit l'indemnité, peut être attaqué le cas échéant pour vice de forme, le chiffre de l'indemnité globale et celui de la somme mise à la charge de chacun des officiers ministériels intéressés ne peuvent pas être contestés par la voie contentieuse (Cons. d'Ét. 21 juin 1907, D. P. 1908. 3. 113 ; 19 févr. 1897, D. P. 98. 3. 78 ; 18 mars 1921, *Vallecalle, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 337). Les intéressés ne sont pas admis à discuter à cet égard les raisons qui ont décidé le Gouvernement. Par exemple, ils ne pourraient pas critiquer le chiffre de l'indemnité, du fait que le Gouvernement aurait fait état pour le fixer de la dépréciation subie par l'étude, à raison de sa fermeture pendant la guerre, par suite de la mobilisation de son titulaire (Cons. d'Ét. 7 déc. 1923, *Delacou, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 819).

Toutefois, la charge de l'indemnité ne pourrait être imposée qu'aux officiers ministériels maintenus qui profitent de la suppression d'office. Un décret qui mettrait une partie de l'indemnité à la charge d'officiers ministériels autres que ceux qui profitent de la suppression serait entaché d'excès de pouvoir. C'est pourquoi il a été jugé qu'un notaire qui ne profiterait pas de la suppression d'une étude serait recevable à demander l'annulation du décret qui a mis à sa charge une partie de l'indemnité due à l'ancien titulaire de l'office sup-

primé (Cons. d'Ét. 12 juill. 1907, D. P. 1908. 3. 113 ; 26 avr. 1912, *sol. impl.*, D. P. 1914. 3. 54).

Le droit souverain d'appréciation du Gouvernement a été mis en relief dans une circonstance assez caractéristique : l'article 15, § 9, de la loi du 17 avril 1919, sur la réparation des dommages de guerre, décide qu'« en cas de suppression d'un office (comme conséquence de la guerre) l'indemnité payée par l'État sera en totalité ou en partie mise à la charge, par décision du garde des Sceaux, des officiers ministériels appelés à bénéficier de la mesure, dans la proportion indiquée par la cour ou le tribunal... ». Il a été jugé que cette disposition n'enlevait pas au Gouvernement le droit de fixer d'une façon souveraine l'indemnité globale à allouer aux ayants droit du titulaire de l'office supprimé, la cour ou le tribunal n'ayant qualité que pour répartir cette indemnité, ainsi souverainement fixée, entre les divers titulaires d'offices qui profitent de la suppression (Cons. d'Ét. 21 déc. 1923, D. H. 1924. 51).

CHAPITRE IV

COMPÉTENCE EN MATIÈRE DE CONTRATS

99. Rappel des règles générales. — On a vu plus haut les règles générales de la compétence administrative en matière de contrats. Bien que cette matière soit fort complexe, ces règles peuvent être ainsi résumées : 1° Lorsque l'Administration agit en temps que personne privée, non en vue des services publics, mais pour son domaine privé, les contrats qu'elle passe avec les tiers relèvent, au point de vue contentieux, de la compétence judiciaire, sauf dans les cas exceptionnels où la compétence administrative est instituée par la loi. 2° Lorsque l'Administration agit en vue des services publics, le contentieux des contrats relèvera des tribunaux administratifs toutes les fois que l'État ou ses succédanés auront employé un type de conventions spécial au droit public, auront conclu un *contrat administratif*. Il en sera ainsi surtout si l'exécution de ce contrat mêle de près la contre-partie de l'État à la gestion du service public envisagé. Les tribunaux judiciaires seront compétents, au contraire, lorsque l'Administration aura agi au moyen d'un des types de contrats connus, classés et décrits dans le droit privé (vente, échange, louage, affrétement, etc.). En employant les procédés du droit privé, l'Administration se place, pour ainsi dire, dans le cercle d'application de ce droit, et se soumet aux juridictions chargées

de l'appliquer. Il en doit être d'autant plus ainsi que le co-contractant de l'Administration n'est pas mêlé à la gestion des services publics. Par le procédé employé, qui fait de lui un simple contractant de droit civil ou commercial, il se place en dehors de la gestion publique, il n'est pas lié au service. Exceptionnellement, quelques contrats de nature administrative ont été, par une disposition spéciale de la loi, soumis, au point de vue contentieux, aux tribunaux judiciaires. 3° Enfin, il y a des opérations de puissance publique qui présentent quelques-unes des apparences d'un contrat, mais qui sont, en réalité, des actes d'autorité non contractuels. Pour ces actes-là (affectations, concessions de terres aux colonies, engagements de fonctionnaires et d'agents publics, etc.), la compétence administrative s'impose, sauf dérogation législative.

Ces questions ont été magistralement traitées dans l'ouvrage de Laferrière (t. 1, p. 587 et suiv.). Mais la matière a été, depuis, complètement renouvelée par la jurisprudence. Le dernier état du droit a été donné par la très pénétrante étude de Gaston Jèze, sur les *Contrats administratifs* (cours de droit public professé à la Faculté de droit de Paris en 1925). — V. aussi Dalloz, *Rép. prat.*, v° *Compétence administr.*, n^os^ 186 et suiv.

SECTION I

CONTRATS RELATIFS A DES OPÉRATIONS DE PERSONNE PRIVÉE

100. Règles générales de compétence. — Laferrière pose à ce sujet une règle qui n'a pas cessé d'être vraie : « Les biens qui forment le domaine privé de l'État, des départements ou des communes, sont des propriétés régies par la loi civile. Les conventions faites à leur intention ne diffèrent pas, quant à leur nature juridique, de celles que peut faire un simple citoyen ; elles sont l'exercice des mêmes droits et relèvent des

mêmes juges. C'est pourquoi les contrats qui ont pour but l'exploitation et la mise en valeur des biens domaniaux que l'État possède privativement échappent à la compétence administrative, si des textes spéciaux ne les lui ont pas déférés. »

La forme sous laquelle ont été passés les actes qui constatent les contrats est sans aucune influence sur la compétence : qu'ils soient rédigés sous seings privés, par acte notarié ou en la forme des actes administratifs, peu importe. De même, il est indifférent que les marchés aient été conclus de gré à gré ou par adjudication publique (Civ. 30 mars 1926, *Bonsergent*, D. P. 1926, 1re partie, et la note).

Mais si la compétence judiciaire s'exerce de plein droit sur les contrats eux-mêmes, il n'en est plus ainsi au regard des actes administratifs qui ont préparé ou approuvé le contrat. Une délibération de conseil municipal ou de conseil général approuvant ou autorisant un marché, une adjudication publique sont, en eux-mêmes, des actes administratifs ou des opérations administratives dont le contentieux relève des tribunaux administratifs, qui seront juges, notamment, de leur interprétation et de leur validité (V. les arrêts et autorités cités dans Gaston Jèze, *op. cit.*, p. 212, note 1. — V. aussi une application intéressante du même principe dans Cons. d'Ét. 24 mars 1922, *Latham*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 278).

La Cour de cassation a jugé, de même, qu'il n'appartient qu'à l'autorité administrative de décider si le préfet a fait un usage régulier des pouvoirs qu'il tient de la loi pour passer les marchés concernant le département, même si le contentieux de ces marchés relève des tribunaux judiciaires ; dès lors, lorsque, sur l'action en exécution d'un marché de fournitures passé avec l'office départemental du ravitaillement, le département oppose la nullité du marché, faute d'avoir été précédé des formalités administratives, il appartient à l'autorité judiciaire de renvoyer, à titre préjudiciel, l'examen de cette difficulté à l'autorité administrative (Civ. 27 juill. 1925, D. H. 1925. 650).

101. Applications du principe de la compétence des tribunaux judiciaires. — En vertu des règles ci-dessus rappelées, la compétence judiciaire a été reconnue dans les cas suivants :

1° *Adjudication des coupes dans les forêts de l'État*, et des produits accessoires, tels que glands, herbages (Laferrière, t. 1, p. 588; Jèze, *op. cit.*, p. 209, et les arrêts cités).

2° *Baux de chasse dans les forêts de l'Etat* ou des autres personnes morales de droit public. La compétence judiciaire ne cesserait pas du fait que le trouble apporté à la jouissance du fermier de chasse proviendrait du fonctionnement d'un service public (Trib. confl. 21 mars 1891, *Cahen d'Anvers, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 252 ; 29 nov. 1884, *Jacquinot, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 855). Une clause du cahier des charges imposant dans ce cas la compétence des tribunaux administratifs serait sans valeur légale, de tels documents ne pouvant déroger aux règles de la compétence *ratione materiæ* (Cons. d'Ét. 5 août 1887, *Commune de Divonne, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 642).

3° *Marchés relatifs à la construction ou à la réparation des bâtiments et chemins d'exploitation* dans les domaines forestiers ou agricoles des Administrations publiques (Cons. d'Ét. 2 mai 1873, *Barliac, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 371). Bien entendu, aucune clause contraire du cahier des charges ne pourrait éliminer la compétence judiciaire (Cons. d'Ét. 5 août 1887, précité).

4° *Baux de pêche* dans les cours d'eau navigables ou flottables. Le cours d'eau lui-même fait partie du domaine public, et son exploitation dans l'intérêt général est un service public ; mais il n'en est pas ainsi du droit de pêche, bien incorporel du domaine privé de l'État (L. 15 avr. 1829, art. 4 ; Trib. confl. 11 déc. 1875, *Maisonnabe, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 1012).

4° *Contrats passés par les administrations publiques en vue de fournitures à faire à des particuliers.* Dans ce cas, le contrat n'est pas fait en vue du service public, mais en vue de l'utilité des personnes auxquelles la fourniture est faite. Ainsi jugé dans un cas où il s'agissait de la fourniture de pièces anatomiques par un hospice public

à une institution privée (Civ. 25 juin 1907, *Hospice civil de Lille, Gaz. Pal.* 1907. 2. 61).

102. Cas exceptionnels. I. Baux de sources minérales. — L'arrêté des consuls du 3 floréal an 8, art. 1 et 2, avait décidé, dans une circonstance particulière, que le contentieux des baux de sources minérales « appartenant à la République » ressortissait au conseil de préfecture. Cette disposition était interprétée par la jurisprudence comme donnant compétence à la juridiction administrative uniquement sur le contentieux des baux de sources minérales appartenant à l'État, et non sur celui des mêmes contrats passés au sujet des eaux minérales appartenant aux départements et aux communes. L'ordonnance du 18 juin 1823, titre 3, article 22, qui prévoyait, dans ce dernier cas, une adhésion conventionnelle à la compétence administrative, était sans valeur légale (Cf. Laferrière, t. 1, p. 591-592).

Cette jurisprudence est aujourd'hui abandonnée : le fait que les sources d'eaux minérales possédées soit par l'État, soit par les départements, soit par les communes, soit dans le domaine privé de ces personnes administratrices n'empêche pas que leur exploitation ne soit entreprise dans l'intérêt général, en vue de l'hygiène publique. L'hygiène est aujourd'hui un service public ; les contrats passés par l'Administration en vue de ce service sont des contrats faits en vue des services publics. Tels sont les baux de sources minérales, que ces sources appartiennent à l'État, aux départements ou aux communes.

Aussi, dès 1866, le Conseil d'État avait-il décidé que les travaux entrepris par l'État dans un établissement thermal avaient le caractère de travaux publics (Cons. d'Ét. 8 mars 1866, *Lafond, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 230). Plus récemment, le Conseil d'État a jugé que le contrat par lequel une commune donne à bail à une société privée, avec diverses stipulations dans l'intérêt du service, une source d'eau minérale lui appartenant constitue, dans son ensemble, une concession de service public dont le contentieux relève des tribunaux admi-

nistratifs (Cons. d'Ét. 28 juin 1918, *Société générale thermale*, D. P. 1918. 3. 31). La Cour de cassation s'est ralliée à cette jurisprudence par un arrêt très net du 4 janv. 1922 (D. P. 1922. 1. 45), où l'on lit, notamment : « Que le traité litigieux, par lequel la ville de Luchon a concédé pour une durée de 50 années l'exploitation des sources minérales et de l'établissement thermal dont elle est propriétaire, avec les bâtiments et dépendances de l'établissement, moyennant le payement d'une redevance annuelle et, outre plusieurs autres obligations, l'exécution de travaux de construction ou d'amélioration, présente dans son ensemble le caractère d'un contrat de concession d'un service public ; qu'en effet, vu l'état de la réglementation des sources d'eaux minérales, la ville a nécessairement agi en vue d'assurer aux meilleures conditions l'exploitation des eaux thermales dans l'intérêt de la santé publique ; qu'il suit de là que la connaissance des difficultés entre la ville de Luchon et la Société générale thermale et balnéaire, touchant la validité ou l'exécution du contrat de concession, rentre dans les attributions des tribunaux administratifs ».

103. II. **Ventes domaniales.** — Le principe que les litiges portant sur les domaines de l'État sont de la compétence des tribunaux judiciaires a été proclamé à plusieurs reprises sous la Révolution (L. 28 oct.-5 nov. 1790 ; L. 15-27 mars 1791 ; arrêté du Directoire 2 niv. an 6. — Cf. Gaston Jèze, *op. cit.*, p. 205). Mais lorsque l'État procéda à la vente des biens nationaux, opération dans laquelle étaient impliqués de grands intérêts économiques et politiques, on fit de ces opérations de véritables contrats administratifs, par les effets exorbitants qui y étaient attachés (purge des droits de propriété et de tous autres droits réels, validité de la vente même si elle portait sur une dépendance du domaine public,etc.). Dès lors on conçoit que, par une formule d'ailleurs trop large (« le contentieux des domaines nationaux »), l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an 8 ait attribué aux conseils de préfecture la connaissance des litiges relatifs aux ventes nationales.

Mais cette compétence eût dû être restreinte aux ventes des biens nationaux, réalisées sous la Révolution, dans des conditions exorbitantes du droit commun. Les ventes domaniales d'aujourd'hui ne produisent plus les effets juridiques exceptionnels des anciennes ventes nationales ; les mêmes intérêts n'y sont pas attachés : ce sont de purs contrats de droit civil. La Cour de cassation s'était prononcée en ce sens (Civ. 2 mai 1848, D. P. 48. 1. 85) ; mais le Tribunal des conflits ne l'a pas suivie (Trib. confl. 1er juill. 1850, *de Gouvello*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 640). Il suffirait d'un effort de jurisprudence, généralement souhaité par les auteurs, pour faire disparaître cette anomalie (Gaston Jèze, *op. cit.*, p. 206 ; Laferrière, t. 1, p. 558).

En dehors de cette hypothèse, la jurisprudence s'est efforcée de restreindre, en matière de contrats domaniaux, la compétence administrative. C'est ainsi qu'elle a déclaré les tribunaux judiciaires compétents sur les litiges concernant : 1° les *échanges* domaniaux (Cons. d'Ét. 27 mars 1885, *Hutel*, D. P. 85. 5. 191) ; 2° les ventes domaniales *en Algérie*, par application de la loi du 16 juin 1851, spéciale à cette colonie (Trib. confl. 20 juill. 1889, *Jumel de Noireterre*, deux arrêts, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 882) ; 3° les *ventes d'objets mobiliers* appartenant à l'État (Cons. d'Ét. 2 juill. 1875, D. P. 76. 3. 31 ; 15 nov. 1895, D. P. 96. 3. 90 ; 29 nov. 1895, D. P. 96. 3. 90 ; Civ. 7 mars 1904, D. P. 1904. 1. 144).

104. Compétence à l'égard des actes de commerce accomplis par l'État. — L'Administration est souvent appelée à accomplir des actes qui, faits par un particulier, constitueraient des actes de commerce. Elle gère des manufactures, soit dans un intérêt artistique (Gobelins, Beauvais, Sèvres), soit dans un intérêt fiscal (tabacs, allumettes), soit dans un intérêt de défense nationale (poudres, arsenaux) ; elle achète des matières premières, elle vend des objets fabriqués, elle transporte des produits, elle fait appel dans une certaine mesure au crédit ; elle gère un vaste réseau de chemins de fer.

Certaines de ces entreprises constituent des services

publics proprement dits : tels sont les arsenaux et les chemins de fer. D'autres constituent des industries non érigées en services publics : telles sont les manufactures des Gobelins, de Beauvais et de Sèvres. Mais comme les contrats faits par les unes et les autres sont du même type, nous examinons ici la question de compétence dans son ensemble.

Que l'entreprise industrielle gérée par l'Etat constitue ou non un service public, les tribunaux judiciaires sont compétents pour connaître des contrats passés à l'occasion de cette gestion, pourvu que, s'il s'agit d'un service public, les contrats passés ne soient pas de véritables contrats administratifs. Le Conseil d'État a adopté à ce sujet la formule suivante (5 mai 1922, *The American trading C°, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 400) : « Dans l'exploitation des services publics industriels dont il croit devoir assumer la gestion, l'État se trouve vis-à-vis des usagers dans la même situation qu'un entrepreneur ordinaire, à moins que la nature propre du service ou des clauses spéciales ne donnent aux accords individuels, passés avec les dits usagers, le caractère de véritables contrats administratifs ».

Nous retrouverons cette question dans la section suivante de ce chapitre. Dès maintenant nous signalerons une conséquence du caractère industriel de certaines exploitations de l'État, *lorsqu'elles ne constituent pas des services publics*. Dans ce cas, l'État s'est placé dans la même situation qu'un simple particulier gérant son propre commerce. Les individus qui collaborent à la gestion industrielle de l'État en pareille hypothèse (directeurs, employés, ouvriers) ne sont pas des fonctionnaires publics proprement dits, placés vis-à-vis de l'État dans une situation légale et réglementaire, comme les agents qui collaborent à la gestion d'un service public. Ils sont liés à l'État industriel par un contrat de droit privé; et, par suite, les contestations entre l'État et son personnel relèvent des tribunaux judiciaires (V. les conclusions de M. Rivet, dans l'affaire *Lafrégeyre*, Cons. d'Ét. 26 janv. 1923, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 67).

Le principe de la compétence judiciaire admis, lorsque

les contrats passés par l'Administration présentent les caractères d'actes de commerce, faut-il décider que la juridiction consulaire est compétente pour en connaître, ou au contraire les tribunaux civils restent-ils seuls compétents?

La question s'est fréquemment posée à l'occasion des chemins de fer de l'État. S'appuyant sur l'article 22 de la loi du 15 juillet 1845, aux termes duquel, quand un chemin de fer est exploité par l'État et pour son compte, l'État est soumis, envers les particuliers, à la même responsabilité que les concessionnaires, la jurisprudence a toujours appliqué, en cette matière, la compétence judiciaire (Civ. 18 nov. 1895, D. P. 98. 1. 497, et la note de M. Sarrut ; Crim. 8 févr. 1901, D. P. 1901. 1. 425, et la note du même auteur ; Trib. confl. 22 juin 1889, D. P. 91. 3. 1 ; Dalloz, *Rép. prat.*, v° *Chemin de fer*, n^os^ 326 et suiv.). Jusqu'à la loi du 21 mars 1905 (D. P. 1905. 4. 124), on reconnaissait cependant que les relations entre l'État et ses fonctionnaires et employés du réseau relevaient, au point de vue contentieux, des tribunaux administratifs (*Rép. prat.*, *v° cit.*, n° 337). Mais cette loi a remis la connaissance de ces litiges aux tribunaux judiciaires.

En pratique, il n'est pas contesté que les tribunaux de commerce ne soient compétents pour connaître des litiges entre l'État et les usagers de son réseau toutes les fois qu'ils le seraient pour les autres réseaux de chemins de fer. Comme l'a dit M. Bozérian au Sénat, lors de la discussion de la loi du 21 mars 1905 : « C'est la nature de l'acte qui détermine la juridiction. » Un arrêt de la cour de Douai du 14 avril 1920 (*Rec. Douai*, 1920. 21) affirme catégoriquement, à cet égard, que le service des chemins de fer de l'État, « dans ses opérations d'achats de fournitures à un autre commerçant, est, comme toutes les autres compagnies de chemins de fer, *un commerçant* soumis à toute la législation qui règle les rapports des commerçants entre eux » (V. aussi, dans le sens de la compétence des tribunaux de commerce dans ce cas : Thaller, *Traité élém. de droit commercial*, n° 188).

Pour les autres exploitations industrielles de l'État, si la compétence judiciaire a été aisément admise par le Conseil d'État, il s'est moins facilement résigné à celle des tribunaux de commerce. En matière d'abonnements téléphoniques, il l'a même implicitement écartée par un moyen détourné : il fonde la compétence judiciaire, en ce qui concerne le contentieux des contrats d'abonnement, sur ce que les redevances payées par les abonnés constitueraient des taxes assimilées aux contributions indirectes, justiciables, dès lors, des tribunaux judiciaires en vertu de la loi des 7-11 septembre 1790, article 2 (Cons. d'Ét. 23 mars 1906, D. P. 1907. 3. 120 ; 13 mai 1910, D. P. 1912. 3. 4.). Or ce texte confie le contentieux des contributions indirectes aux tribunaux civils jugeant en dernier ressort et sur mémoire.

Il est à peine besoin de faire remarquer combien le lien établi par le Conseil d'État entre le contentieux des contributions indirectes et celui du contrat d'abonnement au téléphone est fragile et factice. Lorsque, par exemple, comme dans l'arrêt du 13 mai 1910, il s'agit d'une action en dommages-intérêts formée par un abonné dont le numéro d'appel a été inexactement inscrit sur l'annuaire, il n'est question ni du payement, ni de l'exigibilité, ni de la restitution de la taxe, mais de la responsabilité contractuelle encourue par l'Administration. Celle-ci doit être placée, à défaut de textes contraires, dans la même situation juridique et assujettie à la même compétence que le serait le concessionnaire du service exploité par voie de concession.

Cette idée a été maintes fois appliquée à la suite de la guerre de 1914-1918. L'État a été amené par les circonstances à entreprendre une série d'opérations commerciales pour le règlement desquelles il est devenu justiciable des tribunaux de commerce. Il en a été ainsi jugé en matière d'affrétement (Aix, 20 mai 1924, D. H. 1924. 499, et la note. Cf. Trib. confl. 9 juin 1923, *Vimant*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 474) et en matière d'assurance maritime obligatoire contre le risque de guerre (Cons. d'Ét. 23 déc. 1921, *Société générale d'armement*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 1109 ; Req. 31 janv. 1923, *C^ie de transports maritimes*,

Gaz. Pal. 1923. 1. 470). Ces décisions, qui excluent la compétence des tribunaux administratifs, ne reconnaissent pas explicitement la compétence des tribunaux de commerce en cette matière (sauf Aix, 20 mai 1924, précité, formel en ce sens) ; mais elles l'imposent implicitement en disant, par exemple, comme le fait le Conseil d'État dans l'arrêt du 23 déc. 1921, que « dans l'exploitation des services publics industriels dont il croit devoir assumer la gestion, *l'Etat se trouve, vis-à-vis des usagers, dans la même situation qu'un entrepreneur ordinaire* » toutes les fois qu'il agit par des procédés empruntés au droit commun. Dès lors il est assujetti à la compétence commerciale, comme le serait tout autre entrepreneur.

Toutefois, la Cour de cassation s'est refusée à appliquer la compétence commerciale aux actes faits par l'État en vue de la liquidation des stocks américains acquis par l'État en vertu de la loi du 21 octobre 1919, où elle ne veut pas voir des actes de commerce (Civ. 22 juill. 1924, *Achard*, D. H. 1924. 579). Nous préférons toutefois la doctrine d'un arrêt de la cour de Paris, du 24 mai 1922 (D. P. 1924. 2. 91), et d'un arrêt de la cour de Rennes, du 14 mai 1923 (D. P. 1924. 2. 49). Les stocks américains avaient été achetés par l'État en vue de leur revente aux particuliers. Les opérations de liquidation du stock avaient donc, aux termes de l'article 633 c. com., le caractère d'actes de commerce. Peu importe que ces actes fussent accomplis par l'Administration d'après des méthodes empruntées aux usages de celle-ci, qu'ils fussent entourés de mesures de surveillance et de contrôle ; aucune de ces circonstances ne pouvait modifier la nature des actes accomplis (V. à ce sujet notre note sous l'arrêt de la cour de Rennes, précité).

La commercialité de certains actes accomplis par l'État produit-elle d'autres effets que de l'assujettir à la compétence des tribunaux consulaires? Pour résoudre cette question, il faut se rappeler que, même quand il emploie certains procédés empruntés au commerce, l'État n'en est pas moins, avant tout, un grand organisme désintéressé, et non une maison de commerce.

Son activité générale reste gouvernée par les règles du droit public, guidée et limitée par la nature de ses fonctions. Dès lors, soit qu'il accomplisse seulement des actes de commerce isolés, soit qu'il gère, dans l'intérêt général, de véritables entreprises industrielles, il ne peut être de tous points assimilé à un commerçant.

Sans doute, il sera assujetti, dans ces différents cas, aux modes de preuves du droit commercial. La preuve testimoniale sera admissible contre lui (C. civ., art. 1341, al. 2 ; C. com., art. 109). On pourra recourir à la représentation des livres (C. com., art. 15), mais sans que l'État puisse être astreint, à moins de dispositions spéciales de la loi, à tenir les mêmes livres qu'un commerçant : tout ce qui concerne les écritures des services de l'État est réglé par les principes de la comptabilité publique. L'État, dans ses entreprises industrielles, sera soumis, soit du fait de ses employés ou préposés (C. civ., art. 1384), soit envers ceux-ci, à la même responsabilité que les personnes privées (par exemple pour les accidents du travail : P. Pic, *Traité élém. de législ. industr.*, 5e édit., n° 1094).

Mais l'État, qui n'est pas assujetti aux voies d'exécution du droit civil, échappera, *a fortiori*, à celles, plus rigoureuses, du droit commercial. Il ne saurait être question ici de faillite, de liquidation judiciaire : l'État ne peut être contraint à payer ses dettes par aucun mode de coercition ; il ne paye que dans la limite des crédits, et par les procédés qu'imposent les règles de la comptabilité publique.

Enfin l'État, comme nous venons de le voir, ne peut pas, même pour ses établissements industriels, être astreint à tenir les mêmes livres que les commerçants ; il ne fait pas appel aux ressources du change proprement dit. Il pratique, comme le dit Thaller (*op. cit.*, n° 185), une « économie propre aux deniers publics ».

SECTION II

CONTRATS FAITS EN VUE DES SERVICES PUBLICS

105. Principes généraux. — Lorsqu'un contrat est fait en vue des services publics, son contentieux, en l'état actuel de la jurisprudence, relève de la juridiction administrative toutes les fois que l'on est en présence d'un « contrat administratif » révélant que l'Administration opère au moyen des procédés propres au droit public ; il ressortit, au contraire, aux tribunaux judiciaires, lorsque le contrat dont l'Administration s'est servi pour remplir son rôle appartient à l'un des types de contrats connus et classés dans l'une des branches du droit privé.

Cette notion montre à quel point il est nécessaire, pour trancher les questions de compétence en cette matière, d'être bien fixé sur la définition du service public. L'idée que l'on s'est faite de cette institution a varié profondément, et varie tous les jours, de sorte que la solution des questions de compétence, liées à l'idée de service public, est également appelée à varier. Nous allons tenter de présenter ici un tableau fidèle de cette notion.

Il est d'abord un premier point qu'il importe de mettre en lumière : l'idée de service public est indépendante du mode d'exploitation des organismes destinés à pourvoir aux besoins généraux. Qu'ils soient exploités en régie ou par voie de concession, qu'ils se présentent ou non sous la forme d'une entreprise industrielle ou commerciale, peu importe. Les chemins de fer, les tramways, les entreprises publiques d'éclairage par le gaz ou l'électricité, les halles et marchés couverts, les octrois, ne cessent pas d'être des services publics par cela seul qu'ils sont concédés ou affermés. La concession est, à côté de la régie simple ou intéressée, un mode de gestion des services publics ; et le fait que le service présente un côté commercial ou industriel ne change

pas son caractère de service public (Gaston Jèze, *Principes généraux du droit administr.*, 2e édit., p. 249, texte et note 1, p. 250 et 284; Hauriou, *Précis*, 10e édit., p. 29, note).

On sait, par ce que nous avons dit plus haut (n° 59), qu'un service public est un moyen ou un ensemble de moyens organisés par les pouvoirs publics pour satisfaire socialement à un besoin général par des procédés propres au droit administratif. A quels signes reconnaîtra-t-on que les gouvernants ont voulu satisfaire un besoin général par le procédé du service public? Ces signes sont nombreux et variables. Rappelons ceux que nous avons signalés (*suprà*, n° 59) : 1° Le service public est créé par l'État ou ses succédanés (départements, communes, établissements publics, colonies); 2° Il présente un caractère marqué de continuité, surveillé de près et assuré par l'Administration; 3° Quel que soit le mode de fonctionnement du service (régie, concession, etc.), les pouvoirs publics en conservent toujours le contrôle, et peuvent le modifier à tout instant pour mieux satisfaire les besoins; 4° Pour assurer la marche du service, il est fréquent que des charges, des taxes, des impôts, des servitudes, soient imposées aux particuliers; 5° Il arrive souvent aussi que l'Administration se soit réservée, pour elle ou pour ses substitués, un monopole d'exploitation (Gaston Jèze, *Principes généraux du droit administr.*, 2e édit., p. 249).

Pour mettre en relief l'évolution de la jurisprudence moderne en ce qui concerne la notion de service public, et l'extension que le Conseil d'État lui a donnée, nous ne saurions mieux faire que de rappeler les arrêts rendus en ce qui concerne le service des théâtres nationaux ou municipaux. Pendant longtemps la jurisprudence n'a pas considéré la concession d'une telle exploitation comme constituant un contrat relatif à la gestion d'un service public. Le Conseil d'État avait eu à trancher la question à l'occasion du contentieux des contributions directes : la ville de Lyon exploitait en régie un théâtre municipal. Le Conseil d'État a jugé qu'elle avait été valablement imposée à la contribution des patentes

parce que les faits de gestion à l'occasion desquels les rôles avaient été émis « constituaient l'exercice d'une profession imposable *et non l'exécution d'un service public* ». Il a été jugé par le même arrêt que les bâtiments du théâtre étaient passibles de la contribution foncière, de la taxe des biens de mainmorte et de la contribution des portes et fenêtres, bien que les bâtiments affectés à un service public en soient exempts, parce que l'immeuble théâtral en question ne pouvait être rangé dans cette catégorie (Cons. d'Ét. 5 déc. 1906, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 892).

La Cour de cassation (Civ. 12 juin 1901, D. P. 1902. 1. 372) a adopté la même opinion à propos du théâtre de l'Opéra-Comique; et cette solution emprunte une autorité toute particulière au fait que la cour a statué sur les conclusions conformes du procureur général Laferrière, qui venait, pendant vingt ans, de remplir un rôle décisif dans la constitution et l'orientation de la jurisprudence administrative (V. ces conclusions, D. P. 1901. 1, 372-376). L'arrêt de la chambre civile est très ferme : « L'exploitation d'un théâtre constitue une entreprise privée; les subventions qui lui sont accordées par l'État, soit sous forme de concession gratuite de la salle et des décors, soit sous forme d'allocations pécuniaires, en vue de favoriser, dans un intérêt général, les progrès de l'art dramatique ou lyrique, ne sauraient avoir pour effet d'en modifier le caractère et de la transformer en un service public » (V. aussi, dans la même affaire et dans le même sens, Paris, 21 juin 1898, D. P. 99. 2. 289 et la note.) Cette jurisprudence est approuvée par M. Gaston Jèze, *Principes généraux du droit administr.*, 2e édit., p. 380). M. Berthélemy (*op. cit.* p. 815-816, note 1) pense au contraire que le théâtre de la Comédie-Française est un service public.

Le Conseil d'État, dans un arrêt de principe très important (27 juill. 1923, *Gheusi*, D. P. 1923. 3. 57, et la note), est complètement revenu sur cette jurisprudence. Il a jugé que l'exploitation du théâtre de l'Opéra-Comique constituait un service public, et que la concession de cette exploitation à des directeurs

soumis à un cahier des charges constituait une opération de service public.

Dans cet arrêt, le Conseil d'État a retenu les indices suivants comme caractéristiques du service public : 1° la clause du cahier des charges portant que « les directeurs seront tenus de diriger l'Opéra-Comique avec la dignité et l'éclat qui conviennent à un théâtre national » ; 2° la concession gratuite de locaux appartenant à l'État ; 3° la promesse d'une subvention annuelle ; 4° les obligations précises et détaillées imposées aux concessionnaires quant aux engagements, aux programmes des spectacles, au nombre des représentations, au tarif des places ; 5° les relations quotidiennes entre le théâtre et l'Administration des beaux-arts, les droits spéciaux conférés à celle-ci, tant en ce qui concerne le contrôle de la gestion par l'intermédiaire d'un commissaire du Gouvernement, qu'en ce qui concerne, le cas échéant, le retrait de ce que le cahier des charges appelle improprement « l'autorisation ». Si l'on y regarde de près, on retrouve bien dans ces différentes circonstances les signes caractéristiques du service public, tels que nous venons de les préciser. Le Conseil d'État en conclut que l'ensemble des actes contractuels passés entre l'État et les directeurs nommés par lui du théâtre de l'Opéra-Comique constitue une « concession de service public ». Il en déduit que les litiges nés de cette concession sont de la compétence du Conseil d'État. Il y a vingt ans encore, cette solution eût dû être considérée comme fort douteuse ; l'évolution et l'extension graduelle de la notion de service public la rendent très admissible aujourd'hui.

La jurisprudence, pour attirer à la juridiction administrative (la seule qui puisse statuer en cette matière sans les mille complications des questions préjudicielles, sans incident et sans partage) les litiges intéressant les services publics à forme commerciale, a autrefois usé d'un autre procédé : elle s'est efforcée de faire entrer, un peu artificiellement parfois, les contrats passés par l'Administration à l'occasion de ces services, soit dans le cadre de ces marchés passés par les ministres « pour

le service de leurs départements respectifs », dont le décret du 11 juin 1806 (art. 13) défère le contentieux au Conseil d'État, soit dans celui des marchés de travaux publics, qui relèvent des conseils de préfecture, aux termes de l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an 8 (Cons. d'Ét. 17 avr. et 3 juill. 1874, D. P. 75. 3. 67; 9 juin 1899, D. P. 1900. 3. 89 ; Req. 20 déc. 1897, D. P. 98. 1. 273 et la note). Elle s'appuyait ainsi sur des textes positifs qui consacraient, quant à ces contrats, la compétence administrative. Le Conseil d'État, dans l'arrêt Gheusi, n'a pas usé de ce moyen détourné ; il a abordé de front la difficulté et tranché la question de compétence en dehors des textes spéciaux, par la seule application des principes et de la notion élargie de service public.

106. La notion du contrat administratif. — Pour que le contentieux d'un contrat passé par l'Administration relève de la juridiction administrative, il ne suffit pas qu'il intéresse le fonctionnement d'un service public ; il faut encore qu'il s'agisse d'un contrat propre au droit public, d'un « contrat administratif ». C'est cette notion qu'il s'agit maintenant d'éclaircir. Elle a été mise au point par le Conseil d'État, dans une série de décisions de jour en jour plus précises, dont M. Gaston Jèze (*Cours de droit public*, les *Contrats administratifs*) a heureusement systématisé les termes.

D'après cette jurisprudence, il y a, en droit français, des contrats administratifs distincts des contrats de droit privé, civils ou commerciaux. Ces contrats supposent un accord de volonté entre l'Administration et un particulier ; ils ont pour but d'assurer le fonctionnement d'un service public; les parties s'y sont volontairement soumises au régime du droit public. Cette soumission se révèle, notamment, par les signes suivants : 1° acceptation d'un cahier des charges comportant un régime de clauses contractuelles exorbitantes du droit privé ; 2° coopération personnelle et directe du co-contractant de l'État au fonctionnement du service public ; 3° régime de subordination imposé au co-con-

tractant ; 4° soumission expresse des parties à la compétence de la juridiction administrative. Ces signes ne sont, d'ailleurs, pas les seuls, mais ce sont les plus caractéristiques.

107. Applications jurisprudentielles. — La jurisprudence a vu des contrats de droit public dont le contentieux relève de la juridiction administrative, dans les opérations suivantes : 1° subventions départementales aux chasseurs de vipères (Cons. d'Ét. 6 févr. 1903, *Terrier*, D. P. 1904. 3. 65, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 94, et les concl. de M. Romieu) ; 2° concession de la capture des chiens errants et de l'enlèvement des bêtes mortes sur la voie publique : il y avait là collaboration directe du concessionnaire au service de l'hygiène et de la salubrité publique (Cons. d'Ét. 4 mars 1910, *Thérond*, D. P. 1912. 3. 57) ; 3° traité passé entre deux communes pour déterminer les conditions dans lesquelles l'une d'elles aura le droit, en cas d'incendie, d'obtenir le concours du corps des sapeurs-pompiers organisé par l'autre, et fixer les rémunérations qui seront dues (Civ. 28 avr. 1922, D. P. 1925. 1. 55) ; 4° marché passé par un agriculteur avec l'administration de la Guerre pour l'emploi, sur sa propriété, de la main-d'œuvre pénitentiaire (Cons. d'Ét. 22 mai 1925, *Durand*, D. H. 1925. 579) ; 5° convention par laquelle le préfet de la Seine donne à bail une ferme-école d'apprentissage créée et entretenue par l'administration de l'Assistance publique, et charge le fermier de la direction de l'école (Cons. d'Ét. 3 juill. 1925, D. P. 1926. 3. 17, et la note de M. Trotabas) ; 6° concession d'un service d'omnibus dans une ville, accompagné de stipulations relatives aux points d'arrêt, au prix des places, etc. (Cons. d'Ét. 16 déc. 1921, *Sassey*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 1062). Dans cet arrêt comme dans l'arrêt *Gheusi* (27 juill. 1923, D. P. 1923. 3. 57), le Conseil d'État distingue nettement la concession de services publics de la concession de travaux publics. Cette dernière comporte nécessairement, à côté du service à gérer, des travaux immobiliers à effectuer. Son contentieux relève des conseils de préfecture en

vertu de l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an 8. La première, au contraire, se borne à une gestion publique, sans travaux immobiliers à exécuter. A défaut de texte spécial, son contentieux relève du Conseil d'État, juge de droit commun en matière administrative (Gaston Jèze, *Les contrats administr.*, p. 47).

Les principales conventions auxquelles la jurisprudence reconnaît le caractère de contrats de droit public sont les suivantes : 1° les marchés de travaux publics (Jèze, *op. cit.*, p. 39) ; 2° les contrats de concession de service public (Jèze, *op. cit.*, p. 44) ; 3° les emprunts publics d'État (Jèze, *op. cit.*, p. 110 ; Laferrière, t. 1, p. 598); 4° les offres de concours en vue des travaux publics (Jèze, *op. cit.*, p. 148) ; 5° les baux de sources d'eaux minérales (Jèze, *op. cit.*, p. 184. — V. *suprà*, n° 102) ; 6° les marchés et contrats exorbitants du droit commun passés par l'État dans les périodes de crise où les besoins généraux satisfaits, en temps normal, par les procédés du droit privé, ont dû l'être exceptionnellement par l'organisation de services publics (ravitaillement civil, assurance maritime de guerre). Les marchés de fournitures passés par les Administrations publiques présentent un caractère assez particulier, que nous aurons à examiner.

Pour mieux fixer les idées, nous allons étudier, au point de vue de la compétence administrative, quelques-uns de ces contrats plus particulièrement intéressants.

108. Des conventions et opérations relatives au ravitaillement civil. — En général, le ravitaillement de la population civile est l'œuvre de l'initiative privée; mais il arrive exceptionnellement qu'il y soit pouvu par les soins du Gouvernement, qui organise à cet effet de véritables services publics. C'est ce qui est arrivé au cours et à la suite de la guerre de 1914-1918. L'ensemble des ressources du pays soit en grains et farines, soit en charbons, a été groupé suivant les méthodes prévues par des lois et règlements spéciaux, et la répartition entre les consommateurs a été organisée.

Pour cette œuvre, le Gouvernement a généralement fait appel au concours de groupements industriels ou commerciaux, tels que les groupements charbonniers ; mais cette collaboration ne change pas le caractère de service public, qui s'attache aux organismes de ravitaillement ainsi créés. Il est constant, en effet, qu'il peut y avoir service public sans que le service soit géré par des fonctionnaires ; il en est ainsi, par exemple, quand le service est géré par un concessionnaire (Gaston Jèze, *Principes généraux du droit administr.*, 2e édit., p. 250).

Les conventions passées et les opérations entreprises par les services publics ainsi créés relèvent, au point de vue contentieux, des tribunaux administratifs, toutes les fois qu'elles ne s'analysent pas en un contrat de droit commun. Ainsi, la loi du 9 août 1920 ayant remis entre les mains de l'État, pour assurer l'alimentation de la population en pain, l'initiative et la direction de toutes les opérations relatives à l'achat des graines, à leur conversion en farine et à leur livraison à la consommation, les conventions contractées par l'État en vertu des pouvoirs qu'il tient de cette loi, ainsi que l'appréciation des fautes qui auraient pu se produire dans l'exécution de ce service, échappent à la compétence judiciaire (Req. 9 févr. 1926, D. P. 1926, 1re partie, et la note).

Le Conseil d'État a admis la même solution dans plusieurs arrêts. Après avoir rappelé l'organisation du ravitaillement par les lois des 16 octobre 1915, 17 avril 1916, 7 avril 1917, ainsi que les décrets des 13 et 31 juillet 1917, il déclare que « du fait de ces mesures et de l'ensemble des textes de lois et de règlements qui les ont complétées, le commerce des céréales et des farines et les industries qui s'y rattachent ont été transformés en un service d'intérêt général et de défense nationale présentant au plus haut degré le caractère de service public, et *dirigé par l'État dans des conditions entièrement différentes de celles où se seraient trouvés un commerçant ou un industriel ordinaires* » ; et il en tire la conséquence que si l'Administration a mis ces denrées à la

disposition des intéressés en passant avec eux des contrats de cession, « lesdites cessions, qui constituaient en réalité des modalités d'exécution du service public du ravitaillement, et qui d'ailleurs se référaient... à l'ensemble de la législation et de la réglementation sur la matière, *présentent le caractère de contrats administratifs* dont la juridiction administrative peut seule être appelée à connaître (Cons. d'Ét. 25 mai 1925, *Décatoire*, D. P. 1925. 3. 21 et la note de M. Leblanc; même date, *Société des moulins brestois*, D. P. 1925. 3. 21; 29 mai 1925, *Société des moulins brestois*, D. H. 1925. 451).

La même jurisprudence a été appliquée, notamment, aux contrats passés en Algérie, en vue du ravitaillement en charbons de la colonie (Alger, 7 mai 1924, D. P. 1924. 2. 165).

109. Des contrats d'assurance maritime conclus avec l'État assureur. — Au cours de la guerre de 1914-1918, pour couvrir les risques maritimes gravement accrus, deux lois principales sont intervenues. Elles ont donné occasion au Conseil d'État de préciser la distinction entre les contrats de droit commun et les contrats administratifs.

1° La loi du 10 avril 1915 a créé un service d'assurances maritimes géré par l'État. Mais les armateurs qui passaient des contrats d'assurances maritimes avec l'État en vertu de cette loi contractaient dans les conditions du droit commun. Dès lors, le contentieux de ces contrats restait judiciaire (Cons. d'Ét. 23 déc. 1921, *Soc. gén. d'armement*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 1109).

2° La loi du 19 avril 1917 a réorganisé l'assurance maritime d'État contre les risques de guerre, à raison des graves dangers de la guerre sous-marine. L'assurance devint obligatoire; le ministre des Travaux publics reçut le pouvoir de déterminer par voie d'autorité la valeur assurée; celle-ci ne devait être payée, en cas de perte, à l'assuré, que jusqu'à concurrence de 75 pour 100, le surplus devant être employé dans l'achat ou la mise en chantier d'un autre navire agréé par le ministre de la Marine. Dès lors, le contrat passé avec l'État

cessait d'être une convention de droit commun ; il devenait un contrat administratif dont le contentieux échappait aux tribunaux judiciaires (Cons. d'Ét. 23 mai 1924, *Soc. Les Affréteurs réunis*, D. H. 1924. 436).

110. De la compétence en matière d'offres de concours en vue des travaux publics. — Lorsque des particuliers ou des administrations, soit spontanément, soit sur la sollicitation des pouvoirs publics, ont offert un concours ou une subvention soit en argent, soit en terrains, en vue de faciliter la création d'un ouvrage public, il y a là un contrat administratif d'offre de concours, qui se rattache par un lien indivisible à l'opération de travaux publics, et dont le contentieux relève des conseils de préfecture (Laferrière, t. 2, p. 127 ; Dalloz, *Suppl.* au *Rép.*, v° *Travaux publics*, n° 1795 ; Cons. d'Ét. 13 avr. 1894, D. P. 95. 5. 562; note sous Req. 24 mai 1898, D. P. 98. 1. 425, Trib. confl. 24 juin 1911, D. P. 1913. 3. 107).

En réalité, ce qui justifie ici la compétence administrative, c'est la nature administrative du contrat. L'offre de concours est une convention particulière au droit public ; même faite à titre gratuit elle ne constitue pas une donation proprement dite (Gaston Jèze, *Les contrats administr.*, p. 170 ; Hauriou, *Précis*, 10e édit., p. 740 ; Tissier, *Dons et legs*, t. 2, n° 354) ; elle obéit à des règles propres au droit administratif. Si la jurisprudence a insisté sur le lien étroit qui unit l'offre à l'opération de travaux publics, c'est qu'elle s'est fixée à une époque où l'idée de « contrat administratif » et son influence sur la compétence étaient encore mal connues, et que la référence aux textes qui fixent la compétence en matière de travaux publics lui a paru être la seule voie pratique pour attirer le contentieux de ces contrats vers la juridiction administrative, seule apte à connaître de ces litiges sans partage et à les trancher sans être arrêtée par la complication des questions préjudicielles.

Cette réflexion nous amène à faire des réserves sur la jurisprudence bien établie qui a réglé la question de compétence dans le cas où l'offre de concours consiste en

terrains. La jurisprudence y a longtemps vu, dans tous les cas, une cession amiable immobilière, un contrat translatif de propriété du droit civil, dont le contentieux relève des tribunaux judiciaires. Mais aujourd'hui elle distingue suivant que le contrat a été conclu ou non après un acte déclarant les travaux d'utilité publique. Si cet acte est intervenu, il y a, aux yeux de la jurisprudence, procédure d'expropriation commencée, et l'offre de concours constitue une cession amiable qui ne fait que devancer une expropriation imminente ; dès lors la compétence judiciaire, très large en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, s'impose pour ces cessions. Si au contraire l'offre de concours a été faite en l'absence de toute déclaration d'utilité publique, son contentieux relève du conseil de préfecture (Trib. confl. 30 juill. 1887, *Guillaumin*, D. P. 88. 3. 101 ; 11 janv. 1890, *Veil*, D. P. 90. 3. 10 ; 24 juin 1911, D. P. 1913. 3. 107 ; Req. 24 mai 1898, D. P. 98. 1. 425, et la note ; Civ. 31 juill. 1922, *Gaz. Pal.* 1922. 2. 546).

Cette distinction subtile nous paraît méconnaître le caractère propre de l'offre de concours. On conçoit difficilement que la compétence change suivant le moment où l'offre est faite. On ne voit surtout pas pourquoi la compétence resterait administrative, même après la déclaration d'utilité publique, si l'offre de concours présente un caractère mobilier, tandis qu'elle serait judiciaire s'il s'agit d'un immeuble (V. en ce sens Gaston Jèze, *Les contrats administr.*, p. 179-180).

Il est à remarquer que les offres de concours se présentent souvent sous la forme de simples signatures apposées sur des listes de souscription (Cons. d'Ét. 24 mai 1901, *Danos, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 501 ; 27 juin 1919, *Petit, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 551). Dès lors, on peut se demander s'il n'y aurait pas lieu d'étendre la compétence administrative au contentieux de toute offre de concours faite en vue d'un service public, même s'il ne s'agit pas d'un travail public à exécuter (V. sur cette question très délicate, et sur la théorie de la souscription publique en général, notre note sous Nancy, 17 mars 1920, D. P. 1920. 2. 65).

111. De la compétence en matière de marchés de fournitures et de transports. — Hauriou définit ces marchés « les contrats par lesquels les Administrations publiques se procurent, par l'intermédiaire d'un entrepreneur, des objets mobiliers, des denrées ou matières et même des services (par exemple, des services de transports maritimes ou même des services de transports terrestres par autobus), le tout par une opération qui s'analyse en une vente, ou qui, si elle s'analyse en un louage d'ouvrage, n'a pas pour résultat la création d'un ouvrage public » (*Précis*, 10e édit., p. 792).

Les marchés de fournitures de l'État et des colonies sont généralement des contrats importants, minutieusement réglés, avec un cahier des charges comportant des obligations et des clauses exorbitantes du droit commun ; aussi n'a-t-on jamais douté qu'ils soient de la compétence des tribunaux administratifs. Le décret du 11 juin 1806, article 13, a, d'ailleurs, consacré expressément cette compétence. Mais nous croyons que la compétence administrative se justifierait ici, même en l'absence de ce texte, à cause du caractère administratif du contrat. Nous en voyons un indice dans ce fait qu'en dépit du décret du 11 juin 1806, le Conseil d'État admet que les contrats consistant en de simples achats au comptant (qui sont de vrais contrats de droit commun) relèvent des tribunaux judiciaires (Civ. 28 août 1866, D. P. 66. 1. 486 ; 13 juill. 1883, D. P. 85. 3. 42 ; 6 déc. 1895, sol. impl., D. P. 97. 3. 2). Il en est de même des marchés de transport, lorsque l'État a traité sans cahier des charges, sans clauses spéciales, dans les mêmes conditions qu'aurait pu le faire un particulier (Cons. d'Ét. 5 déc. 1923, *Schiaffino*, D. H. 1924. 92 ; Trib. confl. 25 mars 1922, *de Malglaive*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 288).

Pour les départements et les communes, la matière a été longtemps négligée ; les procédés du droit privé étaient généralement employés, de sorte que les tribunaux judiciaires ont été reconnus compétents presque sans difficulté pour le contentieux de ces contrats.

Lorsque les départements et les communes, sous

l'influence de la grande évolution qui a multiplié le nombre et l'importance des services publics, ont été appelés à faire plus fréquemment des marchés considérables, avec cahiers des charges et régime de droit public, la compétence judiciaire s'est maintenue par des considérations pratiques : il était difficile d'exiger que les parties plaidassent devant le Conseil d'État, sans dispense du ministère d'avocat, sur des litiges souvent peu importants, dont l'intérêt pécuniaire eût été hors de proportion avec les frais à engager.

Cependant, le caractère administratif des marchés les plus importants, même communaux, apparaissait avec une telle évidence, que la jurisprudence a réussi, grâce à un détour, à soumettre un grand nombre d'entre eux à la compétence administrative, soit en les assimilant aux marchés de travaux publics (traités relatifs à l'éclairage, au balayage, etc.), soit en les traitant comme des concessions de services publics (enlèvement des bêtes mortes, marchés relatifs aux services d'autobus, etc.).

Dans les autres cas, la compétence est demeurée judiciaire, sans que de très fortes raisons juridiques aient pu être invoquées en faveur de cette solution (Cons. d'Ét. 17 juill. 1896, *Clouzard*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 584 ; 11 mars 1898, *Lagauche*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 215 ; 31 juill. 1912, *Soc. des granits porphyroïdes*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 912, et les conclusions de M. Léon Blum).

112. Application des règles de compétence aux personnes administratives autres que l'État. — Pendant une grande partie du XIXe siècle, un fort courant doctrinal et jurisprudentiel a refusé de considérer sous l'angle du droit public les contrats passés par les départements, les communes, les établissements publics, les colonies, dans l'intérêt de leurs services publics. On était disposé à assimiler ces conventions à des contrats de droit privé, et à leur appliquer la compétence judiciaire (Cons. d'Ét. 28 mars 1888, *commune de Saissac*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 339 ; Romieu, *Rev. gén. d'administr.*, 1888, II, p. 191 ; Dalloz, *Rép. prat.*, nos 281 et suiv.).

A cette époque on comprenait mal encore la notion de service public, on ne la voyait pas dans son unité.

Aujourd'hui, au contraire, il est bien acquis en jurisprudence que les contrats faits dans l'intérêt des services publics, à moins qu'ils ne soient du type des contrats du droit privé, relèvent des tribunaux administratifs, quel que soit l'organisme qui gère le service (État, département, commune, établissement public, colonie). L'unité de solution a été très nettement proposée par M. Romieu dans ses célèbres conclusions sur l'aff. *Terrier* (Cons. d'Ét. 6 févr. 1903, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 94 et suiv.) et adoptée par le Conseil d'État dans cette affaire. « Le contentieux, disait M. Romieu, est administratif, non par le fait de la loi, mais par sa nature propre. Si telle est la base de la compétence administrative en ce qui concerne les services publics de l'État, on ne voit pas pourquoi elle ne subsisterait pas pour les services publics des départements, des communes, des établissements publics, qui ont au même degré le caractère administratif. Qu'il s'agisse des intérêts nationaux ou des intérêts locaux, du moment qu'on est en présence de besoins collectifs auxquels les personnes publiques sont tenues de pourvoir, la gestion de ces intérêts ne saurait être considérée comme gouvernée nécessairement par les principes du droit civil qui régissent les intérêts privés : elle a, au contraire, par elle-même un caractère public ; elle constitue une branche de l'Administration publique en général, et, à ce titre, doit appartenir au contentieux administratif. »

La même doctrine se retrouve dans un arrêt du 4 mars 1910 (D. P. 1912. 3. 57, et les conclusions de M. Pichat), où le Conseil d'État se reconnaît compétent pour connaître de l'action en résiliation d'un marché passé par une ville pour la capture et la mise en fourrière des chiens errants, ainsi que l'enlèvement des bêtes mortes, et dans un autre arrêt du 16 décembre 1921 (*Sassey*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 1062), qui proclame la compétence administrative pour apprécier les conséquences de la concession par une commune d'un service d'omnibus. Enfin, dans un arrêt du 31 juillet 1912 (*Soc. des granits*

porphyroïdes, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 909), bien que l'analyse du contrat ait conduit la haute Assemblée à admettre la compétence judiciaire, le même principe est affirmé ; il est proclamé en termes particulièrement nets par M. Léon Blum dans ses conclusions données au sujet de cette affaire.

Un arrêt du Tribunal des conflits du 22 janvier 1921 (*Soc. commerciale de l'Ouest africain Rec. Cons. d'Ét.*, p. 91) paraît contraire à cette doctrine en matière coloniale. Nous ne croyons pas, toutefois, que cet arrêt infirme la jurisprudence, aujourd'hui unanime, que nous venons de citer. Il n'a que la portée d'un arrêt d'espèce (V. la critique de cet arrêt dans Jèze, *Les contrats administr.*, p. 196).

113. De la compétence sur les contrats de droit commun passés en vue des services publics. — Comme nous l'avons dit, en l'état actuel de la jurisprudence, lorsque l'Administration utilise, pour la gestion des services publics, les procédés ordinaires du droit privé, les contrats d'un type connu et classé dans le droit civil ou commercial, le contentieux de ces conventions demeure judiciaire. La jurisprudence a fait de fréquentes applications de ce principe (V. la note sous Civ. 3 févr. 1925, D. P. 1926, 1re partie). C'est ainsi que les tribunaux judiciaires ont été reconnus compétents dans les cas suivants : 1° pour statuer sur un litige concernant un contrat par lequel un journalier, collaborateur accidentel, s'est mis à la disposition de l'Administration en vue d'un travail exécuté par les agents de l'État (Cons. d'Ét. 21 mars 1923, *Mourot*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 261) ; 2° pour connaître d'une demande en dommages-intérêts fondée sur la défectuosité d'une fourniture de semences faite par l'État à un particulier en vue de la reconstitution agricole des régions dévastées par la guerre (Civ. 2 juill. 1924, D. P. 1926, 1re partie, et la note) ; 3° pour apprécier les conséquences des fautes de service commises par les agents de l'État dans l'exécution d'un contrat de vente de paraffine fait à des particuliers par une poudrerie natio-

nale (Civ. 30 mars 1926, D. P. 1926, 1re partie, et la note) ; 3° sur les difficultés relatives aux contrats de louage passés par l'État, soit comme bailleur, soit comme preneur (Req. 28 juill. 1925, D. H. 1925. 553 ; Cons. d'Ét. 26 mars 1926, D. H. 1926. 320), et spécialement sur la location d'un navire (Cons. d'Ét. 5 déc. 1923, *Schiaffino*, D. H. 1924. 92) ; 4° sur un litige concernant un contrat d'affrètement conclu par l'État dans les conditions habituelles du commerce (Cons. d'Ét. 7 mars 1923, *Helenic Transport Steamship C°*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 222) ; 5° sur des contestations relatives à la vente, par l'État à un particulier de poteaux destinés à supporter des fils électriques (Cons. d'Ét. 22 déc. 1922, *Lassus*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 984) ; 6° sur les contestations soulevées à propos de la cession à l'État, par un particulier, d'une licence de brevet d'invention (Cons. d'Ét. 15 nov. 1922, *Bocandé*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 822).

Il se peut qu'une opération administrative comporte l'application de deux conventions plus ou moins étroitement liées, dont l'une constitue un contrat administratif, l'autre un contrat de droit commun. Les litiges soulevés par ce dernier contrat n'en restent pas moins soumis à la compétence judiciaire, sauf pour le tribunal à surseoir à statuer jusqu'à la solution, par l'autorité administrative, de la question préjudicielle, si le débat judiciaire ne peut être tranché sans interpréter le contrat administratif ou apprécier sa validité (Trib. confl. 2 août 1920, *Ville de Rennes*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 799).

Bien entendu, même s'il s'agit d'un contrat de droit commun, la juridiction administrative reste compétente pour apprécier la validité et interpréter les clauses des actes administratifs (délibérations des conseils généraux et municipaux, par exemple, qui ont habilité l'Administration active à passer le contrat (Cons. d'Ét. 26 mars 1926, D. H. 1926. 320).

114. Compétence sur les litiges soulevés par les contrats administratifs entre le particulier titulaire du contrat et les tiers. — Lorsqu'un particulier se trouve mêlé à la gestion d'un service public comme

ayant conclu, avec l'État ou ses succédanés, un contrat administratif, les questions de compétence qui viennent d'être discutées se posent dans les rapports entre les deux contractants. Les rapports personnels entre le co-contractant de l'État et les tiers restent, au contraire, régis par les principes du droit privé, et les litiges qui peuvent en naître relèvent des tribunaux judiciaires (V. Dalloz, *Rép. prat.*, v° *Compétence administr.*, n°s 302 et suiv.).

Cette règle trouve de fréquentes applications en matière de marchés de travaux publics, dans les rapports entre l'entrepreneur et ses sous-traitants (les conseils de préfecture ne connaissent pas de ces litiges, qui doivent être soumis aux tribunaux judiciaires); en matière de marchés de fournitures, dans les rapports entre le fournisseur de l'État et ceux avec lesquels il traite pour l'exécution du marché ; en matière de concession de service public, dans les rapports, soit entre le concessionnaire et celui qu'il s'est substitué pour l'exécution du service (Cf. Civ. 3 mai 1924, *Soc. d'énergie électrique du littoral*, D. H. 1924. 45), soit entre le concessionnaire et le public (Trib. confl. 12 déc. 1885, D. P. 87. 3. 52 ; Civ. 21 janv. 1890, D. P. 91. 1. 112 ; Trib. confl. 30 avril 1898, S. 1900. 3. 47 ; Civ. 6 févr. 1899, D. P. 1899. 1. 280 ; Cons. d'Ét. 6 août 1910, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 728). La compétence administrative sera seulement réservée pour le cas où le litige entre les parties privées soulèverait une question préjudicielle relative à l'interprétation d'un acte administratif ou à l'appréciation de sa validité (V. les autorités citées au *Rép. prat.* de Dalloz, v° *Gaz-électricité*, n° 230. *Adde* Req. 4 mai 1921, D. P. 1921. 1. 41).

Ces principes ont reçu d'intéressantes applications au cours de la guerre de 1914-1918, en matière de transports par chemin de fer. Il a été décidé, notamment, que les dispositions du traité du 12 juin 1898 et du règlement du 2 avril 1903 pris en exécution de ce traité, relatives aux transports de personnel, d'animaux, de matériel et d'approvisionnements de toute nature ordonnés par l'administration de la Guerre, en cas de mobili-

sation, n'ont ni pour but ni pour effet de modifier la nature juridique du contrat de transport, mais seulement de régler entre cette Administration et les compagnies de chemins de fer les conditions particulières et le coût des transports à effectuer ; que, par suite, le destinataire d'une marchandise expédiée en vertu d'un ordre de transport militaire est en droit de saisir les tribunaux de l'ordre judiciaire d'une demande qui, n'impliquant l'appréciation d'aucun acte administratif, tend simplement à obtenir la réparation du dommage résultant d'une mauvaise exécution du contrat de transport (Civ. 30 déc. 1924, D. H. 1925. 58. — Cf. Trib. confl. 9 juin 1923, *Vve Sicard, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 473).

115. Des contrats administratifs dont la compétence est exceptionnellement dévolue aux tribunaux judiciaires. — Il y a quelques contrats administratifs dont la loi a exceptionnellement attribué le contentieux aux tribunaux judiciaires. Cette attribution de compétence présente un double inconvénient :

1° Les tribunaux judiciaires inclinent à appliquer à tous les litiges portés devant eux les règles du droit privé. Or, lorsqu'il s'agit de services publics, l'application stricte des règles du droit privé produit souvent de très mauvais résultats. C'est ainsi que la théorie de l'imprévision (ou plutôt de l'imprévisibilité), qui tempère la rigueur du contrat lorsque l'exécution en est devenue, pour le fournisseur ou pour l'entrepreneur, beaucoup plus onéreuse qu'on ne pouvait le prévoir au moment où il a contracté, est inconnue du droit privé. Dans les contrats administratifs exceptionnellement soumis aux tribunaux judiciaires, le co contractant de l'Administration ne sera donc pas protégé par la théorie de l'imprévision, tant que les tribunaux judiciaires se refuseront à tempérer et à élargir leur théorie trop étroite de la force majeure.

2° Lorsqu'ils ont à appliquer les règles du droit public, les tribunaux le font avec plus de rigueur et moins de souplesse que le Conseil d'État. Craignant d'entraver l'Administration et de dépasser ainsi leurs pouvoirs, ils sacrifient parfois les intérêts légitimes des particu-

liers. Nous en avons donné plus haut des exemples (V. *suprà* n° 5. *Adde* Gaston Jèze, *Les contrats administr.*, p. 190).

Les principaux cas dans lesquels un contrat administratif relève exceptionnellement des tribunaux judiciaires peuvent se ramener à deux :

1° *Affermage des taxes d'octroi.* — Lorsque les communes concèdent à un fermier le soin de percevoir pour elles les droits d'octroi, elles font un contrat de concession de service public : la perception d'un impôt est toujours un service public. Mais il résulte du décret du 17 mai 1809, article 36, que les seules contestations qui, en matière d'octrois concédés, ressortissent à la juridiction administrative (conseil de préfecture), sont les litiges portant sur le sens des clauses des baux d'octroi. C'est un pur contentieux d'interprétation. Tous les autres litiges, entre les communes et les fermiers de leurs octrois, doivent être portés devant les tribunaux judiciaires. Telles sont les contestations sur l'exécution, la résiliation du contrat, l'indemnité qui peut être due par une des parties à l'autre pour faute ou pour tout autre motif, etc. (V. Dalloz, *Rép. prat.*, v° *Octrois*, n°s 955 et suiv.). Cette distinction est peu justifiée.

2° *Affermage des taxes d'abattoirs, des droits à percevoir dans les halles et marchés, etc.* — Cette même distinction de compétence a été étendue par la jurisprudence aux contrats assurant la perception, par voie d'affermage, des autres taxes communales assimilées aux contributions indirectes, telles que les taxes d'abattoirs, les droits de place dans les halles et marchés. La jurisprudence se fonde sur deux motifs, peut-être critiquables : l'assimilation de ces taxes aux droits d'octroi, et la circonstance que le contentieux des contributions indirectes est attribué par différents textes aux tribunaux judiciaires (Trib. confl. 4 août 1877, *commune de Langeac*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 825 ; 15 mars 1879, *Renaud*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 229 ; Cons. d'Ét. 13 mars 1891, *Médioni*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 208 ; 17 avr. 1891, *commune de Saint-Justin*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 280 ; 27 mars 1925, *Serval*).

SECTION III

DES ACTES DE PUISSANCE PUBLIQUE A APPARENCE CONTRACTUELLE

116. Règles générales. — Il y a des contrats administratifs qui présentent les apparences de véritables actes de puissance publique. Ils n'en doivent pas moins être traités comme des contrats. Il en est ainsi par exemple lorsque des concessionnaires de services publics sont désignés par arrêtés ministériels ; cette prétendue « nomination » n'est que l'agrément définitif donné par l'État, sous une forme particulière, au contrat de concession passé avec le directeur sous l'empire du cahier des charges. En dépit de la forme particulière donnée à son agrément, le concessionnaire n'en est pas moins placé dans une situation contractuelle (V. pour la nomination du directeur du théâtre de l'Opéra-Comique, Cons. d'Ét. 27 juill. 1923, D. P. 1923. 3. 57 et la note).

Réciproquement, il y a des cas dans lesquels des actes de puissance publique constituant des décisions unilatérales revêtent, sous certains aspects, l'apparence d'un contrat. Dans ce cas les personnes que concernent ces actes ne sont pas placées dans une situation contractuelle, mais dans une situation légale ou réglementaire.

Bien entendu, le contentieux de ces actes est administratif ; mais il y a un intérêt considérable à les distinguer des contrats administratifs proprement dits.

1° Lorsqu'il s'agit de contrat, la situation contractuelle ne peut pas, en principe, être modifiée sans l'accord des deux volontés. Au contraire, lorsqu'il y a de la part de l'Administration une décision unilatérale, cette décision pourra beaucoup plus facilement être retirée, même sans le concours ou l'agrément de celui qui en a été le bénéficiaire.

2° Le recours contre un acte unilatéral administratif est en général un recours en annulation devant le Conseil d'État. Les contrats, au contraire, donnent ouverture au contentieux de pleine juridiction (Gaston Jèze, *Les*

contrats administratifs, p. 188 ; Laferrière, t. 2, p. 150).

Laferrière range parmi les actes de puissance publique à forme contractuelle les engagements militaires (t. 1, p. 614). Tout enrôlement militaire est, en effet, un acte de puissance publique. Le fait que cet enrôlement a été précédé de l'adhésion préalable de celui qui en est l'objet n'en change pas le caractère.

Il faut considérer sous le même aspect les actes suivants : 1° concessions d'occupation du domaine public ; 2° concessions de terre en Algérie et dans les colonies ; 3° affectations domaniales ; 4° nominations de fonctionnaires publics.

117. Concessions d'occupation du domaine public. — Il ne s'agit pas là de concessions de services publics ou de travaux publics ; il s'agit des concessions ou permissions qui n'ont pas pour but l'organisation et le fonctionnement d'un service public, qui sont accordées par l'Administration en vertu de sa libre et seule volonté, pour le bénéfice d'un particulier, et dans la mesure où de tels actes ont paru à l'Administration compatibles avec la destination du domaine public. Telles sont les concessions de prises d'eau sur les fleuves et rivières navigables et flottables, les concessions de cabines de bains sur les rivages de la mer, les permissions de voirie pour enseignes, étalages, etc...

En consentant ces concessions, l'Administration fait usage de ses pouvoirs de police, elle n'agit pas comme contractante. Il est vrai que l'octroi de la permission est subordonné à certaines clauses imposées au permissionnaire ; mais cette circonstance ne donne pas un caractère contractuel à la permission ou concession.

Ce point de vue est partiellement contesté par M. Trotabas (*De l'utilisation du domaine public par les particuliers*, p. 120), qui voit dans la concession proprement dite un véritable contrat, et dans la simple permission un acte unilatéral. En réalité, les permissions de voirie ne sont qu'une forme particulière des concessions sur le domaine public, et le caractère unilatéral des concessions paraît incontestable (Gaston Jèze, *op. cit.*, p. 188 ;

Laferrière, t. 1, p. 604-605). Le contentieux de ces actes est administratif par sa nature.

118. Concessions de terres en Algérie et dans les colonies. — Plusieurs lois et décrets ont autorisé le Gouvernement, dans l'intérêt de la colonisation, à distribuer aux colons des terres en vue de leur mise en valeur. Ces distributions sont faites à titre gratuit ou onéreux, suivant les cas (V. pour l'Algérie, par exemple, le décret du 30 sept. 1878).

Généralement, ces concessions comprennent deux périodes distinctes : la première pendant laquelle le concessionnaire n'est pas propriétaire et doit résider, exploiter et mettre en valeur la terre, sous peine de déchéance de la concession. Pendant la deuxième période, le concessionnaire devient propriétaire.

Cette sorte de concession n'est pas plus un contrat que les concessions sur le domaine public. Tant que le concessionnaire n'est pas devenu propriétaire, il bénéficie d'une sorte de faveur administrative soumise à des clauses et conditions, comme le concessionnaire sur le domaine public. Le contentieux de ces actes de puissance publique est administratif. Il a été souvent jugé que les concessions provisoires, faites par une colonie, de territoires dépendant de son domaine ont, en principe, pendant toute leur durée, un caractère administratif et que dès lors, il n'appartient qu'à la juridiction administrative de statuer sur les contestations auxquelles ces actes donnent lieu avant la concession définitive qui rend le colon propriétaire (Civ. 9 févr. 1910, D. P. 1912. 3. 349 ; 15 mai 1912, D. P. 1915. 1. 77 ; 23 févr. 1921, D. P. 1924. 1. 158 ; Laferrière, t. 1, p. 607 ; Gaston Jèze, *op. cit.*, p. 193).

119. Affectations domaniales. — L'affectation est la remise d'un immeuble de l'État, d'un département ou d'une commune, soit à un service public, soit à un fonctionnaire public pour lui permettre d'assurer ce service, soit à une personne privée ou à un établissement privé dans un but d'utilité publique.

Il y a trois sortes d'affectations :

1° L'affectation par l'État d'un immeuble de son domaine à l'un de ses services ; il en sera ainsi par exemple si une caserne désaffectée est affectée à un hôtel des postes. La situation est la même pour les départements et pour les communes qui affectent à tel ou tel de leurs services tel immeuble possédé par eux : un département possède un domaine rural, il l'affecte à un asile d'aliénés ; une commune possède une maison de rapport, elle l'affecte à un bureau de placement municipal. Tout cela, c'est de l'administration intérieure. Le service affectataire n'a pas de personnalité civile distincte. Il n'y a donc pas à se demander quelle sera la juridiction compétente pour les litiges entre l'État et le service affectataire, puisqu'il ne peut pas y avoir litige.

2° Affectation par l'État d'un de ses immeubles à un département, à une commune ou à un établissement public en vue d'un service public (on conçoit aussi l'affectation par un département ou par une commune d'un immeuble à un service public de l'État). Par exemple, l'État possède un immeuble et l'affecte à une commune en vue d'y établir un collège municipal ou à un hospice communal pour y recevoir des malades, ou à une université pour y établir des laboratoires. Ici, l'affectation n'est plus une mesure intérieure, c'est un acte juridique qui peut comporter des clauses contractuelles ; par exemple, l'État stipulera que l'établissement affectataire devra recevoir gratuitement un certain nombre de malades, qu'il devra se charger des réparations d'entretien, etc.

Le contentieux de cette sorte d'affectation est administratif. En effet, c'est un acte accompli en vue du fonctionnement des services publics et ne constituant pas un contrat de droit commun. Cela n'est même pas à proprement parler un contrat, car il n'y a pas accord de volontés. C'est un acte unilatéral d'organisation d'un service public, et par suite la décision qui le constitue peut être modifiée ou retirée à tout instant (Gaston Jèze, *op. cit.*, p. 190-191 et les autorités citées).

Le caractère administratif du contentieux des affec-

tations de cette nature est reconnu par la jurisprudence (Cons. d'Ét. 6 août 1907, D. P. 1909. 3. 30 ; il s'agissait en l'espèce de l'affectation par la ville de Lyon à l'État de l'immeuble constituant le quartier général militaire. — Trib. confl. 17 juill. 1923, *Ville d'Angers*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 579 ; il s'agissait de l'affectation d'un immeuble communal à un service d'État).

Un arrêt du Conseil d'État du 17 mars 1922 (*Cie d'assurances gén. contre l'incendie*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 245) est plus net encore. Il s'agissait de l'incendie d'un immeuble communal affecté au service public des prisons : « Considérant, dit le Conseil d'État, que l'occupation de cet immeuble a eu lieu en vertu d'un acte régulier et permanent d'affectation au service public des prisons ; qu'il suit de là tout à la fois que le litige soulevé par la compagnie requérante rentre dans la compétence de la juridiction administrative, et que la responsabilité que l'État a pu encourir à l'occasion du fonctionnement dudit service public n'est pas régie par le Code civil, et ne peut être appréciée que d'après les règles propres à cette responsabilité... ».

3° Affectation par l'État (ou ses succédanés) d'un immeuble à un établissement privé ou à un particulier en vue de l'intérêt général. On peut citer comme exemples de ces affectations la mise d'un immeuble de l'État ou de la commune à la disposition d'une œuvre de bienfaisance ou d'instruction. Une autre affectation de cette nature, mais très particulière, est organisée par la loi du 2 janvier 1907, article 5 : c'est l'affectation des églises au culte catholique.

Il y a là de la part de l'État un procédé employé pour donner satisfaction à l'intérêt général sans créer un service public. On peut rapprocher ce procédé de celui de la subvention.

Les affectations de cette sorte peuvent comporter des clauses contractuelles comme celles de la deuxième catégorie. Mais on reconnaît en général que l'application de ces actes donnera naissance à un contentieux judiciaire, à moins que la loi n'en décide autrement dans des cas spéciaux. En effet, si l'Administration stipule,

promet et agit ici en vue de l'intérêt général, elle n'agit pas en vue des services publics. Les arrêts que l'on cite dans le sens de la compétence administrative en cette matière ne sont pas décisifs (Trib. confl. 22 déc. 1880, *de Dreux-Brézé, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 1054 ; 14 avr. 1883, *Freppel, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 358). Dans ces deux cas, il s'agissait de la jouissance d'un palais épiscopal concédé à un évêque pour son habitation personnelle. Mais, à cette époque, le service des cultes était un service public; l'État avait donc agi en l'espèce en vue d'un service public, ce qui entraîne la compétence administrative.

La jurisprudence s'est prononcée, au contraire, à maintes reprises en faveur de la compétence judiciaire, lorsqu'il s'agit d'affectations au profit d'un établissement privé tel que l'Institut des Frères de la Doctrine chrétienne (Cons. d'Ét. 17 juin 1887, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 473 ; Trib. confl. 12 juill. 1890, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 675 ; Civ. 7 juin 1901, D. P. 1902. 1. 105 ; Req. 5 déc. 1906, D. P. 1907. 1. 249 et la note de M. Planiol ; Trib. confl. 2 juill. 1904, D. P. 1906. 3. 43).

120. Nominations et autres actes concernant les fonctionnaires publics. — Les fonctionnaires publics sont liés à l'État par des rapports d'ordre légal et réglementaire, et non contractuel : « Ni l'Administration, ni le fonctionnaire ne peuvent, en général, les modifier par des conventions particulières : l'amovibilité ou la perpétuité du titre, la nature des services à rendre, le taux des traitements, les conditions du droit à pension sont fixés, pour tous les emplois de l'État, par des actes législatifs ou réglementaires auxquels il ne pourraît être suppléé ni dérogé par des contrats » (Laferrière, t. 1, p. 609. — V. pour l'application de ce principe : Cons. d'Ét. 22 janv. 1925, D. H. 1925. 46).

Ceci est vrai pour toutes les personnes auxquelles on peut reconnaître le caractère de fonctionnaires ou d'agents publics. On appelle ainsi des citoyens qui, à la suite d'une nomination émanée d'une autorité publique, collaborent d'une façon continue et normale,

dans un poste déterminé, à l'administration des services publics.

Il faut d'abord que l'emploi, la fonction conférée à l'individu, présentent un caractère permanent et normal (Cons. d'Ét. 31 juill. 1912, *C...*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 908) ; mais ce qui doit être permanent ici, c'est l'emploi, et non l'agent. Ainsi un agent intérimaire sera, en un certain sens, un fonctionnaire public s'il occupe un emploi qui doit être normalement pourvu d'un titulaire.

Il faut, en second lieu, que l'agent soit employé au fonctionnement d'un service public proprement dit.

Sous ces deux conditions, la juridiction administrative est seule compétente pour connaître des différends qui peuvent surgir entre les administrations publiques et leurs fonctionnaires. De nombreux arrêts en ont ainsi décidé, expressément ou implicitement, sans distinguer, d'ailleurs, entre les agents de l'État et ceux des départements ou des communes (Cons. d'Ét. 11 juin 1909, D. P. 1911. 3. 47 ; Trib. confl. 22 avr. 1910, *Bausillon*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 322 ; Cons. d'Ét. 11 déc. 1903, *Villenave*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 768 ; 15 févr. 1907, *Lacourte*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 156 ; 25 nov. 1910, *Demeulemeesteer*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 828 ; 28 juill. 1911, *Guéland*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 926 ; 11 mai 1918, *Jean Bon*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 1048 ; 9 août 1918, *Sembat*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 832. — Cf. Req. 13 juill. 1910, D. P. 1911. 1. 384).

Peu importe que les fonctions de l'agent l'amènent à accomplir des actes de puissance publique ou le confinent dans la pure gestion. Cette distinction, plusieurs fois proposée, n'est pas admise par la jurisprudence.

Cette compétence s'étend même aux fonctionnaires intérimaires (Cons. d'Ét. 9 janv. 1924, *Facy*, D. H. 1924. 189, sol. impl.) et même aux employés provisoires pris à l'essai par les administrations publiques (Cons. d'Ét. 28 janv. 1925, *Dlle Siden*).

Mais au contraire les rapports entre les administrations publiques et les simples auxiliaires ne sont plus d'ordre légal et réglementaire ; ils sont d'ordre contractuel, et la convention qui intervient alors entre les

parties, étant un simple contrat de louage de services, relève, au point de vue contentieux, des tribunaux judiciaires. Il en sera ainsi, par exemple, des contestations engagées entre l'Administration et les simples journaliers (Cons. d'Ét. 24 mars 1905, *V...*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 308 ; 11 déc. 1912, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 1181) ; entre un hospice et un ouvrier payé à la journée (Cons. d'Ét. 6 mai 1921, *Mourgues*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 450-452). Ce dernier arrêt est très explicite : « Le sieur Mourgues avait été engagé par l'Administration des hospices civils de Bordeaux comme ouvrier serrurier-électricien ; il a toujours été payé à la journée et n'a jamais été compris dans les cadres permanents du personnel administratif hospitalier ; ... il ne se trouvait, dès lors, pas, vis-à-vis de l'Administration des hospices de Bordeaux, dans la situation d'un fonctionnaire, mais dans celle d'un ouvrier lié à ladite Administration par un contrat de travail à durée indéterminée dans les termes de l'article 1780 du Code civil devenu l'article 23 du livre 1er du Code du travail... » ; et le Conseil d'État conclut de là à la fois que le recours pour excès de pouvoir est irrecevable contre l'acte de congédiement de cet ouvrier, et que l'autorité judiciaire est seule compétente pour connaître des demandes en indemnité formulées par l'ouvrier congédié.

121. Situation des employés des services industriels de l'État, des départements et des communes. — La situation doit être envisagée sous un aspect différent lorsque le service est organisé sous forme industrielle (chemins de fer, tramways, télégraphes, téléphones, distribution d'énergie électrique, de gaz, etc.).

Il y a lieu de distinguer entre le cas où le service est concédé et celui où il est exploité en régie. Dans le premier cas, l'agent est lié au concessionnaire par un contrat de louage de service ordinaire, et par conséquent les contestations entre l'employeur et l'employé relèvent des tribunaux judiciaires (Gaston Jèze, *Les contrats administratifs*, p. 140).

Dans le cas où le service industriel est exploité en régie par l'État ou ses succédanés, la question se pose de savoir si les agents employés dans les cadres permanents du service sont ou non liés à l'Administration par un contrat, et subsidiairement si cette convention est un contrat administratif ou un contrat de droit commun.

Gaston Jèze (*op. cit.*, p. 141 et suiv.) analyse ainsi la jurisprudence du Conseil d'État : il y a lieu de distinguer entre les services fonctionnant dans les mêmes conditions que s'ils étaient dirigés par un particulier, et ceux qui fonctionnent au contraire d'après des règles propres au droit public. Les premiers ne sont pas des services publics proprement dits, les seconds sont des services publics. L'Administration, en effet, n'est pas obligée, pour donner satisfaction aux intérêts généraux, d'employer toujours le procédé du service public.

C'est ainsi que, pendant la première partie de la guerre de 1914-1918, l'État, en vertu de la loi du 10 avril 1915, avait créé un service d'assurances maritimes ; mais ce service étant géré au moyen de procédés en tout semblables à ceux du droit privé, et ne comportant aucun monopole au profit de l'État, il n'y avait pas là un service public proprement dit. Ce n'est que par une sorte d'abus des mots qu'on lui a donné souvent cette dénomination (Cf. Cons. d'Ét. 23 déc. 1921, *Soc. générale d'armement*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 1109).

De même le Conseil d'État a décidé qu'un service de bac établi dans une colonie par l'Administration de la colonie sur une lagune, en vue de relier deux tronçons de voie publique et géré en régie par la colonie, constituait une véritable entreprise de transports exploitée dans les mêmes conditions qu'elle l'eût été par un industriel ordinaire (Cons. d'Ét. 22 janv. 1921, *Soc. commerciale de l'Ouest africain*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 91).

Lorsqu'il s'agit, comme dans ces deux hypothèses, d'un service industriel exploité par l'État ou ses succédanés dans l'intérêt général, mais par les procédés ordinaires du droit commercial, c'est le régime juridique du droit privé qui doit s'appliquer, avec compétence des tribunaux judiciaires. Ce point de vue a été développé

d'une façon intéressante par M. Rivet, commissaire du Gouvernement, dans l'affaire *Lafrégeyre* (Cons. d'Ét. 26 janv. 1923, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 67) : « Dès l'instant qu'une personne publique entreprend l'exploitation d'un service industriel ou commercial, en se bornant à une imitation aussi complète que possible de la gestion privée, l'ensemble des contestations qui peuvent naître de la marche de ce service, — que ces contestations dressent en face de la personne publique l'agent qui assure le fonctionnement de la machine, l'usager qui en bénéficie..., — doit être dévolu en bloc à l'autorité judiciaire... Pour que le contentieux des services industriels publics puisse, par application de la théorie énoncée, entraîner la compétence des tribunaux civils, il faut... que les dits services fonctionnent dans les mêmes conditions que s'ils étaient dirigés par un particulier, et, en ce qui concerne spécialement les rapports des employés et du patron, que la personne publique se trouve, vis-à-vis de ses agents et ouvriers, — abstraction faite de la question, sans importance décisive, de la forme matérielle dans laquelle elle aura pu, par acte unilatéral, arrêté ou autre, s'attacher leurs services, — dans la même situation que se trouverait un industriel ordinaire vis-à-vis du personnel recruté pour son exploitation. »

Il sera quelquefois difficile, d'ailleurs, de savoir si un service industriel est ou non un service public proprement dit ; il faudra, on l'a vu, pour trancher cette question, rechercher si l'État ou ses succédanés se sont placés dans une situation identique à celle des industriels du droit privé. Un signe très caractéristique, qui exclura le régime du droit privé et la compétence judiciaire, c'est l'existence d'un monopole créé par la loi. Dans ce cas, il semble qu'il y ait toujours service public proprement dit.

Les rapports entre l'État ou ses succédanés et les fonctionnaires ou agents employés dans un service industriel constituant un service public proprement dit doivent être, aux termes de la jurisprudence du Conseil d'État, appréciés suivant une autre distinction : le per-

sonnel subalterne est lié à l'Administration par un véritable contrat de louage de services du droit privé (c'est ce que la loi du 21 mars 1905 a décidé pour les chemins de fer de l'État). Lorsqu'il s'agit au contraire des membres dirigeants de l'Administration qui gèrent le service public industriel, le Conseil d'État estime qu'il n'y a plus là de contrat de louage de services, et que la situation de ces dirigeants est assimilable à celle des autres fonctionnaires publics. Dès lors, si les litiges entre le personnel subalterne et l'État relèvent des tribunaux judiciaires, il en est autrement des contestations qui peuvent s'élever entre l'État et les fonctionnaires dirigeants (Cons. d'Ét. 26 janv. 1923, *Lafrégeyre, Rec. Cons. d'Et.*, p. 67). Cette jurisprudence est critiquée par M. Gaston Jèze (*op. cit.*, p. 144-145), qui estime qu'en dehors des cas où le législateur a statué expressément, comme il l'a fait dans la loi du 21 mars 1905, les contestations entre l'État ou ses succédanés et les agents de tous ordres employés dans les services publics industriels monopolisés relèvent du droit public et de la compétence administrative.

CHAPITRE V

COMPÉTENCE SUR LES POURSUITES DIRIGÉES CONTRE LES FONCTIONNAIRES PUBLICS

---

122. Observations générales. — Comme on le verra par la suite, les questions de compétence, lorsqu'il s'agit de la responsabilité des fonctionnaires, sont dans une large mesure liées au fond même du débat : la jurisprudence admet que les tribunaux judiciaires ne sont compétents pour connaître des poursuites dirigées contre les fonctionnaires par les particuliers que si ceux-ci relèvent à l'appui de leur demande un fait personnel commis par le fonctionnaire, et non une simple faute de service ; et la même jurisprudence reconnaît que le fait personnel, à l'exclusion de la faute de service, engage seul au fond la responsabilité des fonctionnaires. La question de compétence et celle du fond du droit seront donc traitées en même temps dans ce chapitre.

Nous étudierons successivement trois points : 1° les poursuites dirigées par les particuliers contre les fonctionnaires publics autres que les ministres ; 2° les poursuites dirigées contre les ministres ; 3° les poursuites dirigées au nom de l'État, des départements et des communes contre leurs propres fonctionnaires.

SECTION I

POURSUITES DIRIGÉES PAR LES PARTICULIERS CONTRE LES FONCTIONNAIRES PUBLICS AUTRES QUE LES MINISTRES

123. Historique. — Cette matière est exposée, au point de vue historique, dans la plupart des traités de droit constitutionnel et de droit administratif (V. notamment Berthélemy, *Traité élém. de droit administr.*, 10e édit., p. 73 et suiv. ; Hauriou, *Précis*, 10e édit., p. 367 ; et surtout Laferrière, t. 1, p. 637). Nous ne reviendrons donc pas sur ces détails très connus.

Dès avant la Constitution de l'an 8, plusieurs textes avaient interdit aux tribunaux de connaître des actions dirigées contre les fonctionnaires publics sans l'autorisation de l'Administration supérieure (V. notamment L. 7-14 oct. 1790). L'article 75 de la Constitution du 22 frimaire an 8 donna compétence au Conseil d'État pour autoriser ces poursuites. Ce texte était ainsi conçu : « Les agents du Gouvernement autres que les ministres ne peuvent être poursuivis, pour des faits relatifs à leurs fonctions, qu'en vertu d'une décision du Conseil d'État ; en ce cas, la poursuite a lieu devant les tribunaux ordinaires. » La jurisprudence, par un raisonnement plus spécieux que vraiment fondé, avait considéré cet article comme d'ordre purement administratif, et non constitutionnel. Aussi survécut-il à la Constitution de l'an 8, et fut-il largement utilisé par tous les gouvernements, jusqu'en 1870.

On reconnaissait toutefois que cet article ne protégeait les fonctionnaires que s'ils avaient agi dans l'exercice de leurs fonctions. Pour les actes accomplis par eux en dehors de leurs fonctions, ils étaient de plein droit, et sans que les particuliers eussent besoin d'autorisation, justiciables des tribunaux judiciaires.

En ce qui concerne les actes de leurs fonctions, on admettait en principe la responsabilité des fonction-

naires lorsqu'ils avaient commis une faute grave, détachable des actes administratifs accomplis, mais on ne les reconnaissait pas responsables des simples fautes de service. La distinction entre le fait personnel et la faute de service était donc remise à l'arbitrage du Conseil d'État, qui devait autoriser les poursuites, s'il reconnaissait qu'elles étaient fondées sur un fait personnel, et refusait l'autorisation dans le cas contraire.

Les Gouvernements qui se succédèrent depuis la Constitution de l'an 8 firent un abus scandaleux du pouvoir ainsi donné au Conseil d'État. Pendant le second Empire, l'opposition républicaine avait vivement protesté contre ces abus ; aussi, lorsqu'elle prit le pouvoir, s'empressa-t-elle d'abroger la disposition dont on avait tant abusé. Ce fut l'objet du décret-loi du 19 septembre 1870, dont l'article 1er est ainsi conçu : « L'article 75 de la Constitution de l'an 8 est abrogé. Sont également abrogées toutes autres dispositions des lois générales ou spéciales ayant pour objet d'entraver les poursuites dirigées contre des fonctionnaires publics de tout ordre. »

Comme nous allons le voir, cette disposition législative a eu en jurisprudence un sort très différent de celui que rêvaient pour elle ses auteurs.

124. Garanties que laisse subsister le décret du 19 septembre 1870. — Une jurisprudence unanime décide que la procédure de la prise à partie, telle qu'elle est organisée par les articles 505 et suivants du Code de procédure civile, n'a pas été abrogée par le décret du 19 septembre 1870, lequel ne concernerait que les fonctionnaires de l'ordre administratif, et non ceux de l'ordre judiciaire (Civ. 14 juin 1876, D. P. 76. 1. 301 ; 4 mai 1880, D. P. 80. 1. 460 ; 9 mars 1914, D. P. 1914. 1. 19, 1re espèce).

Une jurisprudence aussi ferme décide que le décret du 19 septembre 1870 n'a pas abrogé le privilège de juridiction institué au profit des magistrats et de certains dignitaires par les articles 479 et 483 du code d'instruction criminelle, et par l'article 10 de la loi

du 20 avril 1810 (Crim. 17 mars 1881, D. P. 81. 1. 281 ; 4 juill. 1884, D. P. 85. 1. 129 ; 21 juin 1889, D. P. 89. 5. 263).

Le raisonnement par lequel la jurisprudence justifie le maintien de ces deux ordres de dispositions est loin d'être convaincant.

D'une part, en effet, les critiques de l'opposition, qui ont abouti au décret du 19 septembre 1870, s'appliquaient avec une égale vigueur aux magistrats proprement dits, et notamment aux magistrats du Parquet, et aux fonctionnaires de l'ordre administratif. Les intentions des auteurs du décret du 19 septembre 1870 ont donc été certainement méconnues sur ce point.

D'autre part, il est indéniable que les procédures dont il vient d'être parlé constituent une entrave à l'exercice des droits des particuliers contre les bénéficiaires de ces formes privilégiées. Pour ne parler que du privilège de juridiction proprement dit, applicable d'ailleurs non seulement aux fonctionnaires de l'ordre judiciaire, mais aux généraux commandant une division ou un département et aux préfets, il exclut le droit de citation directe des particuliers. La poursuite ne peut être exercée que par le procureur général. C'est là une grave diminution des droits des particuliers contre les fonctionnaires publics, diminution que le décret du 19 septembre 1870 avait évidemment pour but d'abroger.

Quoi qu'il en soit, la jurisprudence est fixée et il serait vain d'espérer qu'elle changera sur ce point.

125. Interprétation du décret du 19 septembre 1870 par la jurisprudence. — Lors des premières applications du décret du 19 septembre 1870, on soutenait que ce texte devait produire les deux résultats suivants : 1° Les particuliers peuvent désormais poursuivre sans autorisation préalable les fonctionnaires publics devant les tribunaux ; 2° les tribunaux apprécieront souverainement si les faits allégués, à les supposer prouvés, constituent ou non une faute personnelle du fonctionnaire ; leur compétence s'exercera sans partage,

nonobstant le caractère administratif des actes incriminés.

Cette seconde conclusion eût constitué une grave atteinte au principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires ; les tribunaux de l'ordre judiciaire auraient ainsi véritablement *connu* des actes administratifs, dans le sens qu'attache à ce mot la prohibition si énergique de la loi du 16 fructidor an 3. Les magistrats de l'ordre judiciaire auraient eu à apprécier la validité des actes administratifs à propos des poursuites dirigées contre les fonctionnaires. La jurisprudence a reculé devant cette conséquence. Elle l'avait admise d'abord dans un décret sur conflit du 7 mai 1871 (D. P. 72. 3. 18) et dans un arrêt de la chambre des requêtes du 3 juin 1872 (D. P. 72. 3. 18) ; mais bientôt le Tribunal des conflits, dans un arrêt du 30 juillet 1873 (et non du 26, comme le dit Laferrière) (*Pelletier*, D. P. 74. 1. 5), consacra une tout autre solution, qui peut être ainsi résumée : le décret du 19 septembre 1870 a abrogé les garanties particulières que la législation antérieure avait données aux fonctionnaires contre les poursuites des particuliers, mais il n'a pas touché au principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires, et n'a pas permis aux tribunaux de connaître des actes administratifs, de les interpréter, d'apprécier leur légalité ; les tribunaux judiciaires restent compétents pour connaître des poursuites dirigées par les particuliers contre les fonctionnaires, à raison des *faits personnels* commis par ceux-ci, mais ils restent incompétents pour apprécier les conséquences des simples fautes administratives, *des faits de service*, lesquels d'ailleurs ne sauraient engager la responsabilité personnelle des fonctionnaires (V. conf. Dalloz, *Rép. prat.*, v° *Compétence administrative*, n^os^ 529 et suiv. ; Laferrière, t. 1, p. 646 ; Hauriou, *Précis*, 10^e^ édit., p. 370 ; Berthélemy, *Traité élém.*, 10^e^ édit., p. 78 ; Trib. confl. 7 déc. 1912, D. P. 1917. 3. 2 ; Civ. 17 nov. 1914, D. P. 1917. 1. 120 ; 30 nov. 1914, D. P. 1917. 1. 92 ; Crim. 23 janv. 1914, D. P. 1918. 1. 7 ; Trib. confl. 19 nov. 1917, D. P. 1918. 3. 1).

En cas de contestation sur la nature des faits, c'est le Tribunal des conflits qui déterminera si les actes reprochés au fonctionnaire présentent ou non le caractère de faits personnels. En effet, une question de compétence administrative est ici en jeu, et par conséquent la procédure du conflit peut être employée : s'il y a *fait personnel* de la part du fonctionnaire, ce fait ne se confond pas avec les actes ou opérations d'ordre administratif auxquels le fonctionnaire s'est trouvé mêlé ; les tribunaux judiciaires peuvent rechercher la responsabilité qui résulte du fait personnel sans porter atteinte au principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires, sans même apprécier la légalité d'aucun acte administratif. Au contraire, si les faits reprochés au fonctionnaire ne constituent pas des faits personnels, les erreurs d'appréciation qu'il a pu commettre sont inséparables des actes administratifs accomplis par lui. Non seulement sa responsabilité personnelle ne sera pas engagée, mais encore les tribunaux judiciaires seront compétents pour apprécier les actes administratifs accomplis, à l'effet d'y rechercher les erreurs, les irrégularités intrinsèques dont ces actes pourraient être entachés.

Si d'ailleurs l'Administration ne recourt pas à la procédure du conflit, ce seront les tribunaux judiciaires qui statueront eux-mêmes sur leur propre compétence, en recherchant si l'acte reproché au fonctionnaire constitue ou non un fait personnel (Civ. 5 août 1901, D. P. 1901. 1. 505-506).

126. En quoi consiste le fait personnel engageant la responsabilité du fonctionnaire ? — Les principes qui viennent d'être exposés sont fort clairs. Mais la difficulté commence lorsqu'il s'agit de préciser en quoi consiste le *fait personnel* qui engage la responsabilité du fonctionnaire public.

Laferrière, qui, le premier, a su enfermer la théorie de la faute personnelle dans une formule précise, disait, en 1877 : « Si l'acte dommageable est impersonnel, s'il révèle un administrateur, un mandataire de l'État plus

ou moins sujet à erreur, et non l'homme avec ses faiblesses, ses passions, ses imprudences, l'acte reste administratif et ne peut être déféré aux tribunaux ; si, au contraire, la personnalité de l'agent se révèle par des fautes de droit commun, par une voie de fait, un dol, alors la faute est imputable au fonctionnaire, non à la fonction ; l'acte perd son caractère administratif et ne fait plus obstacle à la compétence judiciaire... » (Conclusions dans l'aff. *Laumonnier-Carriol*, Trib. confl. 5 mai 1877, D. P. 78. 3. 13 ; *Traité de la juridiction administrative*, 2e édit., t. 1, p. 648). Dans cette même affaire, Laferrière essayait de caractériser d'une façon plus précise encore la faute personnelle. Il la voyait dans une « erreur grossière », dans une « usurpation manifeste », dans une « inexcusable atteinte aux droits privés ». La faute qui engage la responsabilité personnelle du fonctionnaire, c'est une « faute lourde », par opposition avec la simple « incorrection administrative ». De même, pour M. Gaston Jèze, il y a faute personnelle du fonctionnaire dès qu'il y a « voie de fait » et en outre « toutes les fois que la faute commise consiste en une erreur grossière qu'à raison de sa situation le fonctionnaire est inexcusable d'avoir commise » (*Revue de droit public*, 1909, p. 263, 268 et suiv.— V. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. 1, p. 554 ; G. Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, 2e édit., p. 59, note 3 et p. 60, note 2).

Mais où trouvera-t-on le critérium qui permettra d'apprécier si la faute du fonctionnaire est assez grave, assez caractérisée pour engager sa responsabilité personnelle? Laferrière l'avait pressenti déjà : il faut scruter les intentions de l'agent. A-t-il agi en vue du but que se propose l'Administration, en vue de sa fonction, ses maladresses se confondront vraiment avec ses actes juridiques ou ses agissements ; elles n'en pourront pas être séparées ; on ne pourra pas voir dans les faits dommageables dont se plaindront les administrés « une faute personnelle distincte de l'acte administratif ». Ces faits seront des faits de service. Le fonctionnaire a-t-il agi, au contraire, en vue d'un but extrafonctionnel, non

pour servir l'intérêt public, mais pour satisfaire ses propres intérêts, ses rancunes ou ses passions, il y aura faute personnelle. Le fonctionnaire public est responsable, non quand il sert ses fonctions, mais quand il s'en sert ; ou, en d'autres termes, la fonction engage l'agent, non quand il l'accomplit, même mal, mais quand il la trahit. M. Berthélemy a exprimé cette idée sous une forme lapidaire : « Le fonctionnaire commet une faute de service quand il croit accomplir sa fonction en commettant sa faute ; il commet une faute personnelle quand il se sert de sa fonction pour accomplir sa faute. » Cette importance de l'élément intentionnel apparaît de plus en plus dans les récents arrêts du Tribunal des conflits. Il ne voit plus une faute personnelle dans l'acte d'un facteur des télégraphes qui, par inadvertance, donne une fausse direction à une dépêche (Trib. confl. 24 févr. 1906, D. P. 1907. 3. 102). Il en serait autrement, bien entendu, si le fait était intentionnel et malicieux. Dans la plupart des cas, la faute personnelle consistera donc dans une sorte de dol. Elle se détachera alors très nettement (sinon matériellement, au moins par une simple opération de l'esprit) de l'acte fonctionnel, et cela, même si la faute n'est pas étrangère à cet acte, mais incluse dans l'acte : quand un instituteur enseigne l'histoire aux enfants, il ne saurait être civilement responsable de la médiocrité de son enseignement, ou des erreurs historiques qu'il a pu commettre ; ce sont là des imperfections qui font partie « des négligences, des omissions, des erreurs qui sont dans les habitudes du service, lorsque ces habitudes sont mauvaises » (Hauriou, *Précis*, 10e édit., p. 374). Mais il commet une faute personnelle quand, au cours d'une leçon d'histoire, il se livre à des appréciations portant une atteinte violente et injurieuse aux croyances d'autrui (Dijon, 11 déc. 1907, D. P. 1908. 2. 229 ; 24 mars 1908, D. P. 1908. 2. 253 ; Trib. confl. 2 juin 1908, D. P. 1908. 3. 57).

La jurisprudence ne limite pas la responsabilité des fonctionnaires aux faits de dol caractérisé. Comme le dit M. Berthélemy, « de lourdes maladresses, des négligences inexcusables commises sans malice, peuvent être

tenues pour fautes personnelles. » Cette conception est toujours vraie en jurisprudence, mais le Tribunal des conflits l'applique avec une prudence de plus en plus grande (V. Trib. confl. 17 nov. 1917, D. P. 1918. 3. 1). Les arrêts mettent ici souvent en œuvre la notion de « faute lourde assimilable au dol ». Il y a des fautes si grossières qu'elles font présumer le dol. Une faute de cette nature engagera la responsabilité du fonctionnaire. Par exemple, un maire légalise une signature sans prendre aucune des précautions prescrites en pareille matière par les instructions ministérielles, et sur la simple attestation d'un tiers « qu'il savait ne mériter aucune confiance ». La signature est plus tard reconnue fausse : la responsabilité civile du maire est engagée (Agen, 17 juill. 1893, D. P. 96. 1. 572. — V. Trib. confl. 26 juill. 1911, D. P. 1913. 3. 130 ; 15 mars 1902, D. P. 1903. 3. 93). Mais dans tous les cas il faut que l'on puisse relever à la charge du fonctionnaire, soit dans les faits extérieurs, soit dans l'acte fonctionnel lui-même, une circonstance détachable, intellectuellement ou matériellement, qui soit constitutive de la faute. « Il y a fait personnel lorsque, dans l'action du fonctionnaire, on perçoit une circonstance détachable de ce que serait l'acte administratif purement fonctionnel » (Hauriou, *op. cit.*, p. 371). Dans le premier cas cité ci-dessus, la circonstance détachable, c'est la digression outrageante et passionnée; dans le second cas, c'est la violation des instructions ministérielles.

Les fonctionnaires publics seront responsables, non seulement de leurs actes positifs, mais encore de leur inaction, lorsqu'elle sera coupable et présentera ainsi les caractères du fait personnel ci-dessus défini. C'est la conséquence logique de ce qui précède. Il ne faudrait pas voir dans un arrêt de la chambre civile du 5 janv. 1921 (D. P. 1921. 1. 17, et la note) une condamnation de cette théorie. Cet arrêt admet parfaitement, quoique d'une façon implicite, et *a contrario*, que le fonctionnaire public peut être civilement responsable de sa *culpa lata in omittendo* ; mais il ne reconnaît pas, dans les faits de la cause, l'existence d'une telle faute. Il s'agissait, en

l'espèce, d'un maire qui avait autorisé l'établissement d'un tir public sans que des précautions suffisantes aient été prises pour éviter les accidents. Averti que des passants avaient été frôlés par des balles, le maire s'était borné à prendre des dispositions qui n'atténuèrent qu'insensiblement le risque. C'est dans ces conditions qu'une personne fut grièvement blessée par une balle égarée. La cour a estimé que l'insuffisance des mesures de police prises par le maire ne constituait pas, en l'espèce, une faute assez inexcusable pour qu'on pût y voir cette « circonstance détachable » des actes de la fonction, caractéristique de la faute personnelle. Il était permis, en l'état des faits, d'hésiter sur la solution, comme toutes les fois qu'il s'agit d'apprécier le degré d'une faute. La solution donnée par la chambre civile se rattache à une tendance déjà signalée, mais particulièrement visible en matière de fautes *in omittendo* : la jurisprudence n'admet qu'avec beaucoup de prudence la responsabilité des fonctionnaires dans les cas où aucun dol n'est établi contre eux. L'appréciation de la nature et de la gravité de la faute est relativement aisée quand elle se manifeste à l'occasion d'un fait actif, d'un agissement positif, d'un acte juridique concret. Quand il s'agit d'une simple omission, l'appréciation est beaucoup plus délicate. Où finit la faute de service? Comment apprécier l'abstention? C'est sans doute pourquoi, sauf dans des cas très rares, la jurisprudence exige ici la preuve nettement rapportée d'une véritable intention mauvaise, ayant motivé l'abstention du fonctionnaire. On ne peut citer que quelques exemples jurisprudentiels de faute *in omittendo* commise de bonne foi, qui ait été considérée comme un fait personnel. Le plus caractéristique est le cas du sous-préfet qui, ayant présidé les opérations du recrutement, a négligé de s'assurer, malgré l'expresse recommandation de la loi, que le nombre des numéros était égal à celui des jeunes gens appelés à concourir au tirage (Trib. confl. 19 nov. 1881, D. P. 83. 3. 23). Mais les arrêts les plus récents refusent de voir une faute personnelle dans des cas de négligence au moins aussi graves (V. *Rép. prat.*, v° *Compétence administr.*,

nos 563, 569, 575 à 578, 581, 582, 584 à 587). Notamment, le refus d'un maire de communiquer à un électeur les modifications apportées aux listes électorales, quoiqu'il soit évidemment contraire à la loi, ne constitue pas un fait personnel, lorsqu'il n'a pas été opposé dans l'intention de favoriser les fraudes électorales, ou pour changer ou tenter de changer les résultats du scrutin (Civ. 30 nov. 1914, D. P. 1917. 1. 92).

Au contraire, la jurisprudence reconnaît le fait personnel même dans un agissement négatif ou une omission du fonctionnaire, toutes les fois que les circonstances révèlent de la part de ce dernier une intention mauvaise, un esprit de rancune, de vengeance ou de cupidité personnelle. Tel est le cas du maire qui, pour des raisons d'ordre personnel, omet systématiquement de communiquer à un journal les renseignements relatifs à l'état civil, aux convocations et ordres du jour du conseil municipal, aux arrêtés municipaux, etc... qu'il met à la disposition des autres journaux (Trib. civ. de Rethel, 30 janv. 1908, D. P. 1908. 5. 29) ; du maire qui, mis en demeure de délivrer à un propriétaire un certificat de vendanges, s'y refuse, par le motif « qu'il est en mauvais termes avec le propriétaire » (Civ. 26 mai 1897, D. P. 97. 1. 578). Dans ces deux cas, la « circonstance détachable » de l'acte ou agissement fonctionnel résulte bien de l'intention mauvaise, de l'esprit de rancune auquel a obéi le fonctionnaire.

Il y a un cas dans lequel l'abstention ou la négligence du fonctionnaire constitueront à coup sûr un fait personnel : c'est celui où les faits, s'ils étaient établis, auraient le caractère d'une infraction à la loi pénale. Dans ce cas, conformément à l'article 3 C. instr. crim., l'action civile pourra être poursuivie, au choix de la victime, soit devant le tribunal de répression, soit devant le tribunal civil (Crim. 23 janv. 1914, D. P. 1918. 1. 7 ; Dijon, 21 janv. 1914, D. P. 1914. 2. 129). Les fonctionnaires sont, en effet, comme les autres citoyens, soumis aux lois répressives.

Il ne faudrait pourtant pas pousser cette idée trop loin. Il y a des faits qui, s'ils étaient commis par de simples

citoyens, constitueraient des délits, alors qu'ils perdent ce caractère lorsqu'ils surviennent au cours d'une opération administrative. Lorsqu'un maire fait procéder, même d'une façon irrégulière, mais de bonne foi, en vertu d'un arrêté municipal même irrégulier, mais pris dans le cercle de ses attributions, à la saisie de viandes foraines non estampillées, dans la boutique d'un boucher, il ne peut être inculpé de violation de domicile (Crim. 21 mars 1918) ; lorsqu'un fonctionnaire de même ordre pénètre, même irrégulièrement et par effraction, mais de bonne foi et en vue du service, chez un particulier, afin de livrer au ravitaillement des sacs de blé réquisitionné, il ne commet pas le délit de bris de clôture (Trib. confl. 17 nov. 1917, D. P. 1918. 3. 1, et la note de M. Alfred Porché).

Cette notion est d'une application très délicate lorsque les faits, s'ils étaient reprochés à un particulier, seraient constitutifs du délit d'homicide ou de blessures involontaires. Dans l'espèce qui a donné lieu à l'arrêt précité de la chambre civile du 5 janv. 1921 (D. P. 1921. 1. 17), le particulier qui eût autorisé, sur son terrain, sans précautions suffisantes, l'installation d'un tir public, et qui n'eût pas fait cesser le tir lorsque les dangers lui en eussent été signalés, se fût exposé, en cas d'accident, à une poursuite correctionnelle pour blessures par imprudence. En effet, d'après une jurisprudence d'ailleurs contestable, le délit est constitué par la négligence ou l'imprudence même la plus légère (Civ. 18 déc. 1912 et 12 juin 1914, D. P. 1915. 1. 17). Cependant, l'arrêt décide que le maire contre lequel des négligences de cette nature étaient alléguées n'en était pas responsable devant les tribunaux judiciaires. Cela signifie-t-il que la faute exigée comme élément du délit de blessures involontaires n'est pas la même lorsque l'auteur présumé est un fonctionnaire public que lorsqu'il est un particulier? Pas tout à fait. En réalité, dans l'espèce, il y avait bien faute, mais faute du service. Lorsqu'il agit comme agent public, le fonctionnaire n'est en faute que s'il commet des manquements d'une certaine nature et d'une certaine gravité aisément reconnaissables au milieu même

de ses agissements fonctionnels. Les autres fautes revêtent un caractère anonyme ; elles deviennent fautes du service et engagent la seule responsabilité de l'Administration. Les légers manquements du fonctionnaire qui ont pu entraîner des blessures pour les tiers ne constituent pas des fautes personnelles légères, ils ne constituent en aucune façon des fautes personnelles ; par suite, ils ne peuvent être retenus comme éléments du délit de blessures involontaires.

127. Des faits personnels inclus dans les actes administratifs. — Très fréquemment, le fait personnel pourra être matériellement détaché de l'acte administratif accompli par le fonctionnaire. La compétence judiciaire pourra alors s'exercer sans difficulté. La question est beaucoup plus délicate lorsque le fait personnel est si étroitement mêlé à l'acte administratif, qu'il n'en est pas matériellement séparable. En d'autres termes, le fait personnel sera aisé à découvrir et à dégager toutes les fois que l'acte coupable sera entièrement distinct de l'acte fonctionnel, quand il en sera pour ainsi dire matériellement séparé. Par exemple, le maire accomplit un acte de sa fonction lorsqu'il fait afficher à la mairie le tableau rectificatif de la liste électorale, même avec indication des motifs de retranchement (Trib. confl. 26 juin 1897, D. P. 99. 3. 66) ; mais il commet un fait personnel lorsqu'il ne se borne pas à cette publicité prévue par les instructions reçues par lui, et fait annoncer dans les rues que tel électeur a été rayé à bon droit de la liste électorale parce qu'il est tombé en faillite (Trib. confl. 4 déc. 1897, D. P. 99. 3. 93). Dans ce dernier cas, l'acte qui constitue la faute (publicité anormale dans les rues) est matériellement distinct de l'acte administratif (publication officielle de la liste à la mairie). Les exemples de cette espèce de fait personnel abondent (V. Trib. confl. 2 juin 1908, D. P. 1908. 3. 57 ; 22 juill. 1909, D. P. 1911. 3. 56). Mais souvent le fait personnel ne se détache pas matériellement de l'acte administratif. Le fait incriminé, dans ce cas, est inclus dans l'acte. Il sera plus difficile alors de le

dégager ; il suffit néanmoins, pour que la responsabilité du fonctionnaire puisse être mise en jeu devant les tribunaux, que les faits inclus dans l'acte laissent apparaître une faute personnelle intellectuellement distincte de l'acte. M. Duguit ne l'admet pas (note au *Rec. Sir.*, 1918-1919. 2. 1 à 6). « Qu'il puisse y avoir faute personnelle du fonctionnaire entraînant sa responsabilité bien qu'il n'y ait pas un fait personnel se détachant de l'acte administratif, écrit-il, c'est incontestable. » Mais il ajoute aussitôt que les tribunaux judiciaires sont incompétents pour rechercher et réprimer cette faute personnelle, parce que cette recherche nécessiterait l'appréciation et la critique de l'acte administratif.

Cette thèse, qui a contre elle une jurisprudence très ferme, ne nous paraît pas pouvoir être admise. Il n'y a pas de « faute personnelle incluse dans l'acte administratif » ; il peut y avoir des faits, inclus dans l'acte administratif, qui révèlent une faute personnelle, intellectuellement distincte de l'acte. La séparation entre l'acte administratif et la faute commise par le fonctionnaire se fait aussi bien dans cette hypothèse que dans la première ; mais, au lieu d'être constituée par des faits matériellement distincts de l'acte administratif, la faute, intellectuellement séparable de l'acte, est ici constituée par des faits inclus dans l'acte. Il est donc parfaitement possible, dans ce dernier cas comme dans le premier, de dégager et de réprimer la faute personnelle sans toucher à l'acte administratif. Celui-ci conservera tous ses effets, mais celui qui l'aura accompli dans une intention extraprofessionnelle portera devant les tribunaux judiciaires la responsabilité du dommage qu'il aura causé par cette faute. L'intention mauvaise de l'agent, soit prouvée, soit présumée par la lourdeur de sa maladresse, constituera une circonstance détachable intellectuellement de l'acte administratif, appréciable séparément de celui-ci, et n'échappera pas, dès lors, à la compétence des tribunaux judiciaires. M. Duguit, en raisonnant autrement, aboutit à une impasse : les fonctionnaires, selon lui, seraient responsables de leur « faute personnelle incluse dans l'acte fonctionnel » ; mais les

tribunaux judiciaires ne pourraient ni constater ni réprimer cette faute, car ils s'exposeraient ainsi à toucher à l'acte administratif lui-même. Les particuliers lésés seraient désarmés, car les tribunaux administratifs sont sans compétence pour apprécier les fautes personnelles des fonctionnaires. M. Duguit s'efforce de tout concilier en disant que dans ce cas la question de compétence sera portée devant le Tribunal des conflits sur conflit négatif, et que, si cette haute juridiction consacre la compétence judiciaire, les tribunaux pourront alors librement se prononcer sur la cause qu'ils avaient tout d'abord refusé de juger. Mais le Tribunal des conflits ne crée pas les compétences ; il les reconnaît. Lorsqu'il juge, sur conflit négatif, que l'autorité judiciaire était compétente, il déclare, en réalité, qu'elle aurait dû retenir la cause et que, si elle ne l'a pas fait, c'est par suite d'une fausse application des règles du droit.

Nombreux sont les cas où l'autorité judiciaire a retenu la connaissance d'actions en responsabilité fondées sur des faits inclus dans des actes administratifs, mais révélant des fautes intellectuellement séparables de ces actes. En voici quelques exemples : 1° Un maire prescrit par un arrêté et fait exécuter d'office la démolition d'un mur que des particuliers avaient construit le long d'un ruisseau sur un terrain dont la propriété leur était contestée par la commune. Le Tribunal des conflits reconnaît la compétence des tribunaux judiciaires pour statuer sur l'action en réparation dirigée contre le maire, parce que celui-ci, en accomplissant des actes administratifs qui n'étaient pas dans sa fonction, a commis une faute personnelle (Trib. confl. 24 déc. 1904, D. P. 1906. 3. 58). 2° Un maire ordonne de sonner les cloches de l'église pour un enterrement civil. C'est là, quoi qu'en dise le Tribunal des conflits, dont le langage à cet égard manque un peu de netteté, un acte administratif ; le Conseil d'État lui reconnaît expressément ce caractère puisqu'il déclare recevables les recours pour excès de pouvoir formés contre ces sortes de décisions (Cons. d'Ét. 8 juill. 1910, D. P. 1911. 3. 42). Mais cet acte administratif peut révéler, suivant les circonstances, une

faute personnelle du maire, par exemple lorsqu'il a pris cette mesure en dehors de tout usage local l'autorisant, faisant présumer ainsi qu'il s'est laissé guider par des motifs étrangers au souci d'une bonne administration. Cette intention constitue une circonstance qui se détache de l'acte administratif, et par suite la faute commise par le maire pourra être appréciée par les tribunaux judiciaires (Trib. confl. 22 avr. et 4 juin 1910, D. P. 1911. 3. 41; 29 janv. 1916, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 52). Mais le sonneur qui n'a fait qu'exécuter l'ordre du maire, sans que rien puisse révéler chez lui une intention mauvaise, échappera à cette action (Trib. confl. 22 avr. 1910, précité).

Il faut conclure de ce qui précède que, toutes les fois que la faute personnelle existe, qu'elle est visible et peut être détachée, par une opération de l'esprit, de l'acte administratif lui-même, elle doit être soumise à l'appréciation des tribunaux judiciaires, qu'elle résulte de faits inclus dans l'acte ou qu'elle se manifeste par des faits extérieurs.

128. *Quid* si l'acte du fonctionnaire est illégal? — On dit souvent que l'illégalité d'un acte ne lui enlève pas son caractère administratif, en ce sens, d'une part, que les tribunaux judiciaires ne deviennent pas nécessairement compétents, malgré l'illégalité de l'acte et bien qu'il ait été soit rapporté par l'autorité supérieure, soit annulé par le Conseil d'État, pour apprécier la responsabilité du fonctionnaire qui l'a fait, et d'autre part que l'illégalité d'un acte ne constitue pas nécessairement, à la charge du fonctionnaire, un fait personnel engageant sa responsabilité (V. *suprà*, n° 55). L'acte administratif même illégal, même annulé, laisse subsister un agissement de nature administrative, dont les tribunaux judiciaires ne peuvent pas connaître s'il s'agit de mettre en jeu la responsabilité de l'Administration, et dont ils ne peuvent apprécier les conséquences s'il s'agit de la responsabilité personnelle du fonctionnaire qui l'a fait, que si un fait personnel est reproché à celui-ci (V. Dalloz, *Rép. prat.*, v° *Compétence administr.*, n° 508

et les autorités citées ; Laferrière, t. 1, p. 659 et suiv.). De nombreux arrêts ont été rendus en ce sens. C'est ainsi qu'il a été jugé (Req. 5 juin 1918, D. P. 1921. 1. 41) qu'en dehors de toute autre circonstance révélatrice, il n'y a pas de faute personnelle de la part du fonctionnaire qui emploie la voie de l'exécution forcée administrative dans un cas où, une sanction pénale étant possible, cette voie est exclue. La jurisprudence a dégagé les conditions dans lesquelles l'exécution forcée administrative peut être employée (V. Trib. confl., 2, 6, 13, 20 déc. 1902, D. P. 1903. 3. 41, les conclusions de M. Romieu et la note ; Cons. d'Ét. 12 mars 1909, D. P. 1910. 3. 97 ; Cons. d'Ét. 17 mars 1911 (deux arrêts), D. P. 1913. 3. 57, et les conclusions de M. Blum). En dehors des cas d'urgence, l'exécution forcée administrative ne peut pas avoir lieu lorsque l'infraction comporte des sanctions pénales ; mais il ne suit pas de là que le fait par un fonctionnaire d'exécuter un acte administratif par voie de coercition, en dehors des cas où ce procédé est autorisé, constitue par lui-même une faute personnelle. Très souvent, il n'y aura qu'une faute de service, explicable par les difficultés juridiques de la matière, et par suite les faits dont elle résulte n'apparaîtront pas comme intellectuellement séparables des actes administratifs dans lesquels ils sont inclus.

Il a été jugé de même que l'annulation pour vice de forme d'un acte administratif n'a pas nécessairement pour effet de découvrir et d'engager la responsabilité personnelle de son auteur : cette annulation ne peut pas avoir pour effet de transformer en faits personnels les faits administratifs accomplis pour son exécution avant le moment où l'annulation a été prononcée (Crim. 21 mars 1918, D. P. 1921. 1. 41).

129. Exemples jurisprudentiels ; cas où il n'y a pas fait personnel. — En dehors des cas que nous avons cités aux numéros précédents, on peut encore, à titre d'exemple, mentionner les espèces suivantes, dans lesquelles la compétence judiciaire a été écartée,

à raison de l'absence de fait personnel à la charge du fonctionnaire : 1° Par suite d'un renseignement erroné, résultat d'une erreur excusable d'un employé du télégraphe, un parieur n'avait pu envoyer à temps ses ordres télégraphiques sur un hippodrome ; son action en responsabilité ne pouvait être portée devant les tribunaux judiciaires (Trib. confl. 9 déc. 1899, D. P. 1900. 3. 91). 2° L'autorité judiciaire est incompétente pour apprécier la portée des ordres d'affectation donnés par l'autorité militaire à ses subordonnés, et, par suite, pour connaître d'une action en responsabilité dirigée par un malade civil contre un pharmacien militaire qu'il voulait rendre responsable des conditions défectueuses dans lesquelles un traitement radiographique lui aurait été administré, alors que le pharmacien objectait qu'il avait agi en service commandé (Civ. 25 juin 1923, *Lefèvre, Gaz. Pal.* 1923. 2. 430). 3° De même, l'autorité judiciaire ne peut connaître du fait d'un facteur qui, par une inadvertance ne constituant pas une faute lourde, a donné une fausse direction à une lettre (Trib. confl. 19 nov. 1881, *Bouhier, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 919 ; 24 févr. 1906, *Sureau, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 195). 4° Enfin, la Cour de cassation a encore reconnu l'incompétence de l'autorité judiciaire, en l'absence de fait personnel, au sujet d'une action en responsabilité dirigée par les parents d'un soldat décédé contre un médecin militaire auquel ils se bornaient à reprocher un diagnostic erroné et l'inefficacité des remèdes prescrits (Req. 20 janv. 1926, D. H. 1926. 81).

130. Exemples jurisprudentiels ; cas où il y a fait personnel. — 1° Dans une espèce très analogue, au contraire, l'autorité judiciaire s'est reconnue compétente à raison de l'allégation d'un fait personnel : il s'agissait d'une action en responsabilité dirigée par la famille d'un soldat contre un médecin militaire auquel une faute lourde était imputée (refus de donner ses soins et incarcération du malade) (Civ. 12 juin 1923, *Consorts Fontenas, Gaz. Pal.* 1923. 2. 319). 2° De même, l'autorité judiciaire est compétente pour connaître de

l'allégation formulée par un particulier contre un préfet, de l'avoir dénoncé au procureur de la République par malveillance comme coupable d'escroquerie et d'infraction à la police des chemins de fer, dans des conditions qui eussent révélé un véritable piège tendu à l'inculpé par le fonctionnaire (Trib. confl. 14 déc. 1925, *Navarro*, D. H. 1926. 55). 3° De même enfin, il y a fait personnel de la part d'agents de la force publique qui se seraient livrés à des actes de brutalité contre un individu arrêté par eux, alors que ces actes ont été commis, non au cours des péripéties de l'arrestation elle-même, mais au poste de police ; dans ce cas, l'action en responsabilité contre les agents est portée à bon droit devant les tribunaux judiciaires (Trib. confl. 25 févr. 1922, *Immarigeon*, D. P. 1922. 5. 10).

Lorsque le fait personnel est allégué, le juge des référés est compétent, bien entendu, pour nommer un expert en vue de vérifier les faits et de donner son avis (Civ. 28 juin 1922, D. P. 1925. 1. 207).

SECTION II

POURSUITES DIRIGÉES CONTRE LES MINISTRES

131. Des poursuites répressives. — L'article 12 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 dispose ainsi qu'il suit : « Le Président de la République ne peut être mis en accusation que par la Chambre des députés et ne peut être jugé que par le Sénat. Les ministres peuvent être mis en accusation par la Chambre des députés pour crimes commis dans l'exercice de leurs fonctions. En ce cas, ils sont jugés par le Sénat. »

De la comparaison entre les deux parties de cet article, il résulte que la juridiction de la Haute Cour de justice n'est pas seule compétente pour juger pénalement les ministres. Ceux-ci sont justiciables des tribunaux répressifs ordinaires : 1° Quand l'infraction dont ils sont inculpés n'a pas été commise dans l'exercice de

leurs fonctions ; 2° dans le cas contraire, quand la Chambre des députés n'a pas jugé bon de les mettre en accusation devant le Sénat (aff. Baïhaut, 1893).

On est généralement d'accord que le mot « crime », employé dans l'article 12 de la loi du 16 juillet 1875, englobe les délits. La Haute Cour de justice peut donc connaître, lorsqu'elle en est saisie par la Chambre des députés, de tous les faits qualifiés crimes ou délits par la loi, qu'un ministre serait accusé d'avoir commis dans l'exercice de ses fonctions.

Faut-il dire qu'elle peut, comme on l'a soutenu, ériger en crimes et punir de peines arbitraires choisies par elle tous les actes jugés par elle dolosifs et dommageables à l'État, reprochés aux ministres, alors même qu'ils ne seraient prévus et punis par aucune disposition légale? Cette question est très controversée. On s'étonne qu'elle puisse l'être. Les ministres sont des citoyens protégés par les lois. Les principes du droit criminel moderne s'opposent à la fois à ce que les faits non définis, non prévus et punis à l'avance par un texte répressif, puissent donner lieu à des poursuites pénales, et à ce que des peines arbitraires puissent être créées de toutes pièces par les juges. La *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789, base de toutes les constitutions françaises modernes, condamne en ces termes une telle théorie : « Nul ne peut être puni *qu'en vertu d'une loi* établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée » (art. 8).

Les partisans de la thèse que nous combattons invoquent comme seul argument la tradition parlementaire, d'ailleurs incertaine. On conviendra qu'un tel argument est tout à fait insuffisant pour faire échec aux principes les plus certains du droit criminel et du droit public moderne (V. sur la question Laferrière, t. 1, p. 656 ; Esmein, *Droit constit.*, p. 760 et suiv.). Cependant, la Haute Cour de justice est entrée dans cette voie dangereuse en 1918, au sujet de l'affaire Malvy. Après l'avoir acquitté à l'unanimité des faits de trahison dont il avait été calomnieusement accusé, le Sénat a retenu contre l'ancien ministre de l'Intérieur

des faits qu'il a jugés contraires aux devoirs de sa fonction, mais qui n'étaient prévus par aucune loi pénale, et lui a appliqué arbitrairement la peine du bannissement.

132. Des actions civiles dirigées contre les ministres par les particuliers. — D'après le texte identique des lois du 27 avril 1791, article 31, et du 10 vendémiaire an 4, articles 13 et 14, l'accusation préalable des ministres par la Chambre législative était une condition nécessaire de l'exercice par les particuliers d'une action civile en responsabilité : « Tout ministre, contre lequel il sera intervenu un décret du Corps législatif déclarant qu'il y a lieu à accusation, pourra être poursuivi en dommages-intérêts par les citoyens qui éprouveront une lésion résultant des faits qui auront donné lieu au décret. »

Cette disposition explique pourquoi l'article 75 de la Constitution de l'an 8, en exigeant, pour que l'action des particuliers contre les fonctionnaires publics puisse être introduite devant les tribunaux, l'autorisation préalable du Conseil d'État, ne parle que des « agents du Gouvernement autres que les ministres »; pour les ministres, la question était déjà réglée au moyen de l'accusation préalable obligatoire par l'organe législatif.

Mais ces textes sont abrogés ; et, malgré bien des efforts législatifs, ils n'ont jamais été remplacés par aucun autre. L'eussent-ils été que ces dispositions légales seraient elles-mêmes anéanties, le décret-loi du 19 septembre 1870 ayant formellement abrogé toutes les dispositions des lois générales ou spéciales ayant pour objet d'entraver les poursuites contre les fonctionnaires publics *de tout ordre.*

Dès lors, les ministres se trouvent aujourd'hui, à l'égard des particuliers, dans la même situation que les autres fonctionnaires, c'est-à-dire responsables de leurs faits personnels et non de leurs simples fautes de service, et justiciables, dans le premier cas, des tribunaux judiciaires, sauf le contrôle du Tribunal des conflits.

La jurisprudence est peu fixée à cet égard. V. Trib. confl. 5 mai 1877 (*Laumonnier-Carriol, Rec. Cons. d'Ét.*,

p. 437); Trib. corr. de la Seine, 28 févr. 1900 (*Millerand*, D. P. 1903. 2. 189); Paris, 31 janv. 1901, même aff. (D. P. 1903. 2. 189). — Cf. Hauriou, *Précis*, 10e édit., p. 370, note ; Laferrière, t. 1, p. 658.

Même dans l'opinion où l'on soutient que les poursuites à fins civiles ne peuvent pas être intentées contre les ministres sans une mise en accusation préalable par la Chambre des députés, on reconnaît que si la Chambre n'a pas usé de sa prérogative de mise en accusation des ministres devant la Haute Cour, l'action civile des particuliers peut s'exercer devant le tribunal correctionnel ou la cour d'assises si des poursuites sont engagées devant ces juridictions.

133. Responsabilité civile des ministres envers l'État. — Cette question a été compliquée comme à plaisir, sans doute parce que, politiquement, il a été difficile de se résigner à voir les ministres poursuivis civilement par l'État en cas de fautes graves de gestion. Les mœurs parlementaires ont admis que, sur ce point, en dehors de circonstances exceptionnelles, les partis et les hommes d'État doivent se ménager les uns les autres. Abstraction faite de ces contingences, les principes fournissent une solution claire et parfaitement en harmonie avec ce qui a été décidé pour les autres fonctionnaires.

Laferrière (t. 1, p. 666 et suiv.) tranche ainsi la difficulté : dans les cas où la loi proclame la responsabilité civile des ministres, il est impossible, pratiquement, de la mettre en œuvre faute de procédure appropriée ; en dehors de ces cas, la responsabilité civile des ministres n'existe pas faute de texte. Exception est faite cependant pour le cas où le ministre serait poursuivi pénalement pour crime ou pour délit ; l'État pourrait alors, en se portant partie civile, obtenir des dommages-intérêts.

Ce dernier point nous paraît hors de doute. Mais nous n'acceptons pas le reste de la théorie du savant auteur.

Les articles 151 et 152 de la loi de finances du 25 mai 1817 disposent que « les ministres ne pourront, *sous leur responsabilité*, dépenser au delà des crédits... Le ministre des finances ne pourra, *sous la même responsabilité*, auto-

riser les payements excédants que dans les cas extraordinaires et urgents et en vertu des ordonnances du roi qui devront être converties en lois... ».

De même, l'article 9 de la loi du 15 mai 1850 décide qu'« aucune dépense ne pourra être ordonnée ni liquidée sans qu'un crédit préalable ait été ouvert par une loi. Toute dépense non créditée ou portion de dépense dépassant le crédit *sera laissée à la charge personnelle du ministre contrevenant* ».

Le principe de la responsabilité ministérielle étant ainsi posé, devant quelle juridiction l'État devra-t-il porter son action? Il est bien évident que les tribunaux judiciaires seraient incompétents pour en connaître. Comme le dit fort bien Laferrière, « si l'ordonnancement illégal de dépenses non autorisées est une faute, c'est une faute d'ordre administratif et non une faute de droit commun. L'ordonnancement est, de sa nature, une opération administrative, un des attributs essentiels de la fonction ministérielle ; qu'il soit ou non conforme à la loi du budget, les tribunaux ne peuvent connaître de cet acte ni de ses conséquences à l'égard du Trésor. »

La Cour des comptes serait également incompétente, car sa juridiction ne s'étend pas aux ordonnateurs. La Haute Cour de justice ne serait pas plus compétente, car elle ne peut juger que les actes criminels reprochés aux ministres, et non les simples fautes administratives, telles que les dépassements de crédits.

Reste la juridiction administrative. Laferrière lui refuse aussi toute compétence, parce que le Conseil d'État ne pourrait être saisi qu'à la suite d'un arrêté de débet pris et d'une contrainte délivrée contre le ministre incriminé, et que cette procédure ne peut atteindre que les comptables, entrepreneurs, fournisseurs et autres détenteurs de deniers publics, mais non les ordonnateurs, les administrateurs qui, par leur faute, ont causé un dommage à l'État.

C'est là, à notre avis, une erreur. Lorsque la loi proclame l'existence d'un droit, elle crée aussi nécessairement une action pour l'exercer. Dans la législation française moderne, tout droit comporte une action ; la

procédure ne domine plus le droit, comme cela avait lieu dans l'ancien droit romain. Si donc la loi reconnaît et proclame, dans certains cas, la responsabilité ministérielle, on ne peut s'abriter derrière de prétendues difficultés de procédure pour entraver l'exercice de l'action que la loi a ainsi créée.

Au surplus, la procédure existe actuellement, depuis que l'article 54 de la loi du 13 avril 1898 a donné aux ministres le droit de délivrer, sous forme d'états exécutoires, des titres parés contre tous les débiteurs de l'État, même les ministres ayant dépassé les crédits. Il suffira de dresser contre ces derniers des états de cette nature, sauf pour eux à les contester en saisissant de leur opposition le Conseil d'État.

En dehors des cas où la loi rend les ministres, par une disposition expresse, civilement responsables envers le Trésor, dans quelle mesure répondent-ils civilement de leurs fautes envers l'État? A notre avis, il n'y a pas de raison de les traiter autrement que les autres fonctionnaires, et les mêmes règles de compétence et de fond doivent être, dans ce cas, appliquées. Cette matière est traitée à la section III, *infrà*, où nous renvoyons le lecteur. Disons seulement que l'action en responsabilité de l'État contre ses ministres, comme contre ses autres fonctionnaires, relève, à notre avis, de la juridiction administrative, pour les raisons exposées *infrà*, n° 136. M. Hauriou incline au contraire en faveur de la compétence judiciaire (*Précis*, 10e édit., p. 371).

SECTION III

POURSUITES DIRIGÉES AU NOM DE L'ÉTAT, DES DÉPARTEMENTS ET DES COMMUNES CONTRE LEURS FONCTIONNAIRES

134. Responsabilité des comptables et assimilés. — La loi, en ce qui concerne les comptables de deniers publics, a organisé expressément tout un système de responsabilité ainsi que des procédés spéciaux de recou-

vrement, par voie d'arrêtés de débet et de contraintes (L. 12 vendém. et 13 frim. an 8 ; arr. 18 vent. an 8 ; arr. 28 flor. an 11 ; décr. 12 janv. 1811 ; Dalloz, *Jurispr. gén.*, v° *Trésor public*, p. 1114, 1116, 1120, 1127 ; décr. 31 mai 1862, *passim*, et notamment art. 21, 328, 329, 351, 518, 519 ; *Jurispr. gén., Suppl.*, v° *Trésor public*, n°s 560 et suiv. ; Dalloz, *Code des lois polit. et administr. annotées*, t. 4, v° *Comptabilité publique*, p. 729 et suiv., n° 6012 et suiv ; Cons. d'Ét. 20 juin 1919, D. P. 1922. 3. 13 et la note).

A l'égard des comptables, deux juridictions parallèles auront, suivant les cas, à se prononcer. La Cour des comptes connaîtra de l'action en reddition de comptes ; elle vérifiera les éléments matériels du compte et prononcera, s'il y a lieu, toutes condamnations contre le comptable en débet ; mais elle juge le compte plutôt que le comptable ; elle n'a pas à se prononcer sur la conduite de celui-ci et les responsabilités qu'il a pu encourir au cours de sa gestion, soit par suite de ses fautes personnelles, soit du chef de ses préposés. Dans ce cas, le ministre prend, à l'égard du comptable, par la voie de l'arrêté de débet et de la contrainte, les mesures qu'il croit conformes au droit. Le comptable pourra les déférer au Conseil d'État statuant au contentieux (Laferrière, t. 1, p. 407).

Certaines dispositions législatives ont organisé la responsabilité pécuniaire, au regard de l'État, de quelques autres fonctionnaires. C'est ainsi que la loi du 28 nivôse an 8, titre 1er, section 1, article 12, proclame et organise la responsabilité pécuniaire des commissaires des guerres ; la loi du 16 mars 1882, article 11, celle des généraux commandant les corps d'armée et de leurs directeurs de services ; l'ordonnance du 27 août 1828, article 82, § 2, celle des gouverneurs des colonies. Dans ces différents cas, c'est, bien entendu, toujours la juridiction administrative qui aura à connaître des recours des parties contre les décisions ministérielles qui auront mis à leur charge des restitutions ou indemnités.

Enfin il ne faut pas oublier que les comptables offi-

ciels des deniers publics ne sont pas les seuls qui soient soumis à la juridiction de la Cour des comptes. Elle s'étend à toute personne qui s'ingère, sans mandat, dans le maniement de ces deniers (préfets, maires, simples particuliers). Dans ces cas, la Cour des comptes déclare ces personnes comptables de fait et juge leur gestion occulte (Laferrière, t. 1, p. 401 et suiv.).

135. Des droits de l'État en cas de poursuites par la voie répressive. — Lorsque le fonctionnaire public, dans sa gestion, se sera rendu coupable de concussion, ou de tout autre crime ou délit relatif à ses fonctions, qui aurait causé à l'État ou à ses succédanés un préjudice matériel et direct, l'Administration, comme tous ceux qui sont lésés par une infraction pénale, pourra se porter partie civile devant la juridiction de répression, et réclamer des restitutions ou des dommages-intérêts. Dans ce cas, la compétence judiciaire est fondée sur l'idée que les tribunaux répressifs, compétents pour appliquer les peines, le sont aussi pour juger les actions civiles fondées sur les infractions qui leur sont soumises. C'est une application de l'article 3 du Code d'instruction criminelle.

136. Responsabilité pécuniaire des ordonnateurs et autres agents non comptables. I. Observations générales. — Les textes dont il a été question ci-dessus (n° 134) ne sont plus applicables lorsqu'il s'agit de la responsabilité des fonctionnaires publics non comptables, tels que les ordonnateurs, les administrateurs ou agents ne détenant pour le compte de l'État ni deniers ni matières. La question de savoir si ces fonctionnaires peuvent être déclarés pécuniairement responsables envers l'État des pertes causées au Trésor par leur faute reste donc entière ; et le Conseil d'État l'a toujours jusqu'ici résolue par la négative (V. notamment Cons. d'Ét. 28 mars 1924, D. P. 1924. 3. 49, et la note J. Appleton). Sans doute les fautes des fonctionnaires, matériellement dommageables pour le Trésor, engagent, comme toutes leurs autres fautes, la responsabilité

disciplinaire de leurs auteurs. Un fonctionnaire qui, par maladresse, imprudence ou mauvaise volonté, a causé une perte au Trésor, s'expose à être suspendu ou révoqué (V. les conclusions de M. le commissaire du Gouvernement Jagerschmidt dans l'affaire *Bastier*, Cons. d'Ét. 4 déc. 1891, D. P. 93. 3. 46). Mais, à moins d'une disposition législative spéciale (V. des exemples de ces cas particuliers dans Laferrière, *op. cit.*, t. 1, p. 444), ces fonctionnaires ou agents ne sont pas pécuniairement responsables envers l'État des dommages matériels qu'ils ont pu lui causer par leur faute. Cette solution résulte, non seulement de la jurisprudence contentieuse que nous allons analyser, mais d'un avis de la section des finances du Conseil d'État du 21 juillet 1885 (Dalloz, *Code des lois polit. et administr. annotées*, t. 4, v° *Comptabilité publique*, p. 523, n°s 1075 et 1076), où l'on lit : « Le droit de l'État d'obtenir, à titre de dommages-intérêts, réparation pécuniaire du préjudice que peuvent lui causer les fautes commises par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions ne saurait s'exercer que dans les cas spéciaux et déterminés qui sont prévus et réglés par des dispositions législatives formelles. » La jurisprudence est généralement approuvée par les auteurs (Laferrière, *op. cit.*, t. 1, p. 442 et suiv. ; note 5, D. P. 75. 3. 69 ; Fuzier-Herman, *Rép. gén. de droit français*, v° *Fonctionnaires publics*, n° 528 et suiv. — V. cependant Béquet, *Rép. de droit administratif*, v° *Fonctionnaires publics*, n° 279. Cet auteur conclut à la responsabilité pécuniaire du fonctionnaire envers l'État en cas de faute lourde et personnelle, et à la compétence des tribunaux judiciaires pour connaître de l'action en responsabilité).

Une particularité assez frappante doit ici être mise en lumière : la question de responsabilité des fonctionnaires envers l'État s'est généralement posée à propos d'une question de procédure. Le ministre, pour faire jouer pratiquement cette responsabilité, employait le procédé de l'arrêté de débet. Devant le Conseil d'État où le fonctionnaire portait son recours contre l'arrêté, il contestait que cette procédure fût applicable à un fonc-

tionnaire non comptable ; il devait évidemment triompher sur ce point, et la règle de l'irresponsabilité pécuniaire de ces fonctionnaires envers l'État s'est glissée dans la jurisprudence à l'abri de cette question de procédure. V. notamment Cons. d'Ét. 10 juill. 1874, *Baron*, 2e espèce (D. P. 75. 3. 70) ; 20 févr. 1885, *Hubert* (D. P. 86. 3. 92) ; 28 juin 1895 (D. P. 96. 3. 62 et les arrêts cités en note) ; *Code des lois polit.* précité, t. 4, p. 523, nos 1069 et suiv. L'arrêt du 28 juin 1895, en particulier, se borne à rappeler que les ministres ne peuvent procéder par arrêtés de débet qu'à l'égard des comptables, fournisseurs, entrepreneurs et détenteurs de deniers publics ; et ayant constaté que le demandeur au pourvoi n'appartenait à aucune de ces catégories, il annule l'arrêté sans toucher au fond de la question. Dans un arrêt du 4 décembre 1891, précédé de remarquables conclusions de M. le commissaire du Gouvernement Jagerschmidt (D. P. 93. 3. 46), le Conseil d'État, au contraire, se prononce nettement sur le fond, confirmant avec une vigueur particulière sa jurisprudence antérieure.

La question s'est posée de nouveau à une époque où une loi spéciale avait donné au ministre le procédé de recouvrement qui lui manquait et où, par conséquent, la thèse de l'État ne pouvait plus être écartée par un moyen de procédure : l'article 54 de la loi du 13 avril 1898 donne, en effet, aux ministres le droit de délivrer, sous forme d'états exécutoires, des titres parés contre tous les débiteurs de l'État, même non comptables. Le ministre avait usé de ce procédé pour mettre à la charge d'un directeur des contributions directes le montant de la perte qu'il estimait avoir été causée au Trésor par ce fonctionnaire. Sa décision, parfaitement régulière en procédure, et déclarée telle par le Conseil d'État, a été annulée au fond par le motif qu'aucune disposition législative ne permet de déclarer un fonctionnaire de cet ordre pécuniairement responsable du préjudice qu'il aurait causé à l'État par des négligences dans ses fonctions d'administrateur (Cons. d'Ét. 24 nov. 1916, *Lagarde, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 484).

L'arrêt du 28 mars 1924, précité (D. P. 1924. 3. 49), dans une hypothèse où la faute commise par le fonctionnaire (un officier de réserve dont la légèreté coupable avait fait passer par les armes, pendant la guerre, un citoyen inoffensif) était patente, a confirmé cette jurisprudence : le Conseil d'État n'a pas admis que l'Administration pût recouvrer contre le fonctionnaire coupable l'indemnité que l'État avait payée à la famille de sa victime.

137. Jurisprudence sur la responsabilité des fonctionnaires communaux. — Il est remarquable que la jurisprudence, qui a toujours résolu par la négative la question de la responsabilité pécuniaire des fonctionnaires publics envers l'Administration lorsqu'il s'agit des fonctionnaires de l'État, incline au contraire vers l'affirmative lorsqu'il s'agit des fonctionnaires communaux, et spécialement des maires. L'autorité judiciaire s'est généralement reconnue compétente pour connaître des actions en responsabilité intentées par les communes contre leurs maires, lorsqu'on peut relever contre eux un fait personnel ; et elle a, dans plusieurs cas, appliqué à ces fonctionnaires la théorie du mandat, notamment en ne les reconnaissant responsables que de leurs fautes lourdes, par application de l'article 1992 du Code civil, parce qu'ils seraient des mandataires non salariés (Chambéry, 20 janv. 1873, D. P. 74. 2. 47 ; Dijon, 28 févr. 1873, D. P. 75. 5. 90 ; 12 avr. 1894, D. P. 95. 2. 467 ; Aix, 27 janv. 1899, D. P. 1900. 2. 27).

Cette jurisprudence, bien qu'elle puisse, du moins sur la question de compétence, se fortifier d'un ancien arrêt du Tribunal des conflits (26 mars 1881, D. P. 82. 3. 59), nous paraît entachée d'une double erreur : d'abord il n'y a pas lieu de distinguer, au point de vue de la compétence, entre l'État et les communes ; la compétence administrative englobe les litiges relatifs aux actes et opérations des services publics, qu'ils soient nationaux, départementaux ou communaux ; la jurisprudence est maintenant très ferme en ce sens (V. les auteurs et arrêts cités en note sous divers arrêts

du Conseil d'État, D. P. 1920. 3. 3. col. 1, et sous Crim. 15 mars 1923, D. P. 1923. 1. 137. *Adde* Hauriou, *Précis*, 10e édit., p. 376, note 1). D'autre part, les règles du mandat privé, comme celles du louage de services, sont inapplicables aux relations entre l'Administration et ses fonctionnaires (Laferrière, *op. cit.*, t. 1, p. 677 ; Hauriou, *Précis de droit administratif*, 10e édit., p. 364. — Cf. Berthélemy, *Traité élém.*, 10e édit., p. 87; la note précitée, D. P. 1923. 1. 137).

Le Conseil d'État a évité ces erreurs ; il s'est toujours reconnu compétent lorsqu'il a été saisi par une commune d'une action en responsabilité dirigée contre son maire ; et il paraît admettre que cette responsabilité peut être engagée en cas de faute lourde (Cons. d'Ét. 13 mars 1891, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 213). Les arrêts sont surtout nombreux en ce sens lorsque la responsabilité du maire est discutée à l'occasion de travaux publics exécutés dans l'intérêt de la commune. Le Conseil d'État considère dans ce cas que l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an 8 donne compétence aux conseils de préfecture pour connaître de ces actions ; et il admet la responsabilité pécuniaire du maire envers la commune lorsqu'il a commis des fautes personnelles caractérisées (V. les arrêts cités, *Jur. gén., Supplément*, v° *Responsabilité*, nos 440 et 441 ; Cons. d'Ét. 3 juin 1892, *Guenebaut*, *Rec. Cons. d'Et.*, p. 530).

138. Solution proposée. — Les solutions qui précèdent manquent d'harmonie. Qu'il s'agisse de l'État, des départements ou des communes, la compétence administrative devrait être admise sans discussion pour les actions tendant à faire reconnaître les fonctionnaires pécuniairement responsables, envers l'Administration, de leurs fautes dommageables. Sans doute, lorsqu'il s'agit de la responsabilité des fonctionnaires envers les tiers, la compétence judiciaire est reconnue, mais c'est parce que la victime du dommage n'est pas liée au service public; elle est un simple particulier qui demande réparation en vertu de l'article 1382 du Code civil à un agent qui a cessé, vis-à-vis de lui, d'être couvert par son

caractère officiel, parce qu'en causant un dommage par sa faute personnelle, il est sorti du cadre même de sa fonction. Entre le fonctionnaire et l'État la situation n'est plus la même. Ce n'est plus un particulier, mais le Trésor public, qui a subi le dommage ; de plus, l'action met en jeu les principes de droit qui régissent la fonction publique ; elle se fonde sur les rapports réglementaires ou contractuels, de nature essentiellement administrative, que la nomination du fonctionnaire et la gestion par lui du service public qui lui est confié font naître entre l'Administration et son agent. Les questions relatives à la nomination, à l'avancement, à la révocation, à la mise à la retraite des fonctionnaires, au payement de leur solde, aux retenues opérées sur elle, à la liquidation de leur pension de retraite relèvent essentiellement de la compétence administrative. Il n'y a aucune raison pour qu'il n'en soit pas de même des actions concernant leur responsabilité pécuniaire envers l'État.

Si, quittant le terrain de la compétence, nous passons au fond du droit, nous devrons dire de même qu'il n'y a pas de raison pour exclure la responsabilité pécuniaire des fonctionnaires envers l'État si l'on admet la responsabilité pécuniaire des maires envers les communes. Les principes qui régissent la responsabilité de la puissance publique, comme celle des fonctionnaires envers les tiers, sont les mêmes, qu'il s'agisse de l'État, des départements, des communes ou des établissements publics. On ne voit pas pourquoi ils varieraient suivant qu'il s'agit d'un service national, départemental ou communal, lorsque c'est la responsabilité pécuniaire du fonctionnaire envers l'Administration qui est en cause.

Pourquoi le Conseil d'État se montre-t-il si peu disposé à admettre cette responsabilité? Les raisons de procédure qu'il a souvent données n'existent plus depuis que l'article 54 de la loi du 13 avril 1898 a mis à la disposition des ministres un mode de recouvrement (l'état exécutoire) applicable à la généralité des créances de l'État. L'argument juridique tiré du défaut de textes législatifs est insuffisant : le Conseil d'État a bien souvent construit des théories juridiques en l'absence de

textes ; celle de la responsabilité de la puissance publique est du nombre. D'ailleurs l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ne dit-il pas que tout fonctionnaire public est responsable de son administration? L'article 15 de la Déclaration pose un principe qui domine notre droit public. Dès lors, on ne saurait argumenter *a contrario* des textes qui organisent en détail la responsabilité pécuniaire des fonctionnaires envers l'État : ils ne sont que des applications particulières d'un principe général préexistant. Y a-t-il de bonnes raisons pour admettre, avec les lois des 12 vendémiaire et 13 frimaire an 8, les arrêtés du 18 ventôse an 8 et du 28 floréal an 11, les décrets du 12 janvier 1811 et du 31 mai 1862, la responsabilité pécuniaire des comptables publics et assimilés, et repousser celle des autres fonctionnaires? Si la loi du 28 nivôse an 3, titre 1, section 1, article 12, proclame et organise la responsabilité pécuniaire des commissaires des guerres, la loi du 16 mars 1882, article 11, celle des généraux commandant les corps d'armée et de leurs directeurs de services, l'ordonnance du 27 août 1828, article 82, § 2, celle des gouverneurs des colonies, quelle raison valable y a-t-il d'exclure celle des préfets ou des directeurs des régies financières? Au lieu de dire : « La loi n'admet pas d'une façon générale la responsabilité pécuniaire des fonctionnaires envers l'Administration, puisqu'elle ne l'organise que pour certains d'entre eux, » on doit dire : « Le droit public français proclame comme principe général la responsabilité des fonctionnaires publics. Ce principe a reçu à maintes reprises, en ce qui concerne la responsabilité pécuniaire de ces fonctionnaires envers l'Administration, une consécration légale. Ces textes, applicables à certaines catégories de fonctionnaires, ne sont que la mise en œuvre, dans des cas particuliers, du principe général, qu'ils consacrent en l'appliquant, et dont il appartient à la juridiction administrative d'assurer l'application dans les cas où il n'est pas réglementé en détail par les textes. »

On a dit, il est vrai, que cette responsabilité doit être exclue à raison des conséquences pratiques exor-

bitantes auxquelles elle conduirait si elle était admise : comment obliger les fonctionnaires, qui n'ont généralement qu'une fortune modeste, et dont les traitements sont peu élevés, à payer les sommes souvent énormes dont ils ont pu priver l'État par leurs fautes (*Rép. gén. de droit français*, v° *Fonctionnaire public*, n^os^ 528 et suiv.)? Mais cet argument n'a évidemment pas touché le législateur, puisqu'il organise et consacre la responsabilité pécuniaire des comptables publics et de leurs préposés, des fonctionnaires de l'intendance, des gouverneurs de colonies, etc... Il n'a pas touché non plus les tribunaux judiciaires qui, dans le domaine du droit privé, déclarent les ouvriers et employés responsables envers leurs patrons des malfaçons et pertes provenant de leur faute (V. conf. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Du contrat de louage*, t. 2, n^os^ 1687 et suiv.; Pic, *Traité de législ. industrielle*, 5^e^ édit., n° 1168, p. 816 ; Req. 15 févr. 1892, D. P. 92. 1. 364 ; Trib. civ. Lille, 1^er^ févr. 1894, *Gaz. Pal.* 94. 1. 550 ; Trib. com. Lyon, 24 juin 1898, *Gaz. des tribunaux*, 30 sept. 1898 ; 15 nov. 1904, D. P. 1905, 5. 31 ; Trib. com. Marseille, 3 juill. *Rec. de Marseille* 1908. 1. 365).

Sans doute il pourra paraître parfois trop dur de mettre à la charge du fonctionnaire la totalité du dommage, soit que la sanction apparaisse comme hors de proportion avec la faute ou avec les ressources personnelles de l'agent, soit qu'elle puisse être jugée excessive parce que la faute aurait été facilitée ou pourrait être dans une certaine mesure excusée à raison de la mauvaise organisation du service ou de négligences administratives auxquelles l'agent coupable est resté étranger. Mais il appartient au Conseil d'État, juridiction d'équité, de déterminer les cas où cette responsabilité doit être retenue, de l'admettre ou de l'écarter en tenant compte de la nature du service et de la gravité de la faute ; de la graduer et de la partager suivant les espèces, en veillant à la fois à ne pas paralyser l'initiative des agents par la crainte des responsabilités pécuniaires et à ne pas favoriser leur négligence par la certitude qu'ils échapperont à toute sanction matérielle.

Il y a là toute une construction à faire, bien digne de tenter le libéralisme et la sagacité du Conseil d'État. Certains indices montrent que la Haute Assemblée est disposée à la tenter, comme elle l'a fait bien des fois déjà, en d'autres matières, avec un plein succès.

CHAPITRE VI

COMPÉTENCE SUR LES ACTIONS EN RESPONSABILITÉ EXTRACONTRACTUELLE INTENTÉES CONTRE L'ADMINISTRATION

---

139. Considérations générales. — Dans le chapitre précédent, nous avons dû étudier cumulativement, au sujet de la responsabilité des fonctionnaires, les règles de compétence et celles concernant le fond du droit ; ces questions, comme on l'a vu, se pénètrent étroitement.

Il n'en est pas de même lorsqu'il s'agit d'étudier la responsabilité extra-contractuelle de l'État. La question de compétence une fois tranchée, il est aisé d'étudier à part les règles de fond qui régissent cette responsabilité. On ne parlera donc ici que de la question de compétence, réservant l'étude du fond du droit pour un autre chapitre de cet ouvrage (n^{os} 218 et suiv.).

Lorsque la responsabilité de l'État ou de ses succédanés découle d'un dommage causé sans faute par le fonctionnement des services publics, le caractère administratif de la responsabilité n'est pas contestable. C'est le mouvement même des services publics, organisés par les lois et les règlements administratifs, qui a causé le dommage ; seul le droit administratif peut tracer les règles de cette responsabilité, conditionnée par des considérations d'une nature toute différente de celles qui sont à la base de la responsabilité en droit privé. La nature administrative de cette responsabilité réagit sur la compétence, qui est administrative.

Lorsque la responsabilité de l'Administration est fondée sur les imperfections dommageables du service, c'est-à-dire sur une ou plusieurs fautes, lointaines ou proches, des agents publics, la solution de la question de compétence dépendra de celle de savoir sur quels principes est fondée cette responsabilité. Comme le dit fort bien Laferrière (t. 1, p. 674), « si c'est une responsabilité de droit commun dérivant des articles 1382 et 1384 du Code civil, la compétence judiciaire devra prévaloir ; si, au contraire, c'est une responsabilité d'une nature particulière, régie par le droit administratif et non par le droit civil, dérivant de rapports spéciaux entre l'État et ses agents, et non des rapports ordinaires d'un commettant avec ses préposés, la compétence appartiendra, en principe, à la juridiction administrative. »

140. L'article 1384 du Code civil est inapplicable à l'État. — L'article 1384 du Code civil rend les maîtres et commettants responsables du dommage causé par leurs domestiques et préposés. Mais ce texte est inapplicable à l'État, comme le sont les principes du mandat privé, pour des raisons analogues (V. *infrà*, n° 233).

La démonstration faite à ce sujet par Laferrière (*op. cit.*, t. 1, p. 677), si certaines de ses parties ont un peu vieilli, n'a rien perdu de sa force dans l'ensemble. Il remarque à juste titre que les expressions dont se servent les articles 1382 et 1384 (homme, commettant, préposé) seraient bien mal choisies pour désigner l'Administration et ses fonctionnaires ; qu'à l'époque où ces articles ont été rédigés, la caractère administratif de la responsabilité de l'État, l'incompétence des tribunaux pour en connaître étaient admis unanimement et même d'une façon trop absolue ; que, si l'on avait voulu bouleverser une règle aussi fortement établie, on eût pris soin de le dire expressément dans la loi, et en tout cas, d'en faire mention dans les travaux préparatoires qui sont muets sur ce point et ne font nulle part allusion aux rapports entre l'Administration et ses agents. Il résulte d'ailleurs d'un grand nombre d'indices (art. 538

et suiv., 636, 650, 2227 C. civ.) que les rédacteurs du Code civil ont voulu borner leur œuvre au droit privé et n'ont nullement entendu aborder et trancher les problèmes du droit public. Enfin, les rapports entre l'État et ses fonctionnaires, surtout lorsqu'il s'agit de la mise en œuvre de la puissance publique, comme en matière de police, ne présentent nullement le caractère juridique soit du louage de services, soit du mandat, définis et réglementés par le Code civil : le maître ou commettant du droit privé emploie des commis pour la gestion de ses propres affaires ; l'Administration prépose ses agents au soin des services publics.

M. Hauriou ajoute (*Précis*, p. 365) cette réflexion très juste : « Sans aller jusqu'à dire que la personne morale n'existe que par ses organes, on est obligé de reconnaître qu'elle ne les commet pas, parce qu'elle ne les choisit pas, et qu'au contraire ils s'imposent à elle par voie d'autorité. Ce sont les organes des personnes morales qui ont le gouvernement, c'est-à-dire le commandement. Sans doute ils sont les représentants du groupe ou de la nation; mais, dans le langage politique, un représentant n'est pas un préposé, il est un gouvernant. Il y a donc une sorte de contresens à appliquer les relations du commettant individuel au préposé individuel, qui sont celles de l'article 1384, aux relations de la personne morale et de ses organes. »

141. Les actions en responsabilité dirigées contre l'État du chef de ses agents relèvent des tribunaux administratifs. — Les principes du droit privé étant ici inapplicables, la jurisprudence soit du Conseil d'État, soit du Tribunal des conflits, soit de la Cour de cassation s'est depuis longtemps prononcée en faveur de la compétence des tribunaux administratifs sur les actions en responsabilité dirigées contre l'État.

De tout temps, le Conseil d'État a écarté l'article 1384 du Code civil lorsqu'il a statué sur les actions en responsabilité dirigées contre les administrations publiques. Dans un arrêt du 6 déc. 1855 (aff. *Rotschild*, D. P. 59. 3. 34) il déclare : « A l'Administration seule il appar-

tient, sous l'autorité de la loi,... de déterminer les rapports qui s'établissent entre l'État, les nombreux agents qui agissent en son nom, et les particuliers qui profitent de ces services, et, dès lors, de connaître et d'apprécier le caractère et l'étendue des droits et des obligations réciproques qui en doivent naître. Ces rapports, ces droits et ces obligations ne peuvent être réglés selon les principes et les dispositions du seul droit civil et comme ils le sont de particulier à particulier, notamment en ce qui touche la responsabilité en cas de faute, de négligence ou d'erreur commises par un agent de l'Administration.... »

Le Conseil d'État, par une longue suite d'arrêts, a tiré de ces principes cette conséquence que la juridiction administrative est seule compétente pour connaître de telles actions en responsabilité, qui ne peuvent être fondées sur les seules règles du droit civil et comportent un examen des conditions de fonctionnement des services publics, des actes et opérations de l'Administration, qui excède la compétence de l'autorité judiciaire (V. notamment Cons. d'Ét., 29 janv. 1892, aff. *Delagogué*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 80 ; 6 et 13 janv. 1899, D. P. 1900. 3. 66. — Cf. Cons. d'Ét. 17 mars 1922, *Cie d'assurances générales*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 245). Mais, bien entendu, les tribunaux judiciaires seraient seuls compétents pour connaître de l'action intentée, non contre l'État, mais par l'État, à un particulier qui aurait, par sa faute, causé un dommage à une propriété publique (Cons. d'Ét. 23 janv. 1924, *Soc. la Providence*, D. H. 1924. 172).

Le Tribunal des conflits, depuis l'arrêt Blanco (8 févr. 1873, D. P. 73. 3. 17), a invariablement proclamé la même théorie : « La responsabilité qui peut incomber à l'État, pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil pour les rapports de particulier à particulier ... Cette responsabilité n'est ni générale ni absolue ;... elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés ;... dès lors

l'autorité administrative est seule compétente pour en connaître » (V. dans le même sens, notamment, Trib. confl. 15 févr. 1890, D. P. 91. 3. 71 ; 10 mai 1890, D. P. 91. 3. 108 ; 29 nov. 1890, D. P. 92. 3. 47 ; 15 avr. 1905, D. P. 1907. 3. 8 ; 21 janv. 1922, *Le Moüel, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 73).

La Cour de cassation a elle-même maintes fois consacré le même principe : Civ. 4 avr. 1876 (D. P. 77. 1. 69) ; 13 juin 1876 (D. P. *ibid.*) ; 19 nov. 1883 (D. P. 84. 1. 246) ; 17 mars 1884 (D. P. 84. 1. 327) ; 26 août 1884 (D. P. 85. 1. 72) ; 27 oct. 1897 (D. P. 98. 1. 86) ; 26 déc. 1899 (D. P. 1900. 1. 254) ; 26 févr. 1912 (D. P. 1912. 1. 119) (V. *Rép. prat.*, v° *Compétence administrative*, n^os^ 386 et suiv.). L'arrêt du 26 décembre 1899 dit notamment : « La responsabilité qui peut incomber à l'État à raison d'un dommage causé à des particuliers par le fait d'un agent concourant à l'exécution d'un service public n'est pas régie par les principes établis par le Code civil, pour les rapports de particulier à particulier... » (V. conf. Civ. 19 févr. 1918, D. P. 1921. 1. 215; 16 févr. 1925, D. H. 1925. 218).

Les auteurs considèrent cette jurisprudence comme unanime et hors de discussion aujourd'hui (Berthélemy, *op. cit.*, p. 89 et suiv. ; Hauriou, *op. cit.*, p. 373 et suiv. ; Laferrière, t. 1, p. 680 et suiv. — V. aussi sur l'ensemble de la question : Teissier, *la Responsabilité de la puissance publique* ; Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. 1, p. 253 ; note de M. Jean Appleton sous onze arrêts du Conseil d'État, D. P. 1920. 3. 1. et suiv.).

142. *Quid* si l'État est poursuivi devant la juridiction répressive comme civilement responsable d'un délit commis par un fonctionnaire? — Un arrêt de la chambre criminelle (Crim. 15 mars 1923, D. P. 1923. 1. 137) avait, à tort, cru pouvoir faire exception à ces principes et admettre la compétence judiciaire dans un cas où l'Administration avait été poursuivie comme civilement responsable devant la juridiction répressive, seule compétente pour connaître de l'infraction à la loi pénale relevée contre l'agent pour-

suivi. Si, comme le proclame une jurisprudence unanime, l'article 1384 du Code civil est ici inapplicable, la responsabilité de l'Administration ne puise pas sa source dans le délit commis par le fonctionnaire coupable, mais dans la « faute du service » qui peut être reprochée à l'Administration, dans l'ensemble des considérations d'équité qui ont amené la jurisprudence administrative à construire une théorie de la responsabilité de l'Administration propre au droit public. C'est pour cette raison que Laferrière écrivait (*op. cit.*, t. 1, p. 683) : « Si le fonctionnaire accusé d'une faute personnelle et l'État civilement responsable sont assignés en même temps devant un tribunal judiciaire, il y a lieu de disjoindre l'instance et de renvoyer l'État devant la juridiction administrative » (En ce sens : Trib. confl. 20 mai 1882, *de Divonne*, D. P. 83. 3. 115. Cf. Trib. confl. 15 avr. 1905, D. P. 1907. 3. 8).

La circonstance que la procédure du conflit positif d'attributions n'est pas admise, en matière criminelle, par l'ordonnance du 1er juin 1828, ne change rien, ni à la compétence, ni au fond du droit. Cette particularité fait simplement disparaître, dans ce cas, l'une des sanctions du principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires; elle n'élargit pas le cercle de la compétence des tribunaux dont la Cour de cassation doit faire respecter les limites (V. *suprà*, nº 28).

Aussi cet arrêt de la chambre criminelle est-il resté isolé. Dans une espèce identique, le Tribunal des conflits a fait triompher les vrais principes, en décidant que les actions en responsabilité dirigées contre les administrations publiques, à raison des faits dommageables commis par leurs agents préposés à un service public, ne relèvent que de la juridiction administrative, alors même que le fait commis par l'agent constituerait un délit pour lequel il est poursuivi devant les tribunaux répressifs (Trib. confl. 26 mai 1924, D. P. 1924. 3. 52-53 et la note).

143. Actions en responsabilité contre les départements, communes et colonies. — Pendant longtemps la jurisprudence des tribunaux de l'ordre judi-

ciaire a tenté de faire, tant au point de vue des règles de la compétence que du fond du droit, une distinction entre la responsabilité de l'État et celle des départements et des communes, la juridiction administrative n'ayant à connaître, d'après elle, que des litiges intéressant l'État (Aix, 24 févr. 1880, D. P. 80. 2. 243 ; Req. 16 mars 1881, D. P. 81. 1. 194 ; 10 juin 1884, D. P. 84. 1. 365 ; 3 nov. 1885, D. P. 86. 1. 397). Le Tribunal des conflits s'était autrefois rangé à cet avis (Trib. confl. 7 mars 1874, D. P. 74. 3. 53-54. Cf. Trib. confl. 21 nov. 1896, D. P. 98. 3. 15, qui adopte une sorte de solution mixte) ; mais cette distinction, toujours condanmée par le Conseil d'État (V. notamment Cons. d'Ét. 10 mars 1911, *Hédouin*, D. P. 1913. 3. 38-39) est aujourd'hui abandonnée par le Tribunal des conflits (29 févr. 1908, D. P. 1908. 3. 49 ; 11 avr. 1908, *de Fonscolombe*, D. P. 1908. 3. 67 ; 13 mai 1908, *Jouillié*, S. 1909. 3. 49 et la note Hauriou ; 6 juill. 1912, D. P. 1916. 3. 9) et par la Cour de cassation elle-même (Civ. 26 févr. 1912, D. P. 1912. 1. 119 ; 16 févr. 1925, D. H. 1925. 218).

Il en est de même des actions en responsabilité dirigées contre les établissements publics (Civ. 16 avr. 1923, *Boca, Gaz. Pal.* 1923. 2. 27 ; Bordeaux, 6 déc. 1909, D. P. 1912. 2. 337, et la note) ; et de celles formées contre les colonies (Cons. d'Ét. 3 août 1906, *Tinayre, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 742).

En effet, comme le dit fort bien M. Hauriou, « les services rendus par les départements, les communes ou les établissements publics relèvent d'organisations communautaires plus petites, mais qui sont de même ordre que la grande communauté nationale ». Lorsqu'il s'agit de la gestion et du fonctionnement des services publics, les rapports entre les départements, les communes, les établissements publics, les colonies et leurs agents sont de même nature que ceux de l'État avec ses propres fonctionnaires (V. sur l'ensemble de la question nos deux notes D. P. 1920. 3. 2 et 3 ; 1923. 1. 137 ; et les autorités citées).

Les exceptions aux règles de compétence, ici encore, ne peuvent résulter que de la loi. C'est ainsi que les

actions en responsabilité dirigées contre les communes, à raison des dommages résultant des crimes et délits commis à force ouverte ou par violence sur leur territoire par des attroupements ou rassemblements, se déroulent devant les tribunaux civils (L. 5 avr. 1884 modifiée par L. 16 avr. 1914, art. 106 et suiv.). Cette compétence s'étend à toutes les actions récursoires, notamment à celles dirigées par la commune contre l'État, qui, aux termes des textes précités, participe dans des proportions variables aux indemnités auxquelles la commune peut être condamnée (L. 5 avr. 1884, art. 108 : « Les actions, tant principales qu'en garantie, seront portées devant les tribunaux civils, qui statueront comme en matière sommaire »).

144. Cas exceptionnels où la compétence sur les actions en responsabilité contre l'État est judiciaire. — On sait déjà (V. *suprà*, nos 52, 80) que l'État, lorsqu'il agit comme propriétaire et administrateur de son domaine privé, est soumis à la compétence judiciaire ; il arrive souvent, dans ce cas, que les préposés de l'État n'ont pas le caractère de fonctionnaires proprement dits (ouvriers travaillant à la journée, concierge d'un immeuble de rapport possédé par l'État, etc...) ; ils agissent comme le ferait un simple préposé.

De même, l'État serait responsable comme un simple particulier, en vertu de l'article 1386, de la chute d'un édifice ne constituant pas un ouvrage public (Trib. confl. 30 mai 1884, *Linas*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 436). Si, au contraire, il s'agissait d'un ouvrage public, il y aurait dommage causé par l'exécution des travaux publics, et compétence administrative.

Voici maintenant les principaux cas dans lesquels la loi elle-même attribue exceptionnellement compétence aux tribunaux judiciaires en cas de dommages causés par la faute des préposés de l'État :

1° La loi des 6-22 août 1791 sur les douanes, titre 13, article 19, déclare que « la régie sera responsable du fait de ses préposés et pour l'exercice de leurs fonctions seulement, sauf son recours contre eux ou leurs cautions ».

Dans ce cas, la compétence est judiciaire, le fait étant lié à la perception d'un impôt indirect (Dalloz, *Rép. prat.*, v° *Douanes*, n°s 1018 et suiv. ; 1165 et suiv.).

Toutefois, la jurisprudence interprète ce texte restrictivement et décide que le Conseil d'État reste compétent pour statuer sur les actions en responsabilité dirigées contre l'État à raison des fautes commises par ses préposés, en matière de douane, lorsqu'elles ne sont pas un accessoire d'une contestation concernant l'impôt (dans l'espèce, il s'agissait d'un dommage causé à un gobelet précieux lors de sa vérification) (Cons. d'Ét. 19 juin 1925, *Séligmann*, D. H. 1925. 580. — Cf. Dalloz, *Rép. prat.*, v° *Douanes*, n° 1190).

2° Aux termes du décret du 1er germinal an 13, article 29, en matière de contributions indirectes, « si le tribunal juge la saisie mal fondée, il pourra condamner la régie, non seulement aux frais, mais encore à une indemnité proportionnée à la valeur des objets, pendant le temps de la saisie ».

3° La loi du 15 juillet 1845, sur la police des chemins de fer, article 22, décide que l'État, lorsqu'il exploite un chemin de fer à ses frais et pour son compte, est soumis à la même responsabilité que les compagnies concessionnaires ; ce qui englobe à la fois les règles de fond et celles de compétence.

4° En matière de postes, télégraphe et téléphone, la responsabilité de l'État est souvent limitée par des textes spéciaux et mise en œuvre devant les tribunaux judiciaires (V. notamment, pour les valeurs déclarées, les lois du 4 juin 1859, art. 3, § 1er, du 25 juill. 1873 et du 12 août 1919, art. 6 ; en matière de comptes courants et chèques postaux, la loi du 7 janv. 1918, modifiée par celle du 28 juill. 1919, art. 7 ; en matière de recouvrements de valeurs et effets de commerce, les lois du 5 avr. 1879, art. 7, § 2, et du 30 mars 1902, art. 24). Dans plusieurs de ces cas, les textes ne se prononcent ni explicitement, ni même implicitement sur la question de compétence ; mais la jurisprudence, s'attachant à l'idée que les sommes perçues par l'État au titre des postes, télégraphes et téléphones constituent des taxes

indirectes dont le contentieux relève des tribunaux judiciaires, en déduit la compétence de ces tribunaux même sur les actions en responsabilité dirigées contre l'État à raison de ce service ; il en a été souvent jugé ainsi, notamment pour le service des téléphones (Cons. d'Ét. 21 nov. 1891, D. P. 92. 3. 48 ; 23 mars 1906, D. P. 1907. 3. 120 ; 13 mai 1910, D. P. 1912. 3. 4; Trib. civ. Seine, 3 déc. 1910, D. P. 1911. 5. 10; 11 avr. 1911, D. P. 1913. 2. 138).

5° La loi du 20 juillet 1899, qui a complété l'article 1384 du Code civil, en substituant la responsabilité de l'État à celle des membres de l'enseignement public en ce qui concerne les dommages causés par les enfants sous leurs ordres, décide, dans son article 2, que l'action en responsabilité contre l'État sera, dans ce cas, portée devant le tribunal civil ou le juge de paix du lieu où le dommage aura été causé, et dirigée contre le préfet du département.

6° En matière de responsabilité des dommages causés par les attroupements, — V. le numéro précédent.

CHAPITRE VII

DE LA PARTIE DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF RÉSERVÉE A L'AUTORITÉ JUDICIAIRE

---

145. Nomenclature. — La compétence judiciaire a été établie par la loi dans quelques matières qui, à défaut de dispositions législatives spéciales, eussent relevé des tribunaux administratifs.

Il en est ainsi en ce qui concerne : 1° le contentieux des contributions indirectes et taxes assimilées ; 2° le contentieux administratif tunisien ; 3° le contentieux des élections aux tribunaux de commerce et de quelques autres élections d'organes judiciaires ; 4° le contentieux de la petite voirie, sauf exceptions.

146. I. Contributions indirectes. Législation sur la compétence. — On sait que l'on appelle contributions directes les taxes perçues par rôles nominatifs, c'est-à-dire réclamées directement et personnellement à tel ou tel contribuable imposé nominativement. Au contraire, les contributions indirectes sont celles qui sont perçues à l'occasion de certains faits, sans que le contribuable soit d'avance recherché et cotisé nominativement.

Le contentieux des contributions directes relève des conseils de préfecture. Celui des contributions indirectes a été attribué par la loi aux tribunaux judi-

ciaires. Le principe général est posé par l'article 2 de la loi des 7-11 septembre 1790 :

> Les actions civiles relatives à la perception des impôts indirects seront jugées en premier et dernier ressort sur simples mémoires et sans frais de procédure par les juges du district, lesquels, une ou deux fois la semaine, selon les besoins du service, se formeront en bureau ouvert au public d'au moins trois juges, et prononceront après avoir entendu le commissaire du roi.

Un grand nombre d'autres textes ont admis le même principe, qui a maintenant une portée tout à fait générale : pour les contributions indirectes proprement dites, que l'on appelait autrefois « droits réunis », cette compétence a été consacrée par la loi du 5 ventôse an 12, article 88 ; pour l'enregistrement, par la loi du 22 frimaire an 8, article 65 ; pour les octrois, par la loi du 2 vendémiaire an 8, article 1er; pour les taxes postales, par la loi des 26-29 août 1790, titre 4, article 3.

Cependant, par exception, la loi du 25 juin 1920, article 70, donne compétence aux conseils de préfecture pour connaître du contentieux de la taxe sur le chiffre d'affaires établie par ce même article, bien que cette taxe constitue incontestablement un impôt indirect (V. sur l'application de ce principe : Civ. 3 juin 1924, D. H. 1924. 513 ; et *infrà*, nº 273).

On justifie, en général, la compétence judiciaire, en matière de contributions indirectes, par cette circonstance que, tandis que les impôts directs sont perçus au moyen de rôles nominatifs qui constituent des actes administratifs spéciaux et individuels, les contributions indirectes sont recouvrées en vertu de tarifs qui présentent un caractère général et réglementaire dont, par suite, l'interprétation peut être donnée par les tribunaux, sans faire échec aux principes généraux, et dont la légalité peut être librement discutée devant eux. Cette raison ne paraît pas décisive, car on pourrait citer un grand nombre de cas où l'assiette et la perception des contributions indirectes donnent lieu à des décisions d'ordre individuel qui cependant ne

font pas obstacle à la compétence judiciaire (V. notamment Cons. d'Ét. 16 janv. 1874, *évêque de Rodez*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 57 ; 13 juill. 1886, *commune de Courbevoie*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 615 ; Trib. confl. 16 juin 1923, *consorts Graber*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 501).

Il est probable que, dans l'esprit du législateur, la compétence judiciaire est justifiée par deux considérations pratiques : 1° on a voulu décharger les juridictions administratives d'une foule de contestations souvent très modiques dans leur chiffre, qui eussent encombré les rôles des conseils de préfecture ; 2° comme, dans un très grand nombre des cas, le contentieux des contributions indirectes donne lieu à des contraventions fiscales et à l'application d'une peine, il est fort logique de donner à l'autorité judiciaire une compétence assez large en cette matière, pour qu'elle puisse juger les contraventions sans être embarrassée de questions préjudicielles. Ce point étant acquis, la compétence judiciaire a été étendue tout naturellement au contentieux non répressif.

147. Étendue de la compétence des tribunaux judiciaires en matière de taxes indirectes. — Au point de vue de la nature des taxes, la compétence judiciaire s'étend à toutes celles qui entrent dans la définition que nous avons donnée des contributions indirectes ; par suite, cette compétence s'étend non seulement aux contributions indirectes proprement dites, mais à tous les impôts ou taxes de même nature perçus soit au profit de l'État, soit au profit des départements, des communes ou des établissements publics (taxes postales et télégraphiques, droits d'octroi, droits de stationnement sur la voie publique, droits de place dans les halles et marchés, droits de tonnage perçus dans les ports au profit des chambres de commerce, etc. — V. Notamment Cons. d'Ét. 17 déc. 1897, D. P. 99. 3. 28 ; 3 févr. 1899, D. P. 1900. 3. 52 ; 10 juill. 1902, D. P. 1903. 5. 212 ; Req. 30 juill. 1907, D. P. 1909. 1. 156 ; Cons. d'Ét. 10 nov. 1911, D. P. 1913. 3. 141 ; Civ. 25 févr. 1918, 2e espèce, D. P. 1921. 1. 241).

Comme on l'a vu plus haut (n° 56), la compétence judiciaire s'étend même aux difficultés liées d'une manière indivisible à la question de perception des taxes. C'est ainsi que les tribunaux peuvent être appelés à interpréter les tarifs et les divers actes administratifs généraux qui concourent à l'assiette et à la perception des contributions indirectes, et même à se prononcer, à propos d'un litige dont ils sont régulièrement saisis, sur la légalité de ces actes réglementaires (Cons. d'Ét. 17 déc. 1897, D. P. 99. 3. 28 ; Trib. confl. 30 avr. 1898, D. P. 99. 3. 94 ; Cons. d'Ét. 3 févr. 1899, D. P. 1900. 3. 52 ; 10 juill. 1902, D. P. 1903. 5. 212 ; Civ. 25 févr. 1918, 2e espèce, D. P. 1921. 1. 241 ; 28 avr. 1926, *Alamichel*, D. H. 1926. 299).

Il arrive même souvent que l'autorité judiciaire est appelée, en vertu de sa plénitude de compétence en matière de contributions indirectes, à réviser des appréciations administratives d'ordre individuel qui ne constituent pas des décisions proprement dites, mais simplement des prétentions de l'Administration. C'est ainsi, par exemple, que les droits de scolarité perçus au profit de l'État dans les établissements scolaires, participant du caractère de la contribution indirecte, le refus du ministre d'ordonner le remboursement à un élève des droits que celui-ci prétend lui avoir été indûment réclamés ne constitue pas une décision susceptible d'être déférée au Conseil d'État ; c'est une simple prétention qui s'incorpore au contentieux de la taxe et dont l'autorité judiciaire est juge (Cons. d'Ét. 3 août 1904, D. P. 1906. 3. 47).

De même, les tribunaux judiciaires, qui sont seuls compétents sur le contentieux des droits d'enregistrement, statuent librement sur les titres que peuvent avoir les demandeurs aux exemptions des droits de mutation par décès établis par la loi du 26 décembre 1914, article 6, § 1er, au profit des ascendants, des descendants et de la veuve des militaires morts pour la France ; ils ne sont pas liés par le refus opposé par le ministre de la Guerre d'admettre la prétention des dits demandeurs, et peuvent rechercher en toute liberté,

malgré ce refus, si les redevables prétendus doivent ou non bénéficier de l'exemption (Trib. confl. 16 juin 1923, *Consorts Graber, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 501. — V. un grand nombre d'autres exemples dans Laferrière, t. 1, p. 693 et suiv.).

Il y a cependant des cas où, en matière de contributions indirectes, l'Administration est appelée par la loi à prendre de véritables décisions exécutoires d'un caractère individuel ; dans ces cas, ces décisions ne pourraient pas être révisées par les tribunaux ; elles donneraient lieu, le cas échéant, à questions préjudicielles et à sursis. C'est ainsi qu'en matière d'impôts sur les alcools, la loi a confié au ministre des Finances le pouvoir de statuer sur les réclamations des redevables qui demandent décharge des manquants provenant de déchets de fabrication ; les tribunaux civils sont compétents, soit pour accorder aux redevables décharge des manquants, soit pour réviser les décisions intervenues contre eux (Req. 18 avr. 1888, D. P. 88. 1. 420 ; Req. 26 juin 1895, D. P. 96. 1. 124 ; Civ. 20 févr. 1901, D. P. 1902. 1. 299). La même jurisprudence a été appliquée, en matière d'impôts sur les vinaigres, aux décisions du ministre des Finances statuant sur les réclamations des redevables demandant décharge des manquants d'acide acétique constatés aux comptes de fabrication (Civ. 20 juin 1924, D. H. 1924. 533).

148. Contestations administratives étrangères à la perception de la taxe. — Dès que le contentieux de la perception n'est plus en cause, les règles générales de compétence reprennent leur empire, et les tribunaux judiciaires ne peuvent plus connaître du contentieux des actes administratifs concernant l'assiette ou le recouvrement des contributions indirectes. Il faut voir une application de cette idée dans l'article 136 du décret du 17 mai 1809, qui a soumis à la juridiction administrative (conseil de préfecture) les contestations qui pourront s'élever sur l'administration ou la perception des octrois en régie intéressée entre les communes et les régisseurs de ces établissements, ainsi

que les contestations entre les communes et les fermiers des octrois *sur le sens des clauses des baux*. Ces contestations sont, en effet, étrangères à la perception proprement dite des taxes ; elles ne mettent pas en présence le redevable et l'Administration ou son substitué.

La partie finale de l'article 136, § 2, ajoute que les autres contestations entre les fermiers d'octroi et les communes sont de la compétence des tribunaux judiciaires. C'est là une disposition fâcheuse, qui distingue inutilement entre le contentieux de l'interprétation des clauses du traité d'affermage des droits d'octroi, et le contentieux de pleine juridiction soulevé par ce même contrat, en réservant le premier à l'autorité administrative et le second à l'autorité judiciaire (V. sur la compétence judiciaire en cette matière, Cons. d'Ét. 27 mars 1925, D. H. 1925. 352). Il y a là un manque d'harmonie ; l'ensemble de ces contestations eût dû être réservé aux tribunaux administratifs.

La jurisprudence assimile aux droits d'octroi les droits de place dans les halles et marchés, les droits d'abatage et de pesage perçus au profit des communes ; elle applique donc aux régisseurs intéressés et aux fermiers de ces taxes les principes de l'article 136 du décret du 17 mai 1809 (Trib. confl. 15 mars 1879, *Renaud*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 229 ; 4 août 1877, *commune de Langeac*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 825 ; Civ. 29 déc. 1924, *Trassard*, D. H. 1925. 82. — Cf. Cons. d'Ét. 6 août 1924, *Charve*, *Gaz. Pal.* 1924. 2. 729).

C'est en vertu du même principe que la juridiction administrative est compétente, en matière de douanes, pour statuer sur l'action en indemnité intentée contre l'État en raison du fait qu'un objet précieux, soumis à la vérification des agents des douanes en vue de sa réexportation, a été endommagé au cours de cette opération (Cons. d'Ét. 19 juin 1925, *Séligmann*, D. H. 1925. 580).

On rattache parfois à la matière des contributions indirectes le contentieux des tarifs de chemins de fer et des perceptions qu'ils occasionnent (Laferrière, t. 1,

p. 699-701). En réalité, ces perceptions ne sont pas des taxes, mais des prix de transport. Le fait que ces sommes doivent être perçues en vertu d'un tarif homologué par le ministre ne change pas leur nature. Si la juridiction administrative est seule compétente pour statuer sur les questions de légalité des tarifs lorsque le litige fait l'objet d'une instance principale, c'est par application du principe de la séparation des pouvoirs, qui interdit aux tribunaux de connaître des actes administratifs ; et si les tribunaux judiciaires, à propos d'une contestation sur les perceptions opérées par l'exploitant du chemin de fer, peuvent connaître de l'interprétation et de la légalité des tarifs, c'est à raison du caractère réglementaire de ces actes (V. *suprà*, nos 56 et suiv.).

149. II. Contentieux administratif tunisien. — La connaissance du contentieux administratif tunisien est attribuée par le décret beylical du 27 novembre 1888 aux juridictions civiles instituées dans la Régence, et, sur appel, à la cour d'Alger. Ce contentieux comprend toutes les instances tendant à faire déclarer l'Administration tunisienne débitrice, à raison soit des marchés conclus par elle, soit des travaux qu'elle a ordonnés, soit de tout acte de sa part ayant sans droit porté préjudice à autrui (Req. 14 janv. 1896, D. P. 96. 1. 174, et le rapport de M. Ballot-Beaupré ; Civ. 23 avr. 1907, D. P. 1907. 1. 399 ; 13 mai 1924, D. H. 1924. 471).

Bien entendu, le contentieux administratif concernant l'État français continue, en Tunisie comme ailleurs, à relever de la juridiction administrative (Cons. d'Ét. 30 nov. 1923, *Couitéas*, sol. impl., D. H. 1924. 93).

150. III. Contentieux électoral judiciaire. — Les élections constituent une opération administrative. Si donc l'électorat, qui est un droit individuel, échappe à ce titre, au point de vue contentieux, à la juridiction administrative, il en est tout autrement des opérations électorales, qui présentent un caractère administratif, parce qu'elles aboutissent à une véritable collation de

fonctions et d'emplois. Le contentieux administratif ne régit point, il est vrai, les élections législatives, qui sont soumises en France au régime, d'ailleurs imparfait, de la vérification des pouvoirs par les Chambres elles-mêmes ; mais le conseil de préfecture ou le Conseil d'État, suivant les cas, connaissent du contentieux des élections administratives.

Toutefois, pour les organes judiciaires choisis à l'élection, le caractère judiciaire de leurs pouvoirs a fait attribuer ce contentieux électoral aux tribunaux de l'ordre judiciaire. Il en est ainsi notamment pour les élections aux tribunaux de commerce, aux termes de l'article 621 du Code de commerce : le contentieux de ces élections relève de la cour d'appel ; cette disposition a été introduite dans l'article 621 précité par l'article 11 de la loi du 8 décembre 1883.

La même règle est maintenant applicable aux élections aux conseils de prud'hommes (Code du travail et de la prévoyance sociale, livre. 4, art. 32).

Il en est de même du contentieux des élections aux conseils de l'Ordre des avocats ; l'article 15 du décret du 20 juin 1920 attribue la connaissance de ce contentieux à la cour d'appel (Jean Appleton, *Traité de la profession d'avocat*, n° 83).

151. IV. **Petite voirie.** — Le contentieux de la petite voirie appartient en grande partie aux tribunaux judiciaires. Cette compétence était autrefois plus complète et s'étendait en partie à la grande voirie : la loi des 7-11 septembre 1790 attribuait au tribunal « la police de conservation tant pour les grandes routes que pour les chemins vicinaux ».

Le Code pénal, dans les articles 471, nos 4, 5, 7 ; 475, nos 3, 4, 5 ; 479, nos 11, 12, a consacré cette situation. Mais déjà, avant la promulgation de ce code, la compétence des tribunaux judiciaires avait été restreinte par la loi du 29 floréal an 10, qui avait retiré à ces tribunaux la répression des contraventions de grande voirie confiée aux conseils de préfecture. La loi du 9 ventôse an 13 a, en outre, déféré à ces juridictions adminis-

tratives les usurpations et anticipations commises sur les chemins vicinaux, bien que ces chemins fassent partie de la petite voirie.

Dès lors, on peut dire désormais que le contentieux de la petite voirie appartient aux tribunaux judiciaires, tandis que le contentieux de la grande voirie relève des tribunaux administratifs. Par exception, le contentieux des usurpations et anticipations commises sur les chemins vicinaux relève des conseils de préfecture. Ce dernier point, longtemps controversé, résulte des articles 6, 7 et 8 de la loi du 9 ventôse an 13. Ce texte, qui manque de clarté, a été ainsi interprété par une décision du Tribunal des conflits du 21 mars 1850 (*Morel Wass, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 274), confirmée par de nombreux arrêts (Laferrière, t. 1, p. 706 ; Cons. d'Ét. 5 mars 1913, D. P. 1917. 3. 21).

Mais cette compétence exceptionnelle du conseil de préfecture en matière de petite voirie ne s'étend qu'aux usurpations ou anticipations et non aux dégradations. Les détériorations ou dégradations aux chemins vicinaux sont réprimées par l'autorité judiciaire (Trib. confl. 17 mai 1873, *Desanti, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 103 ; 13 mars 1875, *Gérentet, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 262).

CHAPITRE VIII

DES ACTES QUI ÉCHAPPENT AU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

SECTION I

DES ACTES LÉGISLATIFS ET PARLEMENTAIRES

152. Les actes législatifs échappent à tout contrôle judirictionnel. — Les lois ne répugnent pas, par leur nature, au contrôle d'une juridiction contentieuse. Dans plusieurs législations, les tribunaux sont juges de la constitutionnalité des lois. La confection des lois est, en réalité, confiée à un service public, le service de la législation, qui théoriquement pourrait être soumis, comme tout autre service public, au contrôle d'une juridiction (Gaston Jèze, *Principes généraux du droit administr.*, 3e édit., t. 1, p. 348).

Cependant, en droit français, il n'en est pas ainsi, pour des raisons de législation positive. Les hommes de la Révolution française se méfiaient du pouvoir judiciaire, craignaient l'esprit souvent rétrograde des tribunaux, et voulaient mettre leur œuvre à l'abri de leurs entreprises et de leur mauvaise volonté possible. C'est pourquoi ils ont pris soin de prohiber tout recours juridictionnel contre la loi, dans des textes non équivoques. C'est d'abord la loi des 16-24 août 1790, titre 2, article 11 : « Les tribunaux ne pourront prendre direc-

tement *ou indirectement* aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, *ni empêcher ou suspendre* l'exécution des décrets du corps législatif, sanctionnés par le roi, à peine de forfaiture. « La Constitution du 3 septembre 1791, titre 3, chapitre 5, article 3, dit de même : « Les tribunaux ne peuvent ni s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif ni suspendre l'exécution des lois. »

Il résulte de ces textes que les tribunaux ne peuvent ni directement, ni indirectement contrôler les lois. Les conséquences de ce principe sont les suivantes : 1° il n'existe pas de recours juridictionnel contre la loi ; 2° les décrets qui contiendraient des dispositions législatives échappent à tout recours de ce chef dès qu'ils sont approuvés par une loi ; 3° la responsabilité de l'État ne peut pas être engagée par suite du préjudice qu'une loi causerait à des particuliers ; 4° les actes des organes parlementaires, même ne constituant pas des lois, échappent également à tout contrôle juridictionnel.

153. Conséquences du principe : 1° pas de recours contre la loi. — Il n'y a aucun moyen, en droit français, de faire annuler une loi pour cause d'inconstitutionnalité. Peut-être un jour cependant pourra-t-on faire admettre par les tribunaux que l'inconstitutionnalité d'une loi devra faire écarter son application par voie d'exception. Il serait très rigoureux qu'un tribunal pût être obligé, par exemple, d'appliquer une peine à des citoyens en vertu d'une disposition législative inconstitutionnelle. La constitutionnalité, c'est-à-dire la *légalité* de la loi, devrait pouvoir être discutée sous forme d'exception devant les tribunaux judiciaires. Les textes cités au numéro précédent ne s'y opposent pas d'une manière absolue ; car lorsque l'on demande aux tribunaux l'application d'une loi inconstitutionnelle, ils ont en réalité à choisir entre la Constitution et la loi ordinaire. Or ils doivent tout d'abord obéir à la Constitution avant d'obéir à la loi ordinaire. En refusant d'appliquer une loi inconstitutionnelle, ils appliquent la Constitution ; ils préfèrent la Constitution à la loi simple dans un cas où ils sont

obligés de faire le choix (V. en ce sens Berthélemy, *Traité élém. de droit administr.*, 10e édit., p. 13, note 2). Hauriou (note sous Cons. d'Ét. 7 août 1909, *Winkel*, S. 1909. 3. 147) soutient que le Conseil d'État a fait dans cet arrêt une application de l'idée qui précède. C'est aussi l'opinion de Duguit (*Les Transformations du droit public*, p. 99 et suiv.). Cette opinion peut laisser des doutes (V. Gaston Jèze, *Principes généraux du droit administratif*, 3e édit., t. 1, p. 356-357, texte et note 1). La jurisprudence, tant administrative que judiciaire, ne cesse pas d'affirmer, au contraire, que la loi ne peut pas être contestée devant les tribunaux, même sous forme de l'exception d'inconstitutionnalité (Teissier, *Responsabilité de la puissance publique*, p. 15. — V. aussi les arrêts cités en note dans Jèze, *op. cit.*).

Par application de ce principe, la Cour de cassation a jugé qu'il n'appartenait pas aux tribunaux de contrôler l'application par les Chambres de la procédure parlementaire, pourvu que l'acte qu'il s'agit d'appliquer présente bien les caractères d'une loi (Crim. 22 oct. 1903, D. P. 1904. 1. 409). Mais, bien entendu, les tribunaux ont le pouvoir et le devoir de vérifier l'existence même de la loi dont on leur demande l'application. Par exemple, si le Gouvernement promulguait comme loi un texte qui n'aurait été voté que par une seule des deux Chambres, les tribunaux devraient constater son inexistence légale, et se refuser à l'appliquer (Laferrière, t. 2, p. 9). Les tribunaux peuvent et doivent vérifier la régularité extérieure des lois en ce sens qu'ils devraient refuser d'appliquer une loi votée ou promulguée en dehors des formes requises par la loi constitutionnelle. Ainsi nous estimons qu'ils ne devraient pas tenir compte d'une prétendue loi votée dans une assemblée inconstitutionnelle des deux Chambres ou de l'une d'elles, par exemple après qu'un décret du Président de la République aurait prononcé la clôture de la session (V. loi const. 16 juill. 1875, art. 4).

Le fait que l'interdiction pour les tribunaux de contrôler la légalité des lois a été édictée, avant tout, dans l'intérêt du Parlement permet de penser que cette

interdiction ne doit pas être aussi rigoureuse lorsqu'il s'agit des cas exceptionnels où le Président de la République fait des décrets ayant force législative. Il en est ainsi en matière de législation coloniale. Sans doute, jusqu'ici, la jurisprudence n'a pas encore admis expressément que ces décrets puissent être attaqués directement devant le Conseil d'État par la voie du recours pour excès de pouvoir (Cons. d'Ét. 16 nov. 1894, *Conseil général de la Nouvelle-Calédonie, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 593 ; Teissier, *Responsabilité de la puissance publique*, p. 18 et suiv.) ; mais si la question se posait de nouveau aujourd'hui, la solution ne serait vraisemblablement pas la même et le Conseil d'État hésiterait sans doute à écarter par principe le recours pour excès de pouvoir formé contre ces décrets.

Dès maintenant, il est admis que, devant le Conseil d'État, on peut discuter la question de savoir si les décrets pris par le Président de la République en matière coloniale l'ont été ou non dans la limite de la délégation législative qui lui a été donnée (Jèze, *Principes généraux du droit administratif*, 3e édit., t. 1, p. 377, texte et note 1 ; Laferrière, t. 2, p. 8-9 ; Teissier, *op. cit.*, p. 18, note 3).

Quid dans le cas où le Parlement aurait autorisé d'avance le chef de l'État à légiférer par voie de décrets, en matière métropolitaine? (V. sur la question G. Jèze, *op. cit.*, t. 1, p. 376, texte et note 4.)

154. 2° Les décrets approuvés par une loi échappent à tout recours. — Il est souvent arrivé, dans les périodes de crise, que le chef de l'État a été amené à prendre des mesures qui empiètent sur les pouvoirs du législateur. Ces décrets pourraient évidemment être attaqués par la voie du recours pour excès de pouvoir, mais il n'en est plus ainsi lorqu'une loi les a ratifiés soit expressément, soit même d'une façon implicite (V. sur la ratification expresse, Cons. d'Ét. 10 mars 1922, *de Boullay et Cie*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 211 ; sur la ratification implicite, Cons. d'Ét. 13 juill. 1923, *Fleury, Gaz. Pal.* 1923. 2. 551).

Autant qu'on puisse comparer les choses du droit public aux institutions du droit privé, la ratification parlementaire produit des effets analogues à la ratification de la gestion d'affaire par le maître dont l'affaire a été gérée.

155. 3° Les dommages causés par la loi n'engagent pas la responsabilité de l'État. — Il arrive souvent qu'une loi modifie plus ou moins profondément les conditions d'exercice d'une industrie, d'un commerce ou d'une profession ; qu'elle cause à un nombre plus ou moins grand de particuliers un préjudice qui souvent peut paraître injuste. Néanmoins, la responsabilité de l'État n'est pas engagée par ces actes du pouvoir législatif.

Sans doute, il arrive assez fréquemment que la loi qui porte ainsi un préjudice spécial à une classe plus ou moins nombreuse de particuliers, prévoie des indemnités à leur allouer ; mais, quand elle n'en prévoit pas, il n'appartient pas au juge de suppléer au silence de la loi. « Considérant, dit un arrêt du Conseil d'État du 13 juillet 1923 (*Fleury, Gaz. Pal.* 1923. 2. 551), qu'aucun des textes législatifs ci-dessus rappelés n'a prévu l'allocation d'une indemnité pour les industriels, autres que ceux qui sont l'objet de réquisitions, dont les intérêts pouvaient être atteints par un régime institué en vue de la défense nationale... » ; de même, un arrêt du 14 novembre 1923 (*Chambre syndicale des marchands de reconnaissances du Mont-de-Piété, Gaz. Pal.* 1924. 1. 40) a refusé d'annuler une décision par laquelle le ministre des Finances n'avait pas admis le principe d'un droit à indemnité en faveur des marchands de reconnaissances du Mont-de-Piété, dont le commerce a été supprimé par l'article 3 de la loi du 16 novembre 1919.

Il arrive aussi que la loi modifie la situation contractuelle de certaines personnes vis-à-vis de l'Administration. C'est ce qui se produit par exemple lorsqu'une loi augmente dans des proportions considérables les impôts qu'une marchandise, objet d'un marché de fournitures avec l'État, doit payer au fisc soit à titre de droits de douane, soit à tout autre titre ; ou encore

lorsqu'une loi rend, en fait, beaucoup plus onéreuse l'exécution d'un marché de travaux publics. Dans différents cas de cette espèce, le Conseil d'État a admis le principe d'une indemnité ; mais cela ne signifie pas que la responsabilité de l'Administration soit engagée ici à raison de la loi. C'est en vertu du contrat que l'État se trouve équitablement tenu de réparer les conséquences d'une situation que son cocontractant ne pouvait pas prévoir au moment où il a traité. La juridiction administrative rétablira équitablement l'équilibre d'une convention rompu par une circonstance imprévisible (Gaston Jèze, *Les principes généraux du droit administr.*, 3e édit., t. 1, p. 371-372). Cette doctrine se rattache à celle de l'imprévisibilité que nous aurons l'occasion d'étudier plus loin (n° 212).

Cependant, certains auteurs admettent que la loi pourrait engager la responsabilité de l'État, lorsqu'elle sacrifierait les intérêts de certains particuliers dans un but fiscal et se procurerait ainsi un avantage pécuniaire au moyen du dommage causé à des tiers (Hauriou, *Précis*, 10e édit., p. 385, texte et note 2) ; mais jamais la jurisprudence n'est entrée dans cette voie.

156. 4° Les actes parlementaires autres que la loi échappent également à tout recours juridictionnel. — Le Parlement fait certains actes de haute administration qui n'ont des lois que la forme. Tels sont : 1° les actes déclaratifs de l'utilité publique de certains travaux ; 2° les actes approuvant certains contrats de l'État (ventes et échanges de biens domaniaux, conventions financières passées en vue des services publics) ; 3° les actes de tutelle administrative concernant les manifestations particulièrement importantes de la vie civile des départements et des communes (Laferrière, t. 2, p. 16-17).

Ce sont là, dans le fond des choses, des actes administratifs ; mais ils n'émanent pas d'une autorité administrative, ils sont l'œuvre du législateur. Ce ne sont pas des *lois matérielles*, ce sont des *lois formelles*. Cette forme suffit pour qu'ils échappent à tout recours juri-

dictionnel, non pas parce que ce sont des lois proprement dites, mais parce que ce sont des actes du Parlement. Les irrégularités qui peuvent vicier ces actes demeurent donc sans sanction.

Toutefois, la forme législative de ces actes n'imprime pas le caractère législatif aux contrats, actes ou opérations qu'ils approuvent ou autorisent. Ceux-ci restent sujet au contrôle des tribunaux, soit administratifs, soit judiciaires, suivant les cas.

La question est plus délicate lorsqu'il s'agit d'interpréter le sens et la portée des actes de haute administration faits en force de loi. On a soutenu, avec d'anciens arrêts, que la nature administrative de ces actes donnait compétence exclusive à la juridiction administrative pour les interpréter (Laferrière, t. 2, p. 19 et suiv.). Nous croyons, au contraire, que le tribunal compétent pour juger le fond du litige le sera aussi pour interpréter l'acte de haute administration fait en forme de loi par le Parlement. Si la forme législative donnée à l'acte a pour effet d'exclure ici le contentieux de l'annulation, *a fortiori* exclut-elle le contentieux préjudiciel de l'interprétation ; et les tribunaux de l'ordre judiciaire, à propos d'un litige de leur compétence, peuvent interpréter les lois formelles comme ils interprètent les lois matérielles.

L'exclusion des recours juridictionnels s'étend à tous les actes de l'autorité parlementaire (Gaston Jèze, *Principes généraux du droit administr.*, 3e édit., t. 1, p. 384), même émanés d'une seule Chambre (règlement intérieur, élection du président ou du bureau, etc.), même accomplis par les seuls présidents de ces assemblées (sanctions disciplinaires, mesures de police, etc.— V. Cons. d'Ét. 17 nov. 1882, *Merley, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 952 ; Req. 30 janv. 1882, S. 83. 1. 111), ou émanant des commissions parlementaires.

Mais cela ne veut pas dire que les actes administratifs approuvés par des votes d'ordres du jour politiques émanés des Chambres ou de l'une d'elles doivent échapper, pour cette raison, au contrôle juridictionnel. Ils y demeurent, au contraire, soumis ; la jurisprudence

est constante en ce sens (Cons. d'Ét. 20 mai 1887, *princes d'Orléans et prince Murat*, *Rec. Cons. d'Ét.*; p. 409 ; Trib. confl. 25 mars 1889, D. P. 90. 3. 65).

D'une façon générale, toutes les fois que le Conseil d'État le peut, il retient la cause qui lui est soumise, même si elle est plus ou moins étroitement mêlée à un acte de l'autorité parlementaire, pourvu qu'il puisse statuer sans mettre en cause cet acte, sans critiquer sa légalité. Il déploie même, à cet égard, une véritable ingéniosité (Cons. d'Ét. 7 déc. 1894, *Cie algérienne*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 661 ; 8 août 1896, *Fabrique de Saint-Jean-de-Maurienne*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 663 ; 3 févr. 1899, *héritiers de Joly*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 83). C'est ainsi que le conseil de préfecture a été jugé compétent pour se prononcer sur les litiges qui peuvent surgir entre l'État et un architecte chargé par la Chambre des députés de dresser des plans et devis en vue de la construction d'une nouvelle salle des séances (Cons. d'Ét. 3 févr. 1899, précité).

Nous ne croyons pas que les difficultés relatives aux décisions prises par les organes de la Chambre des députés et du Sénat, relatives aux pensions allouées aux anciens députés ou sénateurs et à leurs familles, de même qu'aux employés des Chambres, puissent échapper à tout recours. Ces caisses de retraites sont des institutions ne présentant ni le caractère parlementaire, ni celui d'un établissement public ; ce sont des sortes de sociétés de secours mutuels, dont le contentieux relève de l'autorité judiciaire (G. Jèze, *op. cit.*, t. 1, p. 390-391 ; *contrà*, Laferrière, t. 2, p. 27).

SECTION II

DES ACTES DE GOUVERNEMENT

157. Notions générales. — (V. sur cette théorie : Laferrière, t. 2, p. 32 ; Berthélemy, *Traité élém. de droit administr.*, 10e édit., p. 111 ; Hauriou, *Précis*, 10e édit., p. 431 ; Jacquelin, *Principes dominants du contentieux*

administr., p. 297 et suiv. ; Le Courtois, *Théorie des actes de gouvernement*, 1899, avec une bibliographie complète ; Dalloz, *Rép. prat.*, v° *Compétence administr.*, n^os^ 88 et suiv. ; la note sous Cons. d'Ét. 23 juill. 1924, D. P. 1925. 3. 29, et les autorités citées ; G. Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, 3^e^ édit., t. 1, p. 393 et suiv.) La jurisprudence du Conseil d'État, du Tribunal des conflits et des tribunaux judiciaires reconnaît unanimement qu'il y a un certain nombre d'actes d'autorité qui échappent au contrôle de toute juridiction. Par tradition on les nomme « actes de gouvernement ». Les actes intéressant les rapports entre le Gouvernement et les Chambres législatives, ceux accomplis en vue de la sûreté extérieure de l'État, les actes diplomatiques, sont de ce nombre. Lorsque le Conseil d'État est saisi d'un recours contre l'un de ces actes, il le déclare irrecevable, alors même qu'il serait fondé sur la violation d'un droit. S'il s'agit, par exemple, d'un débat mettant en cause une convention diplomatique, la Haute Assemblée dit « qu'il n'appartient pas au Conseil d'État de connaître d'un débat fondé sur les droits qui résulteraient d'une convention diplomatique » (Cons. d'Ét. 28 févr. 1896, *Rosat*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 203).

Si le Conseil d'État voulait connaître d'un de ces actes, le ministre intéressé aurait le pouvoir de revendiquer l'acte devant le Tribunal des conflits, en vertu de l'article 26 de la loi du 24 mai 1872.

158. Qu'est-ce qu'un acte de gouvernement? — Nous n'avons pas l'intention de reproduire ici les ingénieuses théories qui se sont fait jour sur la question de savoir à quel critérium on reconnaît l'acte de gouvernement. Il suffira d'exposer la doctrine aujourd'hui très nette exprimant les résultats acquis par un long travail de jurisprudence.

Pour bien comprendre cette doctrine, il faut se souvenir que *gouverner* et *administrer* sont deux fonctions distinctes, quoique rapprochées l'une de l'autre : « Administrer, dit Laferrière (t. 2, p. 33), c'est assurer l'appli-

cation journalière des lois, veiller aux rapports des citoyens avec l'Administration centrale ou locale et des diverses Administrations entre elles. Gouverner, c'est veiller à l'observation de la Constitution, au fonctionnement des grands pouvoirs publics, assurer les rapports du Gouvernement avec les Chambres, ceux de l'État avec les puissances étrangères ».

L'acte de gouvernement est donc avant tout un acte politique ; mais cela ne veut pas dire que tout acte inspiré par des mobiles politiques soit un acte de gouvernement. S'il en était ainsi, le contentieux administratif serait singulièrement réduit, et les actes les plus critiquables lui échapperaient sans raison valable. « La compétence, dit encore Laferrière, dépend de la *nature* des actes et non des *mobiles* qui les inspirent. L'acte d'administration fait dans un but politique ne cesse pas pour cela d'être un acte d'administration et de relever du juge administratif. »

S'il ne faut pas, pour distinguer l'acte de gouvernement de l'acte administratif, s'attacher aux mobiles qui ont déterminé la décision, il faut encore moins rechercher le critérium dans la forme de l'acte ou dans la qualité des fonctionnaires qui l'ont accompli. Si, en effet, l'autorité gouvernementale est théoriquement distincte de l'autorité administrative, ces deux fonctions s'exercent, au moins partiellement, par les mêmes organes. C'est ainsi que le Président de la République, les ministres, et plus exceptionnellement les préfets ou les gouverneurs de colonies, pourront faire des actes de gouvernement aussi bien que des actes administratifs.

En réalité, il faut se souvenir que « le Gouvernement a pour fonction de solutionner les affaires exceptionnelles et de veiller aux grands intérêts nationaux, tandis que l'Administration a pour fonction de faire les affaires courantes du public » (Hauriou, *op. cit.*, p. 432). La frontière entre ces deux fonctions sera parfois difficile à fixer ; elle variera suivant les époques ; la jurisprudence sera chargée de la jalonner et, s'il y a lieu, de la rectifier suivant les besoins. Elle dresse la

liste des actes de gouvernement, de manière à éviter qu'elle puisse être arbitrairement étendue.

En somme, les actes de gouvernement sont des actes politiques accomplis par le pouvoir dans des cas où il a besoin de toute sa liberté et ne pourrait, sans inconvénients graves, être soumis à un contrôle juridictionnel. La liste de ces actes est dressée par la jurisprudence judiciaire et administrative, sous le contrôle du Tribunal des conflits.

159. Liste des actes de gouvernement : I. Actes relatifs aux rapports du Gouvernement avec les Chambres. — Les décrets de convocation et d'ajournement des Chambres législatives, ceux qui dissolvent la Chambre des députés, les décrets portant promulgation des lois, et surtout, en pratique, les actes par lesquels le Gouvernement use ou refuse d'user de son droit d'initiative des lois, échappent à tout recours juridictionnel. Ainsi, les particuliers ne pourraient introduire aucun recours contre le refus du Gouvernement de présenter un projet de loi destiné à faire ériger une section de commune en commune distincte (Cons. d'Ét. 13 nov. 1896, *Jacquot*, D. P. 98. 3. 18), ou à faire approuver un contrat d'échange entre un particulier et l'État (Cons. d'Ét. 17 févr. 1888, *Prévost*, D. P. 89. 3. 45).

160. II. Actes concernant la sûreté intérieure de l'État. — Il faut être très circonspect pour reconnaître à certains de ces actes le caractère d'actes de gouvernement, sans quoi il serait trop aisé d'échapper au contrôle juridictionnel en colorant les actes les plus arbitraires de prétextes tirés de la sûreté publique. Le seul exemple bien caractérisé qu'on puisse citer d'actes de sûreté intérieure échappant à tout recours contentieux est celui des décrets établissant l'état de siège. C'est là, en effet, une manifestation particulièrement énergique de l'autorité gouvernementale veillant à la sûreté de l'État.

Mais les mesures d'exécution prises à la suite de ces

décrets n'échapperaient nullement aux règles du contentieux administratif. Les lois sur l'état de siège, notamment celle du 3 avril 1878, ne donnent pas au Gouvernement des pouvoirs illimités. L'article 11 de cette loi déclare que « les citoyens continuent, nonobstant l'état de siège, à exercer tous ceux des droits garantis par la Constitution dont la jouissance n'est pas suspendue en vertu de l'article précédent ». Le Conseil d'État a souvent déclaré, au moins implicitement, qu'il avait le droit, sur la demande des particuliers, de vérifier si la limite des pouvoirs donnés aux autorités par l'état de siège n'avait pas été dépassée (V. les arrêts cités dans Laferrière, t. 2, p. 37 ; et dans G. Jèze, *op. cit.*, t. 1, p. 399-400).

Nous n'admettons pas que le caractère d'acte de gouvernement puisse être reconnu aux mesures de police sanitaire prises notamment par application de la loi du 3 mars 1822 et des ordonnances ou décrets qui l'ont complétée (Décr. 4 janv. 1896, 5 avr. 1907, 26 nov. 1921) pour interdire les frontières de terre ou de mer aux personnes, marchandises, navires, etc., qui peuvent être réputés transmettre la contagion. Si le chef de l'État ou ses subordonnés dépassaient, en cette matière, les droits que leur reconnaît la loi, leurs actes seraient sûrement exposés à la censure du Conseil d'État (*Contrà* Laferrière, t. 2, p. 41. — Cf. Dalloz, *Rép. prat.*, v° *Salubrité publique*, n°s 218 et suiv.).

Au surplus, il résulte de plusieurs arrêts du Conseil d'État qu'en dehors des décrets proclamant l'état de siège, les actes commandés ou conseillés par la sûreté intérieure de l'État ne revêtent jamais le caractère d'actes de gouvernement. Cette idée, qui ne s'est fait jour d'une façon très nette que sous la troisième République, s'est affirmée spécialement dans trois cas :

1° *Mesures prises contre les membres des dynasties déchues.* — Sous le second Empire, elles étaient considérées comme des actes de gouvernement échappant à tout recours (V. Décr. sur confl. 18 juin 1852, D. P. 52. 3. 17, à propos de la saisie des biens des princes d'Orléans ; 9 mai 1867, D. P. 67. 3. 49, au sujet de la

saisie de l'ouvrage du duc d'Aumale sur l'histoire des princes de Condé). La jurisprudence a fait à cet égard un revirement complet. C'est ainsi que le Conseil d'État a jugé recevable un recours formé contre une décision du ministre de la Guerre rayant des contrôles de l'armée les princes d'Orléans et Murat, en exécution de la loi du 22 juin 1886 sur la situation des membres des familles ayant régné en France (Cons. d'Ét. 20 mai 1887, *princes d'Orléans et prince Murat, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 409). De même le Tribunal des conflits, dans trois arrêts du 25 mars 1889 (D. P. 90. 3. 65), a reconnu l'autorité judiciaire compétente pour connaître des revendications auxquelles avait donné lieu la saisie de placards relatifs aux prétentions dynastiques du Comte de Paris : « Considérant, dit le Tribunal des conflits, que si le Gouvernement a le devoir d'assurer la sécurité de l'État et de réprimer toute entreprise tentée contre la République par les membres des familles ayant régné en France, *il n'est investi à cet égard que des pouvoirs que lui donne la loi* ; que le droit de saisie ne résulte discrétionnairement ni de la loi du 27 juin 1886, ni d'aucune autre loi... ».

2° *Actes portant atteinte à des droits privés, dans un but politique.* — Ces actes ne peuvent être considérés comme des actes de gouvernement ; ils peuvent être annulés, et même engager la responsabilité de l'Administration ou de leurs auteurs, lorsqu'ils sont accomplis en dehors des pouvoirs conférés au Gouvernement par la loi. Un arrêt du Conseil d'État a appliqué ce principe à l'arrêté d'un préfet qui avait interdit l'affichage d'un manifeste du prince Jérôme Napoléon (Cons. d'Ét. 2 avr. 1886, *Fontenaud, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 295).

3° *Actes de police intérieure accomplis au cours de la guerre.* — Ce ne sont ni des faits de guerre, ni des actes accomplis directement en vue de la sûreté extérieure de l'État. On pourrait penser que les mesures de police prises sous l'empire des besoins nouveaux et pressants nés de la guerre participent de la nature des actes de gouvernement. Le Conseil d'État ne l'a pas admis. Il a reconnu la recevabilité des recours formés contre ces

mesures, mais les a généralement rejetés au fond en déclarant que les pouvoirs de police donnés aux autorités publiques doivent être interprétés plus largement en temps de guerre qu'en temps de paix. En un mot, l'état de guerre élargit les pouvoirs de police de l'Administration sans transformer leur nature ; les actes accomplis dans ce domaine, en temps de guerre, n'échappent pas au contrôle du Conseil d'État, mais la Haute Assemblée tient compte, en appréciant la légalité de ces mesures, des besoins particuliers et extraordinaires auxquels il fallait donner satisfaction. « Considérant, dit le Conseil d'État, que les limites des pouvoirs de police dont l'autorité publique dispose pour le maintien de l'ordre et de la sécurité, tant en vertu de la législation municipale que de la loi du 9 août 1849, ne sauraient être les mêmes dans le temps de paix et pendant les périodes de guerre où les intérêts de la défense nationale donnent au principe de l'ordre public une extension plus grande et exigent pour la sécurité publique des mesures plus rigoureuses ; qu'il appartient au juge, sous le contrôle duquel s'exercent ces pouvoirs de police, de tenir compte dans son appréciation des nécessités provenant de l'état de guerre, selon les circonstances de temps et de lieu, et de la nature des périls qu'il importe de prévenir » (Cons. d'Ét. 3 févr. 1922, *dlle Métayer*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 110 ; 31 mars 1922, *Gillet*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 320).

161. III. **Décrets de grâce.** — Ce sont des actes de gouvernement, bien que leur caractère politique apparaisse moins nettement, au premier abord, que dans d'autres cas. Le Président de la République exerce le pouvoir de faire grâce en vertu d'une attribution constitutionnelle d'une nature toute spéciale, à laquelle on ne peut pas attribuer un caractère administratif proprement dit (V. Cons. d'Ét. 7 mai 1890, D. P. 91. 3. 107 ; 30 juin 1893, D. P. 94. 3. 61, et la note Hauriou dans S. 95. 3. 41 ; Dalloz, *Rép. prat.*, v° *Grâce et commutation de peine*, n° 4 et les autorités citées).

162. IV. Actes relatifs aux rapports internationaux. — Les actes relatifs à la sûreté extérieure de l'État, aux relations diplomatiques, aux rapports internationaux sont considérés par la jurisprudence comme des actes de gouvernement. Elle ne reconnaît pas aux tribunaux, même administratifs, un pouvoir de contrôle sur ces actes ; elle va jusqu'à leur refuser le droit de les interpréter à l'occasion des litiges dont ils sont compétemment saisis.

En ce qui concerne plus spécialement les mesures relatives à la sûreté extérieure de l'État, les tribunaux ont déclaré irrecevables des recours qu'ils auraient accueillis s'il ne se fût agi que de la sûreté intérieure (V. notamment Trib. civ. de la Seine, référés, 14 nov. 1886, *Peyramont*, cité par Laferrière, t. 2, p. 46, note 1. — V. aussi Cons. d'Ét. 1er juin 1923, D. P. 1923. Chron., p. 18, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 433. Cet arrêt juge que la défense faite par le Gouvernement français à la Banque de France d'effectuer sans autorisation des payements sur les sommes portées au compte de l'État russe, après la révolution de 1917, ne peut être déférée au Conseil d'État, parce qu'elle se rattache uniquement aux rapports internationaux de l'État français). Il faut pourtant se montrer très circonspect à cet égard. On comprend à la rigueur qu'en présence d'un cas de force majeure bien caractérisé, tel que la menace d'une guerre étrangère ou de mesures graves de représailles, le Gouvernement se soit cru parfois autorisé à refuser à un particulier l'application du droit (V. Cons. d'Ét. 30 nov. 1923, *Couitéas*, *Gaz. Pal.* 1924. 1. 291), ou à prendre contre lui des mesures non autorisées par la loi (suppression d'un journal, interdiction préventive d'une réunion publique, etc.) ; et que, pour ne pas anéantir l'effet de ces mesures nécessaires, quoique illégales, le Conseil d'État ait refusé de les annuler, en se fondant sur leur caractère d'actes de gouvernement. Mais les actes ainsi accomplis n'en restent pas moins des actes contraires au droit, imposés à ceux qui en souffrent par une nécessité publique. On peut se demander, dès lors, s'ils n'engendrent pas, au profit des parties lésées, une

action en indemnité contre l'État. Cette question sera examinée plus loin (*infrà*, n° 165).

En matière diplomatique et consulaire, la tendance générale, et à notre avis excessive, de la jurisprudence, est de soustraire au contrôle juridictionnel tout ce qui concerne, non seulement la conclusion des traités, mais leur exécution et leur interprétation. Ainsi échappe à tout recours contentieux l'acte d'un maire requérant des logements pour les troupes d'occupation, en vertu de la convention de Ferrières (Confl. 21 déc. 1872, *Goulet*, D. P. 73. 3. 10). De même, l'ordonnance d'un consul de France dans les Échelles du Levant portant qu'un étranger sera rayé des registres des protégés français, et la décision du ministre des Affaires étrangères rejetant la réclamation formée contre cette ordonnance, se rattachant à l'exercice des pouvoirs reconnus à la France par les traités internationaux, ne sont pas considérés comme des actes administratifs ; ce sont, aux yeux de la jurisprudence, des actes de gouvernement ne pouvant donner ouverture à un recours au Conseil d'État (Cons. d'Ét. 12 févr. 1904, D. P. 1905. 3. 56).

C'est en vertu des mêmes principes que le Conseil d'État n'accorde aucun recours aux nationaux français contre les décisions par lesquelles le ministre refuse d'appuyer leurs griefs auprès d'une puissance étrangère, et de demander en leur faveur des réparations ou des indemnités (Cons. d'Ét. 12 janv. 1877, *Dupuy*, D. P. 77. 3. 27 ; 23 déc. 1904, D. P. 1906. 3. 63 ; 31 mai 1918, *Bastide*, *Rec. Cons. d'Et.*, p. 525).

C'est encore à la même idée qu'il faut rattacher un arrêt qui a déclaré irrecevable le recours contre l'arrêté d'un gouverneur de colonie transformant une portion du domaine colonial en territoire de protectorat (Cons. d'Ét. 18 mars 1898, *Conseil général du Sénégal*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 233).

Plus récemment, le Conseil d'État a décidé : 1° que la légalité et la portée d'une convention internationale (il s'agissait du traité d'Algésiras) ne peuvent être discutées devant le Conseil d'État au contentieux

(Cons. d'Ét. 5 août 1921, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 833) ; 2° que le Conseil d'État n'est pas compétent pour examiner les critiques élevées contre l'interprétation donnée par le Gouvernement français à des conventions d'ordre diplomatique, interprétation de laquelle il résultait que certaines conventions conclues entre une compagnie et la municipalité européenne de Shanghaï ne constituaient pas des contrats de concession de services publics (Cons. d'Ét. 27 janv. 1922, D. P. 1923. 1. 220, sous-note *a*, et *Rec. Cons. d'Ét.* 1922, p. 87) ; 3° qu'une décision d'un gouverneur général de colonie, prescrivant la remise à des autorités étrangères d'objets saisis, étant prise en exécution d'une convention diplomatique, n'est pas de nature à être déférée au Conseil d'État par la voie du recours pour excès de pouvoir (Cons. d'Ét. 22 déc. 1922, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 992) ; 4° qu'une décision du ministre de la Guerre, avertissant un particulier que celui-ci ne peut bénéficier des dispositions du traité de Versailles relatives à la réparation par l'Allemagne des dommages causés, par suite de mauvais traitements, à des prisonniers de guerre, étant prise pour l'application desdites dispositions du traité, n'est pas susceptible, à raison de sa nature, d'être déférée au Conseil d'État statuant au contentieux (Cons. d'Ét. 9 janv. 1925, D. H. 1925. 123) ; 5° que le Conseil d'État est incompétent pour interpréter un contrat d'affrètement passé entre le Gouvernement français et un gouvernement étranger (Cons. d'Ét. 23 mars 1923, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 308) ; 6° qu'il n'appartient pas au Conseil d'État de connaître d'un litige portant sur l'interprétation donnée par l'État français aux clauses de la convention d'armistice du 11 novembre 1918 (Cons. d'Ét. 23 juill. 1924, D. P. 1925. 3. 29).

On peut se demander si ces décisions ne présentent pas un caractère trop absolu. Les tribunaux judiciaires n'hésitent pas à interpréter les conventions diplomatiques toutes les fois que leur application n'a trait qu'à des intérêts purement privés, et que le litige ne met pas en jeu, directement ou indirectement, une question de souveraineté, d'ordre public, ou plus exactement une

question de droit international public (V. Crim. 23 févr. 1912 et 8 mars 1913, D. P. 1915. 1. 81 et la note de M. Paul Pic ; 13 août 1920, D. P. 1921. 1. 58 ; 22 mars et 9 août 1923, D. P. 1923. 1. 121 ; Civ. 2 juin 1923, D. P. 1923. 1. 217 et la note de M. Paul Pic).

Il est à craindre, d'autre part, que les auteurs des actes diplomatiques ou des décisions rendues en exécution de ces actes, s'ils échappent au contrôle du Conseil d'État, ne fassent trop souvent bon marché des droits individuels. Le service diplomatique est un service public comme les autres ; il devrait, comme les autres, être assujetti à un contrôle juridictionnel. Le Conseil d'État le sent bien, d'ailleurs ; il l'a montré, en ne se refusant plus aussi rigoureusement qu'autrefois à admettre en cette matière les demandes en indemnité des particuliers lésés (Cons. d'Ét. 30 nov. 1923, *Couitéas*, précité). Il est vraisemblable que le Conseil d'État ne s'en tiendra pas là, et qu'il distinguera entre les actes diplomatiques eux-mêmes, qui pourront toujours difficilement entrer dans le contentieux administratif, et les mesures d'exécution prises en France, qui pourraient y être le plus souvent soumises (V. Trib. confl. 25 mars 1911, *Rouzier*, S. 1911. 3. 183 et la note).

163. V. **Actes et faits de guerre.** — On décidait autrefois que les pertes et dommages de toute nature qu'occasionnent les actes et faits de guerre ne peuvent donner lieu à aucune réclamation d'indemnité ; et cela alors même qu'ils ne proviennent pas de l'ennemi, mais des nationaux eux-mêmes, comme par exemple lorsqu'un édifice situé sur le territoire français, occupé par l'ennemi, est détruit par l'artillerie nationale. V. notamment, sur cette jurisprudence, Cons. d'Ét. 22 févr. 1907 (D. P. 1908. 3. 84) ; 5 juill. 1919 (*Rec. Cons. d'Ét.*, p. 594).

Aujourd'hui, les lois des 17 avril 1919 et 24 juin 1919 ont bouleversé cette conception. Elles ne voient plus dans la réparation des dommages causés par la guerre un acte de pure bienveillance, mais un véritable devoir légal de solidarité, l'exécution d'une sorte d'assurance

naturelle et mutuelle contre l'un des plus graves parmi les risques sociaux. Ces dommages donnent donc lieu à réparation. Les actes qui les ont causés n'en restent pas moins rattachés à la théorie des actes de gouvernement en ce sens qu'envisagés indépendamment de leur exécution, ils échappent à tout contrôle juridictionnel. Il en a été ainsi jugé, par exemple, à l'occasion des expulsions prononcées par l'autorité militaire en Alsace-Lorraine, dans la période de l'armistice (Cons. d'Ét. 13 juill. 1923, *Keil*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 564), et à l'occasion de saisies de marchandises opérées, pendant la guerre, par l'État français sur les navires neutres (Cons. d'Ét. 3 mars 1922, *Cie Van den Bergh's, limited*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 190).

La définition des actes et des faits de guerre conserve un intérêt à un autre point de vue : les demandes en indemnité pour dommages de guerre doivent être portées, à la suite d'une procédure réglée par les lois de 1919, devant des tribunaux administratifs spéciaux ; si au contraire les dommages pouvant engager la responsabilité de l'État, même survenus pendant la guerre, n'ont pas pour cause un fait de guerre proprement dit, ils relèvent, en premier et dernier ressort, du Conseil d'État, juge de droit commun en matière administrative.

Un fait de guerre est tout événement occasionné par la guerre et s'imposant comme le résultat d'une force majeure ou d'une nécessité immédiate de la lutte. Un fait de guerre peut donc (c'est ce qui arrivera le plus souvent) n'être pas un acte juridique, mais un incident matériel des opérations, un agissement : tel est, par exemple, un bombardement destructif. Mais il peut se présenter aussi sous la forme d'un acte juridique : tel serait un ordre d'évacuation de la population.

D'après ce qui vient d'être dit, on devra considérer comme faits de guerre d'abord les dommages qui résulteront des combats, par exemple ceux causés par les bombardements ou par l'action des combattants eux-mêmes, les bouleversements de terrain causés par les tranchées, terrassements, les démolitions d'édifices, les occupations d'immeubles aux abords du combat.

De même on considérera comme des faits de guerre tous les autres faits « qui se rattachent aux nécessités immédiates de la lutte, alors même qu'ils sont prémédités par l'autorité militaire et accomplis par elle en dehors de toute contrainte immédiate de l'ennemi » (Cf. Laferrière, t. 2, p. 46 et suiv.). C'est ainsi qu'à ce point de vue ont été considérés comme faits de guerre : 1° l'occupation d'un domaine situé près de Versailles par le campement d'une partie des troupes rassemblées à l'occasion de l'insurrection communaliste (Cons. d'Ét. 9 mai 1873, *Pesty Reymond*, D. P. 74. 3. 9) ; 2° le déroutement et l'immobilisation d'un navire ordonnés par les autorités maritimes au cours de la guerre de 1914-1918 par suite de l'accusation, plus tard reconnue fausse, de transport de contrebande de guerre (Cons. d'Ét. 5 juin 1919, *Rec. Cons. d'Et.*, p. 594).

Au contraire, ne constitueraient pas des faits de guerre : 1° les opérations préparatoires, telles que les contrats faits en vue de l'approvisionnement des armées, les opérations de mobilisation, les transports de troupes, etc... ; 2° les mesures préventives de défense accomplies dans le rayon d'action des places de guerre ou sur des points stratégiques choisis à l'avance en vue d'éventualités qui peuvent ne pas se produire ; 3° les réquisitions militaires faites sur le territoire français, pour les besoins des armées nationales ou alliées. La loi du 3 juillet 1877 règle la question des indemnités dues par l'autorité militaire pour réquisitions. Cette loi, amendée à diverses reprises et notamment par celles du 17 juillet 1898 et du 27 mars 1906, donne compétence à l'autorité judiciaire pour régler, en cas de contestation, les indemnités qui peuvent être dues.

Dans le même ordre d'idées, il a été jugé implicitement que les dommages causés par l'explosion accidentelle d'un approvisionnement de grenades au cours de la guerre, mais loin des opérations (explosion du fort de la Double-Couronne), ne constituaient pas des faits de guerre et donnaient lieu à des indemnités réglées par le Conseil d'État en vertu des principes généraux de la responsabilité de la puissance publique (Cons. d'Ét.

28 mars 1919, *Regnault-Desroziers*, D. P. 1920. 3. 6-7, et la note *ibid.*, p. 4, col. 2).

164. Que faut-il penser de la théorie des actes de gouvernement? — (V. sur cette question Hauriou, *Précis*, 10e édit., p. 435, texte et note 1, et les auteurs cités ; Duguit, *Traité de droit const.*, t. 1, p. 210 et suiv.)

Cette doctrine essaye de se fonder sur la distinction théorique entre l'autorité administrative et l'autorité gouvernementale ; strictement la distinction est exacte, mais ce n'est pas là l'explication véritable de la place prise dans le droit administratif par la théorie des actes de gouvernement. En effet, d'abord il n'y a pas de raison pour ranger parmi les actes de l'autorité gouvernementale les mesures relatives à la sûrete intérieure de l'État, telles que les déclarations d'état de siège ; il en est de même pour les actes diplomatiques, tout au moins pour ceux qui constituent des mesures d'exécution, et non des traités proprement dits : la diplomatie est un service public comme un autre. En ce qui concerne les faits de guerre, nous venons de voir que la loi de 1919 les soustrait en grande partie aux conséquences de la théorie des actes de gouvernement, puisqu'elle prévoit l'allocation d'une indemnité à ceux qui en sont victimes.

Restent les actes concernant les rapports des gouvernements avec les Chambres. Sans doute, ces actes apparaissent comme d'une nature spéciale ; mais la véritable raison de leur caractère intangible, c'est qu'ils touchent à l'organisation parlementaire, et que, s'ils étaient critiqués en justice, le Parlement lui-même pourrait en prendre ombrage.

Il n'y a donc pas de raison juridique suffisante pour soustraire les actes dits de gouvernement à tout contrôle juridictionnel. Si notre droit positif admet cette exception, c'est qu'elle lui a été imposée pour des motifs politiques ; notre organisation politique ne supporte pas encore complètement l'idée que tous les actes juridiques sont susceptibles de contrôle. La « raison d'État » conserve son jardin secret.

Le danger de cette solution, c'est que les gouvernements sont tentés d'élargir indéfiniment le cercle des actes couverts par la raison d'État. Nous avons vu que pendant longtemps on y avait fait entrer des actes importants inspirés par des mobiles politiques. Ce temps n'est plus, mais on peut toujours craindre de le voir renaître.

Cependant, en droit positif français, on peut ne pas condamner entièrement la théorie des actes de gouvernement, pour deux raisons : elle a une base dans les textes ; l'article 26 de la loi du 24 mai 1872 autorise les ministres à revendiquer devant le Tribunal des conflits les affaires portées devant la section du contentieux du Conseil d'État qui n'appartiendraient pas au contentieux administratif. Cela veut dire que les ministres, au moyen de la procédure du conflit, peuvent s'opposer au contrôle juridictionnel par le Conseil d'État des actes auxquels ils attribuent la qualité d'actes du Gouvernement. Cette disposition reproduit l'article 47 de la loi du 3 mai 1849 que M. Vivien, rapporteur, commentait ainsi : « Il est des droits dont la violation ne donne pas lieu à un recours par la voie contentieuse. Dans un gouvernement. représentatif... il est des circonstances où, en vue d'une grande nécessité publique, les ministres prennent des mesures qui blessent les droits privés. Ils en répondent devant le pouvoir politique. Les rendre justiciables du tribunal administratif, ce serait paralyser une action qui s'exerce en vue de l'intérêt commun. Les mesures de sûreté générale, l'application des actes diplomatiques, ne rentrent pas non plus dans le contentieux administratif... On ne saurait sans danger les livrer à l'apprécition d'une juridiction quelconque. »

Dautre part, au point de vue politique, la théorie des actes de gouvernement a favorisé en fait le développement du contentieux administratif ; elle constitue une sorte de soupape de sûreté qui permet au Gouvernement de soustraire au contrôle juridictionnel les actes qu'il ne veut lui abandonner à aucun prix. En lui permettant cette exception limitée et rare, on sauve de l'arbitraire tout le reste des actes de l'Administration.

Si le Gouvernement n'avait pas l'assurance qu'une certaine catégorie de ses actes échappera aux recours contentieux, il disputerait à la juridiction administrative l'ensemble des actes de puissance publique. Au contraire, la théorie des actes de gouvernement apaise la méfiance gouvernementale contre la juridiction administrative, en faisant à la raison d'État sa part. En mettant hors de la légalité quelques actes en nombre restreint et d'un caractère politique prédominant, on a permis à tous les autres actes d'entrer dans le contentieux. L'article 26 de la loi du 24 mai 1872 ne donnant aucune définition de l'acte de gouvernement, la jurisprudence s'est trouvée libre de restreindre la liste de ces actes suivant les besoins et les possibilités du moment.

165. L'acte de gouvernement exclut-il les recours en indemnité? — L'effet principal du caractère reconnu aux actes du Gouvernement est de soustraire ceux-ci à tout contrôle juridictionnel quant à leur légalité : ils ne peuvent être annulés, leur exécution ne peut être suspendue ou entravée par la juridiction administrative. Mais, comme ces actes sont de nature à causer des dommages spéciaux à certains individus, ne peut-on pas concevoir qu'ils fassent naître une action en indemnité fondée sur la théorie du risque social?

Jusqu'à ces dernières années, le Conseil d'État repoussait toute action en indemnité (Cons. d'Ét. 3 mars 1905, *Mante*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 226 ; 22 févr. 1907, *Le Chartier*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 185 ; 18 déc. 1891, *Vandelet et Faraud*, S. 93. 3. 129 ; 11 févr. 1916, *Moninot*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 79).

Les auteurs cependant étaient disposés à faire une exception à cette règle lorsque, par un acte de gouvernement, il est porté atteinte à une propriété privée. Dans ce cas, certains d'entre eux émettaient l'opinion que la dépossession ainsi réalisée constituant une expropriation indirecte, l'autorité judiciaire serait compétente pour fixer une indemnité (Hauriou, *Précis*, 10e édit., p. 35 et 436).

Plus récemment, M. Gaston Jèze a repris cette opi-

nion en la généralisant (*Les principes généraux du droit administr.*, 3e édit., t. 1, p. 411).

Le Conseil d'État a fini par entrer dans cette voie dans un important arrêt (Cons. d'Ét. 30 nov. 1923, *Couitéas*, *Gaz. Pal.* 1924. 1. 291). Cet arrêt constate que le demandeur avait obtenu des tribunaux français de Tunisie des décisions passées en force de chose jugée l'autorisant à faire expulser tous occupants de terres de parcours lui appartenant. Le Gouvernement français n'avait pas voulu prêter la main à l'exécution de ces décisions, craignant des troubles graves de la part des tribus installées sur le domaine litigieux. Le Conseil d'État n'a pas critiqué la décision prise par le Gouvernement, se refusant à prêter main-forte à un particulier pour l'exécution d'une décision de justice dans un pays de protectorat, mais il ajoute : « ... Considérant que le justiciable nanti d'une sentence judiciaire dûment revêtue de la formule exécutoire est en droit de compter sur l'appui de la force publique pour assurer l'exécution du titre qui lui a été ainsi délivré ; que si, comme il a été dit ci-dessus, le Gouvernement a le devoir d'apprécier les conditions de cette exécution et le droit de refuser le concours de la force armée, tant qu'il estime qu'il y a danger pour l'ordre et la sécurité, le préjudice qui peut résulter de ce refus ne saurait, s'il excède une certaine durée, être regardé comme une charge incombant normalement à l'intéressé, et qu'il appartient au juge de déterminer la limite à partir de laquelle il doit être supporté par la collectivité ».

Le Conseil d'État constate ensuite que la privation de jouissance totale et sans limitation de durée, résultant pour le demandeur de la mesure prise à son égard, lui a imposé, dans l'intérêt général, un préjudice pour lequel il est fondé à demander une réparation pécuniaire, et il le renvoie devant le ministre des Affaires étrangère pour être procédé à la fixation des dommages-intérêts qui lui sont dus.

Bien qu'en l'espèce on puisse contester au refus d'exécution, par le Gouvernement, d'un jugement rendu en faveur d'un particulier le caractère d'acte de gou-

vernement, il faut reconnaître qu'il s'en rapproche beaucoup. La décision du Conseil d'État apparaît donc comme l'amorce d'une intéressante évolution jurisprudentielle qui, tempérant les effets des actes de gouvernement au moyen d'une compensation pécuniaire, rendrait plus acceptable leur élimination du contentieux en ce qui concerne la critique de leur légalité (V. le commentaire de cet arrêt dans G. Jèze, *op. cit.*, t. 1, p. 278 et suiv., 412).

SECTION III

DES ACTES JUDICIAIRES

166. Les actes judiciaires échappent au contentieux administratif, même quand ils émanent d'agents de l'Administration. — Il est à peine besoin de dire qu'aucun organe de l'Administration active ou juridictionnelle ne pourrait mettre obstacle à l'exécution d'un jugement, ni réformer, annuler ou censurer un acte judiciaire. Ainsi jugé, notamment, pour les procès-verbaux dressés par les gendarmes à l'effet de constater des infractions relevant du tribunal de simple police (Cons. d'Ét. 20 janv. 1922, *Bardon*, 1er arrêt, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 46).

La juridiction administrative serait également sans compétence pour apprécier ou censurer les actes d'un officier public ou ministériel, dans ses fonctions de l'ordre judiciaire, tel qu'un notaire chargé de la liquidation d'une succession (Cons. d'Ét. 20 janv. 1922, *Bardon*, 2e arrêt, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 46).

Les décisions du ministre de la Justice, comme celles des autres ministres, sont évidemment susceptibles de soulever un contentieux administratif de sa nature ; mais il en est autrement lorsque le ministre fait un acte à proprement parler judiciaire. Il en est ainsi, par exemple, de la décision du ministre de la justice qui, saisi par un particulier d'une plainte contre un

notaire, refuse d'enjoindre au Parquet d'intenter une poursuite disciplinaire (Cons. d'Ét. 10 févr. 1922, D. P. 1923. 3. 39, et la note) ; de la décision par laquelle le même ministre s'est refusé à demander la révision d'un jugement criminel (Cons. d'Ét. 20 janv. 1922, *Bardon*, 3e arrêt, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 47).

Il arrive parfois que des actes qui, pris isolément, pourraient être considérés comme administratifs, sont si étroitement liés à des procédures judiciaires, qu'ils en font partie intégrante et n'en peuvent être détachés ; dans ce cas ils ne sont pas de nature à être déférés à la juridiction administrative (Cons. d'Ét. 6 janv. 1922, *Cie des produits chimiques d'Alais*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 10).

Certains actes, en effet, sont judiciaires de leur nature. La circonstance qu'ils sont accomplis par des fonctionnaires de l'ordre administratif ne change rien à leur caractère. Tels sont, par exemple, les actes de police judiciaire accomplis par le préfet de police à Paris et les préfets dans les départements. En d'autres termes, les actes judiciaires et de police judiciaire échappent à la connaissance des tribunaux administratifs, alors même qu'ils sont accomplis par les agents de l'Administration (Laferrière, t. 1, p. 486). C'est ainsi qu'une arrestation, une incarcération sont des actes judiciaires, alors même qu'il y est procédé par des agents administratifs et que ceux-ci se prévaudraient d'une sorte de pouvoir disciplinaire non reconnu par la loi, comme en matière de répression de la prostitution (Lyon, 28 janv. 1904, D. P. 1904. 2. 321 et la note).

Il y a lieu de rapprocher les observations qui précèdent de ce que nous avons dit *suprà*, nos 73 et suiv., à propos des droits individuels, et de ce qu'on lira *infrà*, no 296, au sujet du recours pour excès de pouvoir.

LIVRE III

LES JURIDICTIONS ET LA PROCÉDURE

INTRODUCTION

LES DIVERS JUGES ADMINISTRATIFS

167. Énumération des principales juridictions administratives. — L'organisation de la juridiction administrative en France comprend les tribunaux suivants :

1° Un tribunal supérieur investi de la plénitude de juridiction, juge de droit commun en matière administrative : le Conseil d'État ;

2° Dans chaque grande région de France et d'Algérie, un tribunal administratif de première instance, le conseil de préfecture interdépartemental. Ces tribunaux ne prononcent jamais qu'à charge d'appel devant le Conseil d'État (sauf en matière de comptabilité publique, où leurs décisions sont sujettes à appel devant la Cour des comptes) ;

3° Les conseils du contentieux dans les colonies, qui sont aussi des juridictions de première instance, avec appel devant le Conseil d'État ;

4° Des tribunaux spéciaux, dont quelques-uns ne sont même que des commissions temporaires, tribunaux chargés de statuer sur telle ou telle catégorie de litiges dépendant du contentieux administratif. Ces tribunaux spéciaux relèvent tous du Conseil d'État, tout au moins comme juge de cassation.

Il nous reste à énumérer ces tribunaux spéciaux en

donnant sur chacun d'eux des renseignements sommaires : le cadre de cet ouvrage ne permet pas, en effet, d'étudier chacun d'eux dans les détails de son fonctionnement. Nous nous bornerons à présenter une étude plus détaillée du Conseil d'État, des conseils de préfecture et des conseils du contentieux des colonies.

a) Parmi les tribunaux administratifs spéciaux, le plus important de beaucoup est la Cour des comptes. Cette haute juridiction, organisée par la loi du 16 septembre 1807, a deux sortes d'attributions : 1° elle exerce un contrôle administratif sur les *ordonnateurs*, fonctionnaires chargés d'engager les dépenses publiques, de décider l'emploi des deniers de l'État, mais qui n'ont pas le maniement des fonds ; 2° elle a juridiction sur les *comptables*, fonctionnaires chargés de percevoir et d'encaisser les deniers publics ainsi que d'effectuer les payements sur l'ordre des ordonnateurs.

b) Les conseils de révision, organisés par les différentes lois qui se sont succédé en France sur le recrutement de l'armée, dont la dernière est celle du 1er avril 1923. Les conseils de révision, qui forment l'objet du chapitre 2 du titre 2 de cette loi (art. 17 et suiv.), statuent définitivement sur l'incorporation des jeunes gens appelés à l'armée.

c) Le Conseil supérieur de l'Instruction publique est une juridiction à la fois disciplinaire et contentieuse, organisée par la loi du 27 février 1880. Elle connaît de l'appel des décisions prises par les conseils départementaux de l'Instruction publique et par les conseils académiques.

d) La Commission supérieure en matière de contribution extraordinaire sur les bénéfices de guerre, organisée par l'article 11 de la loi du 1er juillet 1916, est également une juridiction administrative spéciale dont les décisions peuvent être frappées de pourvoi pour excès de pouvoir ou violation de la loi devant le Conseil d'État...

e) Il faut en dire autant des juridictions (commissions cantonales et tribunaux de dommages de guerre) créées par la loi du 17 avril 1919 et diverses lois modi-

ficatives, en vue de régler les indemnités pour dommages causés au cours de la guerre de 1914-1918.

f) Le même caractère de juridiction administrative spéciale appartient aussi à la Commission supérieure de classement des établissements passibles de l'impôt sur le chiffre d'affaires (art. 64 de la loi du 25 juin 1920). Le Conseil d'État en a tiré cette conséquence que devant cette juridiction doivent être observées toutes les règles générales de procédure dont l'application n'a pas été écartée par une disposition législative formelle ou n'est pas inconciliable avec l'organisation même de la commission (Cons. d'Ét. 23 mars 1923, *Wattebled et Cie*. *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 297).

g) Le Conseil des prises est une juridiction administrative d'un caractère très spécial statuant sur les prises maritimes en temps de guerre (Décr. 9 mai 1859. — V. sur cette juridiction Laferrière, t. 2, p. 67 et suiv.).

h) Les tribunaux départementaux et les cours régionales des pensions, organisés par la loi du 31 mars 1919, article 35 et suiv., relèvent du Conseil d'État par la cassation.

Cette énumération est loin d'être complète. Toutefois, il ne faudrait pas confondre avec les véritables juridictions administratives des commissions qui ne constituent que des organes consultatifs et n'exercent pas une juridiction véritable. Tels sont les comités locaux d'examen et la commission centrale d'examen sur l'avis desquels est prononcée l'inscription ou le maintien des architectes sur la liste des hommes de l'art auxquels les sociétés coopératives de reconstruction peuvent confier la surveillance des travaux régis par la loi du 15 août 1920 (Cons. d'Ét. 30 nov. 1923, *Bouvard*, D. H. 1924. 110).

168. Les ministres ne sont pas des juges administratifs. — Cette question a déjà été examinée plus haut (n° 49). Au début et pendant la plus grande partie du XIXe siècle, les ministres étaient considérés, non seulement comme des juges administratifs, mais encore comme des juges de droit commun en matière adminis-

trative, c'est-à-dire que toutes les fois que la loi n'avait pas attribué à un autre tribunal la connaissance d'une catégorie de litiges administratifs, c'est aux ministres qu'il fallait en demander la solution (V. Cons. d'Ét. 28 mars 1885, *Vivarès, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 398).

Une graduelle évolution, presque entièrement jurisprudentielle, mais grandement facilitée par la loi du 24 mai 1872 sur l'organisation du Conseil d'État, et due surtout à la haute autorité de Laferrière, a abouti à l'élimination complète des ministres comme juges administratifs. Aux termes d'une jurisprudence aujourd'hui trop fermement établie pour être sérieusement contestée, non seulement les ministres ne sont pas des juges de droit commun en matière administrative, mais encore ils ne sont jamais des juges.

C'est là l'une des applications les plus intéressantes du principe, lentement dégagé, de la séparation de l'Administration active et de la juridiction administrative.

Pendant longtemps on a pensé que lorsque les ministres prennent des décisions en vue de la gestion des intérêts de l'État (liquidation ou refus de liquidation de créances contre l'État, liquidation de pensions de retraite, interprétation des marchés de fournitures passés pour le compte de l'État, résiliation de ces marchés pour manquement du fournisseur à ses engagements envers l'État), ils statuent comme juges. C'est là une erreur : ils prennent des décisions qui cristallisent pour ainsi dire le litige et lient le contentieux, mais ce ne sont point des jugements. Le ministre ne statue pas non plus comme juge lorsqu'il prononce sur la réclamation formée contre les actes des autorités qui lui sont subordonnées. En statuant sur un recours hiérarchique, le ministre fait acte d'administrateur actif; il règle une difficulté de pure administration active, comme un chef d'industrie ou de commerce peut être appelé à en régler lorsque ses divers chefs de service sont en difficulté avec la clientèle. S'il fallait reconnaître aux ministres le caractère de juge dans ce cas, il faudrait donner le même titre aux préfets qui statuent sur les recours hiérar-

chiques formés contre les actes des sous-préfets ou des maires, si bien que notre Administration serait peuplée de juges, et qu'on y chercherait en vain des administrateurs.

Il y a enfin certains cas dans lesquels on a pu croire assez longtemps que le ministre faisait office de juge ; ce sont ceux où le ministre statue en matière de contentieux électoral. Il en est ainsi, par exemple, en matière d'élections au Conseil supérieur de l'Instruction publique (Décr. 16 mars 1880, art. 12), d'élections des prudhommes-pêcheurs (Décret-loi du 9 janv. 1852 ; Décr. 18 nov. 1859 ; Cons. d'Ét. 5 mai 1922, *Gabriel le Misso, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 401).

Mais, là encore, le ministre statue en vertu de ses pouvoirs généraux d'organisation et de surveillance sur les organes qui lui sont subordonnés, et non comme juge. Cela est si vrai que le Conseil d'État reconnaît aux préfets le droit d'annuler les élections aux comices agricoles organisés par la loi du 20 mars 1851, alors que personne n'a soutenu que les préfets étaient des juges administratifs (Cons. d'Ét. 29 avr. 1922, D. P. 1923. 3. 55).

Laferrière a parfaitement résumé l'ensemble de la question du ministre juge lorsqu'il a écrit : « Nous pensons qu'on ne saurait confondre avec un pouvoir de juridiction le droit de décision qui appartient aux ministres, dans les matières qui sont ou peuvent devenir contentieuses. Ce droit de décision est inhérent à leur fonction d'administrateurs, soit qu'ils gèrent les services de l'État, soit qu'ils exercent la puissance publique directement ou comme supérieurs hiérarchiques d'autres autorités. On ne doit pas voir là un pouvoir de juridiction, mais un attribut spécial de la fonction exécutive, dont l'exercice peut provoquer des recours, soit devant le juge administratif, soit devant les tribunaux judiciaires, selon la nature et l'objet de la décision ministérielle » (Laferrière, t. 1, p. 306-307. — V. aussi t. 1, p. 450 et suiv.).

CHAPITRE PREMIER

LE CONSEIL D'ÉTAT

SECTION I

ORGANISATION DU CONSEIL D'ÉTAT AU CONTENTIEUX

169. Règles générales. — L'organisation du Conseil d'État statuant au contentieux a beaucoup varié depuis sa fondation. Rappelons seulement que, depuis la loi du 24 mai 1872, le Conseil d'État a un pouvoir propre de juridiction ; il rend des arrêts et ne se borne plus à préparer des décrets au contentieux pris par le chef de l'État.

La haute juridiction administrative est aujourd'hui régie par des textes nombreux, dont les plus importants sont : les décrets du 11 juin et du 22 juillet 1806, le second particulièrement remarquable, car il règle la procédure à suivre devant le Conseil d'État statuant au contentieux ; la loi du 24 mai 1872, puis une série de mesures législatives et réglementaires ayant avant tout pour but d'augmenter le personnel, de réorganiser et de simplifier la procédure afin d'éviter l'encombrement toujours croissant des affaires (L. 26 oct. 1888 ; 17 juill. 1900 ; 8 avr. 1910, art. 96 ; et surtout L. 1er mars 1923 et Décr. 4 août 1923).

Les Conseil d'État au contentieux possède des organes de jugement et des organes d'instruction. Les organes

de jugement sont : 1° la section du contentieux et ses deux sous-sections ; 2° la section *spéciale* du contentieux et ses trois sous-sections ; 3° l'assemblée publique du Conseil d'État statuant au contentieux.

Cette dernière était autrefois l'organe normal de jugement, les sections ne jugeant qu'exceptionnellement les litiges. Depuis la loi du 1er mars 1923, ce rôle est dévolu à la section du contentieux :

ART. 9. — La section du contentieux est juge des affaires qui relèvent de la juridiction contentieuse du Conseil d'État...

A côté de cet organe normal de jugement, la section spéciale n'a qu'une juridiction d'exception : elle juge les affaires de contributions directes ou taxes assimilées, et d'élections.

Enfin, l'assemblée publique du contentieux n'est plus qu'un organe *de renvoi*, c'est-à-dire qu'elle ne juge que les affaires qui lui sont renvoyées de la section du contentieux ou de la section spéciale, dans les conditions que nous aurons à préciser.

Ces organes de jugement ne peuvent délibérer qu'en nombre impair. Lorsque les membres présents à la séance sont en nombre pair, le plus ancien des maîtres des requêtes présents à la séance est appelé à siéger. Dans le cas où elles ne seraient pas en nombre pour délibérer, ces diverses formations se complètent par l'appel de conseillers d'État, ou, à leur défaut, de maîtres des requêtes pris dans l'ordre du tableau (L. 1er mars 1923, art. 5).

Les organes d'instruction sont les quatre *comités d'instruction* créés dans le sein de la section du contentieux (L. 1er mars 1923, art. 2).

Il y a, auprès des diverses formations du Conseil d'État au contentieux, un ministère public, les *commissaires du Gouvernement*, dont l'importance est considérable (L. 1er mars 1923, art. 5 ; L. 17 juill. 1900).

170. La section du contentieux. — La section du contentieux se compose d'un président et de douze

conseillers d'État en service ordinaire, de maîtres des requêtes et d'auditeurs de 1re et de 2e classe dont le nombre est déterminé par le décret portant règlement intérieur du Conseil d'État. Elle est divisée en deux sous-sections, qu'il est question de porter à quatre, dont chacune a les mêmes pouvoirs que la section entière. Le président de la section les préside l'une et l'autre; à son défaut, le plus ancien des présidents des comités d'instruction préside la séance.

La section du contentieux ne peut juger qu'au nombre de sept membres ; chaque sous-section au nombre de cinq membres. Elle connaît d'une façon générale de toutes les affaires contentieuses portées devant le Conseil d'État, sauf les affaires de contributions et d'élections qui relèvent de la section spéciale.

Le jugement d'une affaire pendante devant la sous-section doit être renvoyé soit à la section, soit à l'assemblée du contentieux, lorsque le renvoi est demandé soit par le vice-président du Conseil d'État, soit par le président de la section du contentieux, soit par décision de la sous-section ou du comité d'instruction, soit par le commissaire du Gouvernement (L. 1er mars 1923, art. 3). On procède ainsi dans les affaires qui présentent une grande importance, ou qui engagent un principe. Le Conseil d'État réussit ainsi, malgré la multiplicité des organes de jugement qui le composent, à maintenir l'unité de sa jurisprudence.

171. La section spéciale du contentieux. — La section spéciale avait été organisée à titre de section *temporaire* par la loi du 26 octobre 1888; mais le nombre croissant des affaires a fait décider son maintien à titre définitif. Elle est composée, indépendamment d'un président et de douze conseillers d'État, de maîtres des requêtes et d'auditeurs de première et de deuxième classe dont le nombre et les conditions d'affectation sont déterminés par le décret portant règlement intérieur du Conseil d'État (Décr. 4 août 1923, art. 11). La section spéciale est divisée en trois sous-sections qui ont les mêmes pouvoirs que la section elle-même

et comprennent chacune quatre conseillers. Le renvoi à la section spéciale d'une affaire pendante devant une sous-section peut être demandé dans les mêmes conditions que pour la section du contentieux (Décr. 4 août 1923, art. 12). Il en est de même du renvoi à l'assemblée du contentieux (*ibid.*, art. 19) ; mais alors le dossier doit être transmis à la section du contentieux, pour la préparation du rapport, soit par elle-même, soit par l'un de ses comités d'instruction.

La section spéciale juge les affaires de contributions directes et taxes assimilées et d'élections. C'est un contentieux extrêmement abondant, mais moins important que celui soumis à la section du contentieux.

172. L'assemblée publique du contentieux. — L'assemblée publique du Conseil d'État statuant au contentieux se compose : 1° du vice-président du Conseil d'État ; 2° du président et des conseillers de la section du contentieux ; 3° de cinq conseillers d'État en service ordinaire, choisis dans la section de législation et dans les sections administratives et élus chaque année, en octobre, par le Conseil d'État réuni en assemblée générale. — A défaut du vice-président du Conseil d'État, la présidence de l'assemblée publique appartient au président de la section du contentieux, et, à son défaut, au plus ancien des présidents des comités d'instruction (L. 1er mars 1923, art. 4).

L'assemblée publique du contentieux ne peut juger valablement que si onze membres au moins, ayant voix délibérative, sont présents (L. 1er mars 1923, art. 5). Elle statue sur les affaires qui lui sont renvoyées de la section du contentieux ou de la section spéciale, comme on l'a vu plus haut. Elle juge aussi les recours formés contre ses propres décisions.

Comme on le voit, les diverses formations du Conseil d'État ont en partie le même personnel. Les formations les plus nombreuses sont composées des membres composant les formations plus restreintes, avec addition des membres extérieurs. C'est un procédé souvent employé en matière administrative.

173. Les comités d'instruction. — Les comités d'instruction, qui sont au nombre de quatre, constituent un organe d'information et de préparation des dossiers, qui contrôle, active, critique, ratifie ou amende le travail du rapporteur nommé dans chaque affaire. Le rapporteur est lui-même l'organe du comité d'instruction (ou de la section, si l'affaire a été renvoyée à la section pour instruction).

Les comités d'instruction n'existent que dans la section du contentieux et non dans la section spéciale, où chaque sous-section instruit elle-même l'affaire avec le rapporteur avant de la juger.

Le système des comités d'instruction sera abandonné si le Parlement vote le projet déposé par le Gouvernement le 26 janvier 1925. Ce projet prévoit la transformation des quatre comités d'instruction en quatre sous-sections ayant pouvoir de juger. Ce système doublerait le nombre des organes de jugement de la section du contentieux, ce qui hâterait la solution des affaires. Pour la généralité des affaires, en effet, il n'est nécessaire ni que l'instruction soit dirigée par un comité, ni que le litige soit jugé par sept magistrats. Il suffit qu'un rapporteur instruise l'affaire au nom de la sous-section, et que celle-ci juge avec trois magistrats, sauf la possibilité de saisir soit la section entière, soit l'assemblée publique du contentieux dans les cas graves ou engageant un principe.

174. Le ministère public. — Il existe devant le Conseil d'État un ministère public composé, pour la section du contentieux, de commissaires du Gouvernement et de commissaires adjoints, pris respectivement parmi les maîtres des requêtes et parmi les auditeurs, nommés par décret (L. 1er mars 1923, art. 5) ; et pour la section spéciale, de quatre commissaires adjoints pris parmi les auditeurs de première classe, également nommés par décret (L. 8 avr. 1910, art. 96 ; Décr. 4 août 1923, art. 11).

Leur rôle est d'examiner les dossiers des affaires instruites par les sections ou les comités d'instruction, ainsi que les rapports et les projets d'arrêt, et de donner

leur avis en séance publique. Si l'examen du dossier conduit le commissaire du Gouvernement à une solution autre que celle proposée par le rapporteur, il est d'usage qu'il en avise l'organe d'instruction, lequel délibère à nouveau.

Les commissaires du Gouvernement ont toujours joué un rôle considérable dans l'élaboration de la jurisprudence administrative. Il s'est rencontré parmi eux un grand nombre d'hommes de haute valeur, dont les conclusions sont très utiles à consulter pour l'intelligence des arrêts et des tendances jurisprudentielles du Conseil d'État. Leur rôle est souvent difficile, car il leur est arrivé bien des fois d'avoir à combattre des prétentions auxquelles l'Administration attachait un grand intérêt. Dans l'ensemble, leur esprit d'indépendance a été à la hauteur de leur valeur juridique.

SECTION II

ATTRIBUTIONS CONTENTIEUSES DU CONSEIL D'ÉTAT

175. Caractères généraux de la juridiction du Conseil d'État. — Cette juridiction présente les trois caractères suivants : 1° elle est *souveraine*, en ce sens que c'est la juridiction suprême en matière administrative : 2° elle est *générale*, c'est-à-dire que toutes les affaires contentieuses administratives, en quelque point du territoire national ou colonial qu'elles aient surgi, et même si elles sont nées sur le territoire d'un pays étranger, pourvu qu'elles concernent l'Administration française, peuvent être portées devant le Conseil d'État soit directement, soit par voie d'appel, soit au moyen du recours en cassation, suivant les cas; 3° enfin, elle est *ordinaire*, c'est-à-dire que le Conseil d'État est le juge de droit commun en matière administrative.

En dehors de sa juridiction *ordinaire*, le Conseil d'État a reçu une juridiction d'*attribution* par de nombreux textes. Nous allons d'abord examiner ces cas,

dans lesquels la loi s'est expressément prononcée. A ce point de vue, le Conseil d'État statue soit comme juge unique, soit comme juge d'appel, soit comme juge de cassation.

176. Compétence d'attribution du Conseil d'État. I. Le Conseil d'État juge unique. — A ce titre, le Conseil d'État statue en premier et dernier ressort, notamment sur les matières suivantes : 1° les recours en annulation pour excès de pouvoir (L. 24 mai 1872, art. 9) ; 2° les recours spéciaux en annulation introduits en vertu de l'article 40 du décret du 22 juillet 1806 ; 3° le contentieux des élections aux conseils généraux (L. 31 juill. 1875) ; 4° le contentieux des démissions d'office prononcées contre les conseils généraux, d'arrondissement et municipaux, à la requête du ministre de l'Intérieur, en vertu de la loi du 7 juin 1873 ; 5° les réclamations formées contre les arrêtés des préfets statuant sur l'annulabilité ou la nullité de droit des délibérations des conseils municipaux (L. 5 avr. 1884, art. 66 et 67) ; 6° le contentieux des marchés de fournitures de l'État (Décr. 11 juin 1806, art. 13) ; 7° les réclamations en matière de pensions civiles et militaires (L. 14 avr. 1924, art. 66).

177. II. Le Conseil d'État juge d'appel. — Le Conseil d'État connaît par la voie de l'appel de toutes les affaires qui sont déférées par la loi aux conseils de préfecture (L. 22 juill. 1889, art. 57), et aux conseils du contentieux des colonies (Ord. 21 août 1825, art. 161 ; Décr. 5 août 1881, art. 86).

Les remarques suivantes peuvent être faites, au sujet de cette voie de recours : 1° l'appel peut être formé quelque minime que soit l'intérêt du litige, un intérêt public étant présumé en jeu dans toute affaire qui relève de la juridiction administrative ; 2° le recours devant le Conseil d'État n'est pas suspensif de l'exécution de la décision attaquée, à moins que le Conseil d'État n'accorde un sursis par arrêt spécial (Décr. 22 juill. 1806, art. 3 ; L. 24 mai 1872, art. 24).

178. III. Le Conseil d'État juge de cassation. — Le Conseil d'État peut être saisi d'un pourvoi en cassation contre les décisions de toutes les juridictions administratives qui ne lui sont pas subordonnées par l'appel.

La loi a très souvent consacré ce principe, notamment pour les arrêts de la Cour des comptes (L. 16 sept. 1807, art. 17) ; pour les décisions des conseils de révision en matière de recrutement militaire (L. 1er avr. 1923, art. 27) ; pour celles de certaines juridictions administratives éphémères, telles que les tribunaux de dommages de guerre (L. 17 avr. 1919, art. 36), les commissions départementales de reconstitution foncière (L. 4 mars 1919, art. 2 et 5 ; Cons. d'Ét. 19 nov. 1924, D. H. 1925. 8), les cours régionales des pensions (L. 31 mars 1919, art. 43), etc.

Mais un texte spécial n'est pas nécessaire pour autoriser le pourvoi en cassation devant le Conseil d'État. Il résulte des dispositions générales des lois des 7-14 octobre 1790 et du 24 mai 1872, article 9, que le Conseil d'État est le régulateur suprême des compétences en matière administrative, et qu'il statue sur les excès de pouvoir que peuvent commettre toutes les autorités administratives. Les juridictions administratives elles-mêmes n'échappent donc pas à sa censure (V. sur le recours en cassation *infrà*, nº 355).

Les ministres peuvent, en outre, former devant le Conseil d'État des pourvois *dans l'intérêt de la loi*, en vertu de leurs pouvoirs généraux de contrôle sur l'ensemble des administrations publiques. Mais ces recours, applicables même aux décisions qui ne sont pas en dernier ressort, ne peuvent aboutir qu'à une censure purement doctrinale de la décision frappée de pourvoi (Laferrière, t. 1, p. 321-322).

179. Le Conseil d'État juge de droit commun en matière administrative. — Le Conseil d'État, sous l'influence de Laferrière, s'est reconnu juge de droit commun en matière administrative, c'est-à-dire qu'il se déclare investi du pouvoir de statuer sur tous les litiges administratifs auxquels la loi n'a pas assigné

d'autre juge. En d'autres termes, toutes les fois qu'une décision administrative ou une situation de fait provenant du fonctionnement d'un service public donne lieu à réclamation contentieuse, et que la loi ne donne expressément aucun juge à cette réclamation, c'est le Conseil d'État qui est compétent en premier et dernier ressort, pour en connaître.

Cette jurisprudence s'est établie sur les ruines de la prétendue juridiction ministérielle. Lorsqu'il a été admis que les ministres n'étaient pas des juges administratifs, il a bien fallu convenir qu'ils étaient encore moins des juges de droit commun (V. *suprà*, nos 49, 168).

On avait essayé de soutenir, il est vrai, que les conseils de préfecture pouvaient revendiquer le rôle de juges de droit commun du contentieux administratif. On se fondait pour cela d'abord sur un rapport de Rœderer au cours des travaux préparatoires de la loi du 28 pluviôse an 8 (Laferrière, t. 1, p. 220). Mais les termes de ce rapport prouvent qu'il ne s'agissait, dans la pensée de son auteur, que du contentieux départemental, de celui dont le préfet eût hérité comme successeur des administrations départementales révolutionnaires, si l'on n'eût pas constitué une juridiction collégiale.

On invoquait en second lieu, dans le même sens, un décret au contentieux du 6 décembre 1813 ; mais ce décret n'a que la valeur d'un document de jurisprudence. Pour instituer un juge de droit commun, il faut un texte de loi ; il manque ici. Les attributions contentieuses des conseils de préfecture sont énumérées par l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an 8 et de nombreux textes plus récents ; nulle part le rôle de juge de droit commun en matière administrative ne leur y est dévolu.

Le Conseil d'État a établi ses pouvoirs de juge de droit commun en matière administrative sur trois textes principaux :

1° La constitution du 22 frimaire an 8, article 52 :

> Sous la direction des consuls, un Conseil d'État est chargé de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative.

2° Le règlement du 5 nivôse an 8 :

Le Conseil d'État prononce... sur les affaires contentieuses dont la décision était précédemment remise aux ministres.

3° La loi du 24 mai 1872, article 9 :

Le Conseil d'État *statue souverainement* sur les recours en matière contentieuse administrative...

Ces textes donnent au Conseil d'État une juridiction administrative souveraine et générale de droit commun. On l'a contesté, et l'on a soutenu que les textes de l'an 8 s'étaient bornés à attribuer au Conseil d'État une juridiction en dernier ressort, laissant aux ministres une juridiction ordinaire en premier ressort. C'est une erreur. Il suffit de lire attentivement les textes pour voir qu'ils ne laissent aux ministres aucune attribution juridictionnelle ; ils substituent, en cette matière, le Conseil d'État aux ministres. Avant l'an 8, les ministres étaient les juges de droit commun en matière administrative ; depuis, cette attribution a passé au Conseil d'État.

Voyons maintenant quelles sont les principales applications que le Conseil d'État a faites de cette idée.

La doctrine de la Haute Assemblée s'est d'abord manifestée dans le domaine du contentieux préjudiciel, dit « contentieux de l'interprétation ». Les questions préjudicielles renvoyées par l'autorité judiciaire à l'Administration sont de deux sortes : il se peut, d'abord, que le sens d'un acte administratif obscur ou ambigu demande à être interprété ; il arrive, en second lieu, que la validité d'un acte administratif soit mise en question. Dans ce dernier cas, le Conseil d'État a très vite admis qu'en l'absence de tout juge désigné par la loi, le recours préjudiciel en appréciation de validité devait être porté devant lui (Cons. d'Ét. 28 avr. 1882, *Ville de Cannes*, D. P. 83. 3. 89). Cette jurisprudence a été étendue, par la suite, au cas où il s'agit du recours préjudiciel en interprétation proprement dit (Cons. d'Ét. 15 févr. 1895, D. P. 96. 3. 22).

Le Conseil d'État a, d'autre part, et à maintes reprises,

admis la même doctrine à propos du contentieux de pleine juridiction. Le premier arrêt qui, à notre connaissance, ait fermement admis cette doctrine, est en date du 24 juin 1881 (*Bougard*, D. P. 82. 3. 51). Il s'agissait d'une contestation relative à une pension communale; l'acte attaqué était un arrêté préfectoral qui n'avait point été, au préalable, frappé d'un recours devant le ministre de l'Intérieur. Celui-ci opposait à la requête une fin de non-recevoir tirée de ce que la décision du préfet, n'ayant pas été soumise au ministre sur le recours de la partie intéressée, n'était pas définitive et ne pouvait, par conséquent, être déférée directement au Conseil d'État. L'arrêt rejette ce moyen en déclarant « que si l'arrêté attaqué pouvait être déféré au ministre de l'Intérieur..., il n'en avait pas moins, à l'égard du sieur Bougard, le caractère d'une décision de nature à être déférée directement au Conseil d'État par la voie contentieuse ».

Dans un autre arrêt, qui eut plus de retentissement encore, le Conseil d'État se reconnut compétent, en l'absence de toute décision ministérielle, pour connaître de la demande en indemnité formée contre une ville par un employé municipal révoqué. Cette décision constate que « du refus du maire et du conseil municipal de Marseille de faire droit à la réclamation du sieur Cadot, il est né entre les parties un litige dont il appartient au Conseil d'État de connaître (Cons. d'Ét. 13 déc. 1889, *Cadot*, D. P. 91. 3. 41. — V. aussi Trib. confl. 4 juill. 1896, *Bergeon*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 556).

Dans ses arrêts plus récents, le Conseil d'État se montre plus net et plus hardi encore. Dans un arrêt du 20 déc. 1912 (*Fusion des gaz*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 1234), il tranche ainsi la question de compétence sur un litige entre un permissionnaire qui avait reçu (sans concession ni marché de travaux) l'autorisation d'entreprendre un service d'éclairage électrique, et la commune intéressée : après avoir constaté qu'aucun marché de travaux publics pouvant justifier la compétence du conseil de préfecture n'est intervenu, l'arrêt déclare « qu'en délivrant cette autorisation, le maire de Pamiers

a eu en vue la distribution de l'éclairage électrique et a agi pour assurer un service public ; qu'ainsi il appartient à la juridiction administrative de statuer sur le présent litige et qu'*à défaut d'un texte attribuant compétence à un autre tribunal, le Conseil d'État est compétent* pour prononcer... ».

Dans deux arrêts du 23 janvier 1925, le Conseil d'État, en matière de reconstitution des voies ferrées d'intérêt général détruites ou endommagées pendant la guerre et en matière de liquidation de pensions militaires, se prononce avec plus d'énergie encore dans le même sens et se déclare, en propres termes, « juge de droit commun » en matière administrative (Cons. d'Ét. 23 janv. 1925, *Chemins de fer du Nord*, D. H. 1925. 143 ; même date, *Pallu*, D. H. 1925. 144. — V. sur l'ensemble de la théorie Berthélemy, *Traité élém.*, 10e édit., p. 967 et suiv.).

SECTION III

PROCÉDURE DEVANT LE CONSEIL D'ÉTAT

180. Caractères généraux de la procédure contentieuse devant le Conseil d'État. — (V. Jacquelin, *L'évolution de la procédure administr.*, *Rev. de droit publ.*, 1903 ; Laferrière, t. 1, p. 327 à 354.) La procédure contentieuse administrative en général, et celle qui est suivie devant le Conseil d'État en particulier, se caractérisent par les traits suivants :

1° L'instruction est dirigée par le juge et non par les parties. C'est une procédure du type *inquisitoire*, comme la procédure criminelle par voie d'instruction, et non du type accusatoire, comme la procédure civile. Elle est ainsi très supérieure à cette dernière, où les parties, nécessairement représentées par des avoués, lesquels sont personnellement intéressés à la multiplication des actes, se forgent des armes de combat avec les règles de la procédure créées pour assurer la clarté et la loyauté du débat.

En matière administrative, le juge, qui a la haute main sur la procédure, veille à ce qu'elle ne puisse servir qu'à son but, sans dégénérer en chicane (Berthélemy, *Traité élém.*, 10e édit., p. 1007-1008).

La représentation des parties est cependant assurée par des mandataires-conseils d'une grande indépendance et d'une véritable autorité, les *avocats au Conseil d'État;* mais ces auxiliaires de la justice administrative, n'étant pas rémunérés d'après un tarif basé sur le nombre des actes de procédure accomplis, n'ont aucun intérêt à compliquer les litiges. D'ailleurs, la procédure administrative a évité la complication onéreuse de la dualité de conseils (avocats et avoués), que l'immense majorité des nations civilisées a déjà rejetée en matière judiciaire. Les parties, devant le Conseil d'État, sont représentées et assistées par un conseil unique, l'avocat.

2° La procédure administrative est avant tout écrite. Le débat oral n'y constitue qu'un accessoire. Le plus grand nombre des litiges se termine sans qu'on y ait recours. Tous les chefs de demande, tous les moyens doivent faire l'objet d'un exposé écrit, soumis au juge et communiqué à la partie adverse. Les surprises sont ainsi évitées, et l'instruction peut se dérouler sans qu'aucun point échappe aux investigations du rapporteur.

3° La procédure administrative est en partie secrète, du moins pour le public ; mais elle doit être contradictoire, en ce sens que le défendeur doit être mis exactement au courant de ce qui lui est demandé, et le demandeur de ce qui lui est répondu ou opposé par son adversaire.

La sentence est toujours rendue publiquement lorsqu'il y a constitution d'avocat. Quand il y a débat oral, il est aussi public.

4° La procédure administrative est simple et économique. Les requêtes, les mémoires, sont communiqués aux parties qu'ils intéressent par la voie administrative, sans ministère d'huissier. Les formules obscures sont réduites au minimum ; les actes sont clairs et aisément intelligibles. Les pièces, déposées au greffe, sont

communiquées sans déplacement. Toutefois, les requêtes, ainsi que les pièces qui y sont jointes, peuvent être accompagnées, en vue des communications, de copies sur papier libre certifiées conformes par les requérants (Décr. 4 août 1923, art. 22).

Les droits d'enregistrement sont beaucoup moins onéreux qu'en matière judiciaire (V. sur tous ces points Berthélemy, *op. cit.*, p. 1007 et suiv.).

181. Représentation des parties par avocats. — Il existe auprès du Conseil d'État et de la Cour de cassation un corps d'avocats dont le nombre est limité, qui sont titulaires de charges transmissibles et qui ont le privilège de représenter et d'assister les parties devant ces juridictions. Leur ministère était toujours indispensable sous l'empire des décrets de 1806 (Décr. 11 juin 1806, art. 33, et 22 juill. 1806, art. 44). Les ministres seuls en étaient dispensés (Décr. 11 juin 1806, art. 16 et 17).

Aujourd'hui il existe une série de cas dans lesquels les parties peuvent rédiger, signer et déposer elles-mêmes leurs recours, et par suite sont dispensées du ministère de l'avocat au Conseil d'État. Ce sont principalement les catégories d'affaires suivantes : 1° les réclamations en matière électorale (L. 22 juill. 1889, art. 61) ; 2° les demandes en matière de contributions directes et de taxes assimilées (L. 22 juill. 1889, art. 61) ; 3° les recours pour excès de pouvoir (Décr. 2 nov. 1864, art. 1er ; L. 17 avr. 1906, art. 4) ; 4° les contestations en matière de pensions civiles ou militaires (Décr. 2 nov. 1864, art. 1er ; L. 17 avr. 1906, art. 4) ; 5° les affaires dépendant du contentieux répressif (L. 22 juill. 1889, art. 61); 6° les recours contre les décisions des conseils de préfecture en matière d'assistance médicale gratuite (L. 15 juill. 1893, art. 33), et en matière d'assistance obligatoire aux vieillards (L. 14 juill. 1905, art. 36).

Dans les cas où le ministère de l'avocat au Conseil d'État n'est pas obligatoire, les parties peuvent, comme nous venons de le dire, rédiger, signer, déposer elles-mêmes leurs recours ; mais elles ne seraient pas admises à présenter en personne des observations orales. Une

certaine tolérance a existé autrefois à cet égard, soit devant le Conseil d'État, soit devant le Tribunal des conflits, assujetti aux mêmes règles (V. Laferrière, t. 1er, p. 329) ; mais elle ne serait plus admise aujourd'hui (V. Dalloz, *Rép. prat.*, v° *Conseil d'État*, nos 1818 et suiv.). En effet, d'une part tous les textes qui organisent le débat oral devant le Conseil d'État réservent la plaidoirie aux avocats et ne font aucune mention des parties elles-mêmes (V. notamment Décr. 4 août 1923, art. 7 *in fine*, 10, 17, al. 2 et 3, 18) ; d'autre part, il est peu vraisemblable que, dans des matières aussi techniques que celles discutées devant le Conseil d'État, les observations orales de plaideurs peu initiés aux affaires administratives puissent être d'une sérieuse utilité.

Bien que les ministres soient dispensés du ministère des avocats au Conseil d'État, ils doivent obligatoirement y recourir lorsqu'ils veulent faire présenter des observations orales. Ils ne le peuvent, d'ailleurs, que s'ils sont parties en cause, c'est-à-dire dans les cas où ils ont à fournir de véritables conclusions exprimant des prétentions juridiques, et non dans ceux où ils ont à formuler de simples avis.

182. Introduction des demandes. — L'instance s'engage par une requête, qui constitue le *recours* ou *pourvoi*, adressée au Conseil d'État et déposée, sauf exceptions, au secrétariat du contentieux. Elle doit être écrite sur papier timbré et enregistrée. Dans certains cas exceptionnels, la requête est dispensée de timbre et d'enregistrement (par exemple en matière d'élections municipales : L. 5 avr. 1884, art. 40) ; dans d'autres cas, l'enregistrement se fait en débet (en matière d'excès de pouvoir : L. 17 avr. 1906).

Les ministres, pour les pourvois qu'ils introduisent dans l'intérêt de l'État, sont dispensés de timbre et d'enregistrement. Ces pourvois doivent porter la signature du ministre, qui ne peut, à ce sujet, déléguer ses pouvoirs (Laferrière, t. 1, p. 330 ; Cons. d'Ét. 21 nov. 1890, *Ministre des Trav. pub.*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 864 ; 16 janv. 1891, *id.*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 15 ; 27 juill. 1888,

Lacarrière, D. P. 1889. 3. 99; 9 déc. 1892, *Ministre de la Guerre, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 883; 1er juin 1923, *Etat c. B....*, D. P. 1923. 3. 68).

Le recours doit être obligatoirement accompagné d'une expédition de la décision attaquée. Si cette expédition était refusée par l'autorité compétente, le fait devrait être signalé au Conseil d'État, qui ferait le nécessaire pour l'obtenir (Cons. d'Ét. 11 mai 1883, D. P. 85. 3. 3. — Cf. Dalloz, *Rép. prat.*, v° *Conseil d'État*, n° 1581).

Les pièces que le demandeur entend produire sont jointes à la requête. Celle-ci, et les pièces jointes, peuvent être accompagnées, en vue des communications, de copies sur papier libre certifiées conformes par les requérants (Décr. 4 août 1923, art. 22).

La requête contient l'énoncé des moyens à l'appui du pourvoi. Comme nous l'avons vu, tout moyen doit être soumis à l'instruction écrite. Il faut aller plus loin : tout moyen nouveau présenté par écrit est irrecevable s'il est invoqué après l'expiration du délai au cours duquel le recours devait être formé, tout au moins s'il repose sur un principe juridique assez distinct de la demande primitive pour pouvoir être assimilé à une demande nouvelle (Cons. d'Ét. 16 mai 1924, *Jourda de Vaux*, D. H. 1924. 477).

Les recours doivent être déposés dans le délai de deux mois (L. 13 avr. 1900, art. 24). Le point de départ de ce délai est la notification au demandeur de la décision attaquée. Quelques difficultés se sont élevées au sujet de ce point de départ lorsqu'il s'agit de pourvois formés par les ministres. Il suffira d'indiquer que le délai court : 1° en matière de contravention, du jour même de la décision, par assimilation à ce qui se passe en matière répressive judiciaire (L. 22 juill. 1889, art. 59) ; 2° en matière de contributions directes, du jour de la réception de la décision par le ministre des finances ; 3° en toute autre matière, du jour où le ministre est censé avoir eu légalement connaissance de la décision, ce qui arrivera soit lorsque la partie adverse la lui aura notifiée, soit même lorsque le ministre aura

fait connaître officiellement cette décision à l'autre partie (V. Laferrière, t. 1, p. 333). S'il s'agit de décisions du conseil de préfecture, la notification au préfet ou par le préfet produira le même effet (L. 22 juill. 1889, art. 59).

Une demande d'assistance judiciaire relève les parties de la déchéance résultant de l'expiration du délai, lorsque cette demande a été faite dans le délai utile de deux mois (Cons. d'Ét. 7 févr. 1902, 21 mars 1902, 18 avr. 1902, D. P. 1903. 3. 60). C'est là une innovation jurisprudentielle très utile, qu'on peut regretter de ne pas constater en matière judiciaire.

Le recours au Conseil d'État n'est pas suspensif (Décr. 22 juill. 1806, art. 3 ; L. 24 mai 1872, art. 24) ; mais le Conseil d'État, lorsqu'il juge que l'exécution de la décision attaquée causerait à la partie demanderesse un préjudice excessif et que son pourvoi paraît fondé sur des motifs sérieux et graves, peut ordonner le sursis (V. sur l'application de cette faculté : Cons. d'Ét. 23 nov. 1888, D. P. 90. 3. 7 ; 5 mai 1893, *Chemins de fer du Nord, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 363 ; 28 déc. 1917, *Dadolle, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 883).

Le Conseil d'État refuse le sursis lorsqu'il s'agit de pourvois contre les arrêtés des conseils de préfecture, les parties ayant pu avoir, dans ce cas, la garantie d'un débat public et contradictoire. Cette rigueur est, d'ailleurs, tempérée par la faculté laissée aux conseils de préfecture de subordonner l'exécution provisoire de leurs décisions à la prestation d'une caution (L. 24 mai 1872, art. 24).

Enfin la juridiction d'instruction (section ou comité d'instruction) emploie parfois dans la pratique un procédé moins direct mais fort utile pour arriver au sursis : en communiquant le pourvoi au ministre, elle attire spécialement l'attention de celui-ci sur la demande de sursis. Cette recommandation aboutit généralement à un sursis officieux ordonné par le ministre.

183. Instruction des recours. — Cette instruction se fait soit par la section du contentieux, soit par la

section spéciale, soit par un comité d'instruction, soit par l'une des sous-sections de la section spéciale, avec l'aide d'un rapporteur, conseiller d'État, maître des requêtes ou auditeur, suivant l'importance de l'affaire. Le rapporteur est nommé par le président de l'organe chargé de l'instruction (D. 4 août 1923, art. 2, 4, 12 et 14). Toutes les fois que le recours est formé contre une *partie privée* ou une personne administrative autre que l'État, celle-ci doit être mise en cause par un procédé spécial. Sur délibéré du comité d'instruction ou de la section, le président de ces organes rend une *ordonnance de soit-communiqué*. Le demandeur doit faire signifier cette ordonnance par huissier, ainsi que la requête, au défendeur dans le délai de deux mois, à peine de déchéance (Décr. 2 nov. 1864, art. 3).

Lorsqu'il s'agit d'un recours formé contre l'État, la notification en est faite directement au ministre par les soins de l'organe d'instruction. Il en est de même dans les cas où il n'y a pas, à proprement parler, de défendeur, comme dans le contentieux de l'annulation ou en matière répressive. Le Conseil d'État conserve, bien entendu, la faculté d'appeler en cause les personnes qu'il juge intéressées à la solution du litige ; mais cette mise en cause a lieu par la voie administrative, sans ordonnance de soit-communiqué et sans le concours du demandeur.

Le défendeur mis en cause doit fournir ses défenses écrites et constituer avocat (sauf dans les affaires où les parties en sont dispensées par la loi) dans un délai de quinze jours, augmenté, s'il y a lieu, des délais des distances (Décr. 22 juill. 1806, art. 4).

Qu'il soit en cause ou non, le ministre reçoit toujours communication du dossier; mais, dans le premier cas, il fournit de véritables conclusions, tandis que, dans le second, il ne donne qu'un simple avis.

Il arrive parfois que le ministre tarde à fournir sa réponse et à renvoyer le dossier au secrétariat, ce qui retarde d'une façon fâcheuse l'expédition des affaires. La section ou le comité d'instruction lui impartissent bien un délai (Décr. 4 août 1923, art. 4 et 16) ; mais ce

délai n'est pas toujours observé. Deux moyens existent pour parer à cette difficulté : 1° La section peut ordonner, par une décision spéciale, le rétablissement des dossiers et pièces communiqués pour les besoins de l'instruction (Décr. 4 août 1923, art. 4 et 14). Cette décision, comme tout ordre de justice, lie le ministre ; s'il refusait de s'y soumettre, il engagerait sa responsabilité. 2° La section peut encore, le délai imparti au ministre étant expiré, passer outre et juger l'affaire (Décr. 4 août 1923, art. 22). Cette solution est particulièrement pratique si le demandeur a pris soin de déposer au secrétariat, comme le même article l'y invite, une copie de sa requête et des pièces jointes.

Les observations du ministre sont communiquées aux parties, qui peuvent y répondre.

La juridiction d'instruction ordonne la mise en cause des parties qui ont un intérêt dans le litige et auxquelles la décision pourrait préjudicier de telle sorte qu'elles seraient recevables à former tierce-opposition.

Ces tiers peuvent même intervenir volontairement, mais à la condition d'avoir au litige un intérêt parfaitement distinct de celui des parties en cause (Cons. d'Ét. 14 déc. 1923, *Société des grands moulins*, D. H. 1924. 52).

En outre, des mesures d'instruction proprement dites peuvent être ordonnées, soit par décision de l'organe d'instruction, soit par arrêt de la section, de la sous-section ou de l'assemblée du contentieux. En ce qui concerne la nature des mesures d'information à ordonner, la juridiction d'instruction jouit d'une grande liberté. L'article 14 du décret du 22 juillet 1806 dispose ainsi à cet égard : « Si, d'après l'examen d'une affaire, il y a lieu d'ordonner que des faits ou des écritures soient vérifiés ou qu'une partie soit interrogée, le grand juge désignera un maître des requêtes ou commettra sur les lieux ; il réglera la forme par laquelle il sera procédé à ces actes d'instruction. » Le grand juge est aujourd'hui remplacé soit par le président de la section du contentieux, soit par ceux des comités d'instruction ou des sous-sections ; mais tous les actes d'instruction sont délibérés, sur l'exposé du rapporteur, soit

par la section, soit par l'une des sous-sections de la section spéciale, soit par un comité d'instruction (D. 4 août 1923, art. 4).

Dans l'exécution des mesures d'instruction ordonnées, le Conseil d'État s'inspire des principes du Code de procédure civile, mais sans se croire tenu d'en observer les formes dans tous leurs détails. Il veille avant tout à ce que les vérifications soient complètes, loyales, et à ce que les droits de la défense y soient respectés. Il veut également que les résultats de la mesure d'instruction soient consignés dans un procès-verbal qui puisse être utilement consulté et discuté.

Les mesures d'instruction le plus souvent ordonnées par le Conseil d'État sont : les expertises, les enquêtes, les visites de lieux, les interrogatoires sur faits et articles. Il ordonne également des vérifications purement administratives, et provoque, de la part des agents de l'Administration, des avis et des rapports (Laferrière, t. 1, p. 337-338).

184. La procédure de jugement. — L'ensemble de l'affaire est analysé dans un rapport fait à l'organe de jugement (section, sous-section ou assemblée du contentieux) par le rapporteur de l'organe d'instruction. Ce rapporteur, s'il est conseiller d'État ou maître des requêtes, a toujours voix délibérative. S'il est auditeur, il a voix délibérative devant la section ou la sous-section qui juge l'affaire, et voix consultative seulement devant l'assemblée publique du contentieux, si celle-ci est appelée à juger (L. 24 mai 1872, art. 11).

Le rapport se termine par des *questions,* où sont précisés les points de fait et de droit que le litige offre à résoudre. Un projet de décision est joint au rapport. Le tout est lu et discuté devant l'organe chargé de l'instruction, qui adopte un projet d'arrêt, dont les termes sont souvent examinés un à un et mûrement pesés.

Le dossier est ensuite communiqué au commissaire du Gouvernement, avec lequel des échanges de vue ont lieu fréquemment.

Puis l'affaire est portée au rôle de la section, d'une sous-section ou de l'assemblée, suivant les distinctions que nous avons faites. Les questions sont communiquées aux avocats au moins quatre jours à l'avance. Le rapporteur lit le rapport et les questions ; les avocats présentent, s'il y a lieu, leurs observations orales, et le commissaire du Gouvernement donne ses conclusions. Le conseil délibère alors, et l'arrêt qu'il adopte est lu en séance publique (Décr. 4 août 1923, art. 26, al. 2).

185. Voies de recours. — Le Conseil d'État est une juridiction souveraine ; dès lors il n'y a pas de voies de *réformation* contre ses décisions, mais seulement des voies de *rétractation*, c'est-à-dire des recours portés devant le Conseil d'État lui-même. Elles sont au nombre de trois : l'opposition, la tierce-opposition et la révision.

L'*opposition* est recevable contre les arrêts rendus par défaut. On qualifie ainsi les décisions rendues à l'égard d'une partie qui, mise en cause, n'a pas fourni de défenses. Il n'y a pas à distinguer, devant le Conseil d'État, le défaut faute de comparaître et le défaut faute de conclure ou de plaider.

Il n'y a pas, devant le Conseil d'État, de « défaut profit-joint », c'est-à-dire de procédure spéciale au cas où, de plusieurs défendeurs, l'un ou quelsque-uns seulement font défaut, un ou plusieurs autres ayant fourni des défenses. Dans ce cas, l'instance suit son cours à l'égard de toutes les parties, et la décision du Conseil d'État ne peut être frappée d'opposition par la partie défaillante que si elle avait un intérêt distinct (Décr. 22 juill. 1806, art. 29, 30 et 31).

Le délai dans lequel l'opposition doit être formée, à peine de déchéance, est de deux mois à dater de la notification de l'arrêt. L'opposition ne produit pas d'effet suspensif, à moins que le Conseil d'État n'en décide autrement. On applique, pour l'instruction et le jugement de ce recours, les mêmes règles que pour les recours ordinaires.

La *tierce-opposition* est ouverte aux parties lorsque la décision qui leur fait grief a été rendue sans qu'elles

aient été mises en cause ni représentées dans l'instance. Cette voie de recours n'est pas enfermée dans un délai fatal ; toutefois nous estimons qu'elle ne serait plus recevable si deux mois s'étaient écoulés depuis que l'arrêt du Conseil d'État a été signifié à la partie qui serait en droit de former tierce-opposition.

Ce recours est fort rare, car le Conseil d'État prend toujours soin d'ordonner la mise en cause des parties qui pourraient être lésées par sa décision (V. pour les détails Décr. 22 juill. 1806, art. 37 et suiv.).

Nous n'avons pas à parler ici du recours organisé par l'article 40 du décret du 22 juillet 1806. Bien que ce décret le range sous la rubrique de la tierce-opposition, ce n'est pas une voie de recours contre des arrêts, car il ne peut être dirigé que contre les décisions prises par le Conseil d'État en matière non contentieuse (V. *infrà*, n° 288).

La *révision* est une voie de recours extraordinaire contre les décisions contradictoires rendues par le Conseil d'État. Elle répond, dans le domaine administratif, à ce qu'est la requête civile dans le domaine judiciaire. Elle est recevable seulement dans trois cas : 1° si la décision a été rendue sur pièces fausses (Décr. 22 juill. 1806, art. 32) ; 2° si la partie a été condamnée faute de représenter une pièce décisive retenue par son adversaire (même texte. V. pour l'application : Cons. d'Ét. 26 déc. 1902, D. P. 1904. 3. 58) ; 3° si les formes prescrites par la loi pour l'instruction et le jugement ont été violées : l'article 23 de la loi du 24 mai 1872, qui organise le recours dans ce cas, en contient l'énumération.

Ce recours n'est jamais dispensé du ministère d'avocat, même si l'arrêt attaqué a été rendu en une matière où ce ministère n'est pas exigé (Laferrière, t. 1, p. 342).

186. Forme des décisions. — Aux termes de l'article 26 du décret du 4 août 1923, « toutes les décisions rendues par l'assemblée publique du Conseil d'État statuant au contentieux, par la section du contentieux, par la section spéciale du contentieux ou par leurs

sous-sections, contiennent les noms et demeures des parties, leurs conclusions, le vu des pièces principales et des lois appliquées. — Elles sont signées par le président, le rapporteur et le secrétaire, lues en séance publique et transcrites sur le procès-verbal des délibérations. »

Les arrêts du Conseil d'État se composent de trois parties principales : 1° les *visas* ; 2° les *motifs* ; 3° le *dispositif*.

Les *visas* correspondent aux *qualités* des décisions judiciaires. Ils comprennent le résumé des demandes et moyens des parties, la mention des observations et avis des ministres, l'analyse des principales pièces du dossier et la citation des dispositions législatives ou réglementaires applicables. Ils sont rédigés par le rapporteur et soumis à la section ou sous-section. Les arrêts du Conseil d'État étant souvent très sommairement motivés, il est intéressant de consulter les visas pour être bien fixé sur la portée d'un arrêt.

Les *motifs*, toujours nécessaires, doivent expliquer les raisons de droit et de fait qui justifient le dispositif. Le Conseil d'État a souvent eu une tendance à motiver ses arrêts d'une façon très brève, parfois sybilline, surtout aux époques et sur les questions où sa jurisprudence était encore mal fixée. Il voulait ainsi se réserver la possiblité de progresser sans paraître se contredire. Toutefois, depuis quelques années, cette particularité, parfois gênante pour l'interprète, s'est sensiblement atténuée.

Les motifs sont souvent discutés d'une manière très minutieuse dans le délibéré. Ils sont généralement calqués sur les précédents, avec des modifications rares et prudentes.

Jamais le Conseil d'État ne confirme « par adoption de motifs » les décisions qui lui sont soumises comme juge d'appel ; il donne toujours des motifs spéciaux à l'appui de sa propre décision.

Le *dispositif* est divisé en articles distincts, par lesquels le Conseil d'État tranche successivement les différents points en litige. Une clause finale porte qu'une expédi-

tion de l'arrêt sera transmise au ministre chargé d'en assurer l'exécution.

Les arrêts du Conseil d'État portent deux dates : celle à laquelle a eu lieu le délibéré et celle où il en est donné lecture en séance publique. Cette dernière est la date véritable de l'arrêt ; c'est celle qu'il porte dans les recueils (V. note sous Cons. d'Ét. 30 juill. 1909, D. P. 1911. 3. 72).

187. Exécution des décisions. — Il est fait mention, au début de la décision, qu'elle est rendue « au nom du peuple français ». Il est indiqué également de quelle formation du Conseil elle émane (Décr. 4 août 1923, art. 26). En outre, l'expédition des décisions, délivrée par le secrétaire du contentieux, porte la formule exécutoire suivante : « La République mande et ordonne aux ministres de... (suit l'indication du ou des ministres désignés par la décision) en ce qui les concerne, et à tous les huissiers à ce requis, en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente décision. »

Cette formule prévoit deux sortes d'exécution : celle à l'égard des administrations publiques, dont les ministres sont chargés, et celle à l'égard des parties privées, qui s'opère par les procédés du droit privé. Examinons successivement les deux cas.

1° *Exécution à l'égard des administrations publiques.* — Le ministre est chargé d'exécuter l'arrêt du Conseil d'État ; il ne peut se dérober à ce devoir. Bien que la question ne se soit guère posée en pratique, nous estimons qu'un refus opposé systématiquement, sans raison plausible, par le ministre aux demandes d'exécution des parties, engagerait sa responsabilité personnelle ; car il constituerait une faute lourde assimilable au dol. L'action devrait être portée devant les tribunaux judiciaires (V. *suprà*, n° 132).

Mais il ne faut pas oublier que les voies d'exécution du droit privé ne sont pas applicables à l'égard des administrations publiques. La loi n'a pas voulu que, dans un intérêt privé, il pût être porté atteinte au crédit

public, ni que le fonctionnement des services publics pût être entravé par une saisie. Cette règle résulte, pour l'État, des divers textes qui ne permettent l'aliénation du domaine que si elle est volontairement consentie par les pouvoirs publics (L. 22 nov. 1790, art.8 et 9) et qui frappent de peines d'amende et de sanctions disciplinaires les huissiers qui saisiraient les revenus publics (L. 22 août 1791, tit. 12, art. 9 ; Décr. 1er germ. an 12, art. 48). Pour les départements et les communes, la même règle résulte, *a contrario*, des textes spéciaux, qui seront examinés plus loin, organisant, dans certains cas, au profit des particuliers, des mesures d'exécution entièrement différentes de celles du droit privé.

En ce qui touche l'État, la règle est plus absolue encore que pour les départements et les communes : il n'existe contre l'État aucune voie d'exécution forcée. Les particuliers ne peuvent le contraindre d'aucune façon à s'acquitter.

Cela ne veut pas dire que l'exécution des décisions de justice rendues contre l'État soit, de la part de l'Administration, un acte de simple gracieuseté ou de bon plaisir. Condamné, il doit s'acquitter, mais il n'existe aucun moyen juridique de l'y contraindre. Comme le dit très justement Laferrière, « le payement des sommes auxquelles l'État est condamné ne peut résulter que d'un ordonnancement fait par le ministre compétent dans la limite des crédits dont il a la disposition. Si la dépense à faire pour solder le montant de la condamnation ne peut pas être acquittée sur le chapitre du budget qu'elle concerne, le ministre doit demander le crédit nécessaire aux Chambres. Aucune autre sanction légale des condamnations obtenues ne peut être réclamée par la partie qui se prévaut soit d'un arrêt du Conseil d'État, soit d'une décision judiciaire, quelles que soient la juridiction qui l'a rendue et la formule exécutoire dont elle est revêtue » (Laferrière, t. 1, p. 348).

Il convient d'insister ici sur ce dernier point, auquel Laferrière fait allusion : les règles concernant l'exécution des décisions juridictionnelles rendues contre les administrations publiques sont les mêmes, quelle que

soit la juridiction, administrative ou judiciaire, dont ces décisions émanent. Ce que nous disons ici n'est donc pas spécial à l'exécution des arrêts du Conseil d'État.

N'existe-t-il aucun recours contre l'acte du ministre refusant d'exécuter une décision condamnant l'État? Si le refus est fondé sur l'absence ou l'indisponibilité des crédits, il échappe à toute discussion par la voie contentieuse. Le ministre est, d'ailleurs, seul juge de savoir s'il est opportun, en l'absence de crédits suffisants, d'en demander de nouveaux aux Chambres.

Mais si le ministre, pour se refuser à l'ordonnancement demandé, contestait le sens ou la portée de la décision juridictionnelle invoquée, les parties auraient un recours contre l'interprétation ministérielle, et le Conseil d'État n'hésiterait pas à annuler un refus d'ordonnancement fondé sur une fausse interprétation de sa décision ou de ses conséquences (Cons. d'Ét. 27 mai 1863, *Pensa*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 456 ; 5 janv. 1883, *Bloch*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 17). Il en serait de même si le ministre, pour refuser l'ordonnancement, invoquait à tort la déchéance quinquennale ou une compensation.

D'autre part, lorsque le ministre, pour refuser d'exécuter la décision de condamnation, n'invoque aucun motif tiré, soit de l'absence ou de l'indisponibilité des crédits, soit de raisons juridiques plausibles, lorsque ce refus est de sa part un acte de mauvaise volonté, une résistance injuste aux injonctions des juridictions compétentes, on pourrait relever dans ce refus, comme nous l'avons dit plus haut, les éléments d'une faute personnelle qui engagerait la responsabilité du ministre devant les tribunaux judiciaires.

Sur l'exécution des décisions rendues en matière d'excès de pouvoir, V. *infrà*, n° 354.

A l'égard des départements et des communes, les voies d'exécution du droit privé sont proscrites comme à l'égard de l'État (Avis Cons. d'Ét. 12 août 1809; Laferrière, t. 1, p. 354; Berthélemy, *Traité élém.*, 10e édit., p. 553, note 1). Mais il existe des voies d'exécution d'ordre administratif qui permettent, s'il y a

lieu, de vaincre la mauvaise volonté des administrations locales.

La première, qui est applicable aux départements comme aux communes, consiste dans la faculté accordée par la loi à l'Administration supérieure de mandater d'office le payement de la somme due. Dans le cas où aucun crédit n'existerait au budget du département ou de la commune pour faire face à la dépense, il y serait pourvu par une inscription d'office. Enfin, si aucune ressource correspondante au crédit ne donnait à la caisse départementale ou communale le moyen de s'acquitter, des ressources spéciales seraient créées au moyen d'une imposition extraordinaire portant sur les quatre contributions directes (L. 10 août 1871, art. 61 ; L. 5 avr. 1884, art. 136 et 149).

Une autre voie d'exécution, celle-ci spéciale aux communes, consiste dans la vente d'un bien communal, prescrite par décret, sur la demande du créancier, pour fournir à l'Administration locale les fonds nécessaires (L. 5 avr. 1884, art. 110).

La décision de l'Administration supérieure, sur la question de savoir s'il convient ou non de lever une imposition extraordinaire ou de vendre un bien communal, procède d'une appréciation souveraine : l'Administration est seule juge des ressources des communes, de leurs besoins, des capacités imposables des contribuables. Aucun recours ne pourrait donc être exercé contre elle au contentieux sur ce point.

Mais lorsque le budget départemental ou communal possède les ressources nécessaires pour payer un créancier nanti d'un titre exécutoire, l'Administration supérieure ne pourrait pas valablement lui refuser l'inscription d'office et le mandatement d'office sollicités par lui. Sans doute le Conseil d'État ne pourrait par lui-même ni inscrire d'office le crédit nécessaire au budget départemental ou communal, ni mandater d'office la dépense : ce serait une entreprise illégale sur les attributions de l'Administration active. Mais il renverrait le créancier devant le ministre de l'Intérieur, « pour y être statué par la voie administrative sur la suite que

sa demande comporte » (Cons. d'Ét. 26 juin 1908, *Daraux*, S. 1909. 3. 129, et la note Hauriou). En présence d'une telle décision, si le ministre, sans raison plausible, refusait l'inscription d'office, il engagerait sa responsabilité personnelle (Berthélemy, *op.* et *loc. cit.*).

2° *Exécution à l'égard des parties privées.* — En ce qui concerne les plaideurs autres que les administrations publiques, les arrêts du Conseil d'État et les décisions des autres juridictions administratives produisent tous les effets des jugements des tribunaux judiciaires. C'est ainsi que ces décisions constituent un titre hypothécaire frappant tous les immeubles du débiteur (avis du Cons. d'Ét. du 16 therm. an 12, du 29 oct. 1811 et du 24 mars 1812, approuvés par l'Empereur, insérés au *Bulletin des lois* et ayant, comme tels, force législative). Cet effet hypothécaire s'étend même aux *contraintes* administratives, qui ne sont pas des jugements, mais des décisions exécutoires.

Les voies d'exécution du droit privé sont donc applicables dans ce cas ; elles le sont même aux concessionnaires de travaux ou de services publics, à l'égard, du moins, de leurs biens privés, mais non des ouvrages publics qu'ils doivent faire fonctionner et exploiter.

Les difficultés relatives à ces voies d'exécution relèvent des tribunaux judiciaires, sauf lorsqu'elles soulèvent une question d'interprétation de la décision à exécuter. Cette interprétation ne peut être donnée que par l'autorité administrative.

A côté des voies d'exécution du droit privé, il existe, à l'égard de certains débiteurs de l'Administration, des voies d'exécution de nature administrative, telles que la saisie des cautionnements versés par les fournisseurs, entrepreneurs, concessionnaires ou comptables de deniers publics. Tout ce qui concerne cette matière relève des tribunaux administratifs.

CHAPITRE II

LES CONSEILS DE PRÉFECTURE

SECTION I

ORGANISATION DES CONSEILS DE PRÉFECTURE

188. Notions générales et historiques. — On sait que les conseils de préfecture sont tout à la fois des conseils consultatifs en matière d'administration préfectorale et des tribunaux administratifs. Ils ont été créés par la loi du 28 pluviôse an 8, remaniés par celle du 21 juin 1865 et complètement transformés par les décrets des 6 et 24 septembre 1926, actuellement soumis à la ratification du Parlement. Leur procédure est réglée par la loi du 22 juillet 1889 et le décret du 26 septembre 1926.

Il y avait un conseil de préfecture au chef-lieu de chaque département (pour l'organisation spéciale aux trois départements d'Alsace-Lorraine, V. *suprà*, n° 65). Depuis le décret du 6 septembre 1926, qui les a transformés en organes interdépartementaux, il n'y a plus que 22 conseils de préfecture, plus celui de la Seine et les trois conseils de préfecture de l'Algérie. Le conseil de préfecture de la Seine jouit d'une organisation spéciale, comme nous le verrons ci-dessous.

Nous n'avons pas à nous occuper ici du rôle des con-

seils de préfecture comme conseils consultatifs ; nous ne les étudions qu'en tant qu'ils constituent une juridiction administrative.

La loi du 21 juin 1865, plusieurs fois modifiée, fixe à 9 le nombre des membres du conseil de préfecture de la Seine. Dès avant la réforme de 1926, dont nous allons parler plus loin, le conseil de préfecture de la Seine avait un président spécial, qui le préside à l'exclusion du préfet ; deux vice-présidents dirigent, en cas d'absence ou d'empêchement du président, chacune des deux chambres du conseil (Décr. 17 mars 1863 et 12 mars 1871).

Le ministère public y est représenté par des commissaires du Gouvernement spéciaux, non mêlés à l'Administration active (Décr. 2 juill. 1881).

Un secrétaire-greffier et des secrétaires-greffiers adjoints, nommés par le préfet et choisis parmi les employés de la préfecture, sont chargés des écritures.

Les membres du conseil de préfecture de la Seine sont recrutés dans la proportion de la moitié parmi les présidents ou conseillers de 1re classe des conseils de préfecture interdépartementaux. Le président et les présidents de section de ce conseil sont choisis parmi les membres de ce conseil ou ceux du Conseil d'État.

Les conseils de préfecture autres que celui de la Seine étaient, jusqu'à la réforme de 1926, présidés, en droit, par le préfet, qui y avait voix prépondérante. Cette disposition (L. 28 pluv. an 8, art. 5 ; 21 juin 1865, art. 4) était fâcheuse en ce qu'elle confondait l'Administration active et la juridiction administrative. Heureusement, la loi du 21 juin 1865 (art. 4) avait prévu qu'un vice-président, nommé chaque année par décret, présidera le conseil de préfecture en cas d'absence ou d'empêchement du préfet. Depuis lors, le préfet ne présidait plus guère en fait le conseil de préfecture, et le vice-président jouait dans la réalité le rôle de président.

Comme on le verra plus loin, les conseils de préfecture interdépartementaux ont maintenant un président spécial.

Le ministère public était représenté, avant 1926,

devant les conseils de préfecture des départements, par le secrétaire général de la préfecture. Celui-ci pouvait être suppléé par un auditeur au Conseil d'État attaché à la préfecture (L. 21 juin 1865, art. 5, — usage tombé en désuétude), — ou par un conseiller de préfecture appelé à remplacer le secrétaire général absent ou empêché (Ord. 29 mars 1821).

Le conseil de préfecture doit toujours siéger en nombre impair (L. 22 juill. 1889, art. 47), et la décision doit être rendue par trois membres au moins, sauf dans les cas prévus par l'article 8 du décret du 6 septembre 1926 et l'article 18 du décret du 26 septembre 1926. En cas d'insuffisance du nombre des membres, la suppléance a été organisée, d'une façon d'ailleurs assez imparfaite, par l'arrêté des consuls du 19 fructidor an 9, le décret du 16 juin 1808 et l'article 6 de la loi du 21 juin 1865. Aux termes de ces textes, les conseillers généraux sont appelés à suppléer les membres du conseil de préfecture absents ou empêchés ; ils sont désignés par les conseillers de préfecture subsistants, s'il ne s'agit que d'un seul membre à nommer; par le ministre de l'Intérieur, sur la présentation du préfet, s'il s'agit d'en nommer plusieurs. — En Algérie, la suppléance peut être exercée soit par un conseiller général, soit par un chef de bureau de la préfecture (Décr. 25 déc. 1858).

Les conseillers généraux choisis comme suppléants ne doivent pas être membres d'un tribunal de l'ordre judiciaire (arr. 19 fruct. an 9).

Ce système de suppléance peut présenter des inconvénients graves lorsque les intérêts départementaux, comme il arrive souvent, sont engagés dans le litige. On peut penser aussi que les conseillers généraux, mandataires élus, souvent personnellement engagés dans les liens d'un parti politique, peuvent parfois manquer de l'indépendance nécessaire pour juger certaines causes soumises aux conseils de préfecture, telles que les contestations électorales; aussi la loi du 29 avril 1926, dans son article 139, avait-elle permis aux conseils de préfecture autres que celui de la Seine de se compléter, en cas de vacance d'un ou deux postes de conseillers

dans un département, par l'adjonction d'un ou de deux conseillers de préfecture d'un département voisin. Mais cette disposition n'a plus de raison d'être depuis le décret du 6 septembre 1926, sous l'empire duquel la suppléance sera, d'ailleurs, rarement nécessaire.

Comme juridiction administrative, les conseils de préfecture, fermement contrôlés par le Conseil d'État, juge d'appel, ont rendu de grands services. On pouvait regretter, toutefois, que la carrière de leurs membres fût trop restreinte pour que l'activité et le talent pussent y être convenablement récompensés. Certains de ces tribunaux administratifs, dans les départements peu peuplés, étaient, d'ailleurs, presque inoccupés, circonstance défavorable au développement d'une jurisprudence éclairée par l'expérience. Le secrétaire général de la préfecture est trop étroitement mêlé à l'Administration active pour pouvoir toujours donner ses conclusions en pleine indépendance.

Ces imperfections ont donné naissance à de nombreux projets de réforme, qui peuvent être ainsi classés : 1° renonciation au principe de la collégialité et institution du juge unique du premier degré en matière administrative (proposition de loi Bonnevay) ; 2° organisation de tribunaux administratifs régionaux et autonomes groupant de 3 à 5 départements, projet très intéressant, longtemps entravé par le particularisme départemental ; 3° suppression des conseils de préfecture comme juridiction et remise de leurs attributions aux tribunaux civils de première instance. Ce dernier projet se heurtait à des objections tirées du principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires.

189. La réforme de 1926. — La loi du 3 août 1926 (art. 1er) ayant donné au Gouvernement le pouvoir d'opérer par décret des réformes administratives, un décret du 6 septembre 1926 (*Journ. off.* du 9 sept., p. 10074), tout en conservant au conseil de préfecture de la Seine sa circonscription et son organisation antérieures, a supprimé les conseils de préfecture des départements et institué à leur place 22 conseils de préfecture

interdépartementaux investis des mêmes attributions contentieuses que les juridictions supprimées.

Le ressort de chaque nouveau conseil de préfecture est fixé conformément au tableau ci-contre :

Un décret du 26 septembre 1926 a modifié et simplifié la procédure à suivre devant ces juridictions. Ces deux décrets sont actuellement soumis à la ratification du Parlement.

Les grandes lignes de la réforme sont les suivantes : 1° On n'a voulu ni créer des juridictions nouvelles, ni même modifier la dénomination des juridictions existantes. La réforme a surtout consisté à restreindre le nombre des conseils de préfecture et à perfectionner leur organisation. 2° On n'a pas modifié les attributions des conseils de préfecture : cette question a paru trop grave pour pouvoir être résolue par voie de décret. Il est cependant à espérer que, si la réforme donne les résultats attendus, elle pourra être généralisée par l'attribution aux conseils de préfecture d'une compétence en dernier ressort pour les affaires de peu d'importance, et surtout par le transfert à ces juridictions de la partie la plus importante du contentieux des contributions indirectes, de manière à unifier leur compétence au point de vue fiscal. 3° Les attributions non juridictionnelles des conseils de préfecture et de leurs membres sont maintenues, afin d'éviter, dit le rapport qui précède le décret, « de faire de ceux-ci un corps fermé de magistrats se consacrant pendant toute la durée de leur carrière à une tâche strictement juridictionnelle et écartée des réalités de la vie administrative ». 4° Afin de simplifier la tâche des conseils de préfecture pour les affaires qui peuvent être aisément résolues, le décret institue le système du « juge délégué », qui permet, dans un grand nombre de cas, de faire trancher le litige par un seul magistrat, lequel, d'ailleurs, pour se rapprocher des justiciables, pourra être amené à se transporter au chef-lieu du département où le litige s'est produit.

Entrons maintenant dans le détail de la nouvelle organisation.

SIÈGES des conseils de préfecture interdépartementaux.	DÉPARTEMENTS compris dans la circonscription.
Châlons-sur-Marne...	Marne, Aisne, Ardennes, Aube.
Nancy.....	Meurthe-et-Moselle, Meuse, Vosges.
Dijon.....	Côte-d'Or, Haute-Marne, Nièvre, Yonne.
Besançon.....	Doubs, Jura, Haute-Saône, territoire de Belfort.
Clermont-Ferrand....	Puy-de-Dôme, Allier, Cantal, Haute-Loire, Lozère.
Lyon.....	Rhône, Ain, Ardèche, Loire, Saône-et-Loire.
Grenoble.....	Isère, Drôme, Hautes-Alpes, Savoie, Haute-Savoie.
Marseille.....	Bouches-du-Rhône, Basses-Alpes, Vaucluse.
Nice.....	Alpes-Maritimes, Corse, Var.
Montpellier.....	Hérault, Gard, Pyrénées-Orientales.
Toulouse.....	Haute-Garonne, Ariège, Aveyron, Aude, Lot, Tarn, Tarn-et-Garonne.
Pau.....	Basses-Pyrénées, Hautes-Pyrénées, Gers, Landes.
Bordeaux.....	Gironde, Charente-Inférieure, Dordogne, Lot-et-Garonne.
Limoges.....	Haute-Vienne, Corrèze, Creuse, Indre.
Poitiers.....	Vienne, Charente, Indre-et-Loire, Deux-Sèvres.
Nantes.....	Loire-Inférieure, Maine-et-Loire, Morbihan, Vendée.
Rennes.....	Ille-et-Vilaine, Côtes-du-Nord, Finistère, Mayenne.
Orléans.....	Loiret, Cher, Eure-et-Loir, Loir-et-Cher.
Rouen.....	Seine-Inférieure, Eure, Oise, Somme.
Caen.....	Calvados, Manche, Orne, Sarthe.
Lille.....	Nord, Pas-de-Calais.
Versailles.....	Seine-et-Oise, Seine-et-Marne.

Les 22 conseils de préfecture interdépartementaux portent le nom des départements compris dans leurs circonscriptions. Ils peuvent également être désignés sous le nom du chef-lieu du département où ils siègent (Décr. 6 sept. 1926, art. 2).

Les conseils de préfecture interdépartementaux se composent d'un président et de quatre conseillers, dont l'un est chargé des fonctions de commissaire du Gouvernement (art. 3). Ils sont nommés par décret (art. 4), et divisés en trois classes. Les conseillers de la troisième classe se recrutent au concours parmi les licenciés en droit âgés de 25 ans au moins et de 30 ans au plus au 1er janvier de l'année du concours. Les trois quarts des postes d'avancement sont réservés aux magistrats de la carrière ; le surplus des emplois de 1re et de 2e classe ne peut être attribué qu'à des fonctionnaires ou anciens fonctionnaires publics (art. 5).

Chaque conseil de préfecture interdépartemental comprend un secrétaire greffier, et, s'il y a lieu, un ou plusieurs secrétaires greffiers adjoints appartenant aux personnels des préfectures, dont un en résidence fixe à la préfecture de chacun des départements de la circonscription autres que celui où siège le conseil (art. 6. — V. aussi Décr. 26 sept. 1926, art. 2).

Les règles relatives aux attributions juridictionnelles et administratives des conseils de préfecture supprimés, à la procédure devant ces conseils et aux recours formés contre leurs arrêtés, demeurent applicables aux conseils de préfecture interdépartementaux et aux décisions de ces conseils, sous réserve des modifications qui seront jugées nécessaires et seront déterminées par des décrets ultérieurs (Décr. 6 sept. 1926, art. 7). Ces modifications ont été opérées par le décret du 26 sept. 1926.

L'article 8 du décret du 6 septembre 1926 contient la partie la plus originale de la réforme : l'institution du juge-délégué, qui aura compétence pour trancher seul, sauf appel au Conseil d'État, un très grand nombre d'affaires simples. Voici ce texte :

Un ou plusieurs membres de chaque conseil de préfecture interdépartemental et du conseil de préfecture de la Seine sont

désignés par le président de ces conseils pour statuer par délégation du conseil et sans intervention du ministère public, mais sauf recours devant le Conseil d'État, sur les catégories d'affaires ci-dessous énumérées :

1° Les demandes en mutation de cote et en exemption temporaire d'impôts directs auxquelles l'administrations des Contributions directes propose de faire droit intégralement ;

2° Les réclamations en matière fiscale que l'Administration compétente propose de rejeter comme entachées d'un vice de forme ou présentées hors délai, celles pour lesquelles il y a lieu de donner acte d'un désistement, ou à l'occasion desquelles les intéressés n'auront pas, dans le délai d'un mois à dater de la notification à eux faite, déclaré qu'ils refusent d'accepter le dégrèvement partiel proposé par l'Administration ;

3° Toutes autres réclamations en matière fiscale dans les cas où les intéressés, ayant demandé à présenter ou faire présenter des observations orales, déclarent accepter qu'il soit statué sur le litige par le conseiller délégué au chef-lieu du département où ils sont domiciliés ;

4° Les contraventions de voirie dans le même cas que celui qui est prévu au paragraphe précédent.

Dans les cas prévus aux alinéas 3° et 4° ci-dessus, le conseiller délégué se transporte au chef-lieu du département, où les intéressés demandent à présenter des observations orales.

Dans les cas prévus aux quatre alinéas ci-dessus, le conseiller délégué peut statuer, soit au chef-lieu du département où le litige s'est produit, soit au siège du conseil.

Au début de chaque année judiciaire, un arrêté du président du conseil de préfecture interdépartemental ou du conseil de préfecture de la Seine établit la liste des conseillers appelés à statuer par délégation du conseil et fixe les règles relatives à leur remplacement en cas d'empêchement.

Toute affaire portée devant un conseiller statuant par délégation du conseil peut, en tout état de cause, et tant qu'un jugement n'a pas été rendu, être renvoyée devant le conseil de préfecture ou, s'il y a lieu, l'une des sections de ce conseil, soit d'office, par le président, soit par le juge saisi.

Les articles 18 et 19 du décret du 26 septembre 1926 ont ajouté, aux cas où le conseiller délégué peut statuer seul, les réclamations en matière d'affouage, et les instances relatives aux comptes soumis à la juridiction des conseils de préfecture (sauf appel à la Cour des comptes dans ce dernier cas). Toutefois, s'il s'agit de gestions occultes, le conseil seul peut statuer.

Bien entendu, le président du conseil de préfecture pourrait se déléguer lui-même pour remplir le rôle de

conseiller délégué, s'il le juge utile. Il pourrait aussi confier cette mission au conseiller qui remplit les fonctions de commissaire du Gouvernement : cette attribution ne lui enlève pas sa qualité de conseiller.

La situation insulaire de la Corse a motivé une disposition spéciale ainsi conçue :

> Le conseiller délégué prévu au présent article pourra être, en ce qui concerne le département de la Corse, en résidence fixe à Ajaccio ; la désignation de ce conseiller sera faite, au début de chaque année judiciaire, par arrêté du ministre de l'Intérieur, sur la proposition du président du conseil de préfecture interdépartemental des Alpes-Maritimes, du Var et de la Corse, dont ce conseiller fera partie (Décr. 6 sept. 1926, art. 8 *in fine*).

Les deux articles suivants sont relatifs aux attributions consultatives des conseils de préfecture. Chaque conseil de préfecture aura désormais, pour toute la région qui constitue son ressort, des attributions consultatives analogues à celles du Conseil d'État pour la France entière. En outre, pour le département au chef-lieu duquel il siège, le conseil de préfecture et ses membres continueront à exercer toutes leurs attributions non juridictionnelles. Dans les autres départements du ressort, ces fonctions seront remplies par des employés de la préfecture :

> Art. 10. — Les conseils de préfecture interdépartementaux peuvent être appelés à donner leur avis sur les questions qui leur sont soumises par les préfets des départements de leur circonscription.
>
> Art. 11. — Dans les départements où ne siège aucun conseil de préfecture interdépartemental, les attributions exercées antérieurement à titre individuel par des conseillers de préfecture sont dévolues, par arrêté du préfet, à d'autres fonctionnaires placés sous ses ordres.

SECTION II

ATTRIBUTIONS DES CONSEILS DE PRÉFECTURE

190. Caractères généraux de la juridiction des conseils de préfecture. — La juridiction des conseils de préfecture se caractérise par les traits suivants : 1° ils n'ont qu'une compétence d'attribution ; 2° leur compétence est toujours en premier ressort ; 3° elle est territoriale.

Nous disons d'abord qu'ils n'ont qu'une compétence d'attribution. En effet, nous avons vu plus haut (n° 179) qu'en matière administrative c'est le Conseil d'État qui est juge de droit commun. Une juridiction ordinaire de droit commun ne peut être attribuée à un ordre de tribunaux que par un texte de loi, et ce texte manque ici.

Les textes qui ont déféré certaines catégories de litiges aux conseils de préfecture, tels que l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an 8, ont toujours procédé par voie d'énumération limitative. Aussi le Conseil d'État, pour justifier les décisions par lesquelles il infirme pour cause d'incompétence les arrêtés des conseils de préfecture, juge-t-il suffisant d'indiquer, dans les motifs de ses arrêts, qu'« aucune disposition de loi n'a attribué au conseil de préfecture la connaissance de la contestation » (Cf. Trib. confl. 27 juin 1903, *Fargère*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 481 ; 13 janv. 1922, *Coulon*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 34).

Les conseils de préfecture ne statuent jamais qu'en premier ressort. C'est là une règle que le Conseil d'État a toujours appliquée avec fermeté. Quelque minime que soit l'intérêt direct du litige, l'appel est toujours possible, parce qu'un intérêt public est présumé en jeu dans toutes les contestations qui relèvent de la juridiction administrative (V. pour l'application de cette règle, Cons. d'Ét. 1er août 1884, *Thuilleux*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 690).

Ce premier degré de jnridictiou, dans les cas où la

loi a attribué compétence aux conseils de préfecture, ne peut pas, d'ailleurs, être éludé ; les parties ne pourraient pas valablement convenir, l'Administration ne pourrait pas imposer à un contractant, au moyen d'une clause d'un cahier des charges, d'éluder le recours au conseil de préfecture pour porter leur action directement devant le Conseil d'État (Cons. d'Ét. 16 juill. 1924, D. H. 1924. 656).

Enfin la juridiction des conseils de préfecture est territoriale, c'est-à-dire que la compétence *ratione loci* s'y règle, non d'après le domicile du défendeur, mais d'après le lieu où le litige est né. Ce lieu, c'est celui où a été faite l'opération administrative à propos de laquelle la contestation a surgi. Pour les litiges relatifs aux travaux publics, c'est le lieu où les travaux ont été exécutés ; pour les contestations électorales, c'est le lieu de l'élection ; pour les réclamations en matière de contributions directes, c'est le lieu de l'imposition. Cette règle vient de ce que la juridiction administrative est issue de l'Administration active; et celle-ci régit les faits accomplis dans son ressort, bien plus que les personnes qui s'y sont établies.

Cependant, lorsque des travaux publics (chemins de fer, transports d'énergie, etc.) s'étendent sur le territoire de plusieurs régions administratives, il peut être fort utile de grouper devant un seul conseil de préfecture (fréquemment le conseil de préfecture de la Seine) tous les litiges nés, du fait de ces travaux, entre l'Administration et ses entrepreneurs ou concessionnaires. Aussi les cahiers des charges contiennent-ils souvent à ce sujet une clause d'élection de domicile attributive de juridiction. Ces clauses sont valables (Cons. d'Ét. 1er août 1924, D. P. 1924. 3. 53 et la note) ; mais elles ne peuvent pas lier les tiers. Aussi la compétence territoriale subsiste-t-elle, en pareil cas, quant aux demandes en indemnité pour dommages causés par l'exécution des travaux (Cf. Cons. d'Ét. 6 avr. 1906, *Mayol, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 322).

191. Nomenclature des attributions des conseils de préfecture. — Laferrière fait remarquer avec juste

raison que la juridiction des conseils de préfecture s'exerce sur les matières les plus diverses, sans qu'aucun plan d'ensemble ait paru tracé par la loi pour délimiter leur domaine contentieux (t. 1, p. 362). Il y a trois ordres de litiges, cependant, sur lesquels le conseil de préfecture possède une juridiction générale : ce sont les travaux publics, les contributions directes et la grande voirie.

En matière de travaux publics, la loi du 28 pluviôse an 8, article 4, a attribué aux conseils de préfecture la connaissance des litiges concernant le contentieux des marchés et celui des dommages. Cette compétence a été étendue par la jurisprudence comme nous le verrons plus loin (nos 209 et suiv.). Elle comprend le contentieux de certains contrats assimilés aux marchés de travaux publics, par exemple ceux passés en matière de pompes funèbres (L. 28 déc. 1904, art. 2). En matière de contributions directes, le même texte, interprété par la jurisprudence, investit les conseils de préfecture du pouvoir de juger les réclamations concernant les contributions directes et les taxes assimilées. Sur ce point aussi, on trouvera d'autres explications plus loin (nos 262 et suiv.).

En matière de grande voirie, les conseils de préfecture sont investis d'une compétence fort large, surtout répressive ; la protection de toutes les dépendances de la grande voirie leur est confiée ainsi que celle des fleuves et rivières dépendant du domaine public, des rivages de la mer, des ports maritimes, des places de guerre, lignes télégraphiques et téléphoniques, etc. (L. 28 pluv. an 8, art. 4 ; 29 flor. an 10 ; L. 22 juin 1906, art. 22, etc.). Au sujet de la restitution du sol usurpé des chemins vicinaux, V. *suprà*, no 151.

Les conseils de préfecture sont également investis d'un contentieux assez large en matière d'élections administratives telles que les élections aux conseils d'arrondissement (L. 22 juin 1833, art. 50 à 54), les élections municipales (L. 5 avr. 1884, art. 37 à 40), ce qui comprend non seulement l'élection des conseillers municipaux, mais celle des maires et adjoints, et celle des délégués sénatoriaux, les élections au conseil général

du département de la Seine (L. 22 juin 1833, art. 51), les élections des commissions syndicales prévues par les articles 4, 128 et 129 de la loi du 5 avril 1884, les élections des délégués mineurs (L. 8 juill. 1890, art. 12 et 25 mars 1901), celles des syndics de diverses associations syndicales (L. 20 août 1881, art. 31; Décr. 9 mars 1894, art. 30 § 4), les élections aux chambres de commerce (L. 19 févr. 1908, art. 7, al. 7) et aux chambres d'agriculture (L. 3 janv. 1924, art. 18), etc.

En vertu de l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an 8, les conseils de préfecture connaissent encore du contentieux des ventes nationales (V. *suprà*, n° 103).

Enfin les conseils de préfecture ont encore reçu compétence sur une série d'autres matières, en vertu de dispositions de lois spéciales qu'il suffira d'énumérer :

1° En matière d'associations syndicales de propriétaires, les conseils de préfecture connaissent des contestations relatives à la fixation du périmètre des terrains compris dans l'association, à la division des terrains en différentes classes, au classement des propriétés en raison de leur intérêt aux travaux, à la répartition et à la perception des taxes, à l'exécution des travaux (L. 21 juin 1865, art. 16) ; sur les difficultés entre l'association et les associés dans des cas très divers énumérés, notamment, par l'article 46 de la loi du 16 septembre 1807 sur le desséchement des marais et par l'article 26 de la loi du 21 juin 1865.

2° En matière de domaines communaux, les conseils de préfecture connaissent, notamment, des contestations sur les opérations et le mode de partage des biens indivis entre plusieurs communes ou sections de commune (L. 10 juin 1793, sect. 5, art. 1 et 2 ; L. 9 vent. an 12, art. 6) ; sur les *partages de jouissance* de biens communaux entre les habitants (mêmes textes) ; des litiges entre les propriétaires des halles et marchés et les communes au sujet de la fixation du prix de location annuelle de ces bâtiments (L. 15 mars 1790, art. 19).

3° Exceptionnellement, les conseils de préfecture sont compétents, en matière de contributions indirectes, sur le recouvrement des droits afférents aux manquants

de tabac dont les cultivateurs n'ont pu justifier la cause (L. 28 avr. 1816, art. 201 et 214) ; sur les réclamations des débitants de boissons relatives aux droits de licence (L. 29 déc. 1900, art. 1er ; L. 30 mars 1902, art. 18) ; enfin et surtout, sur le contentieux de la taxe sur le chiffre d'affaires (L. 25 juin 1920, art. 70).

4° En matière d'établissements de bienfaisance et de secours publics, les conseils de préfecture jugent, notamment, les contestations entre les départements et les hospices, sur l'indemnité proportionnelle des aliénés dont le traitement ou l'entretien était à leur charge, et qui sont placés dans un asile d'aliénés (L. 30 juin 1838, art. 28) ; les litiges entre les hôpitaux civils et l'État, relatifs à la fixation du prix de journée auquel les malades militaires seront traités dans les hôpitaux civils (L. 7 juill. 1877, art. 7, § 6), et certaines contestations analogues entre les hospices et les communes (*ibid.*, art. 7, § 7) ; diverses difficultés relatives à l'organisation du service de l'assistance médicale à domicile (L. 15 juill. 1893, art. 33).

5° En matière forestière, les conseils de préfecture connaissent d'une série de contestations fort diverses (Dalloz, *Rép. prat.*, v° *Conseil de préfecture*, n° 123) dont l'énumération détaillée dépasserait le cadre de cet ouvrage.

6° En matière de mines, les conseils de préfecture statuent sur les demandes d'indemnité formées par les propriétaires de la surface contre les explorateurs, et par les explorateurs qui n'ont pas reçu la concession, contre les concessionnaires (L. 21 avr. 1810, art. 46) et sur diverses autres questions énumérées à l'article 37 de la loi du 21 avril 1810 et à l'article 5 de la loi du 27 avril 1838.

7° En matière d'octroi, les conseils de préfecture connaissent des contestations qui s'élèvent entre les communes et les régisseurs intéressés de leurs octrois ; et également des contestations entre les communes et les fermiers des octrois, pourvu, dans ce dernier cas, que la contestation porte sur l'interprétation du bail (Décr. 17 mai 1809, art. 136). Sur les autres questions,

la compétence est judiciaire (Cons. d'Ét. 28 déc. 1923, *Revouy*, D. H. 1924. 150). La jurisprudence assimile aux baux des octrois les contrats d'affermage des droits de place dans les halles et marchés, des droits de stationnement sur les dépendances du domaine public, des droits de pesage, mesurage et jaugeage (Dalloz, *Rép. prat.*, v° *Conseil de préfecture*, n° 126).

8° En matière de sécurité et de salubrité publique, le rôle des conseils de préfecture est assez important. Ils connaissent d'abord des recours des industriels et des tiers intéressés contre les arrêtés préfectoraux autorisant ou refusant d'autoriser la création d'un établissement dangereux, incommode ou insalubre, et les autres arrêtés analogues (L. 19 déc. 1917, art. 14, 29, 35). — Les conseils de préfecture ont, en outre, un contentieux important en matière d'édifices menaçant ruine (L. 21 juin 1898, art. 4 et 8) et en matière de maisons d'habitation insalubres (L. 15 févr. 1902, art. 13).

9° Sur la compétence des conseils de préfecture en ce qui concerne certains litiges en matière de servitudes militaires, V. la loi du 17 juill. 1819, art. 9, le décret du 10 août 1853, art. 20, la loi du 22 juin 1854, art. 3, § 3.

Pour plus de détails sur ces différents points et sur quelques autres attributions des conseils de préfecture, on consultera avec fruit Laferrière, t. 1er, p. 364 et suiv. Il convient de noter également les attributions des conseils de préfecture en matière d'assistance médicale gratuite (L. 15 juill. 1893, art. 33), et en matière d'assistance obligatoire aux vieillards et aux infirmes (L. 14 juill. 1905, art. 35).

Les conseils de préfecture sont enfin juges des comptes des comptables des communes et des établissements publics, lorsque les revenus annuels de ces administrations ne dépassent pas 30 000 francs (Décr. 31 mai 1862, art. 427). L'appel des décisions du conseil de préfecture est porté, dans ce cas, devant la Cour des comptes.

Nous ne parlons que pour mémoire du rôle des conseils de préfecture en matière d'approbation des actes de la vie civile des communes, et en matière d'autorisations

de plaider, dont ont encore parfois besoin certains établissements publics. Ce ne sont pas là des attributions contentieuses proprement dites.

SECTION III

PROCÉDURE DEVANT LES CONSEILS DE PRÉFECTURE

192. Règles générales. — La procédure devant les conseils de préfecture est actuellement régie par la loi du 22 juillet 1889, complétée et modifiée par le décret du 26 septembre 1926. Cette procédure est du type inquisitorial, c'est-à-dire que l'instruction y est faite par le juge, et non confiée à l'initiative des parties ; elle est écrite, le débat oral n'étant qu'un complément facultatif ; elle se fait sans ministère d'avoués. Sa simplicité, sa clarté la rendent très supérieure à la procédure civile.

Lorsqu'une question de procédure n'a pas été tranchée par la loi administrative, les conseils de préfecture doivent appliquer, pour la régler, les principes généraux de la procédure civile, sans être astreints à en suivre les préceptes de détail. Comme le dit le Conseil d'État dans un arrêt du 13 mars 1925 (*Desreumaux*, D. H. 1925. 272), « devant les conseils de préfecture doivent être observées toutes les règles générales de procédure dont l'application n'a pas été écartée par une disposition législative formelle ou n'est pas inconciliable avec l'organisation même de ces tribunaux ».

193. Introduction des instances et instruction écrite. — Le mode normal d'introduction d'une instance devant le conseil de préfecture est le dépôt d'une requête au greffe du conseil ou à l'un des greffes annexes établis au chef-lieu de chaque département. Cette requête doit être rédigée sur papier timbré (sauf dérogation légale), et accompagnée d'autant de copies certifiées conformes qu'il y a de parties à mettre en

cause. La requête et les copies sont signées par le demandeur, ou par son fondé de procuration spéciale, ou par son avocat, ou par son avoué. Elles doivent contenir les mentions énoncées dans l'article 2 de la loi du 22 juillet 1889.

Quand le demandeur n'a pas fourni assez de copies, il en est avisé par le greffe et mis en demeure de les compléter dans le délai de quinzaine. Passé ce délai, sa requête est déclarée non avenue.

Les défendeurs reçoivent notification de la demande par les soins du greffe, qui leur fait remettre la copie qui leur est destinée. Cette copie peut être envoyée par la poste, sous pli recommandé, innovation très pratique du décret du 26 septembre 1926 (art. 9).

Les parties peuvent aussi, si elles le préfèrent, procéder par voie d'assignation, comme en matière civile. L'original doit alors être remis au greffe, ou à l'un des greffes annexes, et les frais de signification par huissier n'entrent pas en taxe (L. 22 juill. 1889, art. 4). Ce procédé, assez anormal en matière administrative, et d'ailleurs coûteux, est peu employé (V. sur toutes ces questions le *Rép. prat.* de Dalloz, v° *Conseil de préfecture*, n^os^ 159 et suiv.).

L'instruction est écrite ; le président du conseil de préfecture, après avoir, avec l'aide des secrétaires-greffiers, fait procéder aux notifications, nomme un rapporteur, auquel le dossier est remis (L. 22 juill. 1889, art. 5 ; Décr. 26 sept. 1926, art. 10). C'est au dossier soumis au rapporteur, et non dans celui qui peut être produit à la barre par les avocats ou les mandataires des parties, que doivent se trouver les pièces invoquées à l'appui de la demande ou de la défense. Ce principe est trop souvent oublié par les conseils des parties, plus habitués à la procédure judiciaire qu'à la procédure administrative (V. L. 22 juill. 1889, art. 45 ; Laferrière, t. 1, p. 368-369). Le Conseil d'État a toujours maintenu le principe que le conseil de préfecture ne peut, sans instruction nouvelle, se prononcer sur des pièces, demandes ou moyens nouveaux.

Sur la proposition du rapporteur, le conseil de pré-

fecture ordonne en chambre du conseil, et sans que ces décisions soient susceptibles de voies de recours, les notifications, les mises en cause, les productions de documents et les autres mesures d'instruction de même nature, sans préjudice de celles qui ont déjà pu être ordonnées par le président (Dalloz, *Rép. prat.*, v° *Conseil de préfecture*, n°s 189 et suiv.).

Le défendeur doit répondre à la demande dans le délai qui lui est fixé par le conseil ; autrement il s'expose à être jugé par défaut. Le demandeur peut répliquer (V. pour les détails, L. 22 juill. 1889, art. 6 à 9).

Des règles spéciales d'instuction et de procédure existent en matière de contraventions de grande voirie et de contributions directes. Il en sera parlé à propos de ce contentieux spécial (V. L. 22 juill. 1889, art. 10 et 11 ; Décr. 26 sept. 1926, art. 13 et suiv).

194. Représentation et assistance des parties. Débat oral. — Les parties peuvent rédiger et signer elles-mêmes leurs mémoires ; elles peuvent comparaître en personne à la séance publique. Elles peuvent aussi se faire représenter ou assister par des personnes de leur choix. Les mandataires doivent être munis d'un pouvoir spécial, soit authentique, soit légalisé par le maire et enregistré. Les avocats dûment inscrits à un barreau et les avoués exerçant dans le département sont dispensés de produire une procuration écrite (V. pour les détails art. 8, L. 22 juill. 1889). Les avocats comme les avoués sont donc ici les mandataires de leurs clients (Sur la nature et l'étendue de ce mandat, V. J. Appleton, *Traité de la profession d'avocat*, n°s 167 et suiv.). Ils peuvent rédiger et signer pour leur compte les mémoires et conclusions.

Ce droit de représentation sans procuration s'étend même aux matières pour lesquelles une procédure spéciale, différente de celle de la loi du 22 juillet 1889, est prévue, telles que les réclamations relatives aux contributions directes (Cons. d'Ét. 12 nov. 1920, *de Rovira, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 955).

Les avocats et avoués sont seuls qualifiés pour obte-

nir, si besoin est, le déplacement ou même la remise temporaire entre leurs mains des pièces du dossier (Décr. 26 sept. 1926, art. 11).

Les immunités de la défense, les règles de discipline auxquelles sont soumis les avocats et les avoués sont ici les mêmes que devant les tribunaux judiciaires (L. 22 juill. 1889, art. 50).

Lorsque l'affaire est en état d'être jugée, ou lorsqu'il y a lieu d'ordonner des vérifications au moyen d'expertises, d'enquêtes ou autres mesures analogues, le rapporteur prépare un rapport. Ce rapport est remis au secrétaire-greffier, qui le transmet au commissaire du Gouvernement. L'affaire est alors prête pour le débat oral.

Toutefois, lorsqu'il s'agit d'ordonner une enquête ou une expertise, et si les parties en font la demande d'un commun accord, le président peut ordonner cette mesure sans réunir le conseil, dans la forme des référés administratifs, dont il sera question au n° 195 (Décr. 26 sept. 1926, art. 17).

Les parties ou leurs représentants sont convoqués à la séance publique dans les formes et délais prévus par l'article 44 de la loi du 22 juillet 1889.

Après le rapport fait sur chaque affaire par un des conseillers, les parties peuvent présenter, soit en personne, soit par l'office de leurs mandataires ou défenseurs, des *observations orales* à l'appui de leurs conclusions écrites. Ces mots indiquent que les observations doivent être brèves. On ne doit pas perdre de vue que l'affaire est instruite par écrit, et que le débat oral ne sert qu'à clarifier et compléter les mémoires et conclusions. Le conseil de préfecture peut également entendre les agents de l'Administration compétente ou les appeler devant lui pour fournir des explications (L. 22 juill. 1889, art. 45).

Le commissaire du Gouvernement est entendu dans toutes les affaires (art. 46). La décision, qui porte le nom d'arrêté, est prononcée à l'audience publique, après délibéré hors la présence des parties (art. 47).

195. Référé administratif. — Aux termes de l'article 24 de la loi du 22 juillet 1889, « en cas d'urgence, le président du conseil de préfecture peut, sur la demande des parties, désigner un expert pour constater des faits qui seraient de nature à motiver une réclamation devant ce conseil. Avis en est immédiatement donné au défendeur éventuel ». Cette procédure très utile, notamment pour constater d'urgence des dommages causés par les travaux publics, et dont la preuve risquerait de dépérir, a reçu dans la pratique le nom de *référé administratif*.

En réalité les pouvoirs du président sont moins étendus ici qu'en matière de référé judiciaire civil ou commercial. Le président du conseil de préfecture ne peut qu'ordonner de faire un constat des faits et des lieux litigieux ; il ne pourrait pas nommer un séquestre, un administrateur provisoire, encore moins autoriser une saisie-conservatoire ou une saisie-arrêt (V. sur ces différents points le *Rép. prat.* de Dalloz, v° *Conseil de préfecture*, n^os^ 380 et suiv.).

La décision du président n'est pas susceptible d'opposition. Elle ne serait pas non plus susceptible d'appel, du moins avant la décision définitive, à cause de son caractère purement préparatoire (Cons. d'Ét. 24 juill. 1891, D. P. 93. 3. 4-5 et la note 1). Il en serait autrement si le président, outrepassant son pouvoir, avait ordonné des mesures d'instruction autres qu'un constat ou préjugeant le fond. L'appel serait également possible (quoique assez vain, à raison des lenteurs de l'instance devant le Conseil d'État) de la part du demandeur auquel la mesure d'instruction sollicitée aurait été refusée (Laferrière, t. 1, p. 375).

196. Mesures d'instruction. — La principale des mesures d'instruction que peuvent prescrire les conseils de préfecture est l'expertise. Elle est très souvent ordonnée, peut-être même trop souvent, car on a pu reprocher parfois à quelques conseils de préfecture de se décharger trop complètement sur des experts de certains travaux de vérification que l'étude des mémoires et des pièces du dossier leur aurait permis de faire eux-

mêmes. L'expertise doit toujours être ordonnée en matière de dommages causés par l'exécution des travaux publics, lorsqu'elle est demandée par les parties ou par l'une d'elles. Nous reviendrons sur ce point plus loin (*infrà*, n° 227).

La loi du 22 juillet 1889 ne consacre pas moins de douze articles aux expertises (art. 13 et 24 inclus). Pour le détail, on se reportera au *Rép. prat.* de Dalloz, v° *Conseil de préfecture*, n^os^ 232 et suiv., et surtout à l'ouvrage de M. Georges Lenotte, *Des expertises devant les conseils de préfecture*, 2 vol., 1905. Retenons simplement que l'expertise doit être faite par trois experts, à moins que les parties ne consentent qu'il y soit procédé par un seul. Dans ce dernier cas, l'expert est désigné par le conseil, à moins que les parties ne s'accordent pour le désigner. Si l'expertise est confiée à trois experts, l'un d'eux est nommé par le conseil de préfecture, et chacune des parties est appelée à nommer son expert (art. 14). On suit d'ailleurs, dans les expertises, des règles analogues à celles du Code de procédure civile, un peu simplifiées. Les experts ne dressent qu'un seul rapport, en y indiquant, s'il y a lieu, l'opinion de chacun d'eux (art. 20).

Lorsque le conseil ne trouve pas dans le rapport des experts des éclaircissements suffisants, il peut, au lieu de prescrire un supplément d'information, ordonner que les experts comparaîtront devant lui pour fournir les explications et renseignements nécessaires (art. 22).

Pour les autres mesures d'instruction, c'est également au Code de procédure civile simplifié et mis au point que la loi du 22 juillet 1889 a emprunté ses dispositions. Il suffira de mentionner ici les visites de lieux (art. 25), les enquêtes (art. 26 à 35), les interrogatoires (art. 36), les vérifications d'écritures (art. 37). Remarquons seulement que l'enquête peut avoir lieu, au gré du conseil, soit à l'audience, devant le conseil entier, soit devant l'un des membres du conseil, et que les interrogatoires sont purgés du formalisme excessif qui rend presque vaine cette mesure d'instruction dans le domaine de la procédure civile.

L'article 9 du décret du 6 septembre 1926 précise, à cet égard, qu'un conseiller peut être commis, par le conseil dont il fait partie *ou par le président de ce conseil*, pour procéder, soit au chef-lieu de tout département compris dans la circonscription et autre que celui du siège, soit sur les lieux, à des enquêtes et à toutes autres mesures d'instruction. Il résulte de ce texte qu'une mesure de cette nature peut être ordonnée au cours de la procédure par simple arrêté du président, sans qu'il soit nécessaire de réunir le conseil entier.

Rappelons enfin qu'en cas d'accord entre les parties, le président peut, sans réunir le conseil, ordonner une enquête ou une expertise (Décr. 26 sept. 1926, art. 17).

Quant à l'inscription de faux, le conseil de préfecture n'est pas compétent pour connaître de cette procédure considérée comme essentiellement judiciaire. Lorsqu'elle est nécessaire à la solution du litige, il y a lieu à sursis jusqu'au parachèvement de la procédure d'inscription de faux devant le tribunal civil (L. 22 juill. 1889, art. 38).

197. Des incidents. — Toutes les demandes incidentes sont instruites suivant les mêmes règles que les demandes principales. Lorsqu'elles touchent à la compétence, elles ne doivent pas nécessairement, comme devant les tribunaux civils, donner lieu à un jugement préalable distinct du fond. L'intervention est largement admise de la part de tous ceux qui ont intérêt à la décision du litige engagé devant le conseil de préfecture (V. sur les divers incidents, les art. 39 et suiv. L. 22 juill. 1889).

198. Du jugement et de son exécution. — Les décisions des conseils de préfecture se nomment des arrêtés. Elles comprennent, comme celles du Conseil d'État : 1° les *visas*, qui correspondent aux *qualités* des décisions judiciaires ; ils comprennent le résumé des conclusions des parties, l'indication des principales pièces produites, l'énoncé des textes de loi applicables (en matière répressive, ces textes doivent même être textuellement reproduits dans les arrêtés : art. 48

L. 22 juill. 1889) ; 2° les motifs, qui sont souvent assez sommaires et consistent parfois en une simple référence à un rapport d'experts homologué par le conseil, ce qui constitue une habitude vicieuse, mais tolérée par la jurisprudence ; 3° le dispositif, rédigé en articles numérotés et distincts.

Les arrêtés contiennent en outre les noms des parties et de leurs mandataires ; ceux des conseillers qui ont siégé ; ils doivent constater l'accomplissement des formalités essentielles (publicité des audiences, audition des parties et du commissaire du Gouvernement, etc.).

Les décisions contentieuses des conseils de préfecture sont exécutoires par elles-mêmes ; elles emportent hypothèque judiciaire (art. 49). La loi ne prescrit pas que leurs expéditions doivent être revêtues d'une formule exécutoire ; mais nonobstant cette omission, il est certain qu'elles produisent les mêmes effets, au point de vue de la force exécutoire contre les parties privées, que les décisions des tribunaux judiciaires.

Les difficultés relatives à l'exécution des arrêtés des conseils de préfecture sont de la compétence des tribunaux civils, sauf si une question d'interprétation de l'arrêté est en jeu (Dalloz, *Rép. prat.*, v° *Conseil de préfecture*, n° 738 ; Cons. d'Ét. 9 août 1894, D. P. 94. 3. 84 ; Civ. 7 nov. 1923, D. H. 1924. 46).

Les mêmes règles sont applicables aux décisions rendues par un juge délégué, par application de l'article 8 du décret du 6 septembre 1926.

199. Des dépens. — Cette matière forme l'objet du titre VI de la loi du 22 juillet 1889 (art. 62 à 67). Le tarif des dépens est actuellement réglé par un décret du 28 mars 1921.

Toute partie qui succombe est condamnée aux dépens ; mais ceux-ci peuvent, en raison des circonstances de l'affaire, être compensés en tout ou en partie (art. 62). Ces principes sont applicables à l'Administration dans les contestations relatives soit au domaine de l'État, soit à l'exécution des marchés passés pour un service public, soit à la réparation des dommages sur lesquels

les conseils de préfecture sont appelés à se prononcer. En matière répressive, la partie acquittée est relaxée sans dépens. Il n'y a lieu, en matière électorale, à aucune condamnation aux dépens (art. 63).

La liquidation des frais d'expertise est faite par le président du conseil de préfecture ; après quoi l'arrêté qui statue sur le litige, ou après coup le président par arrêté spécial, liquide l'ensemble des dépens, conformément au tarif (art. 65 et 66). Les parties peuvent former opposition à cette décision devant le conseil de préfecture statuant en chambre du conseil (art. 66).

200. Des voies de recours. — Cette matière est traitée au titre V de la loi du 22 juillet 1889. Les voies de recours contre les décisions contentieuses des conseils de préfecture sont au nombre de trois : l'opposition, la tierce-opposition et l'appel.

L'opposition n'est recevable que contre les décisions par défaut. Sont considérés comme contradictoires, et par conséquent non susceptibles d'opposition, les arrêtés rendus sur les requêtes ou mémoires en défense des parties, alors même que les parties ou leurs mandataires n'auraient pas présenté d'observations orales à la séance publique (art. 53).

Lorsque l'on est en présence de plusieurs défendeurs et que l'un d'eux ou quelques-uns d'entre eux n'ont pas présenté de défense, le conseil surseoit à statuer sur le fond et ordonne que les parties défaillantes seront averties de ce sursis par une notification contenant nouvelle invitation de produire leurs défenses dans un délai déterminé. Après l'expiration du délai, il est statué par une seule décision, qui n'est susceptible d'opposition de la part d'aucune des parties (art. 54). Cette procédure rappelle celle du défaut profit-joint en matière civile.

L'opposition est formée dans le délai d'un mois à dater de la notification de l'arrêté à la partie défaillante (art. 52) ; elle est faite dans les formes d'une demande ordinaire au conseil de préfecture. Elle suspend l'exécution de la décision attaquée, à moins que celle-ci n'en

ait autrement ordonné (art. 55). La procédure se déroule ensuite devant le conseil de préfecture suivant les règles ordinaires.

Toute partie peut former tierce-opposition à une décision qui préjudicie à ses droits et lors de laquelle ni elle ni ceux qu'elle représente n'ont été appelés (art. 56). Ces expressions, que l'article 56 a copiées textuellement sur l'article 474 du Code de procédure civile, prouvent que la loi du 22 juillet 1889 a entendu emprunter à la procédure civile l'ensemble des règles de la tierce-opposition. — Cette voie de recours diffère de l'opposition à deux points de vue : 1° elle ne peut émaner que de personnes qui ne figuraient pas à l'instance soit par elles-mêmes, soit par leurs représentants ; 2° elle n'est pas enfermée dans les mêmes délais de rigueur que l'opposition, de sorte qu'elle reste recevable aussi longtemps que l'eût été l'action principale elle-même.

Les arrêtés des conseils de préfecture, quel que soit l'intérêt du litige, peuvent être attaqués par voie d'appel devant le Conseil d'État dans le délai de deux mois à dater de la notification lorsqu'ils sont contradictoires, et à dater de l'expiration du délai d'opposition lorsqu'ils ont été rendus par défaut (art. 57). Ce délai est augmenté à raison des distances dans les conditions prévues à l'article 73 du Code de procédure civile.

L'appel est introduit au moyen d'une requête signée d'un avocat au Conseil d'État, à laquelle est jointe une expédition de la décision attaquée. Lorsque la matière est dispensée du ministère de l'avocat au Conseil d'État (V. les cas, L. 22 juill. 1889, art. 61), la partie peut signer elle-même sa requête ou charger de ce soin un mandataire ; mais la dispense de procuration, que l'article 8 de la loi du 22 juillet 1889 accorde aux avocats des barreaux autres que celui du Conseil d'État et aux avoués, ne s'étend pas à l'appel. Une requête d'appel, en l'absence de procuration spéciale, ne serait donc pas valablement signée d'un avoué (Cons. d'Ét. 29 mars 1922, *Messaoud Aberkane el Hamdi ben Tabar*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 292).

Les délais de l'appel sont modifiés dans certains cas (art. 59).

Comme en matière de procédure civile, l'appel des arrêtés simplement préparatoires ne peut être interjeté que conjointement à l'appel de la décision définitive (art. 60).

L'appel n'est pas suspensif, sauf en matière d'élections et de contraventions de grande voirie. Cependant, les conseils de préfecture peuvent subordonner l'exécution de leurs décisions, en cas de recours, à la charge de donner caution, ou de justifier d'une solvabilité suffisante (L. 24 mai 1872, art. 24).

CHAPITRE III

LES CONSEILS DU CONTENTIEUX DES COLONIES

201. Organisation. — Les anciennes colonies seules avaient autrefois un conseil du contentieux administratif. L'institution a été généralisée et étendue à toutes les colonies par le décret du 7 septembre 1881. Le décret du 5 août 1881 règle l'organisation et la procédure de ces juridictions.

Elles se composent du gouverneur de la colonie, qui les préside avec voix prépondérante (à son défaut, la présidence appartient au fonctionnaire qui le suit immédiatement dans l'ordre hiérarchique), des membres du *conseil privé*, corps consultatif qui assiste normalement le gouverneur, et de deux magistrats de l'ordre judiciaire désignés chaque année par le gouverneur. Le procureur général fait, de droit, partie du conseil du contentieux. L'inspecteur des services administratifs et financiers remplit les fonctions du ministère public, avec le titre de commissaire du Gouvernement. Les fonctions de greffier sont remplies par le secrétaire-archiviste du conseil privé.

Ces juridictions groupent donc des éléments divers empruntés à l'Administration active, à l'Administration délibérante et à l'autorité judiciaire. Ceci n'est en harmonie ni avec le principe de la séparation des pouvoirs, ni avec celui de la séparation de l'Administration active et de la juridiction administrative ; mais cette particularité, imposée par des nécessités pratiques, n'a pas une importance capitale, toutes les décisions

de cette juridiction coloniale pouvant être frappées d'appel devant le Conseil d'État.

202. Attributions. — Les divers décrets et ordonnances qui ont institué les conseils du contentieux des colonies contiennent une énumération assez longue d'attributions contentieuses réservées à ces juridictions. Dans leurs grandes lignes, ces diverses catégories d'attributions ressemblent à celles des conseils de préfecture.

Toutefois, la compétence des conseils du contentieux des colonies diffère de celle des conseils de préfecture sur un point essentiel : tandis que ces dernières juridictions ne sont, à aucun titre, des juges de droit commun et n'ont qu'une compétence d'exception, les conseils du contentieux des colonies sont, d'une façon tout à fait générale, juges du contentieux administratif de la colonie (Ord. 21 août 1825, art. 160 ; 9 févr. 1827, art. 76 ; Décr. 5 août 1881). C'est ainsi qu'en dehors de tout texte, une jurisprudence abondante les a reconnus compétents, comme juges de droit commun du premier degré, pour juger : 1° les réclamations en matière de contributions directes ; 2° les litiges entre une colonie et le Crédit foncier colonial, avec lequel elle s'est liée par traité ; 3° les difficultés entre les fonctionnaires coloniaux et la colonie, relatives à leurs traitements, émoluments, à leurs demandes d'indemnités pour révocation ou licenciement, etc. (V. Laferrière, t. 1, p. 386-387, et les arrêts cités).

Il ne faut pas oublier, toutefois, que cette compétence de droit commun n'existe que pour le contentieux administratif *relatif à la colonie.* Lorsqu'il s'agit de litiges nés dans la colonie, mais intéressant l'État, le conseil du contentieux n'est plus qu'une juridiction d'exception, dont la compétence ne s'étend qu'aux catégories de litiges dont un texte législatif le saisit. C'est ainsi, par exemple, que ces conseils ne sont pas compétents pour statuer sur les actions en responsabilité dirigées contre l'État (Cons. d'Ét. 13 sept. 1895, *Carassus, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 818 ; 25 mai 1906, *Léontieff, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 455).

Cette compétence ne s'étend pas non plus au recours pour excès de pouvoir. A l'époque où les conseils du contentieux des colonies ont reçu mission de connaître du « contentieux administratif », cette expression ne désignait pas le recours en annulation pour excès de pouvoir. Au surplus, la loi du 24 mai 1872 a attribué expressément au Conseil d'État la connaissance de ces recours.

Les conseils du contentieux des colonies ne statuent jamais qu'à charge d'appel au Conseil d'État (Ord. 21 août 1825, art. 161 ; Décr. 5 août 1881, art. 86).

203. Procédure. — La procédure devant ces juridictions, primitivement réglée avec détails par l'ordonnance du 31 août 1828, a été simplifiée et mise au point par le décret du 5 août 1881, préparé en Conseil d'État. D'une façon générale, cette procédure se rapproche beaucoup de celle suivie devant les conseils de préfecture.

Les décisions sont exécutoires par provision ; mais le conseil peut décider, sur la demande de la partie condamnée, et après avoir dûment convoqué l'adversaire, que l'exécution n'aura lieu qu'à la charge de fournir caution.

Le recours au Conseil d'État comporte deux actes : 1° la *déclaration en recours*, qui se fait dans la colonie, au secrétariat du conseil du contentieux, et dont une expédition doit être signifiée au défendeur au pourvoi ; 2° la *requête en recours*, qui est déposée au secrétariat du contentieux du Conseil d'État, et qui suppose une constitution d'avocat.

Certaines difficultés de procédure se sont produites pour les affaires dispensées du ministère d'avocat. Sans entrer dans les détails, disons seulement que le Conseil d'État considère, même dans ce cas, les deux actes de procédure (la *déclaration* et la *requête*) comme nécessaires ; seulement elles peuvent être déposées toutes deux, au gré de la partie, soit au secrétariat du contentieux du Conseil d'État, soit à celui du conseil du contentieux de la colonie ; dans ce dernier cas, le

gouverneur se charge de transmettre les pièces à la Haute Assemblée.

Toutefois, en matière d'élections municipales, ce formalisme n'est plus exigé : on suit les règles métropolitaines (Laferrière, t. 1, p. 392-393).

LIVRE IV

LES ACTIONS ET LES RECOURS

INTRODUCTION

RÈGLES GÉNÉRALES. — LIAISON DU CONTENTIEUX MÉMOIRE PRÉALABLE

---

204. Liaison du contentieux. — L'un des problèmes les plus difficiles du droit administratif consiste à savoir dans quels cas et à la suite de quelles formalités les particuliers pourront saisir la juridiction administrative de leurs litiges contre les pouvoirs publics. L'Administration a, en effet, une tendance marquée à se dérober à tout débat juridictionnel. Il a donc fallu arriver à décider l'Administration à subir ce contrôle. Pour cela, le droit administratif français a suivi une voie originale qui lui a permis d'aboutir à des résultats très satisfaisants.

Il est parti de l'idée que l'Administration, lorsqu'elle fait œuvre juridique, procède par voie de décisions exécutoires, incorporées dans un acte : elle rejette ou accorde une autorisation demandée pour un établissement dangereux ; elle établit et rend exécutoire un rôle de contribution publique ; elle nomme ou révoque un fonctionnaire. Tous ces actes sont exécutoires, en ce sens qu'avant même leur exécution, ils créent ou tout au moins cristallisent une situation juridique : dès la décision prise, le fonctionnaire révoqué n'est plus

fonctionnaire, le contribuable devient débiteur, l'industriel est privé du droit de construire ou de faire fonctionner son usine, etc.

On a fait admettre assez aisément par l'Administration que ce *privilège du préalable* devait être contrebalancé par le droit pour les particuliers de réclamer contre la décision prise, et d'obtenir ainsi, s'il y a lieu, le rétablissement de leur situation juridique. Toute décision exécutoire de l'Administration implique donc le droit de réclamer.

Ce point une fois admis, tout le développement du contentieux administratif moderne s'en est suivi. Comme tout d'abord, en l'absence de tribunaux administratifs organisés, la réclamation devait être portée devant l'Administration même qui avait rendu la décision, celle-ci a admis sans inquiétude le principe du droit de réclamer. Lorsque les juridictions administratives se sont successivement créées, le pli était pris ; il était trop tard pour reculer. D'ailleurs, dans leur état primitif, ces juridictions ne portaient pas ombrage à l'Administration active ; elle y reconnaissait les siens : le préfet présidait le conseil de préfecture ; le chef de l'État sanctionnait par décret les propositions de décision du Conseil d'État.

Plus tard, lorsque les juridictions administratives eurent acquis un pouvoir propre de décision, l'Administration essaya de se dérober, afin de se soustraire à un contrôle devenu trop indépendant : elle essaya d'éluder le recours en évitant de prendre une décision ; mais l'institution était dès lors si solidement assise, que le pouvoir central et le législateur n'hésitèrent pas à intervenir et assimilèrent le silence de l'Administration, prolongé pendant quatre mois, à une décision implicite de rejet contre laquelle les parties étaient reçues à se pourvoir (D. 2 nov. 1864, art. 7 ; L. 17 juill. 1900, art. 3).

On peut donc aujourd'hui poser les principes suivants :

1° Sauf exceptions, le droit de saisir la juridiction administrative n'est accordé aux particuliers que s'ils peuvent produire une décision exécutoire de l'Admi-

nistration contraire à leurs prétentions. Mais toutes les fois qu'ils le peuvent, leur droit au recours est ouvert ; il n'est pas nécessaire qu'il soit spécialement consacré par la loi.

2° La décision administrative ouvrant le droit au recours peut être prise spontanément par l'Administration. C'est ce qui arrive, notamment, quand elle émet les rôles des contributions directes, quand elle délimite le domaine public, quand elle prend un arrêté de débet contre un comptable. Dans ce cas, cette décision ouvre le droit au recours contentieux, sans qu'il soit nécessaire d'en provoquer une nouvelle.

3° Si l'Administration n'a pas pris de décision, il appartient aux particuliers lésés d'en provoquer une par une réclamation ; ils auront alors le droit de se pourvoir contre la décision rejetant leur réclamation. Cette procédure est particulièrement usitée dans les cas de demandes de pensions civiles ou militaires et de demandes d'indemnité pour fautes de service.

4° Si, sur la réclamation des parties, l'Administration garde le silence pendant quatre mois, la demande est censée rejetée, et les parties peuvent porter leur réclamation devant la juridiction administrative (Sur les détails de cette institution originale, V. Hauriou, *Précis*, 10e édit., p. 408 et suiv. ; Berthélemy, *Traité élém.*, p. 986 et suiv., et *infrà*, nos 301 et suiv.).

205. Applications jurisprudentielles. — Le principe aux termes duquel le contentieux administratif ne peut être lié que par une décision préalable, expresse ou implicite, a reçu de nombreuses applications en jurisprudence. Il a fait naître la question de savoir quelle était l'autorité compétente pour prendre la décision qui doit lier le contentieux (car si la décision émanait d'une autorité incompétente, ou si la réclamation sur laquelle l'Administration a gardé le silence avait été aiguillée sur un fonctionnaire ou un corps incompétent pour statuer, le contentieux ne serait pas lié et le recours serait irrecevable). En principe, pour les litiges contre l'État, c'est au ministre qu'il appar-

tient de prendre une décision ; pour les réclamations pécuniaires contre un département, c'est au conseil général et non au préfet; pour celles intéressant les communes, c'est au conseil municipal et non au maire.

Voici maintenant quelques espèces où le principe a été appliqué d'une façon intéressante : 1° Cons. d'Ét. 30 juin 1905, *Dép. de la Mayenne* (*Rec. Cons. d'Ét.*, p. 576) : « Considérant que la requête du département de la Mayenne, qui tend à faire condamner le département d'Ille-et-Vilaine à lui rembourser les frais d'entretien d'un malade, etc., est au nombre des affaires contentieuses prévues par la loi du 17 juillet 1900 comme ne pouvant être introduites devant le Conseil d'État que sous la forme d'un recours contre une décision administrative ; qu'il n'appartient qu'au conseil général du département d'Ille-et-Vilaine de se prononcer sur cette demande avant que le Conseil d'État puisse en être saisi... ». 2° Cons. d'Ét. 24 juill. 1908, *Espagnol* (*Rec. Cons. d'Et.*, p. 811) : « Considérant que le sieur Espagnol ne justifie ni d'une décision par laquelle le ministre des Travaux publics l'aurait admis, ou aurait refusé de l'admettre à faire valoir ses droits à la retraite, ni d'une réclamation adressée au ministre dans les conditions de l'article 3 de la loi du 17 juillet 1900 et restée sans réponse, et qu'*il n'est pas recevable à demander directement au Conseil d'État la liquidation d'une pension de retraite...* » (Cf. Cons. d'Ét. 24 mars 1922, *Capron*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 262 ; 31 mars 1922, *Cie des messageries maritimes*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 319). 3° Cons. d'Ét. 13 janv. 1922, *Coulon* (*Rec. Cons. d'Ét.*, p. 34). Il s'agissait d'une demande tendant à faire reconnaître une commune pécuniairement responsable des conséquences d'un accident imputé au mauvais fonctionnement du service municipal de police : « Considérant, dit le Conseil d'État, que la requête... est au nombre des affaires contentieuses prévues par la loi du 17 juillet 1900, qui ne peuvent être introduites devant le Conseil d'État que sous la forme d'un recours contre une décision administrative ; que *le conseil municipal avait seul*

qualité pour prendre une décision sur cette demande avant que le Conseil d'État en soit saisi... ».

206. Cas dans lesquels la juridiction administrative peut être saisie sans décision préalable. — Il y a des cas exceptionnels où la juridiction administrative peut être directement saisie d'un litige, sans qu'il soit besoin de produire ou de provoquer une décision préalable. Ceci se rencontre surtout dans les affaires relevant des conseils de préfecture ou des conseils du contentieux des colonies ; ainsi, en matière de dommages causés par l'exécution des travaux publics, l'action en indemnité peut être introduite contre l'Administration sans décision préalable de celle-ci. Il en est de même dans le contentieux des marchés de travaux publics et des ventes nationales. Cela tient, sans doute, à ce que ce sont là des contentieux fort anciens, où l'Administration est depuis longtemps habituée à voir les justiciables contester et plaider, et où elle se plie, dès lors, plus aisément à un débat de procédure.

Il n'y a pas non plus à demander de décision préalable à l'Administration en matière d'élections : les protestations électorales soulèvent un contentieux qui est porté de plain-pied devant le juge de l'élection; et cela se conçoit, car l'Administration active (sauf exceptions assez rares) n'aurait pas le droit d'annuler de sa propre autorité une élection; il est donc inutile de s'adresser à elle au préalable.

Cette remarque conduit à décider qu'il y a lieu au contraire, même en matière d'élection, de rentrer dans la règle lorsque le ministre a reçu exceptionnellement de la loi le pouvoir d'annuler l'élection irrégulière. Dans ce cas on ne pourrait pas mettre en mouvement le contentieux électoral devant la juridiction administrative sans avoir, au préalable, provoqué une décision du ministre (Cons. d'Ét. 5 mai 1922, *Gabriel et Musso, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 401).

L'exigence d'une décision administrative préalable n'existe pas non plus dans les cas exceptionnels où certaines branches du contentieux administratif sont

déférées à l'autorité judiciaire : telles sont les actions en responsabilité pour désordres collectifs, dirigées contre les communes (L. 5 avr. 1884, art. 106 et suiv.) ; celles dirigées contre l'État substitué aux membres de l'enseignement public, à raison des dommages causés par les enfants sous leurs ordres (art. 1384 C. civ., modif. par L. 20 avr. 1899) ; les instances concernant le domaine privé des administrations publiques. Les règles de la procédure civile s'appliquent ici ; elles n'exigent pas de décision préalable à l'introduction de l'instance. Toutefois, dans de nombreux cas, l'Administration doit être du moins avertie, au moyen d'une formalité particulière, de l'action qui va être dirigée contre elle. Nous allons examiner ce point.

207. De la formalité du mémoire préalable. — Les procès concernant l'État, les départements, les communes et les établissements publics, sont dispensés du préliminaire de conciliation ; mais il y est suppléé par la formalité du *mémoire préalable.*

Aux termes de la loi du 5 novembre 1790, titre 3, article 15, aucune action en justice ne peut être intentée contre l'État sans qu'au préalable le demandeur se soit pourvu, par simple mémoire, au préfet. Il est délivré récépissé de ce dépôt. La date de ce récépissé sert de point de départ à un délai d'un mois, au cours duquel le demandeur doit s'abstenir d'agir en justice.

Il y a lieu de remarquer que la loi du 5 novembre 1790 est une loi sur l'administration du domaine de l'État ; d'où on peut conclure que la formalité du mémoire préalable n'est exigée que dans les instances domaniales. La jurisprudence du tribunal de l'Empire allemand, interprétant le même texte, statue en ce sens (arrêt du 9 nov. 1891, D. P. 93. 2. 579). La jurisprudence française paraît incliner en ce sens (note de M. Léonce Thomas sous Req. 3 juill. 1912, D. P. 1916. 1. 233 ; Rennes, 4 mai 1923, *Etat* c. *Fleury et Ravaud*, D. P. 1924. 2. 49 et la note 4 sous cet arrêt).

En tout cas on reconnaît que le mémoire préalable n'est pas exigé pour les instances relevant des tribu-

naux administratifs, pour les actions possessoires, pour les demandes reconventionnelles et subsidiaires.

La nullité de la procédure sert de sanction à l'obligation de présenter un mémoire préalable ; mais cette nullité peut se couvrir par une défense au fond.

En matière départementale, aucune action judiciaire autre que les actions possessoires ne peut, à peine de nullité, être intentée contre un département, qu'autant que le demandeur a préalablement adressé au préfet un mémoire exposant l'objet et les motifs de sa réclamation. Il lui en est donné récépissé. L'action ne peut être portée devant les tribunaux que deux mois après la date du récépissé, sans préjudice des actes conservatoires (L. 10 août 1871, art. 55).

Comme à l'égard de l'État et des autres personnes morales de droit public, cette formalité n'est exigée que pour les demandes portées devant les tribunaux judiciaires.

En matière communale, l'article 124 de la loi du 5 avril 1884, modifié par la loi du 8 janvier 1905, contient une disposition analogue, qui oblige les particuliers plaidant contre les communes à déposer un mémoire préalable. Le délai pendant lequel le demandeur ne peut pas agir est réduit à un mois.

Lorsqu'il s'agit d'un établissement public, la formalité du mémoire préalable n'existe pas (Civ. 11 mai 1910, D. P. 1911. 1. 281 et la note de M. Politis).

Ces établissements, comme les communes, ne pouvaient plaider autrefois sans l'autorisation du conseil de préfecture: La loi du 8 janvier 1905 les a émancipés les uns et les autres. Toutefois, lorsqu'il s'agit d'un établissement de bienfaisance communal, l'avis du conseil municipal doit être au préalable demandé sur toute action judiciaire autre que les actions possessoires, que l'établissement se proposerait d'intenter ou de soutenir. En cas de désaccord entre le conseil municipal et l'établissement, celui-ci ne peut ester en justice qu'en vertu d'une autorisation du conseil de préfecture (L. 8 janv. 1905, art. 3).

208. Représentation en justice des administrations publiques. — L'État est représenté en justice, devant les tribunaux administratifs comme devant les tribunaux judiciaires, par les préfets (V. Cons. d'Ét. 16 janv. 1903, *ministre des trav. publ., Rec. Cons. d'Ét.*, p. 18). Il y a un certain nombre d'exceptions : devant le Conseil d'État, c'est le ministre qui représente l'État ; en matière domaniale, lorsqu'il s'agit d'actions ayant pour objet de simples recouvrements de revenus, d'arrérages, de rentes ou de créances, lorsque le fond du droit n'est pas contesté (L. 28 oct.-5 nov. 1790, tit. 3, art. 14, et L. 19 août-12 sept. 1791, art. 4 et 6), c'est l'Administration des domaines ; quand il s'agit du domaine militaire, c'est le ministre de la Guerre (L. 10 juill. 1791, tit. 4, art. 1 et 5) ; en matière de douanes, de contributions indirectes, ce sont les directeurs généraux de ces grandes régies financières. Il en est de même dans un grand nombre de cas en matière de contributions directes, d'enregistrement, etc. Enfin, pour les instances intéressant le Trésor public, c'est l'agent judiciaire du Trésor qui représente l'État (C. pr. civ., art. 69 et 70).

Le département, comme l'État et la commune, plaide librement. Mais l'organe délibératif doit ici intervenir pour autoriser le département à intenter le procès ou à y défendre. Cet organe est, suivant les cas, le conseil général ou la commission départementale (L. 10 août 1871, art. 46, nos 15 et 54).

C'est le préfet qui représente le département en justice, sauf lorsqu'il s'agit d'une instance contre l'État. Dans ce cas le préfet demeure le représentant de l'État et la commission départementale délègue un de ses membres pour représenter le département (L. 10 août 1871, art. 54).

Les règles en matière communale sont à peu près les mêmes que pour le département : le maire agit ou défend avec l'autorisation du conseil municipal (L. 5 avr. 1884, art. 90, § 8) ; il représente la commune en justice.

Les particuliers ont, sous certaines conditions, le droit d'exercer, avec l'autorisation du conseil de préfec-

ture, au nom des communes ou sections de communes, les actions que celles-ci auraient négligé d'exercer. L'article 123 de la loi du 5 avril 1884 précise ces conditions (V. Hauriou, *Précis*, 10e édit., p. 907, note ; Hauriou, *Traité élém.*, p. 555 ; Laferrière, t. 2, p. 440, *infrà*, nº 309).

Quant aux établissements publics, chaque catégorie est assujettie à des règles spéciales. En général l'action et la défense sont autorisées par la commission administrative de l'établissement, et celui-ci est représenté en justice par le président de cette commission.

CHAPITRE PREMIER

LE CONTENTIEUX DE PLEINE JURIDICTION

SECTION I

LE CONTENTIEUX DES CONTRATS

A. — Les marchés de travaux publics

209. Compétence générale du conseil de préfecture en cette matière. — L'article 4, alinéa 2, de la loi du 28 pluviôse an 8, déclare que « le conseil de préfecture prononcera... sur les difficultés qui pourraient s'élever entre les entrepreneurs de travaux publics et l'Administration, concernant le sens ou l'exécution des clauses de leurs marchés ».

Nous n'avons pas à définir ici ce qu'il faut entendre par travaux publics, pas plus que nous n'avons à présenter une théorie générale des travaux publics, des opérations et contrats auxquels ils peuvent donner lieu : cette étude dépasserait singulièrement le cadre de cet ouvrage, où l'on se borne à étudier les actes et opérations de l'Administration envisagés du point de vue contentieux. Nous supposerons donc ces notions connues.

Nous ne reviendrons pas non plus sur l'étude des règles de compétence administrative et judiciaire en cette matière ; elle a été faite plus haut, nos 105 et

suiv. Nous examinons plus spécialement ici la compétence des conseils de préfecture en matière de marchés de travaux publics, au regard des autres juridictions administratives, et les pouvoirs dont ils sont investis pour le règlement des litiges se rapportant à cet objet.

L'article 4 de la loi du 28 pluviôse an 8 donne aux conseils de préfecture, en cette matière, la compétence la plus générale. Par « marché », la jurisprudence entend avec raison, non seulement les contrats d'entreprise proprement dits, mais les concessions de travaux publics et les contrats de régie intéressée. Les litiges accessoires qui peuvent s'élever, à l'occasion de l'exécution des travaux, entre l'Administration et ses mandataires ou préposés, et notamment les architectes, artistes ou artisans directemment employés par elle, sont également de la compétence des conseils de préfecture.

Lorsqu'un contrat relatif aux travaux publics est mixte ou complexe, la compétence du conseil de préfecture s'étend à l'ensemble des difficultés pouvant naître du contrat, même si elles ne portent pas sur l'exécution d'un travail public ; mais à deux conditions : 1° il faut qu'il existe un lien indivisible entre les deux parties de l'opération ; 2° il faut que l'élément de « travaux publics », que contient le contrat mixte ou complexe, ne soit pas négligeable. Le lien indivisible entre les deux parties d'un contrat mixte apparaît notamment dans les marchés passés par les communes avec les compagnies d'éclairage : ces compagnies sont chargées de construire et d'entretenir un réseau de canalisations qui constitue un ouvrage public ; elles fournissent en même temps l'éclairage public. Grâce au lien indivisible existant entre ces deux parties du contrat, le conseil de préfecture sera compétent aussi bien sur les contestations relatives à la fourniture que sur celles qui concernent l'exécution ou l'entretien du travail (Cons. d'Ét. 17 avr. et 3 juill. 1874, D. P. 75. 3. 67. — Cf. Cons. d'Ét. 9 juin 1899, D. P. 1900. 3. 89). La compétence appartiendrait aussi au conseil de préfecture pour trancher les litiges relatifs aux conventions finan-

cières passées entre l'Administration et un concessionnaire de travaux publics (Trib. confl. 16 déc. 1876, *Ville de Lyon*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 913). La même solution a été consacrée par un arrêt de la Cour de cassation (Ch. civ. 2 mars 1880, *Union des gaz*, S. 1881. 1. 20). Il n'en est autrement que lorsqu'il s'agit des litiges concernant les conventions financières entre l'État et les compagnies de chemins de fer, litiges que les règlements d'administration publique prévus par les conventions de 1859, et rappelés par celles de 1883, soumettent au ministre et au Conseil d'État, par une disposition dont la légalité est contestable. La même solution a été donnée pour les chemins de fer d'intérêt local et soulève les mêmes objections doctrinales (V. Cons. d'Ét. 12 janv. 1895, *Chemins de fer du Midi* et *Chemins de fer d'Orléans*, deux arrêts, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 32 ; 19 juill. 1892, *C^ie des chemins de fer d'Orléans*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 852 ; — Cf. Laferrière, t. 2, p. 126, texte et note 1 ; Gaston Jèze, *Les contrats administratifs*, p. 69).

Il faut aussi, avons-nous dit, pour que la compétence du conseil de préfecture s'exerce pleinement sur les contestations relatives à un contrat complexe, que l'élément d'opération de travaux publics, que contient le contrat, ne soit pas si peu important qu'on puisse le considérer comme négligeable. Il n'est pas nécessaire que ce soit l'élément dominant du contrat : l'opération de travaux publics, douée d'une sorte d'individualité très forte, attire à elle, absorbe en elle, pour ainsi dire, les autres éléments du contrat, alors même que ces derniers présenteraient une importance plus grande. Il suffira donc, pour que la compétence du conseil de préfecture s'exerce sans partage, que l'élément « travail public » apparaisse dans le contrat avec une importance même atténuée, quoique non négligeable. Ainsi un marché de fournitures prendra le caractère de marché de travaux publics et son contentieux relèvera de la compétence des conseils de préfecture lorsqu'à la fourniture viendra s'ajouter un travail assez important de pose et d'adaptation (Req. 20 déc. 1897, D. P. 98. 1. 273, et la note très complète sous cet arrêt). Toutefois,

si ce travail de pose était d'importance minime, il n'en serait plus ainsi (Civ. 12 févr. 1923, S. 1923. 1. 104).

Cette extension de la juridiction des conseils de préfecture s'explique par la nécessité de soumettre à la juridiction administrative l'ensemble des contrats faits en vue des services publics. A une époque où l'on croyait encore que ces contrats, à défaut de disposition légale (surtout ceux passés par les départements et les communes), relevaient des tribunaux judiciaires, on s'est efforcé de rattacher un certain nombre d'entre eux, par des liens parfois assez artificiels, à la catégorie des marchés de travaux publics, afin de pouvoir soumettre à la juridiction administrative les litiges qui en découlaient. C'est pourquoi le Conseil d'État a assimilé, au point de vue de la compétence, aux marchés de travaux publics les concessions pour le balayage et le nettoiement de la voie publique (Cons. d'Ét. 12 déc. 1924, *Ville de Dieppe, Rev. de droit publ.*, 1925, p. 64 et suiv.) ; les marchés de fournitures pour le service des prisons, lorsqu'ils comprennent, à côté de la nourriture et de l'habillement des détenus, des clauses relatives à leur travail et des dispositions plus ou moins importantes relatives à l'entretien des immeubles ; enfin les marchés et concessions relatifs aux pompes funèbres (Laferrière, t. 2, p. 124 ; Gaston Jèze, *Les contrats administratifs*, p. 47-48).

Mais, depuis quelques années, le Conseil d'État, sans recourir à ce subterfuge, dont il n'est d'ailleurs pas toujours possible d'user, range au nombre des contrats administratifs les marchés ou concessions relatifs à la gestion des services publics. Il les soumet ainsi, au point de vue contentieux, à la juridiction administrative ; mais, faute de texte, il ne peut déférer ce contentieux aux conseils de préfecture ; il en reste saisi lui-même, comme juge de droit commun en matière administrative. Il en a été ainsi jugé, notamment, pour la concession d'un service de transport par omnibus dans l'intérieur d'une ville (Cons. d'Ét. 16 déc. 1921, *Sassey, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 1062) ; pour celle de la capture des chiens errants et de l'enlèvement des bêtes mortes sur

la voie publique (Cons. d'Ét. 4 mars 1910, *Thérond, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 193) ; pour le contentieux des autorisations délivrées sans concession par le maire d'une commune, en vue de la distribution de l'éclairage électrique (Cons. d'Ét. 20 déc. 1912, *Ville de Pamiers, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 1234).

Même lorsqu'il s'agit du contentieux d'un véritable marché de travaux publics, les conseils de préfecture cessent d'être compétents lorsque le marché a été passé dans une colonie ; dans ce cas, la compétence appartient au conseil du contentieux de la colonie, sauf appel au Conseil d'État.

Lorsqu'il s'agit de travaux exécutés à l'étranger, le caractère territorial de la compétence des conseils de préfecture s'oppose à ce qu'ils puissent connaître du contentieux soulevé par ces marchés ; ce contentieux relèvera donc du Conseil d'État (Cons. d'Ét. 21 mai 1880, *Vitalis, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 479). Il n'en serait autrement que si les travaux exécutés à l'étranger n'étaient que le prolongement d'autres travaux exécutés en France, avec lesquels ils formeraient un tout indivisible (Cons. d'Ét. 11 juill. 1890, *Cauro, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 670 ; Laferrière, t. 2, p. 120).

La compétence des conseils de préfecture en matière de travaux publics est si large, qu'elle englobe le contentieux des offres de concours (V. *suprà*, n° 110). On peut même dire qu'en l'absence de marché proprement dit, le conseil de préfecture serait compétent, à l'égard de l'Administration, toutes les fois qu'il s'agit de rechercher et de décider par qui les dépenses d'exécution d'un travail public doivent être payées (Trib. confl. 15 janv. 1881, D. P. 82. 3. 41 ; Cons. d'Ét. 16 déc. 1881, D. P. 83. 3. 26).

La circonstance que les travaux ont été irrégulièrement engagés, sans les autorisations nécessaires, n'aurait aucune influence sur la compétence, qui reste administrative, même dans ce cas. En effet, le caractère des travaux publics résulte, non d'une estampille qui leur serait donnée par une procédure administrative, mais de leur objet même (Trib. confl. 29 juin 1895, D. P. 96. 3. 16).

210. Les cahiers des charges et leur autorité légale. — On sait qu'en matière de marchés de travaux publics les principales clauses qui règlent les rapports des entrepreneurs et concessionnaires avec l'Administration sont contenues soit dans un *cahier des clauses et conditions générales*, soit dans un *cahier des charges*. Les deux éléments se cumulent souvent ; le cahier des charges ne contient, dans ce cas, que l'indication des charges *spéciales* à l'entreprise envisagée, les autres étant énumérées dans le cahier des clauses et conditions générales. Le cahier des clauses et conditions générales des ponts et chaussées, celui du service du génie, sont les plus connus.

Il existe enfin des *cahiers des charges types*, utilisés notamment en matière de concessions de voies ferrées d'intérêt local et de distribution d'énergie électrique (V. pour ce dernier cas, les deux décrets du 17 mai 1908, le décret du 20 août 1908 et celui du 30 nov. 1909). Ils contiennent toutes les clauses usuelles de ces concessions, auxquelles il est possible d'ailleurs de déroger dans la rédaction applicable à chaque concession.

Les règles des cahiers des clauses et conditions générales et des cahiers des charges, lorsque les parties les ont adoptées en vue de régir le marché, ont une portée contractuelle. Il y a là quelque chose qui se rapproche des contrats d'adhésion du droit privé, tels que les assurances. Les parties peuvent y déroger aux règles ordinaires des contrats, dans la mesure où les principes généraux du droit le permettent, c'est-à-dire à la condition de respecter les lois d'ordre public, les règles imposées par la nature du contrat et enfin de ne pas violer manifestement l'équité.

Il faut en conclure que les cahiers des charges ne peuvent pas déroger aux lois de compétence *ratione materiæ*, qui sont d'ordre public. Il ne pourrait pas être stipulé, par exemple, que les contestations sur le marché seront portées devant les tribunaux judiciaires. Pour une raison analogue, les parties ne pourraient pas éluder un degré de juridiction, en stipulant que leurs différends seraient portés *de plano* devant le Conseil

d'État ; ou renoncer à l'avance au droit d'appel, ou convenir que le ministre serait seul juge des réclamations.

On admet toutefois que les cahiers des charges, lorsque les travaux s'étendent sur plusieurs départements, peuvent stipuler que toutes les contestations relèvent d'un seul des conseils de préfecture intéressés : c'est là une dérogation à la compétence *ratione loci*, qui est généralement considérée comme ne touchant pas à l'ordre public (Laferrière, t. 2, p. 122).

Les cahiers des charges peuvent, au contraire, édicter des délais spéciaux pour les réclamations. En matière de marchés, le contentieux se cristallise, en général, dans le *décompte définitif* établi par l'Administration, et contenant, pour chaque partie d'ouvrage entièrement exécutée, l'énonciation complète des comptes des parties. C'est contre ce document que, sauf exception, l'entrepreneur doit formuler ses réclamations relatives aux payements auxquels il prétend. Les cahiers des clauses et conditions générales fixent le plus souvent le délai dans lequel ces réclamations doivent être formulées, à peine de forclusion ; il est généralement de trente jours. Il ne s'applique, bien entendu, qu'aux réclamations contre le décompte, et non à celles qui lui sont étrangères, telles que les demandes en résiliation ou en indemnité pour charges imprévues.

Les mêmes cahiers fixent aussi le délai dans lequel l'entrepreneur doit contester les quantités, pesage, dimensions relevés dans les *attachements* (registres où sont portés, en cours d'exécution, par les conducteurs des travaux, les éléments du métré) des ouvrages et matériaux sur lesquels porte le marché ; et celui dans lequel il doit signaler à l'Administration les événements de force majeure à raison desquels il se propose de réclamer une indemnité. Ce délai est généralement de dix jours.

En outre, dans la plupart des cas, les cahiers des clauses et conditions générales ou les cahiers des charges astreignent les entrepreneurs, avant de porter leurs réclamations devant les conseils de préfecture, à les soumettre à l'Administration (généralement au ministre). Cette clause est légale et obligatoire, car elle ne prive pas

l'entrepreneur de son action en justice ; elle ne fait qu'en réglementer conventionnellement l'exercice, sans en diminuer la valeur.

Certains cahiers vont plus loin et exigent que l'entrepreneur dont la réclamation a été rejetée par le ministre introduise son action devant le conseil de préfecture dans un certain délai (généralement de six mois). Nous ne croyons pas que cette disposition soit valable, car elle priverait directement l'entrepreneur d'un droit que la loi lui réserve (Cf. Laferrière, t. 2, p. 138).

211. De l'arbitrage. — Jusqu'à une date relativement récente, l'Administration ne pouvait pas *compromettre*, c'est-à-dire livrer à des arbitres le soin de statuer sur ses différends avec des particuliers. Ce principe a reçu une sérieuse atteinte du fait de l'article 69 de la loi du 17 avril 1906, ainsi conçu : « Pour la liquidation de leurs dépenses de travaux publics et de fournitures, l'État, les départements et les communes pourront recourir à l'arbitrage tel qu'il est réglé par le livre 3 du Code de procédure civile. — En ce qui concerne l'État, il ne pourra être procédé à l'arbitrage qu'en vertu d'un décret rendu en conseil des ministres et contresigné par le ministre compétent et le ministre des Finances. — En ce qui concerne les départements, le recours à l'arbitrage devra faire l'objet d'une délibération du conseil général approuvée par le ministre de l'Intérieur. — En ce qui concerne les communes, la délibération du conseil municipal décidant l'arbitrage devra être approuvée par le préfet. »

Cette disposition est imparfaite et peut être critiquée sur plus d'un point : on ne voit pas pourquoi l'arbitrage est admis en matière de travaux publics et de fournitures, et non pour d'autres parties du contentieux administratif ; pourquoi il est admis pour l'État, les départements et les communes, et non pour les établissements publics. On ne voit pas non plus quelle sera la procédure applicable à ces arbitrages (V. ces critiques développées dans Berthélemy, *Traité élém.*, 10e édit., p. 537-538, note).

En tout cas, une clause compromissoire ne pourrait pas être insérée dans les cahiers des charges : elle serait nulle puisqu'elle ne pourrait pas désigner à l'avance l'objet de la contestation (art. 1006 C. pr. civ.). La clause compromissoire, valable en matière commerciale (L. 31 déc. 1925), ne l'est pas en matière administrative. Toutes ces raisons expliquent que l'arbitrage reste peu pratiqué en cette matière.

212. Pouvoirs de la juridiction administrative pour l'adaptation des contrats en cas de charges nouvelles : théorie de l'imprévision. — La guerre de 1914-1918 et ses suites ont donné à la jurisprudence administrative l'occasion d'amplifier et de mettre au point une théorie remarquable, connue sous le nom de « théorie de l'imprévision », mais qui, selon la remarque de M. Emmanuel Lévy, devrait plutôt s'appeler « théorie de l'imprévisibilité ». Cette théorie a été surtout appliquée aux concessions de travaux publics et de services publics, mais elle s'applique également en matière de marchés de travaux publics proprement dits (Cons. d'Ét. 3 févr. 1905, *Michou, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 105) et en matière de marchés de fournitures (Cons. d'Ét. 8 févr. 1918, *Gaz. Pal.* 1918-19. 1. 165). Voici en quoi elle consiste :

Le contrat de concession régit, en principe, pour toute sa durée les rapports du concédant et du concessionnaire ; mais il y a lieu de déroger à cette règle, au cas où des événements de force majeure, imprévisibles au moment du contrat, ont apporté aux conditions d'exécution des modifications si graves et si profondes, qu'elles en ont bouleversé l'économie. Tel est le cas, par exemple, des compagnies gazières qui ont vu augmenter dans des proportions très considérables et imprévisibles le prix de la houille, matière première nécessaire à la fabrication du gaz d'éclairage. Dans ce cas, la juridiction administrative se reconnaît le pouvoir de rétablir l'équilibre détruit du contrat en accordant au concessionnaire une indemnité compensatrice (Cons. d'Ét. 30 mars 1916, *Ville de Bordeaux*, D. P. 1916. 3. 25 ;

27 juin 1919, *Ville de Nice*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 571 ; 20 juill. 1923 et 10 août 1923, S. 1923. 3. 33 et la note de M. Hauriou ; Alibert, *L'imprévision dans les concessions de travaux*, 1924 ; Marcel Gros, *Les conséquences juridiques de la guerre sur les services publics concédés du gaz et de l'électricité*, Lyon, 1922).

Le Conseil d'État décide qu'en présence du cas de force majeure provenant de la survenance des charges imprévisibles, le concessionnaire n'en doit pas moins continuer l'exploitation avec tous ses moyens. Il ne peut pas se dégager du contrat sous le prétexte que celui-ci est devenu onéreux. Avant tout, le service public doit continuer à fonctionner. Si le concessionnaire cessait l'exploitation sans y être absolument contraint par l'événement, les sanctions suivantes pourraient lui être appliquées : condamnation à des dommages-intérêts, mise sous séquestre et, dans les cas très graves, la déchéance.

Mais le concessionnaire qui continue son service dans ces conditions désavantageuses a droit à une indemnité égale à la partie des conséquences onéreuses de la situation extracontractuelle que l'interprétation raisonnable du contrat ne permet pas de laisser à sa charge. Il y a là, on le voit, le principe d'une ventilation du préjudice, d'un partage équitable que la juridiction administrative arbitrera selon les circonstances (Cons. d'Ét. 16 janv. 1920, *Ville de Cette*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 41). De nombreux arrêts ont posé à cet égard des règles dans le détail desquelles il est impossible d'entrer ici. Ce qu'il convient de noter, toutefois, c'est que le droit à indemnité ne s'ouvre au profit du concessionnaire qu'en cas de perte : un simple manque à gagner, une diminution des bénéfices, ne donnerait pas lieu à indemnité (Cons. d'Ét. 25 nov. 1921, *Cie des automobiles postales*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 980).

Cette jurisprudence, si équitable qu'elle fût, présentait des inconvénients graves pour les budgets des villes. Elle les grevait d'indemnités considérables, sans récupération possible contre les usagers du service (abonnés au gaz, à la lumière électrique, à la force

motrice). Le remède eût consisté dans une élévation des tarifs imposés à la clientèle par les contrats de concession. Mais le contentieux des marchés de travaux publics est purement pécuniaire; l'Administration ne peut pas être contrainte par la juridiction administrative à faire un acte, à modifier un contrat. C'est sur ce terrain que s'est déployée l'ingéniosité du Conseil d'État. Sans se reconnaître le droit d'imposer la modification des tarifs, il s'est arrangé de manière à recommander, à faciliter ce procédé. Il a favorisé de tout son pouvoir les accords par lesquels les parties en présence convenaient de substituer, à l'indemnité réclamée du pouvoir concédant, une augmentation des tarifs à percevoir sur la clientèle (Cons. d'Ét. 26 janv. 1923, *Ville de Lorient*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 84; 10 août 1923, *Ville d'Oloron*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 681).

213. Pouvoirs de la juridiction administrative en ce qui concerne les sanctions à donner aux obligations des parties. — Lorsqu'il s'agit des obligations d'un concessionnaire envers l'Administration (ou le public, pour le compte duquel l'Administration a stipulé), le cahier des charges stipule des sanctions sévères : la *saisie des revenus*, pour les employer à l'entretien des ouvrages, le *séquestre*, mesure analogue à la mise en régie dans le contrat d'entreprise, enfin la *déchéance*. Ces mesures présentent ceci de particulier, qu'elles peuvent être prononcées par décision exécutoire de l'Administration. Si le concessionnaire en conteste le bien fondé, il devra se pourvoir devant le conseil de préfecture. Cette juridiction, si la mesure est reconnue mal fondée, pourra accorder au concessionnaire des indemnités (Cons. d'Ét. 8 févr. 1878, *Pasquet*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 128 ; 20 janv. 1905, *Cie départementale des eaux*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 55, et les conclusions de M. Romieu) ; elle pourra même annuler les décisions imposant au concessionnaire des obligations nouvelles et excessives ; elle pourra enfin annuler une décision de déchéance indûment prononcée (Cons. d'Ét. 11 mars 1910, *Ministre des Travaux publics*, les conclusions de M. Léon Blum

et la note de M. Hauriou, S. 1911. 3. 1. — Cf. Gaston Jèze, *Principes généraux du droit administr.*, 2e édit., p. 431, note 1).

Il convient de noter qu'en cas de marché à l'entreprise, il n'en serait pas de même : dans ce cas, aux termes de l'article 1794 C. civ., le maître a toujours le droit de rompre le contrat en indemnisant l'entrepreneur ; de sorte qu'une mise en régie ou une résiliation injustifiées prononcées par l'Administration se règlent par des indemnités, et non par la réintégration de l'entrepreneur à la suite de l'annulation de la décision critiquée. Au contraire, en matière de concession, l'Administration ne peut rompre le contrat, en dehors d'une faute caractérisée du concessionnaire, qu'au moyen du rachat de la concession. Si la résiliation n'est pas justifiée et si le rachat n'est pas opéré, le concessionnaire a droit à la jouissance de sa concession jusqu'à l'expiration du délai fixé au contrat (Laferrière, t. 2, p. 131-132 ; Hauriou, *Précis*, 10e édit., p. 759-760, note).

Les sanctions prévues au cahier des charges (séquestre, mise en régie, déchéance, résiliation) sont fort graves. Le Conseil d'État, après une longue hésitation, a jugé qu'elles pouvaient être assouplies suivant les circonstances et remplacées, dans les cas où elles apparaîtraient comme excessives, par une condamnation à des dommages-intérêts, fondée sur l'article 1412 C. civ. (Cons. d'Ét. 31 mai 1907, *Delplanque*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 514, et les conclusions de M. Romieu). La même doctrine est applicable aux cas où le cahier des charges n'aurait pas prévu de sanction spéciale à certaines obligations du concessionnaire.

Mais il semble que les principes généraux du droit s'opposeraient à ce que les tribunaux administratifs condamnassent le concessionnaire ou l'entrepreneur à un chiffre de dommages-intérêts arbitré par eux, dans les cas où le manquement est sanctionné par une clause pénale insérée au cahier des charges. Le conseil de préfecture, dans ce cas, ne pourrait pas allouer à l'Administration autre chose que le montant de l'indemnité forfaitaire stipulée dans la clause pénale.

Cette particularité a été mise à profit par les concessionnaires, surtout en matière de distribution d'énergie électrique : il arrive souvent que, pour certaines infractions, telles que le retard dans l'exécution des travaux, une clause pénale insidieusement glissée dans le contrat stipule des indemnités forfaitaires d'un chiffre volontairement insignifiant. Les communes, souvent mal défendues, dans la période des pourparlers, contre un concessionnaire admirablement armé, acceptent ces clauses sans en avoir mesuré la portée, et se trouvent ensuite à la merci de leur cocontractant. Nous estimons qu'il y a là un abus, et même, suivant les circonstances, un dol. Nul ne peut par contrat s'affranchir de la responsabilité de ses fautes, surtout des fautes lourdes et caractérisées. Si l'adoption de ces clauses pénales avait pour effet de conduire pratiquement à ce résultat, elles seraient frappées de nullité, et l'Administration pourrait obtenir d'équitables dommages-intérêts.

Jusqu'ici le Conseil d'État s'est refusé à appliquer aux entrepreneurs et concessionnaires le système des astreintes, pour les obliger à exécuter leur contrat (Cons. d'Ét. 23 mai 1919, *Gaz de Pézenas*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 469). Il n'y a pas de raison juridique valable pour que la haute juridiction administrative écarte l'application de ce système très efficace ; il est probable qu'elle y arrivera (Berthélemy, *Traité élém.*, 10e édit., p. 633).

Lorsqu'il s'agit des obligations de l'Administration envers le concessionnaire ou l'entrepreneur, la matière est dominée par le principe de l'indépendance de l'Administration active à l'égard de la juridiction administrative. Cette dernière n'a pas le droit de contraindre l'Administration active à faire un acte ou à s'abstenir de le faire, de lui prescrire ou de lui interdire d'exécuter des travaux ; elle doit se borner à annuler les actes contraires au droit, à prononcer la résiliation du contrat si elle est justifiée, et à allouer à l'entrepreneur ou au concessionnaire des indemnités s'il y a lieu (V. *suprà*, nº 51, et les arrêts cités).

Le conseil de préfecture ne pourrait pas, en annulant un arrêté de déchéance pris par l'Administration, prescrire la réintégration du concessionnaire. C'est là une mesure que l'Administration active aura à prendre, mais qui ne peut lui être imposée par justice.

La juridiction administrative ne pourrait pas non plus contraindre l'Administration à agir au moyen d'une condamnation avec astreinte pénale : ce serait une pression illicite, un moyen de contrainte que les tribunaux, même administratifs, ne peuvent pas employer à l'égard de l'Administration (V. *suprà*, n° 51, et les arrêts cités).

Ces réserves faites, la compétence des conseils de préfecture est fort large à l'égard des actes administratifs qui interviennent au cours de l'exécution des travaux. Ces actes relèvent de sa juridiction, si haut placé que soit le fonctionnaire qui les a faits, même s'il s'agit de décisions ministérielles ; ils ne pourraient même pas être attaqués directement par le recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État : ce serait éluder un degré de juridiction (V. *infrà*, n° 323).

B. — Les marchés de fournitures

214. Définition et règles de compétence. — On appelle marché de fournitures un contrat par lequel une administration publique se procure, par le moyen d'un fournisseur, des objets mobiliers, marchandises ou denrées, des services ou des transports, sans que cette opération soit liée à la construction, à l'exploitation ou à l'entretien d'un ouvrage public.

On a vu plus haut (n° 111) que seuls les marchés de fournitures de l'État et des colonies étaient justiciables de la juridiction administrative (Décr. 11 juin 1806, art. 13). Les marchés de fournitures des départements et des communes relèvent des tribunaux judiciaires. Nous n'étudierons ici que le contentieux des marchés de fourniture de l'État.

Il convient, on l'a vu, de distinguer ces marchés des marchés de travaux publics, car le contentieux

de ces derniers relève des conseils de préfecture, tandis que le contentieux des marchés de fournitures de l'État ressortit au Conseil d'État, après décision administrative du ministre. Le critérium de la distinction, c'est que le marché de fournitures n'apporte aucune contribution directe à un ouvrage public (Cons. d'Ét. 3 févr. 1905, *Puthet, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 96).

Il convient également de distinguer les marchés de fournitures des contrats de droit commun tels qu'un achat au comptant ou un transport ordinaire. Les marchés de fournitures comportent, sauf exception, une adjudication avec publicité et concurrence ; ils exigent un instrument écrit, avec cahier des charges. Dès lors, un achat au comptant, opéré par l'État dans les mêmes conditions qu'eût pu le faire un particulier, n'est pas un marché de fournitures assujetti à la compétence administrative (Cons. d'Ét. 20 févr. 1920, *Thérès, Rec. Cons. d'Et.*, p. 193) ; un transport opéré pour le compte de l'État offre le même caractère lorsqu'en dehors de tout marché, l'Administration a entendu s'adresser au transporteur dans les mêmes conditions que le public en général (Cons. d'Ét. 6 juill. 1883, *ministre du commerce, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 658 ; Trib. confl. 25 mars 1922, *de Malglaive, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 288).

Enfin, il faut remarquer que lorsque les marchés, tout en exigeant des prestations ou des transports, et bien que n'étant pas liés à la construction d'un ouvrage public, comportent un véritable service public à gérer, il n'y a plus là un marché de fournitures, mais une concession de service public. Dès lors, le contentieux de ce contrat, même s'il est passé au nom d'un département ou d'une commune, relèvera du Conseil d'État en premier et dernier ressort. Il en sera ainsi, par exemple, pour le marché passé en vue de l'enlèvement des bêtes mortes sur la voie publique (Cons. d'Ét. 4 mars 1910, *Thérond*, S. 1911. 3. 17, et la note de M. Hauriou) ; pour la concession d'un service de transports par omnibus dans l'intérieur d'une ville (Cons. d'Ét. 16 déc. 1921, *Sassey, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 1062).

215. Règles de procédure. — Le Conseil d'État ne peut être saisi d'un litige relatif à un marché de fournitures sans que le ministre ait été appelé préalablement à statuer. C'est la décision du ministre, ou son silence prolongé pendant quatre mois, assimilé à une décision de rejet, qui seuls peuvent lier le contentieux (L. 17 juill. 1900, art. 3). Tout recours introduit sans cette formalité préalable serait irrecevable (Laferrière, t. 2, p. 142, et les arrêts cités).

Bien entendu, le contentieux est lié par une décision rendue spontanément par le ministre, aussi bien que par une décision provoquée par le fournisseur. Celui-ci doit donc se garder de considérer ces décisions spontanées comme des jugements par défaut, qu'il peut frapper d'opposition devant le ministre, avant de les déférer au Conseil d'État. Les délais pour se pourvoir devant la juridiction administrative, qui sont de deux mois à dater de la notification de la décision ministérielle, courent aussi bien en vertu des décisions spontanées que des décisions provoquées (Laferrière, t. 2, p. 143).

Les ministres peuvent, d'ailleurs, revenir sur les décisions par eux rendues à cet égard tant qu'elles n'ont pas été confirmées par un payement reçu et accepté sans réserve. A partir de ce moment, le ministre ne pourrait plus modifier sa décision que dans les cas où il est permis de rectifier un compte accepté, c'est-à-dire en cas d'erreur, omission, faux ou double emploi (art. 541 C. pr. civ.), et également en cas de fraude.

Le procédé que le ministre emploiera, pour obliger un fournisseur qui a trop reçu à restituer la somme payée en trop, sera celui de l'arrêté de débet et de la contrainte (L. 12 vendém. et 13 frim. an 8; arr. 18 vent. an 8).

Les demandes des fournisseurs au ministre en vue de liquider leurs créances doivent être formées dans des délais assez brefs, fixés par les cahiers des charges (Décr. 19 avr. 1806). Ce délai est fixé d'une manière précise à six mois à partir de l'expiration du trimestre auquel appartient la dépense, pour les fournitures de la guerre, par le décret du 13 juin 1806 article 3 (Cf. Décr. 31 mai 1862, art. 145).

L'inobservation des délais emporte déchéance, sauf si le fournisseur a été empêché de présenter ses factures par un cas de force majeure.

Les créanciers et les sous-traitants du fournisseur pourraient d'ailleurs, à titre conservatoire, et en vertu de l'article 1166 du Code civil, former la réclamation au ministre et produire les factures au lieu et place de leur débiteur.

Le recours au Conseil d'État contre la décision du ministre doit s'exercer, en principe, dans le délai de deux mois depuis la notification de la décision (Décr. 22 juill. 1806, art. 11, modif. par L. 13 avr. 1900, art. 24). Toute clause du cahier des charges qui tendrait à entraver ou à restreindre ce droit de recours serait nulle.

On a vu ci-dessus (n° 211) que l'arbitrage pouvait être appliqué à la matière des marchés de fournitures.

216. Pouvoirs de la juridiction administrative dans le contentieux des marchés de fournitures. — La juridiction administrative aura, avant tout, à faire application aux parties des clauses et conditions contenues dans le cahier des charges. Ces clauses sont souvent plus sévères que celles des marchés de travaux publics, et la jurisprudence applique avec une certaine rigueur les sanctions qu'elles prévoient. Cela tient à ce que, surtout pour les fournitures de la guerre et de la marine, ces marchés ne peuvent, sans grave dommage, comporter dans leur exécution aucune défaillance, aucun retard. C'est ce qui explique qu'à côté des sanctions prévues par les cahiers des charges, les lois répressives aient édicté des peines contre les fournisseurs coupables de fraude ou même de simple négligence (C. pén., art. 430 à 434). Quant aux sanctions d'ordre administratif prévues par les cahiers des charges, ce sont, à côté de la résiliation et de l'exécution d'office du marché aux frais et risques du fournisseur, des clauses pénales, des amendes, des retenues pour retard, l'obligation de fournir une caution (V. Laferrière, t. 2, p. 140).

Aussi le contentieux est-il encore plus strictement pécuniaire ici qu'en matière de marchés de travaux

publics. Si l'Administration a manqué à ses engagements, et a ainsi causé un dommage au fournisseur, celui-ci n'obtiendra pas aisément la résiliation, d'ailleurs rarement prévue au profit du fournisseur dans les cahiers des charges. Il faudrait, pour qu'elle fût prononcée, que l'exécution eût été, par un cas de force majeure, rendue impossible pour le fournisseur, ou que l'État eût gravement manqué à ses engagements (Laferrière, t. 2, p. 140, et les arrêts cités).

L'État pourrait, au contraire, imposer au fournisseur la résiliation en tout état de cause : il faut qu'il puisse renoncer à des fournitures qu'il n'a commandées qu'en prévision d'un événement (guerre, disette, etc.) qui ne s'est pas produit. Dans ce cas, le fournisseur aura droit à une indemnité que le Conseil d'État avait tout d'abord limitée à la perte subie, mais qu'une jurisprudence ultérieure, plus équitable, étend au gain manqué (V. Laferrière, t. 2, p. 141).

Il est intéressant, au point de vue de l'exécution des contrats, de distinguer les marchés faits en vue d'une opération unique, et ceux qui comportent des prestations prolongées et suivies. Ces derniers mêlent assez étroitement le fournisseur à la marche même du service ; leur exécution s'étendant sur un laps de temps souvent considérable, il n'est pas toujours possible, en présence des variations inopinées des prix et des obstacles imprévus qui peuvent se présenter, d'appliquer avec une grande rigidité les clauses du cahier des charges ; il y faut une certaine souplesse, sans quoi les fournisseurs honnêtes ne consentiraient plus à conclure de marchés avec l'État. Aussi la jurisprudence décide-t-elle, d'une part, en vue d'assurer la continuité du service, que le fournisseur est tenu de continuer à assurer le service même en présence de circonstances imprévisibles qui mettraient l'exploitation en déficit (Cons. d'Ét. 27 juill. 1917, *Messageries maritimes*, S. 1917. 3. 33 et la note de M. Hauriou), sauf à réclamer une indemnité. Mais d'autre part le Conseil d'État admet aisément, dans les contrats à longue durée, que les charges extracontractuelles nées de circonstances imprévisibles puissent

justifier une révision des prix du contrat ou l'allocation d'une indemnité. Ces contrats apparaissent ainsi comme plus complètement gouvernés par les règles de l'équité et de la bonne foi, que les contrats à brève exécution (Gaston Jèze, *Les contrats administr.*, p. 33, et p. 34, note 1).

Pour l'interprétation et l'exécution des marchés de fournitures, la jurisprudence applique, sur les points où le cahier des charges est resté muet, les règles générales édictées par le Code civil pour l'ensemble des contrats (théories de la clause pénale, de la mise en demeure, du terme et de la condition, etc.), mais ne s'astreint pas à rattacher plus ou moins artificiellement le marché de fournitures à tel ou tel type de contrat civil ou commercial dont il y aurait lieu d'appliquer les règles dans les détails (V. des exemples de ce principe dans Laferrière, t. 2, p. 141-142).

C. — Les autres contrats administratifs

217. Observations générales. — Il ne saurait entrer dans le cadre de cet ouvrage élémentaire d'étudier, comme en diverses monographies successives, chacun des contrats administratifs envisagé au point de vue contentieux. Les exemples que nous venons de donner montrent suffisamment quels sont, en cette matière, les pouvoirs de la juridiction administrative et comment elle comprend son rôle, en vue d'assurer équitablement l'exécution des contrats. Il suffira de se reporter à ce que nous avons dit ci-dessus à propos de la compétence (nos 99 et suiv., 105 et suiv.) et aux détails que nous venons de donner sur les deux principaux contrats administratifs, pour pouvoir résoudre, avec l'aide de la jurisprudence du Conseil d'État, la plupart des difficultés qui s'élèvent à propos des autres conventions de cette espèce.

Parmi les contrats de l'État soumis aux conseils de préfecture, il faut citer les suivants :

1° *Les ventes d'immeubles appartenant à l'Etat.* Leur contentieux relève des conseils de préfecture en vertu

de l'article 4, alinéa 5, de la loi du 28 pluviôse an 8 (Cf. ci-dessus, n° 103).

Il s'agit là, bien entendu, des ventes d'immeubles appartenant au domaine privé de l'État (y compris les lais et relais de la mer, les îles émergées dans les cours d'eau navigables, etc.), les biens du domaine public étant inaliénables. Cette réflexion conduit à envisager d'une façon particulière les contrats portant « concession de créments futurs », c'est-à-dire ayant pour objet des atterrissements en voie de formation et dépendant encore, au moment du contrat, du domaine public. Il y a pas là une vente, du moins à l'instant où les parties contractent. Le contentieux du contrat n'en relève pas moins des conseils de préfecture, pour une autre raison : la concession a pour but et pour effet de permettre à un particulier d'occuper une portion du domaine public, d'y construire des ouvrages (digues, etc.) en vue de faciliter la formation d'alluvions, qui, une fois constitués, cesseront de faire partie du domaine public et deviendront la propriété du concessionnaire. On peut voir là un véritable marché de travaux publics, avec rémunération en nature, et la compétence du conseil de préfecture se justifie à ce point de vue (Gaston Jèze, *Les contrats administr.*, p. 183; Trib. confl. 1er juill. 1850, *de Gouvello, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 640 ; 31 mai 1851, *Duhamel, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 405).

2° *Les baux de sources minérales*, qu'ils appartiennent à l'État, aux départements ou aux communes. Ce sont là des concessions de services publics, dont le contentieux est attribué aux conseils de préfecture par l'arrêté des consuls du 3 floréal an 8, articles 1 et 2, dans une forme d'ailleurs assez imparfaite. On a longtemps pensé que ce texte était spécial aux sources minérales appartenant à l'État. Aujourd'hui, on reconnaît qu'il n'y a aucune raison de distinguer, et l'on étend la compétence des conseils de préfecture au contentieux des baux de sources minérales appartenant aux communes ou syndicats de communes (Cons. d'Ét. 28 juin 1918, *Soc. générale thermale, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 642. — Cf. G. Jèze, *op. cit.*, p. 814).

Parmi les contrats dont le contentieux relève du Conseil d'État, on peut citer les suivants :

1° Toutes les *concessions de services publics* qui ne constituent pas des concessions de travaux publics, et qui ne relèvent pas d'une autre juridiction en vertu d'un texte spécial (concession d'un service de transports en commun par omnibus, d'un service de fourrière municipale, d'un service de théâtre national. — V. Cons. d'Ét. 27 juill. 1923, *Gheusi*, D. P. 1923. 3. 59 et la note).

2° *Les conventions financières de l'État avec les compagnies de chemins de fer* (V. *suprà*, n° 209).

3° *Les engagements et rengagements militaires* prévus, notamment, par les articles 61 et suivants de la loi du 1er avril 1923. Ce contentieux ne peut être mis en mouvement, en général, qu'après une décision du ministre ; il ne s'étend pas aux questions d'état et de nationalité, qui sont préjudicielles.

Ce sont là, d'ailleurs, à peine des contrats. Il vaut mieux y voir des actes de puissance publique à apparence contractuelle.

4° *Les contrats relatifs à la dette publique*, qu'il s'agisse de la dette perpétuelle, des dettes amortissables ou à court terme, ou des dettes courantes de l'État. Nous reviendrons sur cette question (*infrà*, n° 257). — V. Gaston Jèze, *Les contrats administr.*, p.111 et suiv.

Faut-il ranger parmi les contrats administratifs soumis à la juridiction du Conseil d'État les *souscriptions publiques* entreprises par l'État, les départements ou les communes, dans un but d'utilité générale? En l'état de la jurisprudence, nous ne le croyons pas, mais la question est douteuse. — V. la note sous Nancy, 17 mars 1920 (D. P. 1920. 2. 65).

Il y a des opérations qui ressemblent par certains côtés à des contrats, mais qui sont plutôt, de la part de l'Administration, des actes unilatéraux faits en vue des services publics. Telles sont les nominations de fonctionnaires publics, les concessions d'occupation du domaine public, les affectations administratives, les concessions de mines. Le fait qu'elles ont été demandées, provoquées ou acceptées, ne change pas leur caractère

unilatéral et ne fait pas d'elles de véritables contrats. Elles relèvent de la juridiction administrative, non pas en qualité de contrats administratifs, mais en qualité d'actes administratifs accomplis en vue des services publics et pour assurer leur fonctionnement (Gaston Jèze, *Les contrats administr.*, p. 187 et suiv. — V. notamment, pour l'affectation, Cons. d'Ét. 17 mars 1922, *Cie d'assurances générales*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 245).

SECTION II

LES ACTIONS POUR FAUTES ET RISQUES EXTRA-CONTRACTUELS

218. Fondement de la responsabilité administrative. — La jurisprudence administrative a édifié avec beaucoup de soin et de peine une théorie de la responsabilité extra-contractuelle de l'Administration. Elle a d'abord porté ses efforts sur une matière où cette responsabilité était organisée par la loi, celle des dommages causés par les travaux publics. Cette matière forme ainsi une sorte de compartiment isolé dans l'œuvre générale de la jurisprudence. Ce n'est qu'au cours de ces dernières années, après que le Conseil d'État eut réussi à édifier une théorie générale de la responsabilité de la puissance publique, que l'on s'est préoccupé d'harmoniser le tout.

Le Conseil d'État a construit ensuite pierre à pierre, en un long travail qui n'a pas duré moins d'un siècle, une théorie solide et cohérente de la responsabilité de l'État et des services publics. Il n'a donné comme fondement à cette responsabilité les principes du droit civil que lorsque l'Administration pouvait être considérée comme ayant fait œuvre de personne privée ; dans tous les autres cas, il a édifié sa théorie sur des principes nouveaux, propres au droit public, guidé avant tout par la lumière de l'équité.

Dans certains cas le Conseil d'État a fait reposer la responsabilité de l'Administration sur l'idée de *faute*

du service public ; c'est essentiellement l'idée qui est à la base de la jurisprudence en matière d'accidents administratifs. Dans d'autres cas, le Conseil d'État et parfois le législateur ont négligé la notion de faute, insuffisante pour aboutir à un résultat équitable, et ont fondé la responsabilité soit sur l'idée de *l'enrichissement sans cause juridique*, soit sur celle d'une sorte d'*assurance collective contre certains risques sociaux*. C'est l'une ou l'autre de ces deux dernières notions qui domine la matière des dommages aux biens causés par l'exécution des travaux publics, et celle de la responsabilité des communes pour dommages causés par les émeutes et attroupements (V. sur toutes ces questions Hauriou, *Précis*, 10e édit., p. 373 et suiv., 381 et suiv.).

Nous étudierons d'abord la matière des dommages et accidents causés par les travaux publics, où la jurisprudence, comme nous venons de le dire, s'est développée à part. Nous retracerons ensuite les principaux traits de la théorie de la responsabilité extra-contractuelle de la puissance publique.

A. — Actions en responsabilité pour dommages proprement dits causés par les travaux publics

219. Règles générales et compétence. — (V. sur la question : Laferrière, t. 2, p. 156 et suiv. ; Berthélemy, *Traité élém.*, 10e édit., p. 650 ; Hauriou, *Précis*, 10e édit., p. 725.) Ainsi que nous venons de le dire, en cette matière la responsabilité de l'Administration est engagée indépendamment de toute faute. La base principale de cette responsabilité est ainsi décrite par Laferrière : « L'ouvrage public devant profiter à la collectivité, il est juste que les charges en soient également réparties entre tous, et que l'adoption de tel tracé, pour un chemin de fer ou un canal, ne fasse pas peser plus lourdement ces charges sur quelques propriétaires que sur l'ensemble des intéressés. Ceux qui sont lésés doivent donc être indemnisés, comme ceux qui sont expropriés. »

Les dommages résultant d'un cas de force majeure,

tel qu'une inondation imprévisible, peuvent même donner lieu à indemnité lorsque la présence de l'ouvrage public, par exemple en faisant obstacle à l'écoulement des eaux, a aggravé le dommage (Cons. d'Ét. 26 déc. 1902, *Ville de Pont-l'Evêque*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 802 ; Hauriou, *op. cit.*, p. 728).

L'action en réparation du dommage est de la compétence des conseils de préfecture, soit qu'il s'agisse de travaux exécutés au nom de l'État, soit que les travaux aient été entrepris pour le compte des départements, des communes ou des établissements publics. Le texte qui institue cette compétence est, d'ailleurs, si mal rédigé, que la jurisprudence, pour éviter une véritable incohérence, a dû l'interpréter avec une très grande liberté. Il s'agit de l'article 4, alinéa 3 de la loi du 28 pluviôse an 8, ainsi conçu : « Le conseil de préfecture prononcera : ... sur les réclamations des particuliers qui se plaindront de torts et dommages procédant du fait personnel des entrepreneurs et non du fait de l'Administration. » La jurisprudence n'applique pas cette distinction, et consacre la compétence des conseils de préfecture quelle que soit la cause du dommage. En effet, la distinction maladroitement reproduite par l'article 4 précité est le résultat d'une bévue législative : on a copié par erreur, en l'an 8, le texte de la loi des 7-11 septembre 1790, qui avait soustrait à la compétence des directoires de district toutes les questions pouvant engager la responsabilité du Trésor public, pour les remettre au pouvoir central : on comptait peu sur l'impartialité à l'égard de l'État de ces corps électifs purement locaux. Il n'y avait aucune raison, en l'an 8, de reproduire cette distinction pour les Conseils de préfecture, non électifs, représentants du pouvoir central, nommés par lui et relevant par l'appel du Conseil d'État.

La jurisprudence ne tient donc aucun compte de la rédaction erronée de l'article 4, § 3, de la loi du 28 pluviôse an 8 ; elle considère les conseils de préfecture comme compétents pour réparer le dommage, que celui-ci soit dû au fait personnel des entrepreneurs, ou

qu'il provienne du fait, des plans ou des ordres de l'Administration.

Les conseils de préfecture sont compétents pour connaître des demandes en indemnité formées en vue d'obtenir la réparation des dommages causés par les travaux publics, pourvu qu'ils soient autres que l'expropriation. Ils seront compétents aussi pour connaître des dommages causés par des travaux qui se rattacheraient à des travaux publics par un lien indivisible. Il a été jugé, en ce sens, que l'action en réparation des dommages causés par la construction d'un dallage établi sur une route nationale, au droit de sa propriété, par un riverain, avec l'autorisation et sous la surveillance de l'Administration, ressortit au conseil de préfecture (Cons. d'Ét. 28 juill. 1916, *Soubiran*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 337).

Il est admis sans difficulté que le dommage est causé par les travaux publics lorsqu'il provient des opérations et mains-d'œuvre qui concourent à l'exécution du travail : tarissement de sources provoqué par le creusement d'une tranchée, accès d'une propriété rendu plus difficile, éboulements et dégâts, etc. Nous allons étudier quelques hypothèses qui soulèvent plus de controverses.

220. Des dommages provenant de travaux irrégulièrement accomplis ou non autorisés. — En matière de marchés, la compétence administrative est admise, non seulement si des irrégularités se sont glissées dans les formalités administratives autorisant les travaux, mais même si ces formalités manquent totalement ; ce qui domine, c'est la volonté des parties ; en contractant avec l'Administration, même non autorisée, les parties ont bien entendu faire un contrat administratif, ce qui entraîne, au point de vue contentieux, la compétence de la juridiction administrative. En matière de dommages, cette conclusion s'impose avec moins d'évidence, parce que la victime du dommage n'a pas contracté avec l'Administration et qu'un dommage, un accident n'ont en eux-mêmes rien d'admi-

nistratif. C'est pourquoi la jurisprudence avait tout d'abord appliqué la distinction suivante : si les travaux ont été autorisés, même irrégulièrement, le conseil de préfecture sera compétent pour juger l'action en indemnité, car on ne peut obliger les particuliers à se faire juges de la régularité de toute une procédure administrative qu'il leur est souvent impossible de connaître dans les détails (Trib. confl. 18 févr. 1893, D. P. 94. 3. 34 ; 26 mai 1894, D. P. 95. 3. 45). La même solution a été donnée dans le cas où le dommage était survenu à la suite de travaux ordonnés par un maire à la suite d'une simple délibération du conseil municipal, alors qu'il eût fallu une autorisation du préfet (Trib. confl. 2 mars 1901, D. P. 1901. 3. 47). Si au contraire toute autorisation faisait défaut aux travaux qui avaient causé le dommage, la jurisprudence décidait qu'il s'agissait d'une simple voie de fait et attribuait compétence aux tribunaux judiciaires pour juger l'action en réparation.

Mais, depuis quelques années, une importante évolution s'est produite sur ce second point, et la Cour de cassation elle-même décide, d'une façon tout à fait générale, que les travaux publics se reconnaissent à leur nature et à leur destination, indépendamment de toute autorisation administrative ; qu'il suffit qu'ils aient pour objet d'assurer le fonctionnement d'un service public; que, dès lors, toute action en réparation d'un dommage causé par l'effet d'un travail présentant les caractères intrinsèques d'un travail public, relève du conseil de préfecture (Civ. 19 juill. 1922, *Ville de Bourges, Gaz. Pal.*, 1922. 2. 371).

Tout autre serait le cas où l'entrepreneur, exécutant des travaux publics même régulièrement autorisés, se livrerait directement à une entreprise illicite sur une propriété privée (abatage d'arbres, extraction de matériaux sans autorisation, etc.). Il y aurait là voie de fait, et les tribunaux judiciaires seraient compétents pour connaître de l'action en indemnité introduite par le propriétaire spolié (Trib. confl. 9 mai 1891, D. P. 92. 3. 110 ; Civ. 26 déc. 1900, D. P. 1901. 1. 130).

221. Des dommages causés par le fonctionnement de l'ouvrage achevé, et des faits d'exploitation. — En principe, le conseil de préfecture est compétent pour réparer non seulement les dommages qui peuvent se produire au cours des travaux, mais ceux qui sont causés par l'existence et le fonctionnement de l'ouvrage public lui-même, tel qu'il se comporte une fois achevé. Par exemple, le conseil de préfecture connaîtra de la demande d'indemnité formée par les propriétaires des fonds voisins d'une caserne, à raison du préjudice que leur cause le déversement des eaux ménagères de cet ouvrage public (Trib. confl. 4 déc. 1897, D. P. 99. 3. 21). De même sera de la compétence du conseil de préfecture l'action en indemnité formée par le propriétaire d'une voiture automobile avariée par suite d'un accident dû au fait que l'Administration, au cours du rechargement d'une chaussée empierrée, n'avait pris aucune précaution pour avertir les usagers de la route de l'obstacle ainsi apporté à la circulation (Cons. d'Ét. 11 avr. 1924, *Chapuis*, D. H. 1924. 437, et les conclusions de M. Cahen-Salvador).

La difficulté commence lorsque le dommage est dû au mode spécial d'exploitation de l'ouvrage public. L'exemple le plus saillant qu'on puisse citer est relatif aux chemins de fer. Ces ouvrages ne sont construits que pour être exploités, pour recevoir des machines et des trains, qui circuleront sur les voies. Des dommages pourront ainsi être causés aux propriétés voisines (incendies, fumées, trépidations) ; des accidents de personnes pourront survenir. Faudra-t-il porter l'action en réparation naissant de ces dommages et accidents devant les conseils de préfecture ou devant les tribunaux judiciaires? D'abord, il est certain que si des conventions interviennent entre la partie lésée et le concessionnaire (ou même un simple entrepreneur), pour la réparation du dommage, l'autorité judiciaire est seule compétente pour interpréter et pour appliquer les accords (Civ. 6 mai 1919, D. P. 1923. 1. 220). En l'absence de conventions de cette nature, la question de compétence, souvent délicate en pratique, est ré-

solue par la distinction suivante : si l'on peut imputer le dommage à l'ouvrage lui-même, à son fonctionnement propre, il y a dommage causé par les travaux publics, et compétence administrative ; si le dommage est dû, au contraire, aux imperfections, négligences ou défauts de précaution de l'exploitation, il y a fait d'exploitation et compétence judiciaire. C'est ainsi que l'on a considéré comme des dommages provenant des travaux, relevant des tribunaux administratifs, la trépidation et le bruit des locomotives et des trains circulant sur une voie ferrée, lorsqu'ils compromettent la solidité ou modifient gravement les conditions de jouissance des immeubles voisins (Civ. 19 févr. 1900, D. P. 1900. 1. 506 ; Cons. d'Ét. 6 mars 1903, D. P. 1904. 3. 93, et les arrêts cités en note) ; l'accident matériel causé par la saillie d'un rail de tramway sur la voie publique (Civ. 14 mai 1923, *Cie des tramways électriques de Montpellier*, D. P. 1923. 1. 196). Lorsque le dommage allégué est la conséquence, non d'un fait particulier d'exploitation, mais de l'établissement même de l'ouvrage et des conditions dans lesquelles il est construit, la demande en indemnité se rattache par un lien indivisible à l'exécution d'un travail public, et elle relève des tribunaux judiciaires même si elle n'est pas dirigée contre l'Administration, mais contre le concessionnaire (Civ. 12 avr. 1910, D. P. 1911. 1. 240 ; Cf. Trib. confl. 13 janv. 1917, D. P. 1922. 3. 7).

Lorsque, au contraire, les dommages survenus au cours de l'exploitation ne proviennent pas des conditions mêmes de la construction de l'ouvrage public, et plus spécialement lorsqu'ils peuvent être imputés à faute au concessionnaire de l'ouvrage, ils constituent des faits d'exploitation dont l'appréciation appartient à l'autorité judiciaire. C'est ainsi que le fait d'une compagnie de tramways qui a causé un accident pour avoir négligé d'éclairer un poteau, qu'elle a été autorisée à placer sur la voie publique, au milieu de la chaussée, constitue un fait d'exploitation relevant des tribunaux judiciaires (Req. 3 déc. 1918, *Cie des chemins de fer nogentais, Gaz. Pal.* 1918-1919. 1. 697). Il en est

de même des dégâts causés à des récoltes par un incendie provoqué par le passage d'un train (Cons. d'Ét. 21 janv. 1925, *Cie des chemins de fer algériens de l'État*, D. H. 1925. 164. — Cf. Civ. 21 janv. 1919, D. P. 1923. 1. 120, et la note).

La circonstance que l'Administration aurait autorisé un ouvrage dangereux ne dégagerait pas la responsabilité du concessionnaire et ne dessaisirait pas l'autorité judiciaire : en pareil cas, il appartient à l'exploitant de l'ouvrage public de prendre les précautions nécessaires pour signaler le danger au public et éviter les accidents ; en négligeant ces précautions, le concessionnaire commet une faute d'exploitation. La jurisprudence s'est maintes fois prononcée en ce sens à propos de passages à niveau dispensés de barrières (Civ. 11 nov. 1891, D. P. 92. 1. 427 ; 4 févr. 1895, D. P. 96. 1. 75 ; 31 oct. 1898, D. P. 99. 1. 188 ; Req. 23 nov. 1909, D. P. 1911. 1. 269 ; Civ. 15 mai 1922, *Gaz. Pal.*, 1922. 2. 163 ; 24 janv. 1923, D. P. 1923. 1. 33, et la note).

222. Des dommages causés par le défaut d'entretien de l'ouvrage public. — On avait soutenu autrefois que lorsque le dommage provenait du défaut d'entretien de l'ouvrage public, le conseil de préfecture n'était plus compétent pour connaître de l'action en réparation. Il s'agit là, disait-on, d'un dommage causé, non par l'exécution, mais par l'inexécution d'un travail public, dommage qui peut justifier l'exercice d'une action en responsabilité pour faute, mais non d'une action pour dommages devant le conseil de préfecture. Cette théorie est abandonnée : il ne s'agit pas ici du fait négatif d'inexécution du travail, mais du fait positif de la défectuosité de l'ouvrage (Laferrière, t. 2, p. 163-164). La victime du dommage agit en réparation parce que l'ouvrage public s'est montré nuisible par son état même (Trib. confl. 17 avr. 1886, D. P. 87. 3. 95-96 ; Civ. 2 janv. 1912, D. P. 1912. 1. 213 ; 7 mai 1924, *Commune de Rochecorbon*, S. 1924. 1. 230 ; Trib. confl. 26 mai 1924, *Fauqué*, D. H. 1924. 564 ; Civ. 27 janv. 1925, D. H. 1925. 161).

D'ailleurs, aujourd'hui, le Conseil d'État admet la compétence du conseil de préfecture et la responsabilité de l'Administration même dans le cas où le dommage proviendrait de l'inexécution d'un travail public que l'Administration était tenue de faire, soit par exemple pour assurer la sécurité de la circulation (parapet le long d'une route dangereuse), soit pour assurer le libre et normal écoulement des eaux qui s'amassent sur une route, soit pour tout autre motif (Cons. d'Ét. 10 mai 1907, D. P. 1908. 3. 116-117 ; 17 déc. 1909, D. P. 1911. 3. 122).

223. Distinction entre l'expropriation et les simples dommages. — L'article 4, § 4, de la loi du 28 pluviôse an 8 donnait compétence aux conseils de préfecture « sur les demandes et contestations concernant les indemnités dues aux particuliers, à raison des *terrains pris* ou fouillés pour la confection des chemins, canaux et autres ouvrages publics ». La compétence des conseils de préfecture ne s'exerce plus à l'égard des « terrains pris » depuis que la loi du 8 mars 1810, plus tard complétée et amendée par celles du 7 juillet 1833 et du 3 mai 1841, a décidé que l'expropriation s'opérait par autorité de justice (V. sur la compétence en matière d'expropriation, *suprà*, nos 85 et suiv.).

Mais l'expropriation seule a été distraite de la compétence des conseils de préfecture en cette matière. Dès lors, tout ce qui n'est pas expropriation, c'est-à-dire privation de la propriété pour en investir l'Administration, est du ressort des conseils de préfecture. Cette observation permet de résoudre le problème, autrefois fort discuté, des *dommages permanents*. Il est évident que ces dommages doivent être discutés devant les conseils de préfecture, comme les dommages temporaires (dont beaucoup, d'ailleurs, ne donnent pas lieu à indemnité). La jurisprudence est bien fixée en ce sens, depuis une décision du tribunal des conflits du 21 décembre 1850 (D. P. 51. 3. 22) et un arrêt de la Cour de cassation du 29 mars 1852 (D. P. 52. 1. 91).

— V. sur cette jurisprudence et ses applications plus récentes, Hauriou, *Précis*, 10e édit., p. 729, note.

Cependant, ici encore il faut préciser : lorsque les dommages auront été causés à la propriété, non par des travaux faits en dehors de cette propriété, mais par des travaux faits indûment, sans autorisation administrative, *sur* une propriété privée, il y aura *atteinte directe au droit de propriété*, et l'action tendant à l'allocation de dommages-intérêts et à la remise des lieux en état relèvera des tribunaux judiciaires (Cons. d'Ét. 16 déc. 1910, D. P. 1912. 3. 139). Il en serait de même si l'atteinte était portée, par les mêmes moyens, à une possession légalement reconnue (Trib. confl. 10 déc. 1910, D. P. 1912. 3. 139).

224. Des dommages causés par les occupations temporaires. — Comme on vient de le voir, les conseils de préfecture, en vertu de l'art. 4, § 4, de la loi du 28 pluv. an 8, sont compétents pour connaître du contentieux des occupations temporaires de terrains autorisées par les préfets en vue du dépôt ou de l'extraction de matériaux nécessaires à l'exécution de travaux publics. Cette compétence est confirmée par les articles 7 et 10 de la loi du 29 décembre 1892. Elle est très générale et s'étend, non seulement à la fixation de l'indemnité, mais à toutes les questions relatives à la régularité de l'occupation ; par exemple, aux contestations sur la validité de la décision administrative qui l'a autorisée. Cette compétence exclut même celle du Conseil d'État juge de l'excès de pouvoir (Cons. d'Ét. 1er mai 1885, *Plard*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 480 ; même date, *Larose*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 479 ; 15 mars 1889, *Touzé*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 378 ; Laferrière, t. 2, p. 174, texte et note 1).

Il faut bien remarquer ici que ce qui imprime à l'occupation son caractère administratif, c'est l'acte de puissance publique, l'arrêté préfectoral qui autorise cette occupation. Partout où cet acte vient à manquer, partout où il est illégalement intervenu, partout où l'occupation s'est exercée en dehors des limites ou des con-

ditions fixées par l'arrêté, il y a atteinte directe à la propriété privée, et par suite compétence des tribunaux judiciaires. Echappent donc à l'appréciation des conseils de préfecture : 1° les dommages causés par une occupation qui n'a pas eu lieu en vertu d'une autorisation préfectorale, que cette occupation résulte, d'ailleurs, d'une convention privée entre le propriétaire et l'entrepreneur, ou d'un abus commis par ce dernier (Civ. 30 juill. 1919, D. P. 1923. 1. 118) ; 2° les demandes d'indemnité fondées sur un dommage causé même au cours d'une occupation autorisée, lorsque cette autorisation était illégale, comme portant sur un terrain légalement affranchi de la servitude, tel qu'un terrain clos et attenant à une habitation (Cons. d'Ét. 31 juill. 1903, D. P. 1905. 3. 4) ; 3° les demandes en réparation du préjudice causé par une occupation fondée sur un arrêté préfectoral nul en la forme, ou exécuté avant d'avoir été notifié au propriétaire ; 4° les réclamations motivées sur le fait que l'entrepreneur se serait servi des matériaux extraits, pour des besoins autres que ceux des travaux publics autorisés (l'art. 16 de la loi du 29 déc. 1892 érige même ce fait en délit correctionnel). Cette répartition des compétences a été faite dans un grand nombre d'arrêts (Cons. d'Ét. 6 déc. 1889, S. 92. 3. 28 ; 26 déc. 1896, D. P. 98. 3. 28 ; Trib. confl. 2 juill. 1898, D. P. 1900. 3. 11 ; 16 nov. 1901, D. P. 1903. 3. 21 ; Cons. d'Ét. 31 juill. 1903, D. P. 1905. 3. 4 ; 22 juill. 1910, D. P. 1912. 3. 301-302 ; 14 févr. 1912, D. P. 1914. 3. 16).

Les règles relatives au règlement de l'indemnité, à la contribution de la plus-value, à la prescription de l'action en indemnité par deux années à partir de la cessation de l'occupation, etc., sont énoncées dans les articles 10 et suivants de la loi du 29 décembre 1892 ; elles n'ont pas besoin de commentaire.

Notons seulement qu'en matière d'occupation temporaire, les ayants droit à une indemnité sont privilégiés sur les sommes dues aux entrepreneurs par l'Administration (L. 29 déc. 1892, art. 18) ; et que tous les actes, y compris les contrats et les jugements, re-

latifs aux dommages et aux demandes d'indemnité, sont dispensés du timbre et de l'enregistrement (L. 29 déc. 1892, art. 19).

225. A quelles conditions les dommages donnent-ils lieu à indemnité? — La jurisprudence a dégagé les règles suivantes :

1° Le dommage doit être *direct, immédiat et actuel.* Un dommage simplement éventuel ne donnerait pas droit à indemnité. Comme exemple de dommage non direct, non *actuel,* ne justifiant pas l'allocation d'une indemnité, on cite le cas de travaux de voirie ayant abouti à la création d'une voie nouvelle et ayant ainsi détourné la clientèle des magasins établis dans un quartier voisin moins favorisé. C'est ce qui s'est produit à Paris, pour les boutiques du Palais-Royal, lorsqu'a été percée l'avenue de l'Opéra (Berthélemy, *Traité élém.*, 10e édit., p. 651, note 1). « Il est clair, dit M. Hauriou (*Précis,* 10e édit., p. 728), que mille faits intermédiaires s'interposent dans la chaîne des motifs qui amènent le déplacement des commerçants ; la preuve en est que les rues nouvelles auraient pu *ne pas réussir* ; le dommage, s'il se produit, sera donc indirect ou éventuel comme ne se rattachant pas nécessairement au voisinage de l'ouvrage » (V. Cons. d'Ét. 27 févr. 1862, *Fröhlich, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 167 ; 10 févr. 1905, *Ministre des Trav. publ., Rec. Cons., d'Ét.*, p. 155 ; 25 juin 1913, *Lassez, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 756).

2° Le dommage doit être *matériel,* c'est-à-dire que le droit de l'occupant doit avoir été touché dans ses éléments physiques par la construction de l'ouvrage public. La privation de la perspective, de la *vue* dont une propriété peut jouir, ne sera pas un dommage générateur d'indemnité, lorsque le fonds dont s'agit est une terre de culture, à laquelle la perspective n'ajoute aucune valeur matérielle (Cons. d'Ét. 10 févr. 1905, *Ministre des Trav. publ., Rec. Cons. d'Ét.*, p. 155) ; mais il en serait autrement si cet élément entrait d'une façon notable dans la valeur locative d'un immeuble

bâti (Cons. d'Ét. 9 juill. 1913, *Cie des tramways électriques de Lille, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 817).

Le Conseil d'État se montre assez large dans cette appréciation. Ainsi il a jugé qu'une indemnité devait être accordée au propriétaire d'un moulin à vent dont le fonctionnement était gêné par le voisinage d'un remblai de chemin de fer interceptant les courants aériens (Cons. d'Ét. 31 janv. 1890, *Bompoint-Nicot, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 112). Dans ce cas, l'atteinte *matérielle* n'apparaissait pas clairement au premier abord ; mais, comme le dit M. Hauriou, « à la réflexion on s'aperçoit que le droit de propriété ne doit pas être entendu d'une façon étroite, qu'il ne donne pas seulement droit à la jouissance du sol, mais aussi au soleil, aux pluies, aux vents, en un mot à toutes les circonstances atmosphériques qui constituent le climat normal de la région. »

D'une façon générale, on peut dire que si une indemnité n'est pas allouée dans le cas où seul l'agrément du propriétaire se trouverait diminué, sans atteinte matérielle à son droit et aux avantages pécuniaires qu'il retire de sa chose, elle sera due au contraire toutes les fois qu'il aura été porté atteinte, soit à la propriété elle-même, soit à son mode d'exploitation, soit à ses accès. Tel sera le cas, par exemple, lorsqu'une propriété aura été placée en contre-bas et exposée à des infiltrations (Cons. d'Ét. 8 août 1896, *Commune de Nogent-sur-Marne, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 679) ; lorsque les travaux l'auront exposée à des déversements d'eaux ménagères ou industrielles (Trib. confl. 4 déc. 1897, *Charreyron, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 760 ; Cons. d'Ét. 26 avr. 1901, *Seyve, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 408) ; ou à de mauvaises odeurs provenant d'un égout ou de champs d'épandage (Cons. d'Ét. 6 juill. 1906, *Ville des Sables-d'Olonne, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 640 ; 3 mai 1911, *Combès, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 504) ; ou aux inconvénients multiples provenant du voisinage d'un urinoir public (Cons. d'Ét. 6 juill. 1906, *Mottant, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 638 ; 23 nov. 1906, *Bichambis*, S. 1907. 3. 65 et la note Hauriou).

3° Le dommage doit *porter atteinte à un droit* véri-

table et non pas seulement à une jouissance précaire. Le propriétaire, le locataire, l'usufruitier ou l'usager dont la jouissance est entravée ou diminuée par l'exécution des travaux ont droit à indemnité. Si les *accès* de la propriété ont été modifiés, le droit à indemnité existe, car l'accès à la voie publique forme un apanage du droit de propriété. Au contraire, si les travaux ont simplement pour effet de diminuer l'usage que l'occupant tire d'une permission de voirie, essentiellement précaire et révocable à raison de l'inaliénabilité du domaine public, le droit à indemnité n'existerait pas. Il en serait autrement, toutefois, si les travaux portant atteinte à cette jouissance émanaient, non de l'Administration elle-même, mais d'un concessionnaire. Celui-ci ne pourrait pas exciper du caractère précaire de la permission de voirie, l'inaliénabilité du domaine public ne pouvant être invoquée que par l'Administration et dans l'intérêt du domaine (Cons. d'Ét. 3 mars 1903, D. P. 1904. 3. 82).

4° Le dommage doit être *spécial*, c'est-à-dire qu'il ne doit pas se confondre avec des inconvénients généraux dont souffrirait toute une population. Lorsque la modification au tracé d'une route, par exemple, a pour effet d'imposer un allongement de parcours pour aller à la ville à tous les habitants d'un village, il n'y a pas là un dommage spécial pouvant donner lieu à indemnité.

5° Le dommage doit être *exceptionnel*, c'est-à-dire qu'il doit excéder par son importance les inconvénients ordinaires du voisinage. En d'autres termes, les gênes diverses qu'un propriétaire usant de son droit pourrait imposer sans indemnité à ses voisins (diminution du débit d'une source par le creusement d'un puits, diminution de lumière par la construction d'un bâtiment ordinaire en bordure de la voie publique, etc.) ne donnent pas lieu à indemnité (Cf. Cons. d'Ét. 29 mars 1901, *Desmons*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 375). Il en est de même des inconvénients temporaires de peu d'importance, tels que gêne dans le passage, bruit et poussière, qui peuvent résulter pour les riverains de l'exécu-

tion de travaux de voirie, lorsque la durée des travaux n'est pas excessive (Cons. d'Ét. 12 janv. 1900, *Société parisienne*, plusieurs espèces, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 15. — Cf. Cons. d'Ét. 11 avr. 1913, *Ville de Grenoble*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 382).

Au contraire, le droit à indemnité existe si le travail accompli par l'Administration sur son fonds dépasse, par son importance, ceux auxquels on peut s'attendre de la part d'un propriétaire privé. Ainsi l'Administration ne devra aucune indemnité, en principe, pour le dommage causé aux sources voisines par le creusement d'un simple puits sur sa propriété ; elle en devra une au contraire s'il s'agit du percement d'un tunnel (Cons. d'Ét. 11 mai 1883, *Chamboredon*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 480 ; 14 mars 1902, *Chemins de fer du Sud*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 203. Cf. Cons. d'Ét. 23 juill. 1897, D. P. 98. 3. 100. — V. à ce sujet les développements intéressants donnés par Hauriou, *Précis*, 10e édit., p. 730.

226. Contre qui l'action en indemnité doit-elle être dirigée? — Si les travaux sont exécutés en régie, l'action est dirigée contre la personne morale de droit public au nom de laquelle le travail est fait (État, département, commune, établissement public). En matière de chemins vicinaux, bien que le service soit départemental, il ne faut pas oublier que les chemins eux-mêmes sont dans le domaine public de chacune des communes qu'ils traversent. L'action devra donc être dirigée contre le préfet, chef du service vicinal, représentant exceptionnellement, dans ce cas, la commune ou les communes intéressées (Cons. d'Ét. 20 nov. 1903, D. P. 1905. 3. 13).

Si les travaux sont exécutés à l'entreprise, il faut sous-distinguer : lorsque les dommages proviennent de la conception du plan dressé par l'Administration ou du fait de ses agents, celle-ci est seule responsable (Cons. d'Ét. 20 mai 1892, D. P. 93. 3. 92). Lorsque les dommages, au contraire, proviennent du fait personnel de l'entrepreneur ou de ses préposés, l'entrepre-

neur est responsable. Toutefois, l'Administration reste solidaire avec lui, sauf son recours, et par suite l'action peut être dirigée soit contre l'Administration, soit contre l'entrepreneur, soit cumulativement contre les deux (Cons. d'Ét. 9 déc. 1892, D. P. 94. 3. 16 ; 1er févr. 1895, D. P. 96. 3. 18 ; 18 janv. 1911, *Ville de Denain*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 45). Toutefois, en matière de dommages causés par les occupations temporaires, l'article 18 de la loi du 29 décembre 1892 ne donne à la victime du dommage qu'un recours *subsidiaire* contre l'Administration. Cette solution est peu en harmonie avec la jurisprudence précitée.

Enfin, lorsque les travaux sont exécutés par voie de concessions, les cahiers des charges stipulent très généralement que tous les dommages devront être pécuniairement réparés par les concessionnaires. C'est là une stipulation pour autrui dont les tiers ont le droit de profiter ; ils peuvent donc, dans tous les cas, assigner le concessionnaire. Mais la stipulation dont il vient d'être parlé ne peut pas nuire aux tiers, qui n'y ont pas été parties. Ils peuvent donc, s'ils croient y avoir intérêt, actionner l'Administration aussi bien que le concessionnaire.

Le même principe est applicable aux travaux exécutés à l'entreprise : l'Administration ne peut pas, par une clause du cahier des charges, se soustraire à l'action des tiers (Cons. d'Ét. 20 mars 1926, *Bernard et Malgrain*, D. H. 1926. 303).

227. Règles relatives à l'exercice de l'action et à la procédure. — L'action intentée contre l'Administration en réparation du dommage n'est pas la même que celle qui pourrait être intentée contre l'auteur de ce dommage, dans le cas où son acte constitue un délit pénal ; elle repose sur une base différente. Dès lors, elle ne se prescrit pas par trois ans comme le délit (Cons. d'Ét. 22 mai 1912, *Augé-Chiquet*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 600). L'action durera trente ans, sauf si elle est dirigée contre l'État, qui pourra invoquer la déchéance quinquennale (V. *infrà*, n° 258). Dans quelques cas,

l'action est réduite encore à une plus courte durée, par exemple en matière d'occupation temporaire, où elle se prescrit par deux ans à compter du moment où cesse l'occupation (L. 29 déc. 1892, art. 17).

La demande peut être introduite directement, sans qu'il soit besoin de provoquer une décision administrative préalable.

Comme en matière de marchés, le contentieux est ici purement pécuniaire : la juridiction administrative ne peut qu'accorder ou refuser une indemnité ; elle ne pourrait pas ordonner la confection de travaux de nature à faire cesser le dommage. Mais on admet que le Conseil de préfecture pourrait allouer à la victime du dommage une indemnité, *si mieux n'aime l'Administration effectuer lesdits travaux* (Cons. d'Ét. 10 mars 1905, *Berry et Chevallard*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 255). Ira-t-on plus loin, et admettra-t-on ici le système des astreintes? Ce serait contraire à l'esprit général du contentieux administratif. V. cependant, à ce sujet, la note de M. Hauriou, sous Cons. d'Ét. 23 nov. 1906, *Bichambis*, S. 1907. 3. 65).

La constatation des dommages se fait à peu près toujours, en pratique, au moyen d'une expertise, pour laquelle on suit les règles générales énoncées par la loi du 22 juillet 1889 (*suprà*, n° 196). Il y a lieu de noter que l'expertise en matière de dommages doit être obligatoirement ordonnée lorsqu'elle est demandée par l'une des parties (L. 22 juill. 1889, art. 13). Cependant, cette mesure d'instruction cesserait d'être obligatoire s'il avait déjà été procédé à un travail de même nature à la suite d'un référé administratif introduit devant le président du conseil de préfecture conformément à l'article 24 de la loi du 22 juillet 1889. Elle ne devrait pas être ordonnée non plus lorsqu'elle ne pourrait, en toute hypothèse, aboutir à aucun résultat utile. Le cas se présentera lorsque la demande doit être écartée *de plano* par une fin de non-recevoir ou un moyen de droit, alors même qu'en fait les allégations du demandeur seraient admises : par exemple, si le droit du demandeur est éteint par la prescription ; s'il s'agit

d'un simple préjudice moral, ou d'un dommage indirect.

Nous avons déjà dit que l'indemnité ne peut consister qu'en une somme d'argent. Elle doit comprendre, non seulement la perte subie, mais le gain manqué. En matière de dommages causés par les occupations temporaires, l'article 13 de la loi du 29 décembre 1892 donne, sur le calcul du dommage, des précisions intéressantes.

L'indemnité pour dommages ne doit jamais faire double emploi avec l'indemnité d'expropriation. Lorsqu'un immeuble est partiellement exproprié le jury doit, dans le règlement de l'indemnité, faire entrer en ligne de compte non seulement la valeur de la partie acquise, mais encore, s'il y a lieu, la dépréciation de la partie restante. Le propriétaire qui a été ainsi indemnisé à l'occasion de l'expropriation ne peut pas réclamer une seconde indemnité au titre des dommages causés par les travaux publics. Mais il arrive parfois que certains éléments de dommage n'étaient pas prévus au moment de l'expropriation et se révèlent après coup. Dans ce cas, le conseil de préfecture est compétent pour apprécier ces dommages nouveaux et fixer l'indemnité. Si la procédure d'expropriation laisse un doute sur la question de savoir si tel élément de dommage a été ou non soumis au jury et compris par lui dans l'indemnité d'expropriation, l'interprétation de la décision devra être donnée au préalable par l'autorité judiciaire.

228. De la plus-value donnée à la propriété par les travaux. — Il arrive souvent que l'exécution du travail public procure une plus-value à la propriété, soit en supprimant des causes d'insalubrité, soit en mettant les fonds riverains à l'abri des infiltrations d'eau, des inondations, soit en améliorant leurs communications avec le voisinage, etc. Deux questions se posent à ce sujet : 1° Est-il possible d'établir une compensation entre la plus-value et le chiffre des dommages subis par la même propriété, de manière à diminuer l'indemnité du montant de la plus-value? 2° Peut-on

réclamer la contribution de la plus-value par une action directe, quand on ne peut pas la compenser avec un dommage? Les deux questions doivent être envisagées séparément.

1° *Compensation du dommage avec la plus-value.* — Les contribuables participant tous aux dépenses des travaux, il n'est pas juste que quelques-uns en profitent d'une manière particulière. D'ailleurs, l'indemnité pour dommages comporte une comparaison de l'état ancien de l'immeuble avec son état nouveau ; dans cette comparaison, la plus-value résultant des travaux entre naturellement comme élément. Enfin, il faut noter que la loi a admis à deux reprises la compensation de l'indemnité avec la plus-value : en matière d'expropriation (L. 3 mai 1841, art. 51), et en matière d'occupation temporaire (L. 29 déc. 1892, art. 14). C'est là l'indice d'une règle générale, et la jurisprudence n'a jamais hésité, en matière de dommages proprement dits causés par les travaux publics, à admettre la compensation avec la plus-value (Dalloz, *Suppl. au Rép.*, v° *Travaux publics*, n°s 1650 et suiv. et les nombreux arrêts cités). Le Conseil d'État, s'inspirant des conditions exigées par la loi, soit en matière d'expropriation, soit en matière d'occupation temporaire, veut que la plus-value, pour pouvoir servir d'élément de compensation, soit certaine, immédiate et spéciale. On ne pourrait faire entrer en compensation les avantages que, du fait des travaux, la propriété envisagée partage avec toute la région, ni ceux qui ne se révéleront que dans l'avenir, ou d'une façon problématique et incertaine.

2° *Réclamation de la plus-value par action directe.* — De plus en plus de vastes opérations de travaux publics donnent une plus-value considérable aux immeubles environnants : ce sont des travaux de canalisation qui transforment des marais en plaines fertiles, des travaux de ports qui centuplent la valeur des terres environnantes rapidement transformées en entrepôts, des entreprises d'édilité qui, d'une ruelle sans air et sans lumière, font un large boulevard, etc. Dans ce cas,

la collectivité a incorporé à grands frais une valeur dans les immeubles voisins. Il y a là quelque chose qui ressemble à une indivision, qui par suite demande, en équité, une solution analogue à un partage, à une licitation.

Cette situation avait déjà été envisagée par l'article 30 de la loi du 16 septembre 1807. La procédure qu'elle instituait pour obtenir la contribution de la plus-value était compliquée et peu pratique. La somme à réclamer à chaque propriétaire bénéficiant de la plus-value était estimée par des commissions spéciales, qui constituaient de véritables tribunaux temporaires, dont les décisions pouvaient être directement frappées de pourvoi devant le Conseil d'État. Les recouvrements se faisaient au moyen de rôles nominatifs, comme en matière de contributions directes.

Cette procédure, assez peu pratique, a été très peu employée. La loi du 6 novembre 1918, légèrement modifiée par celle du 17 juillet 1921, incorporées toutes deux à celle du 3 mai 1841, a généralisé le principe et a voulu (sans trop y réussir) en rendre l'application plus pratique. Nous n'avons pas à commenter ces dispositions, car l'indemnité de plus-value, dans ce système, est fixée par le jury d'expropriation, et la matière échappe, dès lors, au contentieux administratif (V. Berthélemy, *Traité élém.*, 10e édit., p. 608).

B. — Des accidents de personnes imputables aux travaux publics

229. Notions générales. — La confection des ouvrages publics peut, non seulement provoquer des dommages, soit permanents, soit temporaires, aux propriétés, mais encore être la cause d'accidents affectant les personnes (défaut d'éclairage d'une tranchée provoquant la chute d'un passant, éboulement d'un talus entraînant la mort d'ouvriers ou de tiers, etc.). Le préjudice résultant de ces accidents doit-il être considéré comme un dommage causé par les travaux publics, et relève-t-il des conseils de préfecture?

La jurisprudence du Conseil d'État d'une façon très générale, celle du Tribunal des conflits sous certaines distinctions, enfin avec beaucoup plus de restrictions celle de la Cour de cassation, ont admis l'affirmative. On ne peut nier toutefois qu'il y ait une différence profonde entre un simple dommage à la propriété résultant de l'exécution d'un ouvrage public, dommage souvent inséparable de cette exécution et ne supposant aucune faute commise, et un accident ayant coûté la vie ou causé des blessures à une ou plusieurs personnes, accident à raison duquel la théorie des fautes reprend tous ses droits. Il semble que, théoriquement, dans ce dernier cas, il faille mettre en œuvre l'idée générale de responsabilité de la puissance publique, plutôt que de s'attacher trop étroitement au lien qui existe entre l'accident et l'exécution d'un travail public.

La jurisprudence administrative a cependant admis ici la compétence du conseil de préfecture, par assimilation au contentieux des travaux publics, pour trois raisons : 1° A l'époque où elle s'est formée, la théorie générale de la responsabilité de la puissance publique était encore très peu développée ; on eût donc risqué souvent de laisser sans réparation des accidents graves, faute de pouvoir faire jouer utilement devant le Conseil d'État, juge de droit commun en matière administrative, des principes engageant assez nettement la responsabilité de l'Administration. 2° A la même époque, les actions en responsabilité dirigées contre les départements et les communes étaient généralement considérées comme relevant des tribunaux judiciaires, tandis que celles concernant l'État étaient retenues par la juridiction administrative ; de sorte qu'on eût fâcheusement constitué deux jurisprudences parallèles sur les accidents de personnes provoqués par les travaux publics, si l'on n'eût trouvé le moyen de les soumettre tous à la juridiction des conseils de préfecture. 3° Cette dernière solution présentait, d'ailleurs, l'avantage de ne pas séparer des contentieux connexes, de permettre à la juridiction reconnue compétente d'apprécier librement, sans questions préjudicielles, toutes les circons-

tances de l'accident, les décisions administratives, les ordres de service qui ont pu le provoquer, etc. Il arrive souvent, d'ailleurs, qu'il est impossible de séparer le préjudice causé à la personne du dommage atteignant la propriété (Cons. d'Ét. 1er juin 1906, *Ville de Paris*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 526).

Il convient ici de distinguer, comme nous l'avons fait pour les dommages proprement dits, les accidents dus à l'ouvrage public de ceux qui constituent des faits d'exploitation. Ces derniers restent de la compétence des tribunaux judiciaires (Trib. confl. 31 mai 1913, *Riby*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 606 ; Civ. 24 janv. 1923, D. P. 1923. 1. 33, et la note. Cf. Cons. d'Ét. 16 juill. 1914, *Babouet*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 882).

Enfin, il faut remarquer que les actions concernant les accidents dont ont été victimes les ouvriers travaillant à la confection de l'ouvrage public échappent à la compétence administrative ; elles sont régies par la loi du 9 avril 1898 et doivent être portées devant les tribunaux judiciaires. Certains arrêts de cour d'appel ont voulu restreindre l'application de cette loi, en matière de travaux publics, en faisant remarquer qu'elle ne s'applique, d'après son texte, qu'aux usines, manufactures et chantiers et aux professions commerciales ; ils en ont déduit que la loi du 9 avril 1898 ne pouvait s'appliquer aux accidents arrivés dans des services publics qui ne constituent pas des *usines*, *manufactures* ou *chantiers*, et auxquels toute idée de gain est étrangère ; tel serait le cas d'un accident arrivé à un cantonnier enlevant la boue sur un chemin, ou à un ouvrier creusant une tombe dans un cimetière. La Cour de cassation a repoussé toutes ces distinctions; elle a appliqué, notamment, la loi du 9 avril 1898 à un cantonnier victime d'un accident en brisant la glace qui obstruait des bornes-fontaines (Civ. 4 déc. 1912, *Maréchal*, D. P. 1917. 1. 1. — Cf. Crim. 20 juill. 1907, D. P. 1909. 1. 381).

Mais l'action récursoire exercée contre l'État, considéré comme responsable de l'accident causé à l'ouvrier par suite du mauvais état de l'ouvrage public, par l'en-

trepreneur qui a payé la rente due à la victime (ou par la compagnie d'assurances subrogée à ses droits), échappe à la compétence judiciaire, et doit être portée devant le Conseil de préfecture (Cons. d'Ét. 30 avr. 1909, D. P. 1911. 3. 3).

230. Jurisprudence du Conseil d'État et du Tribunal des conflits. — Le Conseil d'État, après certains revirements de jurisprudence dont on trouvera l'histoire dans Laferrière (t. 2, p. 167 et suiv.), et le Tribunal des conflits avec certaines distinctions sans grande importance, consacrent de la façon la plus large, en matière d'accidents de personnes, la compétence du conseil de préfecture (V. Cons. d'Ét. 9 mars 1894, *Daubard*, S. 95. 3. 105 ; 11 mai 1894, *Ferreng et Pascaud*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 350 ; 21 juin 1895, *Cames*, S. 97. 3. 33 ; 27 nov. 1903, *Cie des chemins de fer de l'Est*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 736 ; 26 janv. 1906, *Georges Hélie*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 86 ; 30 mars 1906, *Soc. d'Onnaing*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 292 ; 8 mars 1907, *Commune de Félix-Faure*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 228). Le Conseil d'État n'apporte aucune exception à la compétence administrative à raison soit de la faute personnelle de l'entrepreneur, soit de la circonstance que le fait générateur de l'accident pourrait s'analyser en un délit pénal. On peut citer de nombreux exemples de demandes d'indemnité retenues par la juridiction administrative, alors même que le fait générateur de l'accident eût pu s'analyser dans un délit d'homicide ou de blessures par imprudence : Cons. d'Ét. 30 mars 1906, D. P. 1907. 3. 118-119 (accident de personne provoqué par la faute d'un agent de l'entrepreneur) ; 18 février 1914, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 218 (accident causé par un appareil de chauffage entreposé sans précaution et heurté du pied par un passant) ; 7 août 1917, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 631 (accident dû à la solidité insuffisante d'une clôture). Bien entendu, si l'entrepreneur ou quelqu'un de ses sous-ordres était poursuivi correctionnellement à raison d'un délit d'homicide par imprudence, la victime de l'accident jouirait aussi

d'une action civile contre l'auteur du délit et le patron, civilement responsable, devant le tribunal répressif ; mais elle ne saurait y attirer l'Administration, qui n'est pas civilement responsable des fautes de ses entrepreneurs ou de ses propres fonctionnaires dans les termes de l'art. 1384 c. civ. (Cf. Trib. confl. 26 mai 1924, *Veuve Limetti*, D. P. 1924. 3. 52-53, et la note).

Le caractère très large de la compétence reconnue aux conseils de préfecture par le Conseil d'État en cette matière apparaît lorsque les travaux sont exécutés par voie de prestations personnelles des contribuables, comme il arrive en matière de chemins vicinaux. Dans ce cas, le conseil de préfecture connaîtra de l'action en indemnité introduite par le prestataire, si c'est lui qui est victime de l'accident (Cons. d'Ét. 7 août 1909, D. P. 1911. 3. 87) ; de la même demande formée par le tiers qui aurait été blessé, soit contre l'Administration, soit contre le prestataire au fait duquel serait dû l'accident (Cons. d'Ét. 30 oct. 1925, *Veuve Bégon et Enjolras*, D. H. 1925. 671) ; des questions de répartition de la charge de l'indemnité entre les prestataires et les communes intéressées (même arrêt).

231. Exposé et critique de la jurisprudence de la Cour de cassation. — La Cour de cassation, jusqu'à ces dernières années, après avoir paru adhérer à la jurisprudence du Conseil d'État et du Tribunal des conflits, a fait de grands efforts pour en restreindre l'application. Elle y est arrivée par deux procédés : tout d'abord, elle entend réserver aux tribunaux judiciaires le jugement de toute demande en indemnité fondée sur un accident à l'origine duquel on peut relever un délit pénal, généralement le délit d'homicide ou de blessures par imprudence. L'autorité judiciaire, d'après elle, est compétente pour connaître de ces demandes, que l'action civile soit exercée ou non concurremment avec l'action publique, qu'elle soit dirigée contre l'auteur du délit ou contre la personne civilement responsable (Civ. 27 nov. 1918, D. P. 1919. 1. 17 et la note ; 8 janv. 1923, D. P. 1923. 1. 33, et la note).

Le raisonnement qui précède est étendu par la Cour de cassation au cas où il s'agit, non d'un délit pénal de l'entrepreneur ou de ses préposés, mais d'une simple faute civile de ceux-ci ; par ce procédé, elle réussit à attirer devant les tribunaux judiciaires un grand nombre de litiges relatifs à des accidents survenus au cours de l'exécution de travaux publics, alors même qu'il s'agirait de dégâts matériels, et non d'accidents de personnes (Civ. 24 mai 1886, D. P. 87. 1. 7 ; Req. 15 juill. 1903, D. P. 1904. 1. 112 ; Civ. 8 janv. 1923, D. P. 1923. 1. 33, et la note).

Ce système ne saurait prévaloir sur la doctrine du Conseil d'État et du Tribunal des conflits. Il faut remarquer, d'abord, que la Cour de cassation fait fléchir sa jurisprudence dans le cas où l'action est de nature à réfléchir contre l'Administration (Req. 17 déc. 1901, D. P. 1902. 1. 184). D'autre part, elle admet la compétence administrative toutes les fois que l'action en indemnité est exercée, non contre l'entrepreneur ou le concessionnaire, mais contre l'Administration (Civ. 2 janv. 1912, D. P. 1912. 1. 213). On voit déjà combien il est fâcheux, à propos d'un même accident, d'avoir deux compétences différentes, au lieu de pouvoir, comme le veut le Conseil d'État, soumettre à un même examen les aspects divers d'un même fait, et à un même tribunal toutes les personnes qui peuvent en être responsables.

D'autre part, la Cour de cassation paraît oublier qu'en matière de travaux publics, la responsabilité ne repose pas sur les mêmes principes qu'en droit civil ; elle tient bien plus aux actes et aux faits généraux du service, qu'à la faute de tel ou tel individu. La Cour paraît, d'ailleurs, sentir le vice du système dans lequel elle a trop longtemps persisté : dans un arrêt du 27 janvier 1925 (D. H. 1925. 161), la chambre civile a décidé que les tribunaux administratifs étaient seuls compétents pour apprécier les conséquences d'un accident provoqué par la disposition vicieuse des rails d'une voie ferrée faisant saillie sur la voie publique, saillie imputable à un défaut d'entretien de la voie par le concessionnaire.

Cette évolution est d'autant plus remarquable que, dans une espèce presque identique, la chambre des requêtes s'était prononcée en faveur de la compétence judiciaire (Req. 15 juill. 1903, D. P. 1904. 1. 112).

C. — Théorie générale de la responsabilité extra-contractuelle de l'administration

232. Vue d'ensemble de la théorie du Conseil d'État. — Nulle part, en dehors de l'étude du recours pour excès de pouvoir, on ne peut mieux saisir la méthode de construction du droit employée par le Conseil d'État, que dans l'exposé des efforts qu'il a faits pour organiser une théorie générale de la responsabilité de l'Administration. Il a fallu de longues années pour mener à bien cette œuvre considérable : d'une part l'Administration a toujours cherché à fuir la responsabilité, à se proclamer irresponsable ; d'autre part, la doctrine et les tribunaux judiciaires faisaient fausse route en s'efforçant de résoudre cette question, propre au droit public, par les principes du droit privé. On ne pouvait dire, d'une façon générale, que l'État et ses succédanés sont responsables des fautes de leurs agents dans les termes de l'article 1384 du Code civil, et que les fonctionnaires publics sont personnellement responsables des dommages causés par leurs propres fautes, même les plus légères, dans les termes des articles 1382 et 1383 du Code civil. On eût abouti ainsi à des résultats inadmissibles en équité, fâcheux en pratique : on ne pouvait faire peser sur les fonctionnaires la menace d'une responsabilité illimitée, même pour leurs oublis les plus légers ; et quant à l'État, il n'était pas possible, d'une part, sans entraver gravement son fonctionnement, de l'obliger toujours à réparer le dommage causé même par la plus légère imperfection du service ; et d'autre part, il y a des cas où le dommage, en équité, doit être réparé, indépendamment de la question de savoir s'il y a ou non une faute du service.

Ces considérations ont amené la jurisprudence ad-

ministrative à des solutions qui peuvent être généralisées comme suit : 1° L'Administration est responsable des dommages spéciaux causés par le fonctionnement anormal, irrégulier ou mauvais des services publics. 2° L'Administration doit une indemnité pour réparer le dommage causé même par le fonctionnement régulier et normal du service, toutes les fois que l'absence d'indemnité violerait manifestement l'équité ou serait visiblement contraire au principe de la solidarité entre membres d'une même nation. 3° Les fonctionnaires publics sont responsables pécuniairement envers les particuliers du dommage causé par leur dol ou leur faute lourde assimilable au dol ; c'est ce qu'on appelle le *fait personnel*, par opposition à la *faute de service*. Mais cette responsabilité personnelle n'exclut pas celle de l'État et de ses succédanés si elle peut, d'autre part, être mise en jeu en vertu de l'un des deux autres principes.

Il est intéressant de suivre dans le détail ce travail de jurisprudence. On aura une idée de son importance en examinant par voie de comparaison l'état de la question à l'époque où écrivait Laferrière, en 1896 (V. Laferrière, t. 2, p. 183 et suiv.) et à l'heure actuelle. Nous en avons déjà donné une idée en étudiant la responsabilité de la puissance publique au point de vue de la compétence des juridictions (*suprà*, n°s 139 et suiv.). Nous allons étudier la matière dans son ensemble.

233. La responsabilité de l'État n'est pas engagée dans les termes de l'article 1384 du Code civil par les fautes de ses agents. — En dehors des cas où l'État et ses succédanés font œuvre de personne privée, par exemple en gérant des biens patrimoniaux au moyen de serviteurs ou d'employés ayant une situation identique à ceux du droit privé, la responsabilité qui pèse sur le maître ou le commettant en vertu de l'article 1384 du Code civil ne s'étend pas à l'Administration, dont les fonctionnaires et agents ne sont pas les « serviteurs », ni les « préposés », ni les « commis » (V. *suprà*, n° 140).

De tout temps, le Conseil d'État a écarté l'article 1384 du Code civil lorsqu'il a statué sur les actions en responsabilité dirigées contre les administrations publiques.

Le Conseil d'État, par une longue suite d'arrêts, a tiré de ces principes cette conséquence, que la juridiction administrative est seule compétente pour connaître de telles actions en responsabilité.

Le Tribunal des conflits, depuis l'arrêt *Blanco* (8 févr. 1873, D. P. 73. 3. 17), a invariablement proclamé la même théorie, et l'on sait que la Cour de cassation s'y est ralliée (V. *suprà*, n° 140).

Cette jurisprudence s'appuie, au point de vue théorique, sur des raisons solides, empruntées au mécanisme même des services publics, à l'exégèse des textes et à leur origine historique. Nous renvoyons le lecteur à l'exposé de ces raisons, développé *suprà*, n° 140.

Le Tribunal des conflits a tiré de ces principes cette conséquence que l'État ne peut être cité devant la juridiction répressive comme civilement responsable des faits de ses agents (Trib. confl. 15 avr. 1905, D. P. 1907. 3. 8). Un arrêt de la chambre criminelle, vivement critiqué, a pris, on ne sait pourquoi, contre une doctrine et une jurisprudence unanimes, le contre-pied de cette doctrine (Crim. 15 mars 1923, D. P. 1923. 1. 137, et la note nettement contraire à l'arrêt) ; mais le Tribunal des conflits, régulateur suprême des compétences, a persisté dans sa jurisprudence de la façon la plus ferme (Trib. confl. 26 mai 1924, D. P. 1924. 3. 52-53). La controverse peut être ainsi considérée comme épuisée.

234. Développement historique de la responsabilité de l'État. — On a souvent fait l'histoire jurisprudentielle de la responsabilité des services publics. Les raisons profondes des longues luttes, des hésitations et des revirements dont elle est pleine, n'ont pas toujours été nettement aperçues ; on va tenter d'en donner une idée d'ensemble.

Pendant presque tout le cours du XIX^e siècle, les deux

parties en présence, l'Administration et le public, ont combattu autour de deux idées contestables, dont la première, à l'épreuve des faits, a perdu une grande part de sa vérité originaire, et dont la seconde est totalement périmée aujourd'hui. L'Administration considérait que sa responsabilité et celle de ses préposés ne pouvait être que purement hiérarchique ou politique. L'organisation d'une responsabilité pécuniaire à la charge soit des fonctionnaires publics, soit de l'État ou de ses succédanés (département, communes, établissements publics) lui apparaissait comme une entrave à la liberté nécessaire des services, comme un obstacle aux initiatives, comme un élément de stagnation et une source d'embarras, dont la société, en fin de compte, pâtirait. Cet état d'esprit se manifeste dans l'article 75 de la Constitution du 22 frimaire an 8 ; dans l'extension démesurée donnée, sous le second Empire, à la théorie des actes de gouvernement ; dans les nombreuses lois qui ont limité ou exclu la responsabilité de l'État dans des matières spéciales : par exemple pour les postes, les lois du 24 juillet 1793, article 37; du 5 nivôse an 5, articles 14 et 15; du 4 juin 1859, article 3; du 25 janvier 1873, article 4, etc. ; pour les télégraphes, les lois du 29 novembre 1850, du 4 juillet 1868, le décret du 25 mai 1870, etc. ; pour les téléphones, le décret du 31 mai 1890, article 16, etc. ; dans les efforts couronnés de succès, entrepris par l'Administration pour faire limiter et réduire pratiquement à néant les effets du décret du 19 septembre 1870, qui avait abrogé l'article 75 de la Constitution de l'an 8, en vue d'instituer une large et complète responsabilité des fonctionnaires devant les tribunaux judiciaires (V. les conclusions de M. Blum, D. P. 1918. 3. 10, col. 2). Du côté du public on cherchait une garantie contre l'arbitraire dans la responsabilité illimitée des fonctionnaires publics devant les tribunaux civils et criminels. On tentait de les assimiler aux simples commis du droit privé, et de cumuler ainsi, par l'application aux matières administratives des principes du droit civil, les avantages de la responsabilité personnelle des fonctionnaires et

ceux de la responsabilité de l'État considéré comme commettant. Mais le Conseil d'État n'admettant pas cette application de l'article 1384 du Code civil, on essayait d'attirer les services publics devant les tribunaux judiciaires. A l'égard des fonctionnaires pris personnellement, cette tactique a échoué en grande partie devant la distinction entre le fait de service et la faute personnelle, cette dernière seule pouvant entraîner le fonctionnaire public devant les tribunaux civils, et engager sa responsabilité pécuniaire (V. *suprà*, nos 126 et suiv.).

En ce qui concerne la responsabilité des services publics, les particuliers ont cherché longtemps, et par tous les moyens, à la mettre en jeu devant les tribunaux judiciaires. Ils nourrissaient, à l'égard de la juridiction administrative, une méfiance profonde, en partie justifiée par la timidité qu'elle a mise, au cours des deux premiers tiers du XIXe siècle, à reconnaître et à sanctionner la responsabilité de l'État. En ce qui concerne les services nationaux proprement dits, les efforts du public n'ont jamais obtenu que de très faibles succès. L'autorité administrative, maîtresse de la juridiction des conflits jusqu'en 1872, leur a opposé le décret de la Convention du 26 septembre 1793 et l'arrêté du Directoire du 2 germinal an 5, consacrant le principe que « toutes les créances sur l'État seront réglées administrativement ». Le Tribunal des conflits, reconstitué après la loi du 24 mai 1872, conçut à bon droit des doutes sur la portée de ces textes, mais n'en écarta pas moins la compétence judiciaire en cette matière, en se fondant sur les lois qui proclament le principe de la séparation des pouvoirs (Trib. confl. 25 janv. 1873 (trois arrêts), D. P. 73. 3. 17 ; 8 févr. 1873, D. P. 73. 3. 17 ; 17 janv. 1874, D. P. 75. 3. 2 ; 4 juil. 1874 (1re espèce), D. P. 75. 3. 68 ; 1er mai 1875, D. P. 76. 3. 50 ; 29 mai 1875, D. P. 76. 3. 45 ; 31 juil. 1875, *ibid.* ; 20 mai 1882, D. P. 83. 3. 115 ; 20 déc. 1884, D. P. 86. 3. 85 ; 15 févr. 1890, D. P. 91. 3. 71 ; 10 mai 1890, D. P. 91. 3. 108 ; 29 nov. 1890, D. P. 91. 3. 71 ; 10 mai 1890, D. P. 91. 3. 108 ; 29 nov. 1890, D. P.

92. 3. 47 ; Dalloz, *Rép. prat.*, v° *Compétence administr.*, n°s 386 et suiv.).

Vaincus sur ce point, les partisans de la théorie adverse s'efforcèrent de rétrécir le champ d'application de cette jurisprudence par une définition plus étroite des actes administratifs. Ils refusaient de considérer comme tels, et de ranger parmi les manifestations de la puissance publique, les actes de gestion accomplis en vue des services publics ; mais cette théorie, longtemps classique, n'a jamais pu produire de résultats pratiques, au point de vue de la compétence, qu'en matière départementale et communale, le Tribunal des conflits y ayant toujours résisté quant au contentieux de l'État. Sur le terrain législatif, toutefois, ces efforts n'ont pas été vains : la loi du 15 juillet 1845 a assujetti l'État exploitant de chemins de fer à la responsabilité du droit commun ; celle du 20 juillet 1899, en substituant la responsabilité civile de l'État à celle des membres de l'enseignement public, le laisse soumis aux tribunaux civils.

235. Assimilation à l'État des départements, communes et établissements publics, au point de vue des règles de la responsabilité. — Pendant longtemps la jurisprudence des tribunaux de l'ordre judiciaire a tenté de faire une distinction entre la responsabilité de l'État et celle des départements et des communes, et prétendu ne laisser à la juridiction administrative que la connaissance des litiges intéressant l'État (Aix, 24 févr. 1880, D. P. 80. 2. 243 ; Req. 16 mars 1881, D. P. 81. 1. 194 ; 10 juin 1884, D. P. 84. 1. 365 ; 3 nov. 1885, D. P. 86. 1. 397). Le Tribunal des conflits s'était autrefois rangé à cet avis (Trib. confl. 7 mars 1874, D. P. 74. 3. 53-54. Cf. Trib. confl. 21 nov. 1896, D. P. 98. 3. 15, qui adopte une sorte de solution mixte) ; mais cette distinction, toujours condamnée par le Conseil d'État (V. notamment Cons. d'Ét. 10 mars 1911, *Hédoin*, D. P. 1913. 3. 38-39) est aujourd'hui abandonnée par le Tribunal des conflits et par la Cour de cassation elle-même. Comme le dit fort bien M. Hau-

riou (*op. cit.*, p. 28) : « Les services rendus par les départements ou les communes ou les établissements publics relèvent d'organisations communautaires plus petites, mais qui sont du même ordre que la grande communauté nationale ». Lorsqu'il s'agit de la gestion et du fonctionnement des services publics, les rapports entre les départements ou communes et leurs agents sont de même nature que ceux de l'État avec ses propres fonctionnaires (V. sur cette évolution Berthélemy, *op. cit.*, p. 548 ; Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 5e édit., § 447, p. 394. — V. aussi Laferrière, t. 1, p. 686 ; J. Appleton, note précitée, D. P. 1920. 3. 2 et 3 ; Dalloz, *Rép. prat.*, v° *cit.*, nos 457 et suiv., 466 et suiv. En ce sens : Trib. confl. 29 févr. 1908, D. P. 1908. 3. 49 ; 11 avr. 1908, D. P. 1908. 3. 67 ; 6 juill. 1912, D. P. 1916. 3. 9 ; Civ. 26 févr. 1912, D. P. 1912. 1. 119). Déjà, avant ce dernier arrêt, sans donner une solution aussi absolue, la Cour de cassation avait admis la compétence administrative pour les actions en responsabilité dirigées contre les communes, à raison des fautes commises par les maires dans le service de la police (Civ. 3 avr. 1905 et 15 janv. 1906, D. P. 1909. 1. 91). Depuis, la chambre civile a jugé que les actions en responsabilité dirigées contre les établissements publics, relèvent aussi de la compétence administrative (Civ. 16 avr. 1923, *Boca*, *Gaz. Pal.* 1923. 2. 27. — V. aussi Bordeaux, 6 déc. 1909, D. P. 1912. 2. 337 et la note).

Le Conseil d'État, qui avait déjà réalisé une construction remarquable en matière de responsabilité de l'État, put ainsi maîtriser l'ensemble de la question et la traiter d'une façon plus générale et plus hardie. Ce n'est qu'au cours de l'année 1918 qu'il paraît lui avoir donné son développement décisif.

236. Cumul de la responsabilité du fonctionnaire et de celle de l'Administration. — L'une des premières difficultés que la juridiction administrative, reconstituée après 1872, avait eu à résoudre, consistait dans la ventilation à faire entre les cas où l'État devait être déclaré responsable des dommages causés

aux particuliers, et ceux où cette responsabilité retombait sur les fonctionnaires individuellement. Jusqu'à ces dernières années, pour le Conseil d'État, ces deux sortes de responsabilité ne se cumulaient pas, mais au contraire s'excluaient. Responsable des fautes de service (d'une façon d'ailleurs qui était loin d'être générale), l'État abandonnait ses fonctionnaires aux conséquences pécuniaires de leurs faits personnels (crimes, délits, dols, fautes lourdes), considérés comme détachables des actes administratifs accomplis par eux, et déclinait alors toute responsabilité (Hauriou, *op. cit.*, p. 379 ; Berthélemy, *op. cit.*, p. 79 ; Dalloz, *Suppl. au Rép.*, v° *Responsabilité*, n° 346).

Cette construction ingénieuse était incomplète et blessait parfois l'équité. Au point de vue des intérêts de la victime, il importe peu que la faute de l'agent soit lourde ou légère. Ce qui importe, c'est sa solvabilité, car ce qu'il faut avant tout, c'est que le dommage soit réparé ; or cet élément n'entrait nullement en ligne de compte dans la théorie jurisprudentielle, de sorte que l'État, en livrant une victime expiatoire dénuée de tout moyen de réparer le préjudice, échappait à toute responsabilité et perpétuait le dommage. D'autre part, est-il exact que la faute lourde d'un agent exempte le service de tout reproche? N'est-il pas beaucoup plus vrai de dire que la mauvaise organisation du service conditionne très généralement les défaillances individuelles ? Ne peut-on pas poser presque en règle absolue que le délit grave de l'agent eût pu être évité avec une plus stricte surveillance et une meilleure organisation?

Ces considérations n'ont pas tardé à frapper le Conseil d'État. En 1909, pour la première fois, on le voit mettre en doute l'irresponsabilité de l'État en cas de dommage causé à un particulier par la faute personnelle d'un fonctionnaire (Cons. d'Ét. 12 févr. 1909, D. P. 1910. 3. 111 ; 25 juin 1909, D. P. 1911. 5. 56). Cette tendance s'est accentuée en 1911, dans une espèce curieuse : un particulier qui s'était attardé au guichet de la poste à une heure voisine de la fermeture trouva la porte de sortie du public close par le rideau de fer prématuré-

ment abaissé. Ayant alors pénétré, pour trouver une issue, dans le local réservé au personnel, il fut repoussé par deux employés, avec tant de violence qu'il tomba et se fit une grave blessure. Les employés furent poursuivis et condamnés par le tribunal pour blessures par imprudence. La faute personnelle n'était donc pas niable. Cependant le Conseil d'État a reconnu que la responsabilité de l'Administration n'en était pas moins engagée et a alloué à la victime une indemnité de 20 000 francs. L'accident, dit l'arrêt, « doit être attribué, quelle que soit la responsabilité personnelle encourue par les agents auteurs de l'expulsion, au mauvais fonctionnement du service public (Cons. d'Ét. 3 févr. 1911, D. P. 1913. 3. 26. — Cf. Cons. d'Ét. 16 juill. 1914, *Babouet*, D. P. 1920. 3. 1 et suiv. ; les conclusions de M. Léon Blum à l'occasion d'un autre arrêt, D. P. 1918. 3. 11, col. 2 ; et Trib. confl. 2 mai 1914, *Ville du Creusot*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 531).

L'arrêt *Baudelet*, du 15 mars 1918 (D. P. 1920. 3. 1 et suiv., 5e espèce, et la note) mérite d'être particulièrement remarqué : un sous-officier avait rapporté des tranchées une grenade allemande et, revenu à l'arrière, l'avait imprudemment dévissée dans une maison où il était cantonné. La grenade avait explosé, causant de graves accidents de personnes. La responsabilité du sous-officier était certainement engagée ; mais l'arrêt décide que cette circonstance ne suffit pas à dégager l'État. « Quelle que puisse être la responsabilité personnelle du sous-officier qui a provoqué l'explosion, l'accident doit être regardé comme la conséquence d'une faute du service public » (V. conf. Cons. d'Ét. 14 nov. 1919, D. P. 1919, Chr., p. 44). Cet arrêt, comme celui du 26 juillet 1918 (D. P. 1918. 3. 9) en matière communale, accentue la jurisprudence antérieure et lui donne toute sa portée. Désormais, un particulier lésé par le mauvais fonctionnement d'un service public jouira d'une action en responsabilité contre l'Administration, sans que cette action exclue celle que la victime pourra intenter, en cas de fait personnel, contre le fonctionnaire responsable, et sans qu'elle soit

exclue par la circonstance que ce fonctionnaire aurait commis une faute lourde. La jurisprudence a renoncé à l'idée que la responsabilité de la puissance publique, même largement reconnue, peut paralyser le service. La responsabilité effective constitue au contraire un aiguillon, l'irresponsabilité un soporifique. On verra plus loin comment le Conseil d'État tient cependant compte du besoin de libre initiative qui doit être satisfait, et qui ne saurait l'être dans certains services s'ils ont à craindre des risques trop fréquents et trop graves.

La coexistence des deux actions appartenant ainsi à la victime du dommage fait naître une question subsidiaire. Il est évident que le particulier lésé ne peut toucher des deux mains. Pour éviter cette conséquence injuste, certains arrêts limitent la condamnation contre l'État à la garantie du recouvrement de l'indemnité mise à la charge du fonctionnaire coupable (Cons. d'Ét. 16 juill. 1914, 1re espèce, D. P. 1920. 3. 1 et suiv.), l'Administration ayant elle-même une action en sous-garantie contre le ou les tiers dont la responsabilité peut être plus directement engagée ; d'autres se sont bornés à accorder à l'Administration cette action récursoire (Cons. d'Ét. 23 juin 1916, D. P. 1916, Chron., p. 17). Le premier procédé peut prêter à la critique, les deux actions ayant des sources entièrement différentes (V., sur cette différence de nature, Cons. d'Ét. 22 mai 1912, D. P. 1915. 3. 3). L'arrêt du 26 juillet 1918 (D. P. 1918. 3. 9) a inauguré un procédé plus ingénieux : il subordonne le payement de l'indemnité due par l'Administration à la subrogation de celle-ci par la victime aux droits résultant des condamnations obtenues ou à obtenir des tribunaux judiciaires contre le fonctionnaire auteur personnel du dommage. Il y a un effort remarquable pour rendre effective la responsabilité pécuniaire des fonctionnaires envers l'Administration, responsabilité qui, jusqu'ici, ne pouvait presque jamais être mise en œuvre.

237. Cas dans lesquels la jurisprudence exclut toute responsabilité de l'Administration. — L'im-

portant travail de jurisprudence dont les arrêts ci-dessus rapportés forment le couronnement s'est exercé aussi en généralisant la responsabilité de la puissance publique à un autre point de vue. L'ancienne jurisprudence proclamait que la responsabilité de l'État « n'est ni générale ni absolue » ; elle l'excluait entièrement, sauf de rares exceptions, pour les actes confinant à la souveraineté. « La responsabilité, écrivait Laferrière en 1896 (t. 2, p. 185), est en raison inverse de la puissance dont l'Administration est investie ; elle est rarement engagée par les actes de puissance publique, plus souvent par les actes de gestion faits en vue des services publics, plus encore, et conformément aux règles du droit commun, par les actes faits par l'État dans l'intérêt de son domaine privé. » Cette citation montre bien que, jusqu'à la fin du XIX^e siècle, la jurisprudence n'avait pas réussi à englober dans une formule générale et claire les règles de la responsabilité de l'État. Depuis les derniers arrêts, la construction juridique s'est précisée ; la jurisprudence administrative a véritablement créé de toutes pièces, dans le domaine du droit public, la théorie de la responsabilité extra-contractuelle de l'État et a su lui donner des contours presque aussi nets que ceux dessinés à l'usage du droit privé par l'article 1382 du Code civil.

Les seuls actes qui forment maintenant exception dans la liste de ceux susceptibles d'engager la responsabilité de l'État sont les actes législatifs et parlementaires d'une part, et les actes de gouvernement d'autre part.

Pour les premiers, la règle reste très ferme : l'État n'est assujetti à aucune responsabilité pécuniaire à raison de l'usage qu'il a fait du pouvoir législatif (Cons. d'Ét. 29 avril 1921, *Soc. Edouard Premier et Charles Henry*, *Rec. Cons. d'Et.*, p. 424) ; il s'agissait, en l'espèce, du dommage causé aux industriels par la loi du 16 mars 1915, qui a supprimé la liqueur d'absinthe (V. dans le même sens Cons. d'Ét. 14 nov. 1923, *Chambres syndicale des marchands de reconnaissances du mont-de-piété*, *Gaz. Pal.* 1924. 1. 40. — Cf. *suprà*, n^os 152 et suiv.).

La responsabilité de l'État pourrait toutefois être indirectement engagée à l'occasion d'un acte législatif, si la loi avait porté atteinte à des droits réservés à un particulier par un contrat que celui-ci aurait passé avec l'État. Dans ce cas, une indemnité pourrait être due, non pas à raison de l'usage fait par l'État de son pouvoir législatif, mais par application d'une clause tacite du contrat, qui oblige les parties à tout ce que l'équité commande (art. 1135 C. civ.).

Pour les actes de gouvernement, la liste en devient de jour en jour moins longue. Si l'on met à part les actes intéressant les rapports du Gouvernement avec le Parlement, on ne trouve plus guère que les actes diplomatiques et les faits de guerre proprement dits, pour lesquels l'État soit soustrait à toute responsabilité ; encore existe-t-il dans la doctrine un fort courant pour faire rentrer dans la loi commune les actes diplomatiques ; et quant aux faits de guerre, le législateur intervient en fait pour accorder des indemnités toutes les fois qu'il y aurait injustice grave à ne pas en donner (V. les lois du 17 avr. 1919 et du 25 oct. 1919 sur les dommages de guerre).

Ces actes mis à part, on peut dire que la responsabilité de la puissance publique n'est plus jamais exclue à raison de la nature des actes accomplis par elle. Qu'il s'agisse de l'exécution des peines, des actes de police, des préparatifs de guerre, des simples actes de gestion publique ou privée, elle peut toujours être mise en mouvement ; mais plus la fonction de l'État sera haute, plus elle se rapprochera de la souveraineté, plus grave devra être la faute pour que la responsabilité soit engagée : la nature de l'acte d'où dérive le dommage n'aura d'intérêt qu'en vue de confronter cet acte avec l'échelle des fautes classées suivant l'ordre de gravité. Nous allons énoncer ci-dessous les règles que l'on peut poser.

238. Cas dans lesquels la responsabilité de l'État est engagée à raison des fautes du service. — 1° Pour que la responsabilité de l'État soit engagée

par un acte de quasi-souveraineté, comme ceux qui concourent à l'exécution des peines criminelles, il faudra établir « une faute manifeste et particulièrement grave » du service. Les arrêts *Sinaïs* et *Duchesne*, du 4 janvier 1918 (D. P. 1920. 3. 1 et suiv.), dégagent nettement ce principe. Il s'agit du cas de forçats évadés qui commettent un meurtre. L'État en est responsable envers les héritiers de la victime, s'il est prouvé que le service pénitentiaire n'a exercé aucune surveillance sur les localités où il savait que les évadés trouvaient un abri, des munitions et des armes, qu'il n'a pris aucune mesure contre les complices des évasions, qu'il a négligé de mettre en mouvement la gendarmerie. Il y a là, en effet, un ensemble de « fautes manifestes et particulièrement graves ». En dehors de ces fautes qualifiées, la responsabilité de la puissance publique n'est pas engagée. Dans un autre arrêt (11 mars 1921, *Selliès*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 292), une formule analogue se retrouve : il faut, dans ce domaine, pour engager la responsabilité de l'État, une « faute manifeste et de particulière gravité ».

2° Pour que la responsabilité de la puissance publique puisse être mise en jeu en matière d'actes de police il faut qu'on relève contre le service une « faute lourde », une « imprudence grave » (Cons. d'Ét. 20 juin 1919, *Vallet*, 8e espèce ; 1er août 1919, *Renaudie*, 11e espèce, D. P. 1920. 3. 1 et suiv.). Une faute quelconque ne suffit pas. Le service, en effet, a besoin de liberté. Le souci des responsabilités pécuniaires, de leurs répercussions sur le budget paralyserait les initiatives, surtout en matière de police municipale, si la plus légère erreur pouvait se traduire par des condamnations onéreuses. Un feu d'artifice est tiré, au nom de la commune, par un préposé de celle-ci. Une caisse d'artifices a été laissée ouverte, sans qu'on ait pris soin d'éloigner la foule ; une étincelle y tombe, une explosion se produit, un spectateur est blessé. La faute est grave, la responsabilité sera engagée. Au contraire, un entrepreneur de spectacles forains a éclairé l'extérieur de sa baraque avec des flambeaux au pétrole supportés par des piquets

fichés en terre ; un chien en courant renverse l'appareil ; le pétrole enflammé brûle un enfant, qui succombe. Sans doute, avec plus de vigilance de la part de la police municipale, l'accident eût pu être évité ; mais une négligence de cette nature, surtout dans une commune rurale, très modestement outillée en personnel, ne constitue pas une faute assez grave pour engager la responsabilité communale.

Ces considérations expliquent pourquoi la jurisprudence n'exige plus une faute aussi grave pour proclamer la responsabilité de l'Administration lorsqu'il s'agit de dommages causés par des troupes placées sous la surveillance et l'autorité d'officiers qui sont des agents de l'État. La puissance publique est ici mieux outillée, l'autorité peut plus aisément s'exercer ; une faute simple, et non une faute grave du service, sera alors suffisante pour que la responsabilité de l'État soit engagée (Cons. d'Ét. 13 mars 1925, *Clef*, D. H. 1925. 351).

Lorsqu'il s'agit des libertés publiques, dont il est très soucieux d'assurer le respect, le Conseil d'État se montre également plus facile pour reconnaître l'existence d'une faute suffisante à la charge de l'Administration : il a déclaré la responsabilité d'une commune engagée par l'acte d'un maire qui avait fait procéder à la saisie et à l'enlèvement de denrées avariées, alors que le danger n'était ni grave ni urgent (Cons. d'Ét. 18 janv. 1924, D. H. 1924. 170).

3° En matière d'actes de gestion proprement dits, la responsabilité de l'État et de ses succédanés est engagée par toute faute du service, de quelque gravité qu'elle soit. C'est le cas d'une voiture régimentaire non éclairée pendant la nuit, qui entre en collision avec une automobile. Dans l'arrêt *Blampin* (22 nov. 1918, D. P. 1920. 3. 1), le Conseil d'État a même reconnu l'Administration responsable à raison de ses retards. L'engagement volontaire d'un mineur dans la légion étrangère était certainement nul pour des raisons juridiques. L'Administration eût dû libérer le légionnaire, mais elle agit lentement, et avant que sa décision eût été notifiée à l'intéressé, celui-ci avait pris

part à un combat où il avait trouvé la mort. L'État a été déclaré civilement responsable envers la famille, à raison des lenteurs de ses services (V. une application du même principe dans Cons. d'Ét. 25 juin 1924, *Poirey*, D. H. 1924. 687). L'Administration est responsable de ses retards injustifiés.

C'est par application des mêmes principes que la juridiction administrative a reconnu l'État responsable d'un accident survenu à un élève d'une école pratique de commerce et d'industrie gérée par l'Administration, parce que celle-ci n'avait « pas veillé à l'exécution stricte par les élèves des prescriptions minutieuses imposées par les circulaires ministérielles et relatives à l'emploi obligatoire de lunettes pendant certains travaux » (Cons. d'Ét. 12 mai 1926, *Pailhé*).

4° Une mention à part doit être faite pour les actes de gestion accomplis par l'Administration, comme personne privée, sur son domaine privé. Dans ce cas la jurisprudence, exceptionnellement, applique les règles du Code civil, parce que l'État et ses succédanés se sont placés sur le terrain du droit civil et ont agi comme aurait pu le faire un particulier. Dès lors on leur appliquera, dans ce cas, à la fois le principe de la responsabilité du maître du fait des serviteurs et commis et celui de la responsabilité du fait des choses (C. civ., art. 1384). Il en sera ainsi, par exemple, dans le cas où des fautes auraient été commises par les agents de l'État, dans l'administration d'une succession en déshérence; dans le cas de la ruine d'un édifice dépendant du domaine privé de l'État, ruine provenant d'un vice de construction ou d'un défaut d'entretien (Trib. confl. 30 mars 1884, *Linas*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 436).

239. Cas où l'Administration est responsable pécuniairement de ses actes accomplis sans faute. — La responsabilité de l'Administration à raison des fautes du service ne suffit pas toujours pour satisfaire l'équité; elle peut, d'ailleurs, présenter parfois des inconvénients d'ordre général que nous aurons l'occasion de signaler plus loin. Aussi la loi et la jurisprudence

ont-elles admis de plus en plus largement que l'Administration pouvait, lorsque cela est équitable, être reconnue responsable pécuniairement de certains dommages, indépendamment de toute idée de faute. On fait intervenir alors les idées voisines soit d'enrichissement sans cause, soit de l'égalité des charges pour tous, soit du risque social. L'État et ses succédanés, gérant les services publics, seront parfois responsables de certains dommages causés par la marche de ces services en vertu d'une conception sociale qui rappelle celle du « risque professionnel » dans le droit privé.

La loi a consacré cette idée dans diverses hypothèses : 1° en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique. Là, l'État agit en vertu d'une prérogative légale ; il ne commet pas de faute en expropriant, mais il doit une indemnité (C. civ., art. 545; L. 3 mai 1841); 2° en matière de dommages causés par les travaux publics. Là encore on ne peut pas dire que l'État soit en faute dans tous les cas où il doit payer une indemnité. La mise en contre-bas d'une propriété riveraine d'une route n'est pas une faute : c'est la conséquence d'un plan conçu et exécuté dans l'intérêt général. L'État n'en devra pas moins indemniser le propriétaire (L. 28 pluviôse an 8, art. 4 ; L. 29 déc. 1892); 3° en matière de dommages causés par les attroupements et rassemblements. La recherche de la faute n'intervient ici que pour régler le partage de la responsabilité pécuniaire entre la commune et l'État ; elle n'a pas d'intérêt au point de vue du particulier qui a subi un dommage. L'Administration, ici encore, sera responsable, que le service de la police ait eu ou non une défaillance (L. 5 avr. 1884, art. 106 ; L. 16 avr. 1914. — V. *infrà*, n° 241); 4° en matière de dommages de guerre (L. 17 avr. 1919 ; L. 25 oct. 1919).

La jurisprudence du Conseil d'État s'est inspirée de ces précédents législatifs et a admis dans divers cas la responsabilité de l'Administration indépendamment de toute idée de faute. Il l'a fait, notamment, dans deux cas très intéressants :

1° Arrêt *Regnault-Desrosiers* (Cons. d'Ét. 28 mars

1919, D. P. 1920. 3. 1 et suiv., 7e espèce). Voici quel était le cas : une grande quantité de grenades avaient été accumulées dans les casemates d'un fort de la région parisienne. L'autorité militaire y procédait, en vue du ravitaillement des armées en munitions, à des manutentions fréquentes. Le dépôt sauta sans que la cause de l'explosion pût être établie. Des propriétés voisines furent détériorées et le Conseil d'État déclara l'État responsable de ces dégâts.

Ce qu'il y a de remarquable dans l'arrêt, c'est que l'idée de faute n'y intervient pas comme source de responsabilité ; il y est dit, au contraire, que « ces opérations comportaient des risques excédant les limites de ceux qui résultent normalement du voisinage, et que de tels risques étaient de nature, en cas d'accident survenu en dehors de tout fait de guerre, à engager, *indépendamment de toute faute*, la responsabilité de l'État ». Ainsi donc, à l'idée de la responsabilité pour faute se substitue ici celle de responsabilité à raison du risque créé.

Pourquoi cette nouveauté? Nous croyons apercevoir assez clairement les raisons qui ont décidé le Conseil d'État à faire appel à la théorie du risque créé. En droit civil, elle coexiste, en matière de responsabilité, avec la théorie des fautes; elle a donné lieu à maintes études sur la « responsabilité du fait des choses inanimées ». Sans doute la Cour de cassation, qui proclame très nettement cette responsabilité (Req. 22 janv. 1908, D. P. 1908. 1. 217 ; 25 mars 1908, D. P. 1909. 1. 73 ; 19 janv. 1914, D. P. 1914. 1. 303. — V. conf. Paris 4 déc. 1912, D. P. 1913. 2. 80, et la note) préfère l'expliquer par l'idée de faute présumée plutôt que par celle d'un risque nouveau créé ; et comme le résultat pratique est sensiblement le même dans les deux théories, il n'y a pas grand avantage en droit civil à pencher pour l'une plutôt que pour l'autre. La dernière, cependant, est défendue par plusieurs arrêts et par des auteurs éminents (V. conf. Josserand, *De la responsabilité des choses inanimées*; Lyon, 18 janv. 1907, D. P. 1909. 2. 45 ; Paris, 23 avr. 1902, D. P. 1909.

5. 54 ; Bourges, 15 janv. 1906, D. P. 1906. 2. 249 ; notes de M. Saleilles, D. P. 97. 1. 433 et de M. Josserand, D. P. 1900. 2. 289, 1904. 2. 257, 1905. 2. 417, 1906. 2. 249, 1908. 1. 217). En droit administratif, la théorie du risque créé était la seule qui permît d'aboutir, en l'espèce, à une solution équitable. Normalement, en dehors des événements pressants de la guerre, les circonstances à la suite desquelles l'explosion du dépôt de grenades est survenue eussent constitué une faute caractérisée : dépôt de matières dangereuses à proximité des habitations, manutentions multiples et rapides, installation sommaire, etc. Mais cette situation de fait, avec tous ses dangers pour le voisinage, cessait d'être fautive parce qu'en temps de guerre le loisir manque, les besoins sont pressants, les moyens limités. Fallait-il donc laisser sans recours les victimes de l'explosion? Notons que l'État, gérant d'un entrepôt de grenades, est ici dans une situation très analogue à celle d'un particulier propriétaire d'un dépôt de pétroles ou d'une usine d'explosifs. Toute proportion gardée, il ressemble au propriétaire de ce café sur la table duquel un siphon d'eau gazeuse fait explosion et blesse un consommateur ou un passant : dans ce dernier cas, le cafetier a été reconnu responsable, indépendamment de toute faute prouvée contre lui (Req. 19 janv. 1914, et Paris, 4 déc. 1912 précités). Pourquoi donc, dans de telles conditions, alors que la situation se rapproche beaucoup de celles que connaît le droit privé, ne pas faire appel à la théorie du risque créé pour obtenir un résultat équitable que la théorie des fautes ne pouvait procurer? Sans doute, il faut se méfier de l'équité. Pourtant le droit n'existe que pour la faire régner. Ce dont il faut se méfier, c'est de l'équité apparente qui refuse d'entrer dans le moule des règles juridiques ; elles sont là précisément pour mettre l'équité à l'épreuve et permettre de distinguer la fausse de la vraie. Une idée d'équité qui ne s'adapte pas à une théorie juridique courante doit être rejetée, car il est probable qu'elle tient plus de la fantaisie ou de la passion que de la justice ; mais lorsque l'équité

s'accorde aisément avec une théorie de droit, pourquoi la repousser sous le prétexte qu'elle s'accommode mal des théories concurrentes? En l'espèce, la théorie du risque créé donnait une large satisfaction à l'équité ; et puisqu'elle coexiste assez paisiblement, en droit civil, avec la théorie des fautes, pourquoi l'exclure en droit administratif? Nous trouvons, au contraire, qu'elle complète assez heureusement le tableau.

2° Arrêt *Couitéas* (Cons. d'Ét. 30 nov. 1923, D. P. 1923. 3. 59, et les conclusions de M. Rivet). Il s'agissait de la réparation du préjudice causé à un particulier, en Tunisie, par le refus persistant et prolongé opposé par le Gouvernement français à la demande qui lui était faite de prêter main-forte pour l'exécution de décisions judiciaires qui autorisaient ce particulier à faire expulser de sa propriété des indigènes qui l'occupaient sans titre. Ce refus s'expliquait par la crainte des troubles que pouvait provoquer l'expulsion. Dans ces conditions, le Conseil d'État n'a pas admis que l'État français fût en faute de n'avoir pas prêté son concours au bénéficiaire des jugements, mais il lui a accordé une indemnité, estimant qu'il n'était pas juste que le demandeur souffrît seul d'une dérogation au droit imposée dans l'intérêt général par les circonstances. Les motifs de l'arrêt sont intéressants à reproduire :

Considérant qu'en prenant, pour les motifs et dans les circonstances ci-dessus rappelées, la décision dont se plaint le sieur Couitéas, le dit Gouvernement n'a fait qu'user des pouvoirs qui lui sont conférés, en vue du maintien de l'ordre et de la sécurité publique dans un pays de protectorat ; — Mais considérant que le justiciable nanti d'une sentence judiciaire dûment revêtue de la formule exécutoire est en droit de compter sur l'appui de la force publique pour assurer l'exécution du titre qui lui a été ainsi délivré ; que si, comme il a été dit ci-dessus, le Gouvernement a le devoir d'apprécier les conditions de cette exécution et le droit de refuser le concours de la force armée, tant qu'il estime qu'il y a danger pour l'ordre et la sécurité, le préjudice qui peut résulter de ce refus ne saurait, s'il excède une certaine durée, être regardé comme une charge incombant normalement à l'intéressé et qu'il appartient au juge de déterminer la limite à partir de laquelle il doit être supporté par la collectivité.

240. La responsabilité de l'État en matière de transports et de circulation automobiles. — Le Conseil d'État a été amené à plusieurs reprises à allouer des indemnités à des personnes victimes d'accidents causés par des voitures appartenant à l'État et circulant en vue d'un service public, telles que les automobiles militaires.

Il n'a jamais mis en doute, dans ce cas, que la responsabilité de l'État pût être engagée par la faute du conducteur à son service (Cons. d'Ét. 25 juill. 1919, D. P. 1920. 3. 7 ; 24 nov. 1922, *consorts Labrioux, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 872 ; 23 janv. 1924, *Cie La Providence*, D. H. 1924. 172) ; de plus, il a été amené à créer une présomption de faute à l'égard du conducteur et du service et à reconnaître l'État responsable, si la présomption n'est pas détruite par la preuve faite que l'accident est dû soit à une cause étrangère, soit à un cas fortuit ou de force majeure (Cons. d'Ét. 22 déc. 1924, *Soc. d'assurances mutuelles « Les Travailleurs français »*, D. P. 1925. 3. 9 et la note). Il est intéressant d'examiner dans le détail cette jurisprudence.

D'abord, il est assez curieux de noter qu'elle place les agents de l'État, en matière d'accidents d'automobiles, sous le coup d'une loi très stricte. A la différence des fonctionnaires publics proprement dits, qui ne seront responsables qu'au cas où leur faute sera assez lourde et assez distincte des actes administratifs accomplis pour constituer un fait personnel, et non une simple faute de service qui n'engagerait pas leur responsabilité, le modeste agent qui conduit une automobile de l'État sera présumé en faute par le seul fait de l'accident, ce qui exclut évidemment toute recherche quant à la gravité de la faute ; d'autant que le Conseil d'État limite à deux les causes d'exonération : cas fortuit ou de force majeure et cause étrangère. C'est là un exemple assez frappant de la tendance qu'a la jurisprudence administrative à modeler ses solutions sur celles du droit privé, lorsque le service public s'est placé, pour l'accomplissement de sa tâche, dans des conditions analogues à celles d'un particulier, lorsqu'il a,

pour remplir son rôle, usé des procédés du droit privé. N'y aurait-il pas cependant quelques réserves à faire pour le cas où le conducteur de l'automobile d'État ne serait pas un salarié ordinaire, mais un militaire lié au service par application de la loi sur le recrutement, exécutant gratuitement un service commandé et non une tâche volontairement acceptée contre rémunération ?

Le Conseil d'État ne paraît pas avoir envisagé ce point de vue. N'eût-il pas été mieux inspiré, en passant sous silence la faute de l'agent et en n'envisageant que la *faute du service*, comme il l'a fait dans bien d'autres arrêts (V. Cons. d'Ét. 4 janv. 1918, D. P. 1920. 3. 6 ; 15 mars 1918, *ibid.* ; 22 nov. 1918, *ibid.* ; 18 juill. 1919, D. P. 1920. 3. 7)?

Un second point mérite d'être signalé : le Conseil d'État, dans l'arrêt du 22 décembre 1924, admet comme allant de soi que la faute présumée du conducteur de l'automobile engage la responsabilité de l'Administration. Si nous étions dans le domaine du droit privé, cette solution s'imposerait avec évidence, en vertu de l'article 1384 du Code civil lui-même, le commettant étant responsable de son préposé. Mais les rapports juridiques qui unissent l'État à ses agents ne sont pas de même nature que le lien de droit qui existe entre un patron et son employé ; et si l'on en peut douter lorsque l'agent de l'État remplit, moyennant salaire, une tâche identique à celle des commis ou serviteurs du droit privé, la différence éclate, au contraire, lorsqu'il s'agit, par exemple, d'un militaire appelé sous les drapeaux et exécutant un service commandé. Pourtant, même dans ce cas, le Conseil d'État a toujours reconnu l'État responsable des fautes dommageables de l'automobiliste, exactement comme si ce dernier était un préposé ordinaire (Cons. d'Ét. 25 juill. 1919, 24 nov. 1922 et 23 janv. 1924, précités ; 26 janv. 1906, D. P. 1907. 3. 93).

Cette particularité souligne une fois de plus la tendance de la jurisprudence administrative à appliquer à l'État les principes du droit privé, lorsque la nature de l'opération, les procédés employés pour la mener à

bien, sont de même ordre que ceux des entreprises privées : l'opération de roulage accomplie par l'État au moyen de voitures automobiles est de même ordre, par les moyens mis en œuvre, que celles auxquelles se livre un simple camionneur. Celui-ci est responsable des fautes de son personnel de conducteurs. Pourquoi l'État ne le serait-il pas du sien?

Une autre remarque peut être faite : le Conseil d'État n'a pas voulu faire jouer ici la théorie du risque créé, comme il l'a fait en d'autres circonstances, par exemple dans l'affaire de l'explosion du fort de la Double-Couronne (Cons. d'Ét. 28 mars 1919, D. P. 1920. 3. 6, et la note p. 4, col. 2). Il reste dans le domaine de la responsabilité des fautes et se borne à faciliter, au moyen d'une présomption, la preuve du demandeur. Ce n'est point parce que l'État aurait fait naître un risque nouveau et anormal que la responsabilité du service est engagée ici ; c'est à raison de la faute présumée de son préposé.

Cette conception est, d'ailleurs, très juste : dans l'affaire de la Double-Couronne, le risque nouveau était né du fait de l'État, dont les services avaient accumulé dans les casemates du fort de grandes quantités de grenades, tandis qu'au contraire l'État, envisagé comme propriétaire de voitures automobiles, ne peut pas être considéré comme l'auteur véritable et unique des dangers nouveaux et anormaux que la nature et la diffusion de ce mode de transport imposent au public. Aussi ces dangers n'influent-ils pas sur la responsabilité même de l'État, qui reste conditionnée par les mêmes éléments qu'autrefois ; ils n'influent que sur la preuve à faire, rendue plus facile à raison des circonstances du moment ; « à l'heure actuelle », prend soin de dire le Conseil d'État, pour ne pas fermer la voie à toute évolution ultérieure.

En se rangeant sous la théorie de la responsabilité des fautes, simplement nuancée par une présomption légale, le Conseil d'État a, par cela même, exclu la responsabilité des cas fortuits, dont il prend soin de décharger l'État. En effet, comme la responsabilité

repose sur une faute, elle disparaît toutes les fois qu'il est démontré que la faute du conducteur n'est pas, en fait, la cause de l'accident. Il n'en eût pas été de même si le Conseil d'État eût fait appel à la théorie du risque créé : le service public eût dû, dans ce cas, réparer même les dommages provenant d'un cas fortuit, du moment qu'ils sont les conséquences d'un risque créé.

Enfin, il faut remarquer encore que la présomption de faute n'est admise ici par le Conseil d'État qu'à raison des dangers de la circulation, vu « les conditions particulièrement dangereuses de la circulation automobile à l'heure actuelle. » C'est donc par le danger que présente l'usage de la chose, que la juridiction administrative justifie la création de la présomption légale ; elle ne s'applique qu'aux choses dangereuses, soit par elles-mêmes, soit par l'usage qui en est fait. Cela limite d'une façon intéressante l'application de la présomption (Cf. G. Ripert, note sous Civ. 29 juill. 1924, D. P. 1925. 1. 5).

Mais le principal intérêt de l'arrêt du Conseil d'État du 22 décembre 1924 n'est pas là : il est dans le caractère prétorien de la décision, caractère que ses termes mêmes mettent en relief.

Lorsque la Cour de cassation, dans son arrêt précité du 29 juillet 1924, a voulu faire jouer, en matière de circulation automobile, dans des circonstances d'ailleurs assez particulières, l'idée de faute présumée, elle a cherché, cru trouver et cité un texte de loi justifiant, d'après elle, cette théorie du droit : c'est sa méthode ; lorsqu'elle sent la nécessité d'une évolution de jurisprudence imposée par les faits, elle en cherche la justification, au moins apparente, dans la loi ; elle veut voir là (ou elle feint d'y voir) la solution cherchée. C'est ainsi qu'elle opère dans l'arrêt du 29 juillet 1924 : « Vu l'article 1384, alinéa 1, du Code civil ; — Attendu que la présomption de faute *établie par cet article* à l'encontre de celui qui a sous sa garde la chose inanimée qui a causé un dommage... ». Pour la Cour de cassation, il faut un texte... ou un prétexte. L'article 1384 n'emploie pas un autre langage que les deux articles

précédents, lesquels cependant, au dire de la jurisprudence, ne créent aucune présomption. Comment peut-on en voir une dans l'article 1384, qui ne prononce pas le mot, n'emploie aucun terme analogue, et n'indique, par aucun détail de son texte, qu'il veuille déroger aux règles générales des preuves établies dans l'article 1315 ?

Le Conseil d'État dédaigne cette subtilité ou cette fiction. S'il n'a pas de texte, il s'en passe, et le dit bien haut. A ses yeux, si la preuve doit être facilitée, c'est à raison des dangers actuels de la circulation automobile. Cela lui suffit.

La haute juridiction administrative, à laquelle on a pu reprocher parfois une certaine *imperatoria brevitas*, qui donne à plusieurs de ses arrêts un caractère un peu sybillin et voile parfois la pensée qui les inspire, n'a pas craint, cette fois-ci, de livrer son secret. Quand la loi ne s'est pas prononcée, elle crée le droit ; elle le crée parce que le monde ne peut pas rester sans loi ; elle le crée aussi parce que, faisant partie de l'Administration, elle exerce virtuellement, dans les choses qui intéressent l'État, une sorte de pouvoir réglementaire ; elle participe tacitement, pour ainsi dire, au pouvoir réglementaire du chef de l'État.

Cette haute juridiction crée le droit en combinant les règles fondamentales qui assurent et dominent le fonctionnement des services publics, et les règles d'équité qui doivent présider aux rapports des administrations publiques avec les administrés. Libérée des entraves des textes du droit privé, qui en général ne s'appliquent pas aux situations juridiques du droit public, elle fait cependant aux particuliers toutes les concessions d'équité compatibles avec la bonne marche du service ; elle peut même les pousser plus loin que ne le ferait une loi civile, préoccupée d'assurer le respect simultané de deux droits concurrents, de trancher des litiges entre particuliers qui ne veulent pas se faire de concessions. Issue de l'Administration, elle peut, en effet, quand l'équité l'exige, faire abandon de certaines prérogatives du pouvoir, concéder aux particuliers des droits, leur allouer des indemnités dont on chercherait vainement la source

dans un texte de loi précis et formel. Dans l'œuvre qu'il accomplit ainsi, le Conseil d'État semble se souvenir de ses origines. Lorsqu'il fut fondé, en l'an 8, il participait constitutionnellement à l'exercice du pouvoir législatif. Il ne s'en est jamais laissé complètement exclure en fait, de sorte qu'aujourd'hui non seulement il complète l'œuvre de la loi, en atténue ou en renforce les contours, mais encore, en cas de carence du législateur, il la constate et crée le droit.

241. Responsabilité des communes et de l'État à raison des dommages causés par les troubles collectifs. — (V. Hauriou, *Précis*, 10e édit., p. 389 ; Berthélemy, *Traité élém.*, 10e édit., p. 550 ; Dalloz, *Rép. prat.*, v° *Commune*, nos 3769 et suiv.). La loi du 5 avril 1884, dans ses articles 106 à 108, aujourd'hui amendés par la loi du 16 avril 1914, a prévu un cas spécial de responsabilité des communes : celles-ci sont responsables des dommages causés par les attroupements et rassemblements sur leur territoire. La loi de 1914 a organisé la participation de l'État à cette responsabilité.

Ces dispositions sont trop connues pour être longuement exposées et commentées. Ce qu'il y a lieu de mettre en relief avant tout, c'est l'évolution des idées qui servent de base à cette responsabilité. Au début, sous l'empire de la loi du 10 vendémiaire an 4, qui l'a instituée, et de la loi du 5 avril 1884, qui l'a maintenue, la responsabilité des communes était fondée sur l'idée de *faute présumée du service de police*. C'est pourquoi cette responsabilité était écartée lorsque la municipalité prouvait qu'elle avait pris toutes les mesures nécessaires pour prévenir ou réprimer les troubles et lorsqu'elle n'avait pas la disposition de la force armée. Dans ces deux cas, en effet, la présomption de faute tombait.

Aujourd'hui la responsabilité de l'Administration, dans ce cas, repose plus sur l'idée de solidarité nationale que sur l'idée de faute. L'article 108 nouveau de la loi du 5 avril 1884, modifié par celle du 16 avril

1914, exprime nettement cette idée en fondant la participation de l'État à la réparation des dommages sur le « risque social ». C'est pourquoi les communes demeureront responsables du dommage, même si elles ont pris toutes les précautions nécessaires pour l'éviter, même si elles n'ont pas la disposition de la force armée. Ces deux circonstances ne produisent plus qu'un seul effet : porter de 50 à 80 pour 100 la contribution pécuniaire de l'État à la réparation des dommages.

Bien entendu, la responsabilité de l'Administration est exclue lorsque les dommages proviennent de faits de guerre. C'est là une application de la théorie des actes de gouvernement.

Sans insister davantage sur ces notions connues, donnons quelques détails sur la compétence en cette matière.

Bien qu'il s'agisse ici de mettre en jeu la responsabilité de la puissance publique, ce sont les tribunaux judiciaires qui sont compétents pour connaître de l'action en réparation du dommage ; et cela non seulement lorsque cette action est dirigée contre la commune, mais aussi quand elle est intentée contre l'État (Cons. d'Ét. 10 juill. 1914, *Soc. immobilière de l'Epicerie française*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 872).

Mais il faut pour cela que les faits sur lesquels se fonde l'action entrent très exactement dans le cadre de ceux prévus par l'article 106 de la loi du 5 avril 1884, c'est-à-dire que le dommage soit aux personnes, soit aux propriétés, provienne de crimes ou délits commis à force ouverte ou par violence, par des attroupements ou rassemblements armés ou non armés. Les dommages accomplis par des malfaiteurs isolés, ceux provenant d'accidents non intentionnels, ne pourraient engager la responsabilité des communes que si on relevait, comme fait générateur du dommage, une faute grave des services de police; et, dans ce cas, la juridiction administrative serait seule compétente pour connaître de l'action.

L'article 109 nouveau de la loi du 5 avril 1884 réserve à l'État et aux communes, déclarés responsables,

un recours contre les auteurs ou les complices du désordre. Nous estimons qu'ils auraient aussi un recours contre le maire, au cas où l'insuffisance des mesures de police, provenant d'une faute lourde ou d'un dol de celui-ci, constituerait un fait personnel.

242. Résumé de la théorie de la responsabilité extra-contractuelle de l'État. — Cherchons maintenant à condenser en quelques articles les principes de compétence et de fond qui régissent la responsabilité de la puissance publique d'après la jurisprudence actuelle :

1° A défaut de texte de loi contraire, l'État, les départements, les communes et les établissements publics ne sont responsables que devant les tribunaux administratifs des dommages causés par le fonctionnement des services publics.

2° Les fonctionnaires et agents administratifs sont responsables devant l'autorité judiciaire de leurs faits personnels constituant des fautes lourdes assimilables au dol.

3° L'État n'est pas responsable des dommages causés en matière législative, parlementaire, diplomatique et par les faits de guerre proprement dits.

4° L'État n'est responsable des dommages causés par les actes d'administration confinant à ses pouvoirs souverains, tels que l'exécution des peines, que s'ils résultent d'une faute manifeste et particulièrement grave du service.

5° La puissance publique est responsable des dommages causés par les actes de police ou les négligences de la police, lorsque ces actes ou négligences constituent des imprudences graves ou des fautes lourdes.

6° Les administrations sont responsables des dommages causés par la faute de leurs services, au cours de leur gestion publique ou privée.

7° La responsabilité personnelle des fonctionnaires n'exclut pas celle de l'Administration ; mais les particuliers lésés ne peuvent cumuler deux indemnités, l'une du fonctionnaire responsable, l'autre de l'Admi-

nistration. S'ils touchent de celle-ci une indemnité, ils doivent la subroger à leurs droits contre les autres personnes responsables du dommage.

8° L'Administration est responsable devant les conseils de préfecture des dommages et accidents de personnes causés par l'exécution des travaux publics, qu'ils soient ou non dus à une faute du service ou de ses préposés.

9° L'Administration est encore responsable des dommages causés sans faute à des particuliers, dans la gestion des services publics, lorsque la solidarité nationale exige, en équité, que le risque soit supporté par l'ensemble des citoyens.

10° Les départements, communes, établissements publics et colonies, sont soumis aux mêmes règles de responsabilité que l'État.

SECTION III

LES DIFFÉRENDS D'ORDRE PÉCUNIAIRE ENTRE L'ADMINISTRATION ET SES FONCTIONNAIRES OU PENSIONNÉS

243. Nature des rapports entre l'Administration et ses fonctionnaires. — Les fonctionnaires publics sont, au regard de l'État et de ses succédanés, dans une situation d'ordre légal et réglementaire, et non d'ordre contractuel.

Il faut d'abord écarter ici l'idée que les relations entre l'Administration et ses agents sont réglées par les principes des contrats du droit privé. Le fonctionnaire n'est lié à l'État ni par un louage de services, ni par un mandat. Les procédés du droit privé ne sont pas de mise ici : le droit privé règle les droits et obligations des citoyens dans leurs rapports entre eux. En matière d'organisation des services publics, il n'est plus question de droits, mais de fonctions. L'État organise ses services, non en vertu d'un droit dont il serait le sujet, mais en vertu de sa fonction propre. Les agents de l'État sont moins les représentants juridiques de

l'État-personne que les organes de l'État-puissance. L'organisation et le fonctionnement des services publics relève de la loi et des règlements, non du contrat. Les rapports juridiques entre l'État et ses agents sont donc de nature légale et réglementaire. Toute autre conception entraverait le fonctionnement des services publics : si ces rapports étaient d'ordre contractuel, il serait impossible de modifier les conditions dans lesquelles fonctionnent les agents, sans faire avec eux un nouveau contrat. Or, il est de l'essence des services publics de pouvoir être modifiés et transformés à tout instant, suivant les besoins du moment. Pour cela, il faut que le régime des fonctions publiques soit d'ordre légal et réglementaire, organisé unilatéralement (V. Laferrière, t. 2, p. 193 ; Berthélemey, *Traité élém.*, 10e édit., p. 46 et suiv.).

Ce caractère doit être reconnu aux rapports entre l'État et les fonctionnaires, quelle que soit la nature des actes que ceux-ci sont appelés à accomplir. Il n'y a pas lieu de distinguer, comme on l'avait proposé, entre les « fonctionnaires d'autorité » et les « fonctionnaires de gestion » : il suffit, pour que les principes ci-dessus s'appliquent, que ces agents soient appelés à collaborer à un service public (Trib. confl. 22 avr. 1910, *Bausillon*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 322).

La jurisprudence a tiré du caractère légal et réglementaire de la situation des fonctionnaires des conséquences importantes, notamment les suivantes : 1° Les droits et avantages résultant, pour les fonctionnaires, d'une réglementation de la fonction sont subordonnés au maintien de cette réglementation, et ils ne sauraient en aucun cas faire obstacle au droit de l'Administration de procéder à une réorganisation des services (Cons. d'Ét. 11 juin 1909, *Association amicale des médecins des asiles publics d'aliénés*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 576 ; 27 juin 1913, *Cornus*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 764). 2° En conséquence, l'émolument attaché à une fonction par un décret peut être valablement modifié par un décret ultérieur (Cons. d'Ét. 28 oct. 1921, *Girod*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 892). 3° Les accords entre l'Administration et un fonctionnaire, par lesquels il serait dérogé à la

situation légale et réglementaire, ne peuvent produire aucun effet juridique (Cons. d'Ét. 19 nov. 1924, *Quilichini*, D. H. 1925. 46).

244. Nature des rapports entre l'Administration et ses pensionnés. — On pourrait penser que ces rapports sont d'une nature différente de ceux qui existent entre l'État et ses fonctionnaires. En réalité, on sent bien que l'obligation de l'État envers ses pensionnés est d'une nature plus stricte : les pensions sont inscrites au grand livre de la dette publique; elles sont intangibles comme les autres parties de la dette inscrite. Mais il ne s'ensuit pas que la dette de pension ait pour source un contrat. C'est plutôt une obligation imposée à l'État par la loi.

Sans doute l'État a pour but, en promettant à ses fonctionnaires des pensions de retraite ou d'invalidité, d'attirer à lui les sujets d'élite et de les retenir dans les cadres ; mais ceux-ci n'ont aucun droit ferme aux avantages que la loi avait prévus et organisés au moment où ils sont entrés en fonctions ; ils ne pourraient pas prétendre, par exemple, bénéficier des tarifs plus avantageux existant à cette époque, alors que, dans l'intervalle, ces tarifs ont été modifiés par les lois ou règlements. On décidait même autrefois que, lorsqu'ils quittaient le service pour une raison ou pour une autre sans avoir droit à pension, ils ne pouvaient prétendre au remboursement des retenues opérées sur leur traitement en vue d'une participation aux charges de pensions assumées par l'État. Aujourd'hui cette conséquence trop rigoureuse des principes a été amendée par la loi du 14 avril 1924 (art. 17, 44 et 58), qui admet le droit à remboursement.

Mais le caractère légal et non contractuel de l'allocation des pensions aux fonctionnaires et employés apparaît clairement dans ce fait, que le versement des retenues ne donne aucun droit à pension s'il a été opéré en dehors des conditions légales (L. 14 avr. 1924, art. 7). L'État ne pourrait donc pas, au moyen d'une convention avec ses agents, modifier le régime légal des pensions.

245. Contentieux des soldes et traitements. — La solde des officiers et hommes de troupe, le traitement des fonctionnaires font partie des dettes de l'État. Cette dette est intimement liée au fonctionnement des services publics. La liquidation et l'ordonnancement s'en opèrent chaque mois, au vu des *états* de solde ou de traitements établis, dans chaque service, par l'agent compétent.

Le contentieux qui peut naître au sujet des soldes et traitements relève de la juridiction administrative. C'est un contentieux de pleine juridiction, en ce sens que le Conseil d'État est compétent, en cas de contestation, pour reconnaître la dette de l'État et pour en fixer le chiffre. Ce contentieux suit les règles générales des recours au Conseil d'État ; par suite il n'est pas dispensé du ministère d'avocat, non plus que des frais de timbre et d'enregistrement. Il en résulte que bien des contestations devraient être abandonnées comme portant sur des sommes trop peu élevées pour justifier les frais à engager, si le Conseil d'État n'avait admis les intéressés à détacher du contentieux de pleine juridiction la question de légalité de la décision qui leur fait grief, et de présenter leur réclamation sous forme de recours pour excès de pouvoir contre cette décision (V. *infrà*, n° 322). Les fonctionnaires peuvent ainsi éviter les frais d'avocat et faire enregistrer leur pourvoi en débet.

Le Conseil d'État jouit d'un vaste pouvoir d'appréciation, en droit et en fait, sur les actes qui lui sont déférés en cette matière. Sans doute il ne peut se faire juge de l'opportunité d'une mesure prise à l'égard d'un fonctionnaire dans les limites de la loi, car la juridiction administrative ne peut empiéter sur le domaine de l'Administration active; mais le Conseil d'État, saisi par un officier ou un fonctionnaire d'un recours contre une décision qui lui refuserait le payement total ou partiel de sa solde, ou qui prétendrait lui imposer une retenue de traitement à raison de sa position de congé, de disponibilité, de réforme, de captivité, ou pour débet envers l'État, ou par mesure disciplinaire,

ou pour toute autre cause, aurait le droit et le devoir de vérifier les faits, d'examiner si la position légale du demandeur est bien celle définie dans la décision attaquée, si les faits disciplinaires invoqués existent bien (Laferrière, t. 2, p. 198-199). Malgré l'avis contraire de Laferrière (t. 2, p. 199), nous pensons que le Conseil d'État, au cours de son examen, pourrait même constater l'illégalité de la décision rendue et en tirer les conséquences légales. C'est ainsi que, si une retenue avait été imposée à un fonctionnaire dans un cas où la loi ne l'autorise pas, le Conseil d'État aurait qualité pour constater l'illégalité et pour ordonner, en conséquence, le payement au fonctionnaire de la somme indûment retenue : le Conseil d'État eût été très certainement compétent pour annuler l'acte illégal s'il eût été saisi d'un recours pour excès de pouvoir contre cette décision ; il doit être compétent pour constater la nullité, lorsqu'elle forme la base ou l'une des bases d'un recours de pleine juridiction régulièrement porté devant lui.

Le Conseil d'État est également compétent pour statuer sur les difficultés relatives au cumul du traitement soit avec un autre traitement, soit avec une pension, soit même avec une indemnité parlementaire. Sans doute cette indemnité ne peut être discutée par la voie contentieuse : elle échappe au contentieux administratif à cause du caractère parlementaire de l'institution. Mais, en cas de cumul, ce n'est pas l'indemnité parlementaire qui est en cause, c'est la pension ou le traitement que l'intéressé prétend cumuler avec elle.

Les réclamations en matière de soldes et traitements sont portées devant le Conseil d'État après décision du ministre, suivant les règles générales.

Pour les fonctionnaires départementaux et communaux, les règles sont les mêmes : la compétence administrative est admise depuis de longues années par le Conseil d'État en ce qui concerne les litiges s'élevant entre eux et l'Administration (Dalloz, *Rép. prat.*, v° *Commune*, n^os^ 2007 et suiv.).

246. Responsabilité de l'Administration envers ses fonctionnaires, à raison des révocations et autres mesures disciplinaires illégales ou injustes. — L'Administration peut, en principe, et sauf dispositions contraires des lois et règlements, suspendre ou révoquer librement un fonctionnaire, sans indemnité. Cependant, il est évident que si la révocation était prononcée illégalement (par exemple en dehors des formes requises, sans communication préalable de son dossier au fonctionnaire visé, ou en violation du statut du service), elle devrait être annulée pour excès de pouvoir par le Conseil d'État (V. *infrà*, nos 332 et 340).

De plus, la jurisprudence admet aujourd'hui, après de longues hésitations, que cette révocation peut donner lieu à indemnité si elle cause au fonctionnaire un préjudice anormal et injuste. Admis d'abord en faveur des fonctionnaires départementaux et communaux (Cons. d'Ét. 11 déc. 1903, *Villenave*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 768 ; 15 févr. 1907, *Lacourte*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 156), ce principe a fini par être appliqué aussi aux fonctionnaires de l'État (Cons. d'Ét. 25 nov. 1910, *Demeulemeester*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 828 ; 28 juill. 1911, *Guéland*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 926).

En ce qui concerne les *révocations illégales*, l'annulation pour excès de pouvoir de la révocation rétablit le fonctionnaire *ipso facto* dans tous les droits qu'il tient de son titre de nomination (traitement et autres avantages), depuis la date où il en a été illégalement privé jusqu'au jour où sa situation se trouvera régularisée soit par sa réintégration, soit par sa sortie régulière des cadres de l'Administration (Cons. d'Ét. 9 juin 1899, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 420 ; 8 juill. 1910, D. P. 1912. 3. 59). Toutefois, sans que cette distinction paraisse bien justifiée, le Conseil d'État applique ce principe avec moins de largeur aux fonctionnaires qui ne jouissent pas d'un statut organisé par la loi ou les règlements, qu'aux fonctionnaires qui en ont un. Pour les premiers, il paraît se réserver la faculté de liquider en leur faveur une indemnité qui ne sera pas nécessairement égale au

traitement dont ils ont été illégalement privés (Cons. d'Ét. 15 mars 1914, D. P. 1914. 3. 57).

D'autre part, le Conseil d'État se reconnaît le droit de réduire l'indemnité résultant du rappel de solde ou de traitement, s'il est établi que le fonctionnaire, bien que révoqué illégalement, a provoqué la mesure par des fautes commises dans le service (Cons. d'Ét. 15 nov. 1912 et 15 mars 1914, D. P. 1914. 3. 57).

Quant à la révocation *légalement prononcée*, elle ne donne pas lieu à indemnité lorsqu'elle est justifiée par des fautes commises par le fonctionnaire dans le service (Cons. d'Ét. 19 mars et 20 nov. 1910, D. P. 1912. 3. 60), sauf si le congédiement a été brusque et la faute légère : dans ce cas l'indemnité sera due, mais elle sera plus faible (Cons. d'Ét. 24 juin 1910, D. P. 1912. 3. 59 ; 16 févr. 1912, *Arnaud, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 81).

Au contraire, la révocation, même légalement prononcée, donne lieu à indemnité lorsqu'elle est motivée par des circonstances étrangères au service (par exemple, un changement de personnel, pour des raisons politiques, dans une commune, à la suite d'élections municipales).

L'importance de l'indemnité variera suivant la gravité du préjudice causé, suivant que la révocation aura été brusque ou non, suivant que l'employé a eu ou non de longs services, etc. (Cons. d'Ét. 15 févr. 1907, *Lecourte, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 156 ; 9 et 30 déc. 1910, D. P. 1912. 3. 59 ; 16 juin 1911, *Dijon, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 725 ; 12 janv. 1912, *Létard, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 39 ; — en matière départementale, Cons. d'Ét. 28 juill. 1911, D. P. 1913. 3. 124).

Lorsque l'Administration, à la suite du licenciement d'un fonctionnaire, a accordé à celui-ci une indemnité, le Conseil d'État se reconnaît même le pouvoir de rechercher si elle est suffisante et de l'augmenter, le cas échéant (Cons. d'Ét. 14 mai 1926, *Kherlahian*, D. H. 1926. 352).

247. Du contentieux des pensions. Esprit général de la législation. — (V. Laferrière, t. 2, p. 202 et suiv.;

Berthélemy, *Traité élém.*, 10e édit., p. 818 et suiv. ; Hauriou, *Précis élém.*, p. 286 et suiv. ; Dalloz, *Rép. prat.*, v° *Pensions* ; Pabon, *Commentaire prat. de la loi du* 14 *avr.* 1924, Sirey, 1925 ; Georges, Michel, *La loi du* 14 *avr.* 1924 *et la réforme du régime des pensions, ibid.* 1925).

M. Hauriou définit la pension de retraite des fonctionnaires « une indemnité à titre de traitement différé et basée sur des retenues, servie sous forme de rente viagère au fonctionnaire qui est placé dans la situation de retraite, lorsque certaines conditions sont réunies ». Il convient d'ajouter que cette pension, lorsque le fonctionnaire civil ou militaire y a droit, est également acquise, dans la proportion fixée par la loi, à sa veuve et à ses enfants mineurs.

Jusqu'ici, la législation des pensions était fort complexe. Elle était contenue, pour les fonctionnaires civils, dans la loi du 9 juin 1853 ; pour les militaires, dans la loi du 11 avril 1831 ; pour l'armée de mer, dans celle du 18 avril 1831. Ces lois avaient été maintes fois modifiées et complétées ; l'exécution en était assurée par de nombreux règlements d'administration publique. En outre, les pensions coloniales étaient réglées par d'autres dispositions.

La loi du 14 avril 1924, complétée par le règlement du 2 septembre 1924, et commentée par l'instruction ministérielle du 12 octobre 1924, a voulu codifier la matière. Elle a toutefois laissé subsister la législation antérieure dans ses dispositions qui ne sont pas contraires à la loi nouvelle (art. 84) ; de sorte que toute complication est loin d'avoir disparu.

Les départements, ainsi que les communes importantes, ont constitué des caisses de retraites pour leurs agents. Ces caisses sont régies, en principe, par un règlement-type établi par le décret du 13 avril 1806, auquel il peut, d'ailleurs, être dérogé. La loi du 5 avril 1910, sur les retraites ouvrières et paysannes, article 1er, stipule qu'à défaut de caisses de retraites, les fonctionnaires départementaux et communaux bénéficieront des retraites ouvrières.

D'après la nouvelle législation des pensions, celles-ci

constituent un droit pour les intéressés, toutes les fois qu'ils remplissent les conditions légales ; dès lors le ministre ne peut plus, comme autrefois, refuser d'admettre un fonctionnaire civil à faire valoir ses droits à la retraite, lorsqu'il a l'âge et le temps de service requis par la loi ; la démission et même la révocation du fonctionnaire ne lui font plus perdre le droit à la pension. S'il cesse son service avant le moment où il a droit à pension, le fonctionnaire peut réclamer le montant des retenues opérées sur son traitement. La quotité de la pension est fixée par la loi ; la pension ne peut donc pas plus être arbitrairement modifiée dans son chiffre, que refusée dans son principe.

On voit par ce qui précède que la matière des pensions peut donner lieu à un contentieux fort étendu. Les affaires de cette nature, qui relèvent du Conseil d'État, sont dispensées du ministère d'avocat; les requêtes sont enregistrées en débet, et les droits d'enregistrement ne sont exigés du demandeur que s'il perd totalement ou partiellement son procès (L. 17 avr. 1906, art. 4).

248. L'admission à la retraite. — L'admission de l'intéressé à faire valoir ses droits à la retraite, admission résultant d'une décision ministérielle soit spontanée, soit provoquée par l'intéressé, est une condition préalable à toute concession de pension. Il arrive quelquefois qu'un fonctionnaire soit licencié au moyen de cet euphémisme, alors qu'il n'a pas le temps de service ou l'âge nécessaire pour obtenir une pension. C'est une révocation déguisée (à moins que le fonctionnaire ne soit atteint par la limite d'âge). Dès lors, la décision d'admission à la retraite serait entachée d'excès de pouvoir si elle n'était pas précédée de la communication à l'intéressé de son dossier, conformément à la loi du 22 avril 1905, article 65.

Ces mises à la retraite prématurées sont, d'ailleurs, moins vides de sens aujourd'hui qu'autrefois, puisque, dans ce cas, l'intéressé a droit au produit des retenues opérées sur son traitement (L. 14 avr. 1924, art. 17).

La décision de mise à la retraite peut être l'objet d'un recours pour excès de pouvoir non seulement lorsque, constituant une révocation déguisée, elle n'a pas été précédée de la communication du dossier, mais encore lorsque l'intéressé, bien qu'ayant droit à une pension, avait le droit de ne pas être licencié avant une certaine limite d'âge, d'après le statut de sa fonction, comme c'est le cas, par exemple, pour les membres de la magistrature assise et pour les professeurs de l'enseignement supérieur. Si la décision de mise à la retraite, dans ce cas, est prise avant que l'intéressé ait atteint la limite d'âge, il y a excès de pouvoir.

La pension étant un droit, l'intéressé pourrait se pourvoir devant le Conseil d'État, pour excès de pouvoir, contre la décision du ministre qui lui refuserait son admission à la retraite.

S'il s'agit d'un fonctionnaire civil, il doit à l'État un préavis de six mois avant de cesser ses fonctions (L. 14 avr. 1924, art. 11). Ce préavis n'est pas exigé pour les militaires.

249. Liquidation et concession de la pension. Voies de recours. — La liquidation de la pension est faite, sur la demande du fonctionnaire intéressé, par le ministre dont dépend celui-ci, et révisée par le ministre des Finances (dans certains cas après avis de la section des finances du Conseil d'État, L. 14 avr. 1924, art. 64). Cette liquidation doit être demandée par les intéressés, à peine de forclusion, dans le délai de cinq ans à compter, soit de la cessation de l'activité, s'il s'agit d'une demande formée par le fonctionnaire lui-même, soit du décès du fonctionnaire, s'il s'agit d'une pension allouée à sa veuve ou à ses enfants.

La pension une fois liquidée est concédée, s'il s'agit d'un fonctionnaire civil, au moyen d'un décret contresigné par le ministre des Finances; s'il s'agit d'un militaire, au moyen d'un arrêté interministériel signé du ministre des Pensions et du ministre des Finances. La pension est ensuite inscrite au grand livre de la dette publique, et le titre en est délivré à l'intéressé après

publication au *Journal officiel* (L. 14 avr. 1924, art. 64 ; L. 27 avr. 1920, art. 2).

Tout pourvoi contre le rejet d'une demande de pension ou contre sa liquidation doit être formé, à peine de déchéance, dans un délai de trois mois à dater de la notification de la décision qui a prononcé le rejet ou qui a arrêté le chiffre de la pension concédée (L. 14 avr. 1924, art. 66). Il est à remarquer que ce délai est supérieur d'un mois au délai ordinaire des pourvois devant le Conseil d'État. Il a paru au législateur que les fonctionnaires ayant droit à pension devaient être traités avec une faveur particulière.

Le Conseil d'État saisi de ce recours a des pouvoirs de pleine juridiction. Il pourrait donc, non seulement annuler les décisions qui font grief au demandeur, mais encore arrêter lui-même le chiffre de la dette viagère mise à la charge de l'État. Cependant, il n'use pas de cette faculté ; il se borne à indiquer, le cas échéant, les bases de la liquidation, à annuler la décision qui fait grief à l'intéressé et à le renvoyer devant le ministre compétent pour y faire procéder à une nouvelle liquidation.

Si c'est le droit à pension lui-même qui est contesté, le Conseil d'État sera amené, suivant les circonstances, à examiner soit seulement la forme de la décision attaquée, soit le fond même de cette décision. S'il annule la décision pour vice de forme, il renverra le demandeur devant le ministre pour y faire procéder, *s'il y a lieu*, à la liquidation de la pension à laquelle il *peut* avoir droit. S'il l'annule au fond, parce que la décision a contesté à tort le droit à pension, il renverra le demandeur devant le ministre pour faire procéder à la liquidation de la pension *à laquelle il a droit*.

Le Conseil d'État a, en cette matière, un pouvoir d'appréciation analogue à celui qu'il possède en matière de soldes et traitements. C'est ainsi qu'il tranchera les contestations sur la durée et la nature des services, sur les déchéances de forme ou de fond invoquées contre le demandeur, etc. Les causes de déchéance sont : les détournements ou malversations commis au

préjudice de l'État, des départements, des communes ou des établissements publics, et le fait d'une démission donnée à prix d'argent ou contre une rémunération équivalente (L. 14 avr. 1924, art. 58).

Les causes de suspension du droit à pension, dont le Conseil d'État aura également à apprécier l'application à l'espèce, sont énumérées aux articles 56 et 57 de la loi du 14 avril 1924. Ce sont : certaines condamnations judiciaires, la perte de la qualité de Français, la déchéance de la puissance paternelle chez les veuves et femmes divorcées.

Certaines questions, qui relèvent des tribunaux judiciaires, seront préjudicielles au jugement des recours soumis au Conseil d'État. Ce seront, notamment, les questions d'état et de nationalité. Elles donneront lieu à la procédure ordinaire du sursis, suivant les règles générales (V. *suprà*, nos 66 et suiv.).

250. Contentieux des pensions départementales et communales. — La loi du 14 avril 1924 ne s'applique pas, dans son ensemble, aux pensions constituées par les départements et les communes.

Des caisses de retraites pour les agents publics existent dans tous les départements et dans toutes les communes importantes. Elles constituent des établissements publics. Pour les départements, l'organisation de ces caisses est faite par délibération des conseils généraux (L. 10 août 1871, art. 46, § 21). Pour les communes, cette organisation est réglée par décret, après délibération du conseil municipal (Circ. min. Int. 15 mai 1884).

Les règlements ou statuts de ces caisses de retraites sont conformes, sauf dérogation, à celui arrêté autrefois pour les employés du ministère de l'Intérieur par le décret du 4 juillet 1806 (V. Dalloz, *Rép. prat.*, vo *Pensions*, nos 242 et suiv).

La liquidation des pensions départementales est faite par le préfet (Décr. 7 déc. 1896), après avis du conseil général. Il existe même des cas où le conseil général s'était réservé, dans le règlement de la caisse, avant le décret du 7 décembre 1896, de statuer lui-même

sur les demandes de pension. Dans ce cas, il ne donne pas un simple avis ; il prend une décision.

Lorsque c'est le préfet qui liquide la pension, les intéressés ont un double recours contre le refus de liquidation ou la liquidation désavantageuse : un recours hiérarchique au ministre, et le pourvoi au Conseil d'État, suivant le droit commun. Lorsque la décision est prise par le conseil général, le recours au ministre n'est pas possible, car le ministre n'est pas le supérieur hiérarchique du conseil général. Seul le recours au Conseil d'État subsiste dans ce cas (V. Dalloz, *Rép. prat.*, v° *Pension*, n° 250, et les arrêts cités).

L'exécution des décisions du Conseil d'État, en matière de pensions départementales, est assurée, en tant que de besoin, par l'inscription d'office des crédits nécessaires au budget du département.

Les pensions de retraites des agents communaux sont liquidées par le préfet, après avis du conseil municipal (Dalloz, *Rép. prat.*, v° *Pension*, n° 251, et les arrêts cités). Le préfet n'est, d'ailleurs, pas tenu de se conformer à cet avis. Comme en matière de pensions départementales, l'exécution des décisions du préfet pourra, en cas de refus du conseil municipal de voter les crédits nécessaires, être assurée par l'inscription d'office d'un crédit au budget municipal.

La décision du préfet (ou du conseil général s'il y a lieu) en matière de pensions départementales ou communales peut être l'objet d'un recours au Conseil d'État. Ce recours doit être formé dans le délai ordinaire de deux mois à dater de la notification de la décision attaquée : le délai spécial de trois mois n'existe que pour les pensions d'État.

Ce sont les règlements des caisses de retraites qui fixent, en matière départementale et communale, les conditions du droit à pension, le taux de celles-ci, les règles du cumul, les causes de suspension et de déchéance, etc.

251. Contentieux des pensions de guerre. — La loi du 31 mars 1919 a organisé un système de pen-

sions, à titre de réparation, en faveur des militaires des armées de terre et de mer affectés d'infirmités résultant de la guerre, ainsi que des veuves, orphelins et ascendants de ceux qui sont morts pour la France. Le bénéfice de cette loi a été étendu, avec de légères modifications, aux victimes civiles de la guerre par la loi du 24 juin 1919 (V. Berthélemy, *Traité élém.*, 10e édit., p. 413 ; Dalloz, *Rép. prat.*, vo *Pensions*, nos 438 et suiv., 772 et suiv.).

Ces pensions donnent lieu à une liquidation ministérielle suivant les règles ordinaires. Leur contentieux relève de tribunaux administratifs spéciaux, qui sont : en premier ressort, le tribunal départemental des pensions, et en appel, la cour régionale des pensions. La composition et le fonctionnement de ces organes spéciaux sont réglés par les articles 35 et suivants de la loi du 31 mars 1919. Ces organes ne peuvent connaître que des litiges relatifs à la concession des pensions d'invalidité, allocations ou majorations prévues par ladite loi. Ainsi les contestations relatives aux conditions d'obtention et à la liquidation des pensions d'ancienneté et proportionnelles prévues au profit des militaires et marins de carrière par les articles 59 et 60 de la même loi échappent à ces juridictions spéciales; elles relèvent du Conseil d'État, juge de droit commun en matière de pensions (Cons. d'Ét. 23 janv. 1925, D. H. 1925. 144).

Le tribunal départemental des pensions doit être saisi de la contestation, à peine de déchéance, dans le délai de six mois à compter de la notification de la décision qui a prononcé le refus de pension ou a arrêté le chiffre de la pension (art. 38). Une simple lettre recommandée adressée au greffier du tribunal suffit pour saisir la juridiction. Le ministère des avoués n'est pas obligatoire pour la représentation des parties. La procédure est sans frais.

Les articles 38 et suivants de la loi du 31 mars 1919 règlent la procédure, les mesures d'instruction, la publicité des audiences, la forme des décisions, etc.

L'opposition est recevable contre les jugements

rendus par défaut, dans la quinzaine qui suit la notification (art. 41).

L'appel est porté, par simple lettre recommandée adressée au greffe, devant la cour régionale des pensions (art. 42).

La décision de la cour régionale peut être frappée de pourvoi devant le Conseil d'État, pour excès ou détournement de pouvoir, vice de forme ou violation de la loi, dans les deux mois qui suivent la notification de l'arrêt de la cour. Les recours ont lieu sans frais. Si le Conseil d'État annule la décision, il renvoie le fond de l'affaire devant une autre cour régionale (art. 43).

SECTION IV

DU RÈGLEMENT DES DETTES DE L'ÉTAT

252. Principes généraux. — (V. Laferrière, t. 2, p. 240 ; Mestre, *De l'autorité compétente pour déclarer l'Etat débiteur*, Paris, 1889 ; Gaston Jèze, *Les contrats administratifs*, p. 111 et suiv. ; Berthélemy, *Traité élém.*, 10e édit., p. 535 ; Hauriou, *Précis*, 10e édit., p. 836 et suiv.). A part la dette publique proprement dite (emprunts publics, pensions), qui obéit à des règles spéciales, il faut distinguer, en matière de dettes de l'Administration, deux choses fort différentes : la *reconnaissance* de la dette et son *règlement*.

La reconnaissance de la dette n'émane pas nécessairement de l'autorité administrative. Lorsque la dette est contestée et qu'il y aura lieu de la faire reconnaître et consacrer par la justice, ce ne seront pas nécessairement les tribunaux administratifs qui seront chargés de ce soin. Sans doute, en principe, lorsque l'État sera devenu débiteur à raison du fonctionnement des services publics, la reconnaissance de la dette en justice sera, en principe, l'œuvre de la juridiction administrative ; mais on sait qu'il y a des exceptions à cette règle (expropriation pour cause d'utilité publique, responsabilité de l'État à raison des dommages causés par les

élèves des écoles publiques, dettes de l'État résultant de l'exploitation d'un réseau de chemins de fer, réquisitions militaires, dettes naissant des contrats de droit commun, etc.). De plus, lorsque l'État agit comme personne privée, dans la gestion de son patrimoine, en dehors des besoins des services publics, on sait qu'il est justiciable des tribunaux judiciaires.

Toute autre est la question du *règlement* des créances de l'État. Pour que ce règlement aboutisse à un payement en faveur du créancier, il faut que la dette soit transformée au préalable en une *dépense publique payable sur les crédits ouverts au budget*, ce qui résultera de la *liquidation* de la dette par le ministre ou son délégué, avec imputation sur un crédit déterminé, suivie de l'*ordonnancement* de la dépense.

Pour les dettes des départements et des communes, les principes sont les mêmes, sauf que la liquidation préalable n'apparaît pas avec une netteté aussi grande. Mais la nécessité de l'imputation de la dépense sur un crédit existant ou à inscrire (même d'office par l'autorité supérieure, s'il y a lieu) au budget départemental ou communal, et d'un ordonnancement ou *mandatement* préalable au payement, existe aussi bien pour les dettes des départements et des communes que pour les dettes de l'État.

Le règlement des dettes de l'État est une opération administrative dont le contentieux est administratif, quelque soit l'autorité compétente pour reconnaître la dette. Cette compétence administrative n'est nullement fondée, comme on l'a cru longtemps, sur la loi du 17 juillet 1790 et sur celle du 26 septembre 1793, cette dernière stipulant que « toutes les créances sur l'État seront réglées administrativement ». Ces textes ne visent que la liquidation *en dehors de tout procès*, comme l'a démontré Mestre, *de la compétence pour déclarer l'Etat débiteur* (thèse Paris, 1891). V. aussi G. Jèze, les *Principes généraux du droit administratif*, t. 3, p. 409-410. La compétence administrative repose ici sur la nature administrative de l'opération de liquidation et d'ordonnancement.

253. Règles de compétence. — On affirmait autrefois qu'en vertu de textes remontant à l'époque révolutionnaire, le contentieux des dettes de l'État relevait, en principe, de la juridiction administrative (Laferrière, t. 1, p. 598). Ces textes sont : 1° la loi du 17 juillet 1790, aux termes de laquelle l'Assemblée nationale « décrète comme un principe constitutionnel que nulle créance sur le Trésor public ne peut être admise parmi les dettes de l'État qu'en vertu d'un décret de l'Assemblée nationale » ; 2° la loi du 26 septembre 1793, d'après laquelle « toutes les créances sur l'État seront réglées administrativement ». Bien d'autres textes avaient été invoqués, mais ils n'ont aucun rapport avec la question (Cf. Mestre, *op. cit.* — V. le n° précédent).

Quant aux textes de 1790 et de 1793, ils n'ont été invoqués pour la première fois qu'en 1830, pour fournir à l'Administration des arguments en vue de soustraire les dettes de l'État au contrôle des tribunaux judiciaires. Mais depuis 1872, le Conseil d'État a renoncé à s'appuyer sur eux pour justifier d'une façon générale la compétence administrative en cette matière. En réalité, ces textes, rapprochés des circonstances historiques qui les ont fait naître, ne disent nullement ce qu'on a voulu leur faire dire. La loi de 1790 avait donné compétence à l'Assemblée nationale pour *vérifier* les créances sur l'État, *en dehors de tout procès*, mais non pour *juger* les contestations relatives à ces dettes. La loi de 1793 a transféré cette créance aux ministres.

Est-ce à dire que les opérations qui concourent au règlement des créances sur l'État relèvent des tribunaux judiciaires? Nullement : les contestations relatives à ces opérations sont de la compétence des tribunaux administratifs, en vertu du principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires, comme relatives à des opérations de service public.

Le contentieux de ces opérations relève du Conseil d'État, juge de droit commun en matière administrative. Il en est de même pour le contentieux des dettes des départements et des communes.

254. Contestations sur la liquidation. — « La liquidation, dit Laferrière (t. 2, p. 240), est une opération administrative qui consiste à vérifier si un créancier de l'État a droit au payement d'après ses titres, et si ce droit n'est pas supprimé ou restreint par suite de payements antérieurs, de compensation ou de déchéance. »

La liquidation comporte donc, en principe, deux opérations : la vérification de l'existence même de la créance et l'arrêté de son chiffre exact. La première opération est souvent inutile, par suite soit d'une reconnaissance antérieure amiable de la dette par le ministre, soit d'un jugement de condamnation intervenu contre l'État, jugement dont le ministre n'a pas le droit de paralyser les effets. Mais la liquidation n'en doit pas moins avoir lieu, car il se peut que la créance, bien qu'existant virtuellement ou ayant existé, soit diminuée dans son chiffre ou mise à néant par l'effet d'acomptes payés, de compensations, de forclusions ou de déchéances (notamment de la déchéance quinquennale — V. *infrà*, n° 258).

La liquidation est faite par le ministre ou son délégué. Pour les fonctionnaires et les pensionnés, elle s'opère, pour ainsi dire, automatiquement, au vu des états de solde ou de traitement et du grand livre de la dette publique.

La liquidation peut donc donner lieu à des contestations tout à fait distinctes de celles relatives à la *reconnaissance* proprement dite de la dette. Comme il s'agit d'une opération de service public, les contestations sur la liquidation relèvent du Conseil d'État, juge de droit commun en matière administrative.

Il en serait autrement, cependant, dans deux cas, et l'autorité judiciaire serait compétente : 1° dans le cas où il serait soutenu que le ministre, interprétant mal une décision judiciaire reconnaissant la dette de l'État, prétendrait remettre en cause un point déjà jugé : les parties devraient être alors renvoyées pour interprétation devant l'autorité judiciaire ; 2° dans le cas où le ministre opposerait en compensation une créance contestée dont le contentieux serait, par hypo-

thèse, judiciaire : il faudrait tout d'abord faire juger la contestation sur cette créance.

255. Contestations sur l'ordonnancement. — La liquidation ne permet pas encore au créancier de l'État de se faire payer ; il faut que la dépense soit *ordonnancée* par le ministre, ou *mandatée* par un ordonnateur secondaire, tel que le préfet. L'ordonnancement consiste dans la délivrance au créancier, par un ordonnateur, d'un ordre de payement sur une caisse publique.

En droit, toute dette reconnue et liquidée doit être ordonnancée et acquittée. Mais il se peut que des obstacles de comptabilité s'opposent à cet ordonnancement, par exemple l'épuisement ou l'indisponibilité des crédits. Dans ce cas, le ministre doit attendre que les ressources nécessaires lui soient fournies par le budget. Aucun recours contentieux ne serait donc recevable contre un ajournement ou un refus d'ordonnancement fondé sur l'absence ou l'indisponibilité des crédits (Cons. d'Ét. 13 nov. 1924, D. H. 1924. 723).

Mais le ministre ne pourrait pas, sans s'exposer à un recours contentieux, refuser d'ordonnancer en se fondant sur l'inexistence actuelle de la créance : ce serait un refus de liquidation déguisé, ou la rétractation arbitraire d'une liquidation antérieure. Nonobstant la formule employée, le ministre statuerait ainsi sur le droit du créancier et non pas sur une difficulté d'ordre budgétaire (Cons. d'Ét. 19 nov. 1886, D. P. 88. 3. 22 ; 21 janv. 1887, D. P. *ibid.*).

Le recours au Conseil d'État serait également ouvert si l'ordonnance de payement contenait des clauses ou des réserves de nature à nuire aux droits du créancier : par exemple si elle était libellée *pour solde*, alors que le créancier prétend ne recevoir qu'un acompte (V. Cons. d'Ét. 5 janv. 1883, *Bloch, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 17).

256. Contestations sur le payement. — L'ordonnateur ne dispose pas de fonds ; il ne tient et ne peut tenir aucune caisse. Tout ce qu'il peut faire, c'est de remettre au créancier l'*ordonnance* ou le *mandat* au

moyen desquels celui-ci se fera payer par le comptable désigné. Celui-ci paiera, après s'être assuré que les crédits ne sont pas dépassés, avoir vérifié les pièces justificatives accompagnant l'ordonnance ou le mandat et avoir exigé une quittance en due forme.

Les contestations sur le payement sont amenées par des refus totaux ou partiels, purs et simples ou conditionnels, de payement par le comptable. Si le payement est refusé faute de crédits disponibles, il n'y a pas de recours (V. *suprà*, n° 255). Si le payeur soulève des objections contre l'ordonnance ou les pièces justificatives, par exemple s'il conteste la conformité des énonciations des pièces justificatives avec celles de l'ordonnance, le contentieux sera lié par une décision du ministre des Finances, qui pourra être attaquée devant le Conseil d'État.

Enfin, si le payeur conteste les droits et qualités de la personne qui demande le payement, par exemple en mettant en doute son identité, sa qualité d'héritier ou de mandataire, sa capacité civile, ce sont là des questions de droits individuels qui ne peuvent être tranchées que par les tribunaux judiciaires.

De même les questions concernant les effets des saisies-arrêts jetées aux mains du Trésor, des transports de créances qui lui auraient été notifiés, sont par essence de la compétence des tribunaux judiciaires.

257. Le contentieux des emprunts publics. — L'emprunt public d'État est le type même des contrats *administratifs*. Il est relatif, en effet, au fonctionnement d'un service public, celui des Finances; il confère généralement aux prêteurs de l'État des privilèges et avantages que n'ont pas les prêteurs ordinaires (tels que des exemptions d'impôts, l'insaisissabilité, l'inscription au grand livre, etc.). Le contentieux des emprunts publics d'État appartient donc à la juridiction administrative. La jurisprudence, sur ce point, est constante (Cons. d'Ét. 8 juill. 1898, *Coudray*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 534; 31 mars 1922, *Guyard*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 309).

Cette compétence s'étend à tous les litiges entre l'État et ses prêteurs, concernant l'interprétation et

l'exécution du contrat : émission et répartition des rentes en cas de souscription publique, délivrance des titres de rente, payement des arrérages, remboursement des titres amortis, etc. (Laferrière, t. 1, p. 599 ; Gaston Jèze, *Les contrats administratifs*, p. 114). Ces litiges, sauf dans les cas qui vont être examinés ci-dessous, seront d'ailleurs peu nombreux, car ils ne pourront pas porter sur des points réglés par le Parlement : il n'y a pas de recours contre les actes de cette nature (V. *suprà*, nos 152 et suiv.). Ainsi, lorsque le remboursement anticipé ou la conversion d'un emprunt a été décidé par le Parlement, les prêteurs ne pourraient contester devant aucune juridiction la légitimité de cette opération. Ils le pourraient s'il s'agissait d'un emprunt privé, où le législateur n'intervient pas (Req. 21 avr. 1896, *Cie des chemins de fer de l'Est*, S. 1897. 1. 481).

Au contraire, quand le litige ne se heurte pas à un acte du Parlement, mais à un acte ou à une opération d'ordre administratif, le recours au Conseil d'État est possible. Ainsi les mutations de propriété des rentes nominatives sont constatées au moyen d'un transfert sur le grand livre de la dette publique. Ce transfert est une opération administrative qui, sans doute, est la conséquence des mutations civiles de propriété, mais qui reste juridiquement distincte de celles-ci. Dès lors, tandis que les tribunaux judiciaires sont seuls compétents pour se prononcer sur la propriété des rentes entre particuliers, et sur les divers contrats et opérations de droit privé auxquels les rentes sur l'État peuvent donner lieu (G. Jèze, *Contrats administr.*, p. 118), la juridiction administrative peut seule connaître des difficultés sur le transfert (Gaston Jèze, *Principes généraux du droit administr.*, 3e édit., p. 300 et suiv. ; Cons. d'Ét. 8 juill. 1898, *Coudray*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 534 ; 31 mars 1922, *Guyard*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 309). Il en est de même des contestations sur le payement des arrérages, sur les modalités administratives d'application d'une conversion dont le principe, on vient de le voir, ne peut pas être discuté parce qu'elle a été ordonnée

par le Parlement (Cons. d'Ét. 7 déc. 1924, *Caisse Lafarge*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 942) ; et aussi des difficultés qui peuvent s'élever sur le payement des arrérages des titres perdus ou volés.

Lorsqu'il s'agit d'effectuer un transfert, tout ce que peut faire le Conseil d'État c'est d'annuler la décision ministérielle qui l'a refusé ; il ne pourrait ordonner le transfert : c'est là une opération qui ne peut être effectuée que par l'Administration active. Le contentieux en cette matière se réduit donc le plus souvent à un contentieux d'annulation. Ce n'est que si le ministre, à la suite de l'annulation de sa décision, persistait à se refuser au transfert, que le rentier lésé pourrait, en demandant une indemnité à l'État, mettre en mouvement le contentieux de pleine juridiction.

La compétence administrative ne cesserait ici que dans les cas où l'État, pour se procurer des fonds, a employé strictement les moyens du droit privé, comme par exemple lorsqu'il s'est fait consentir une avance par un banquier dans les conditions mêmes où aurait pu le faire un simple particulier, ou lorsqu'il a émis et fait escompter des traites, des lettres de change, comme pourrait le faire un commerçant (G. Jèze, *Les contrats administr.*, p. 118).

Pour la même raison, les emprunts des départements et des communes ne sont pas, en principe, des contrats administratifs et, dès lors, relèvent, au point de vue contentieux, des tribunaux judiciaires. En effet, ces emprunts ne sont assortis d'aucune des clauses spéciales, d'aucun des privilèges qui constituent les apanages des emprunts d'État : ni immunités fiscales, ni insaisissabilité, ni aucun des autres privilèges dont jouissent les rentiers de l'État. La circonstance que ces emprunts sont faits en vue des services publics n'est pas suffisante pour assujettir leur contentieux à la compétence administrative, car on sait que cette compétence est exclue lorsque l'Administration opère au moyen d'un contrat de droit commun, comme pourrait le faire un simple particulier (V. *suprà*, n° 113).

Toutefois, les délibérations des conseils généraux ou

municipaux qui décident ces emprunts restent assujetties aux voies de recours administratives ouvertes d'une façon générale contre les délibérations de ces assemblées. On sait que le Conseil d'État, en ouvrant largement ces recours aux particuliers, en leur seule qualité de contribuables, a permis un contrôle juridictionnel efficace de la légalité des délibérations prises en cette matière par les corps délibérants départementaux et communaux (V. Gaston Jèze, *Les contrats administr.*, p. 122).

258. Déchéance quinquennale. — I. Nature de la déchéance. — L'article 9 de la loi du 29 janvier 1831 dispose que « seront prescrites et définitivement éteintes au profit de l'État, sans préjudice des déchéances prononcées par les lois antérieures ou consenties par des marchés ou conventions, toutes créances qui, n'ayant pas été acquittées avant la clôture des crédits de l'exercice auquel elles appartiennent, n'auraient pu, à défaut de justifications suffisantes, être liquidées, ordonnancées et payées dans un délai de cinq années, à partir de l'ouverture de l'exercice, pour les créanciers domiciliés en Europe, et de six années pour les créanciers résidant hors du territoire européen ». L'article 10 de la même loi ajoute que les dispositions qui précèdent « ne sont pas applicables aux créances dont l'ordonnancement et le payement n'auraient pu être effectués, dans les délais déterminés, par le fait de l'Administration ou par suite de pourvois formés devant le Conseil d'État ».

Si nous faisons, avec des dates, l'application des règles ci-dessus, nous voyons que les services faits et les droits acquis, par exemple, au cours de l'exercice 1922 seront périmés le 1er janvier 1927. Cette règle se justifie par le souci du bon ordre des finances ; l'État ne peut pas rester dans l'incertitude, au sujet de l'étendue de ses charges, pendant trente ans.

Il y a là à la fois une prescription et une déchéance. C'est une prescription, en ce sens que la dette elle-même en est éteinte, et non pas seulement le droit du créan-

cier au payement. C'est une déchéance, en ce sens qu'elle ne comporte pas les causes ordinaires d'interruption et de suspension de la prescription. Si peu équitable que soit cette solution, la jurisprudence décide que les délais de la déchéance quinquennale courent contre les incapables, spécialement contre les mineurs, alors même qu'aucune tutelle n'aurait été organisée pour eux pendant leur minorité (Cons. d'Ét. 22 nov. 1907, *Lemonnier, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 853).

259. II. Causes qui interrompent la déchéance. — On a vu que la déchéance était interrompue lorsque le défaut de liquidation en temps utile était dû au *fait de l'Administration.* Il en est ainsi lorsque l'Administration n'a pas liquidé la créance et ordonnancé la dépense avant l'expiration du délai, alors qu'elle a été saisie en temps utile de la réclamation et des pièces. Peu importe, d'ailleurs, que le retard provienne d'une négligence administrative, ou de formalités légitimes de vérification. L'effet est le même dans les deux cas.

La déchéance est encore interrompue, dit l'article 10 de la loi du 29 janvier 1831, quand il y a eu pourvoi au Conseil d'État. Il s'agit d'un pourvoi formé contre la liquidation ou le refus de liquidation.

On admet qu'une demande en justice aurait le même effet, parce qu'en général on ne plaide pas contre l'État sans avoir eu à subir un refus de la part de ses représentants. Une demande en justice fait donc présumer un refus de liquidation, c'est-à-dire l'absence de liquidation par suite d'un fait de l'Administration. Si l'on poussait cette idée dans ses conséquences logiques, il faudrait décider que la demande introduite devant un tribunal incompétent doit aussi interrompre la déchéance. La jurisprudence décide cependant que l'interruption n'a pas lieu en pareil cas (Cons. d'Ét. 1er août 1902, D. P. 1904. 3. 43). C'est là une différence notable avec la prescription du droit privé.

260. III. Quels droits sont frappés de déchéance? — La déchéance frappe toutes les créances nées d'un

service fait ou de droits acquis au cours d'un exercice périmé, c'est-à-dire dont l'ouverture remonte à plus de cinq ans. Elle atteint *les créances*, de quelque cause qu'elles soient issues, mais elle n'atteint *que les créances* ; elle ne saurait être opposée aux réclamations fondées, non sur un droit de créance, mais sur un droit de propriété. Ainsi, la revendication contre l'État d'un bien que le demandeur prétend être sa propriété (terrain usurpé par l'État, cautionnement déposé dans les caisses du Trésor, patrimoine appréhendé à tort par l'État comme succession en déshérence, etc.), ne serait pas atteinte par la déchéance quinquennale (Cons. d'Ét. 5 déc. 1902, D. P. 1904. 3. 43).

261. IV. **Contestations sur la déchéance.** — Les contestations sur la déchéance ne sont autres que des contestations sur la liquidation. Le ministre liquidateur a donc qualité pour l'opposer. Sa décision est susceptible de recours devant le Conseil d'État. Cette haute juridiction est seule compétente, alors même que le contentieux propre de la créance à liquider relèverait du conseil de préfecture ou du tribunal civil. Ainsi, un tribunal civil ne pourrait pas, sans excès de pouvoir, écarter une demande en payement formée par un particulier contre l'État en se fondant sur la déchéance quinquennale, même en présence de conclusions de l'Administration opposant la déchéance (Civ. 6 mars 1901, D. P. 1903. 1. 52).

Il ne résulte pas de là, d'ailleurs, que le ministre, actionné devant le tribunal civil ou le conseil de préfecture en payement d'une créance dont le contentieux ressortit à ces juridictions, ne pourrait pas se prévaloir de la déchéance quinquennale devant ces juridictions ; mais il devrait prendre pour cela, non pas seulement des conclusions d'instance, mais un véritable arrêté, une décision spéciale, déclarant déchu le créancier plaideur. Le tribunal, dans ce cas, si le créancier déclare contester l'arrêté de déchéance, devrait, soit surseoir à statuer en attendant la solution du pourvoi formé par le créancier devant le Conseil d'État, soit se pronon-

cer sur le fond du litige *en réservant les effets de la déchéance.*

Le tribunal ne peut donc ni prononcer la déchéance, si le ministre n'a pas statué sur ce point, ni contester ou infirmer la décision du ministre, si celui-ci a statué. Toutefois, si le ministre avait laissé discuter la question de déchéance devant le tribunal, et si celui-ci, quoique incompétemment, l'avait tranchée contre l'État, le ministre ne pourrait plus, une fois le jugement devenu inattaquable, se refuser à tenir compte de la chose jugée et opposer la déchéance : le vice d'incompétence, comme les autres, est couvert par l'autorité de la chose jugée (Cass. ch. réun., 7 déc. 1830, cité par Laferrière, t. 2, p. 262 ; Cons. d'Ét. 17 mai 1855, *Benech, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 350).

SECTION V

LE CONTENTIEUX DES IMPÔTS

262. Notions générales. — (Sur les impôts directs et leur contentieux, V. notamment : Hauriou, *Précis*, 10e édit., p. 808 et suiv. ; Berthélemy, *Traité élém.*, 10e édit., p. 912 et suiv.; Dalloz, *Rép. prat.*, vo *Taxes et impôts directs*, spécialement nos 3086 et suiv. ; Emmanuel Besson, *Traité prat. des impôts cédulaires et de l'impôt général sur le revenu.*)

La législation des contributions directes et de leur contentieux est des plus touffues. L'article 8 de la loi du 29 avril 1926 en a prescrit la codification. Ce travail n'ira pas sans des retouches importantes. Nous ne saurions traiter ici en détail cette matière extrêmement complexe. Nous nous bornerons à en dégager les principaux traits.

Nous avons dit plus haut (no 146) qu'en principe, le contentieux des contributions directes et taxes assimilées était réservé par la loi à la juridiction administrative, tandis que le contentieux des contributions indirectes relevait des tribunaux judiciaires.

Cette dualité de compétence a sa base dans la conception administrative des contributions directes. Ce sont des impôts où la part de chaque contribuable est établie au moyen d'une opération administrative qui précède le recouvrement et qui aboutit, pour chacun des redevables, à la rédaction d'un rôle nominatif ; tandis que pour les contributions indirectes, cette opération n'existe pas : le recouvrement se fait à la suite de la constatation de certains faits et d'après des tarifs établis par la loi, ou conformément aux règles qu'elle a dressées. L'existence des opérations administratives faites par le service de l'assiette de l'impôt en matière de contributions directes, et de la décision administrative exécutoire constituée par l'émission des rôles, justifie la compétence de la juridiction administrative en matière de contributions directes.

Par exception, comme on l'a vu *suprà*, n° 146, le contentieux de l'impôt sur le chiffre d'affaires, institué par les articles 59 et suivants de la loi du 25 juin 1920, est attribué, comme celui des impôts directs, aux conseils de préfecture, bien que cette taxe soit évidemment une contribution indirecte.

Les diverses catégories de demandes et réclamations comprises dans le contentieux des contributions directes forment une liste très étendue (V. cette liste dans Laferrière, t. 2, p. 265 ; et surtout dans le *Rép. prat.* de Dalloz, n° 3089).

La catégorie de beaucoup la plus importante est constituée par les demandes en dégrèvement, qui tendent à obtenir, soit la décharge complète, soit la réduction d'une contribution mal imposée. Par le nombre d'affaires (plusieurs centaines de mille), les demandes en dégrèvement constituent la partie la plus importante du contentieux administratif.

A côté de ces réclamations, il faut citer les demandes en remise ou en modération qui, contrairement aux demandes de dégrèvement, ne sont pas fondées sur un véritable droit allégué par le contribuable, mais uniquement sur des raisons d'équité qui, d'après lui, doivent le faire dispenser du payement de l'impôt légalement

dû. Ces demandes ne présentent pas un caractère contentieux : elles se fondent soit sur ce que le contribuable n'a pas réalisé, par suite de pertes imprévues, les gains à raison desquels il a été imposé, soit sur ce que les bâtiments qui justifiaient son imposition ont été démolis en cours d'année, soit sur la gêne personnelle du contribuable. Elles ne sont pas assujetties aux délais prescrits pour les demandes en dégrèvement ; c'est l'Administration active, et non la juridiction administrative, qui se prononce sur leur bien fondé ; elles présentent un caractère purement gracieux, et par suite sont en dehors du cadre de cet ouvrage.

On sait que les impôts directs peuvent actuellement se diviser en deux catégories :

1° Les anciennes contributions directes, fruits de la nouvelle organisation française, née de la Révolution (contribution personnelle et mobilière, contribution des patentes, impôt foncier sur les propriétés bâties et non bâties, contribution des portes et fenêtres). Ces impôts sont abolis comme contributions d'État, mais ils subsistent à titre de centimes additionnels calculés sur un principal fictif, pour les départements et les communes.

2° Les nouveaux impôts directs d'État, composés de diverses catégories d'impôts cédulaires sur chaque branche de revenus (contribution foncière, impôt sur le revenu des capitaux mobiliers, impôt sur les bénéfices de l'exploitation agricole, impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux, impôt sur les traitements et salaires, impôt sur les bénéfices des professions non commerciales) et d'un impôt général ou global sur le revenu. Cette législation résulte de nombreuses lois qui se sont échelonnées depuis l'année 1914, dont les principales sont les lois du 15 juillet 1914, du 30 décembre 1916, du 31 juillet 1917, du 25 juin 1920 et du 13 juillet 1925.

Cette évolution législative, extrêmement importante au point de vue économique et financier, n'a cependant pas modifié les principes du contentieux en cette matière.

263. Répartition de compétence entre les tribunaux administratifs et les tribunaux judiciaires. — Le principe contenu dans l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an 8 est que les conseils de préfecture connaissent de toutes les demandes des particuliers tendant à obtenir la décharge ou la réduction de leurs cotes de contributions directes.

En un mot, les conseils de préfecture statuent sur toutes les contestations relatives à l'existence et à la quotité de la dette du contribuable envers le Trésor (Req. 25 mars 1924, *Ratti*, D. H. 1924. 281). Une série de textes épars leur donnent également compétence pour statuer sur les demandes en mutation de cotes ou en transfert de patentes, sur les états des percepteurs comprenant les cotes irrecouvrables ou indûment imposées, sur les réclamations contre les opérations cadastrales et les évaluations des propriétés foncières, etc. (V. la liste au *Rép. prat.* de Dalloz, v° *Taxes et impôts directs*, n°s 3505 et suiv.). La jurisprudence, par extension ou par analogie, reconnaît encore les conseils de préfecture compétents pour statuer sur les demandes en inscription au rôle, formées par un contribuable, et sur une série d'autres demandes connexes aux demandes en dégrèvement (Dalloz, *Rép. prat.*, v° *cit.*, n° 3510).

Ils sont enfin compétents pour se prononcer sur la régularité des poursuites administratives exercées contre les contribuables. C'est ainsi qu'ils connaissent des demandes formées par les contribuables pour faire déclarer nulles les sommations sans frais (Cons. d'Ét. 17 mai 1912, *Lelong et Jean*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 573) ou avec frais, ainsi que les contraintes qui leur ont été adressées ; mais ils ne peuvent connaître de la validité intrinsèque des actes de poursuites relevant de l'autorité judiciaire (commandements et saisies).

Les conseils de préfecture ne connaissent pas non plus des questions relatives à l'exercice du privilège du Trésor. Ils ne seraient pas compétents, enfin, pour statuer sur les demandes en remboursement qui peuvent être formées par un contribuable contre un particulier en l'acquit duquel ce contribuable aurait payé un impôt.

Les tribunaux judiciaires seraient, au contraire, seuls compétents pour connaître des poursuites que chaque contribuable est autorisé à exercer, en vertu de l'article final de la loi annuelle du budget, contre les percepteurs qui recouvreraient des impôts autres que ceux établis par la loi. Ils connaissent seuls des questions de propriété, de nationalité, de droits individuels, que peut faire naître l'application de l'impôt. Lorsqu'une question de cette nature doit être résolue au préalable, pour permettre la solution d'une réclamation pendante devant le conseil de préfecture, cette juridiction doit surseoir à statuer jusqu'à ce que l'autorité judiciaire se soit prononcée sur la question préjudicielle.

C'est ainsi que l'article 7 de la loi du 2 messidor an 7 ordonne que la question de propriété, se rattachant à une demande en mutation de cote de contribution foncière, soit jugée au préalable par les tribunaux judiciaires (V. *suprà*, n° 71). C'est ainsi également que le conseil de préfecture devra surseoir à statuer lorsqu'un particulier, poursuivi comme héritier d'un contribuable en payement d'une contribution inscrite au nom de celui-ci, prétend n'avoir pas cette qualité (Cons. d'Ét. 3 août 1877, D. P. 78. 3. 10 ; 24 mai 1890, D. P. 92. 3. 18).

En ce qui concerne les poursuites, les tribunaux judiciaires sont seuls compétents pour connaître de la régularité et de la validité des actes de poursuites de nature judiciaire (commandements, saisies, etc.). Le contentieux des voies d'exécution du droit commun est de la compétence des tribunaux judiciaires (Trib. confl. 2 avr. 1881, D. P. 82. 3. 75 ; 3 déc. 1886 et 24 déc. 1886, D. P. 88. 3. 4 ; Civ. 10 déc. 1900, D. P. 1901. 1. 279) ; le tout sauf à surseoir à statuer s'il se présentait une question préjudicielle d'ordre administratif (Civ. 20 juill. 1903, D. P. 1904. 1. 42).

Les tribunaux judiciaires sont également compétents pour statuer sur tous les incidents de saisies et leurs suites, tels que, par exemple, l'action en revendication d'objets saisis et les difficultés qui s'élèvent entre les divers créanciers d'un même contribuable et le Trésor au cours de procédures d'ordre ou de contribution (Dalloz,

Sup. au *Rép.*, v° *Taxes et impôts directs*, n^os^ 3794 et suiv., 3800 et suiv.).

Pour résoudre la question de compétence, il faut se garder ici de s'attacher à la date de la contestation ; son objet seul importe. Une contestation soulevée à propos de l'existence ou de la quotité de la dette du contribuable envers le Trésor, alors même qu'elle serait postérieure à un commandement ou à une saisie, ne relèverait pas des tribunaux judiciaires : comme le dit fort bien Laferrière, « la compétence judiciaire ne s'applique qu'aux contestations dirigées contre la validité intrinsèque des actes de poursuite et d'exécution judiciaire, et non à celles qui ont pour objet les causes de ces poursuites, c'est-à-dire l'existence et la quotité de la dette du contribuable envers l'État (t. 2, p. 285) (V. conf. Req. 25 mars 1924, *Ratti*, D. H. 1924. 281).

264. Des demandes en dégrèvement. — Ces demandes visent à la décharge de l'impôt ou à sa réduction. Le contribuable est obligé, pour se faire dégrever, de prendre l'initiative de la demande : en effet, le rôle où sa contribution est fixée constitue un titre exécutoire contre lui ; pour échapper à cette exécution, il doit faire tomber le titre qui lui est opposé.

Les réclamations doivent être formées par écrit (Cons. d'Ét. 7 avr. 1905, *de Boussac, Aude*, Dalloz, *Rép. prat.*, v° *Taxes et impôts directs*, n° 3140 ; elles doivent être individuelles et non collectives (Cons. d'Ét. 9 juill. 1909, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 680) ; mais chacune d'elles peut comprendre les diverses contributions auxquelles un contribuable est imposé dans une même commune (Cons. d'Ét. 17 mars 1900, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 222). Pour chaque commune une réclamation distincte doit être présentée (L. 13 juill. 1903, art. 17).

Les demandes peuvent être présentées sous deux formes :

1° Par voie de déclaration à la mairie. Aux termes de l'article 5 de la loi du 18 juillet 1911, tout contribuable qui se croira imposé à tort ou surtaxé dans les rôles des contributions directes ou des taxes assimilées dont l'assiette est confiée aux contrôleurs des contri-

butions directes pourra en faire la déclaration à la mairie du lieu de l'imposition dans le mois qui suivra la publication des rôles. Cette déclaration sera reçue sans formalités sur un registre tenu à la mairie ; elle sera signée par le réclamant ou son mandataire. Celles de ces réclamations que, après examen sommaire, le contrôleur, d'accord avec le maire (ou les répartiteurs s'il s'agit d'impôts de répartition), aura reconnues fondées seront inscrites sur un état spécial. Le directeur départemental des contributions directes, au vu de cet état, prononcera les dégrèvements qu'il estimera justifiés.

Les contribuables dont les déclarations n'auraient pas été portées par le contrôleur ou maintenues par le directeur sur l'état dont il s'agit en seront avisés, et ils auront la faculté de présenter des demandes en dégrèvement dans les formes ordinaires, dans le délai d'un mois à dater de la notification, sans préjudice des délais généraux s'ils sont plus avantageux. L'avis donné aux contribuables doit leur être adressé par lettre recommandée, avec restitution des pièces déposées par le contribuable. La lettre fait connaître au destinataire le délai dans lequel il peut se pourvoir (L. 30 mars 1923).

2° La seconde forme de la demande en dégrèvement est la réclamation directe devant le conseil de préfecture. Elle doit être écrite, signée du redevable ou de son mandataire, rédigée sur papier timbré toutes les fois que la cote est supérieure ou égale à 30 francs (L. 22 juill. 1889, art. 61. — V., sur ce point et sur les exemptions de timbre, le *Rép. prat.* de Dalloz, v° *Taxes et impôts directs*, n°s 3175 et suiv.). Elle doit, à peine de non-recevabilité, mentionner la contribution à laquelle elle s'applique et, à défaut de la production de l'avertissement, indiquer le numéro de l'article du rôle sous lequel figure cette contribution (L. 13 juill. 1903, art. 17). Le réclamant doit indiquer l'objet de sa demande et exposer sommairement les moyens par lesquels il prétend la justifier (*ibid.*). Cette exigence a donné lieu à une longue suite d'arrêts du Conseil d'État (V. les déci-

sions citées au *Rép. prat.* de Dalloz, v° *Taxes et impôts directs*, n°s 3149 et suiv.). Les vices de forme peuvent être réparés dans les dix jours de l'avis qui en est donné par l'Administration au réclamant (L. 13 juill. 1903, art. 17).

La demande est déposée ou adressée par la poste à la préfecture ou à la sous-préfecture dont dépend le lieu de l'imposition (*ibid.*), sauf pour les taxes assimilées dont l'assiette n'est pas confiée à l'Administration des contributions directes. Dans ce cas, la demande doit être déposée au greffe du conseil de préfecture (Dalloz, *Rép. prat.*, v° *cit.*, n° 3145).

Les réclamations doivent être présentées dans les trois mois qui suivent celui de la publication des rôles (L. 13 juill. 1903, art. 17 ; L. 31 déc. 1921, art. 20). La date à laquelle le contribuable a reçu l'avertissement d'avoir à payer ses impôts est indifférente (Cons. d'Ét. 11 févr. 1903, *Debonnaire*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 114). Ce point de départ du délai est vivement critiqué, beaucoup de contribuables ignorant la date de la publication faite à la mairie, et cette publication leur apprenant simplement que les rôles sont entre les mains des percepteurs et mis en recouvrement (L. 4 mess. an 7, art. 5).

Toutefois, si le contribuable n'avait dans la commune ni résidence ni représentant, un avertissement ou un acte de poursuite serait nécessaire pour faire courir les délais contre lui.

Après l'expiration du délai, le contribuable ne peut pas modifier ou augmenter sa demande de manière à en faire une demande nouvelle. S'il peut ajouter des arguments à ceux qu'il a fait valoir dans sa réclamation, il n'est pas recevable à formuler des conclusions qui, même si elles ne modifient pas l'étendue de ses prétentions, portent néanmoins le litige sur un terrain entièrement différent de celui sur lequel il avait été primitivement placé (Cons. d'Ét. 19 févr. 1908, *David et Maigret*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 165).

Il y a un cas où le délai de trois mois pour former la réclamation est prolongé et ne prend fin que trois

mois après que le contribuable a eu connaissance officielle des poursuites dirigées contre lui par le percepteur : c'est celui où le contribuable a été indûment imposé à raison d'un faux ou double emploi applicable à l'intégralité d'une cote (L. 29 déc. 1884, art. 4). C'est ce qui se produit, par exemple, lorsque l'imposition a été établie alors qu'au 1er janvier le contribuable n'était pas imposable. Il n'a pas pu, dès lors, surveiller utilement la publication du rôle et se renseigner auprès du percepteur (V. Dalloz, *Rép. prat.*, *v° cit.*, n°s 3212 et suiv.).

La réclamation ainsi formée est soumise à une instruction complète par les soins de l'Administration des contributions directes, et donne lieu à un rapport du contrôleur, qui sera soumis, avec le dossier, au conseil de préfecture.

La juridiction administrative, saisie d'une demande en dégrèvement, jouit de larges pouvoirs d'investigation et d'appréciation, tant en fait qu'en droit. D'abord, elle est juge de la légalité de l'impôt. En dehors des actes du Parlement, qui échappent à tout contrôle juridictionnel, le conseil de préfecture peut et doit, le cas échéant, constater l'illégalité de tout acte réglementaire ou administratif ayant contribué à l'établissement de la taxe et décharger le contribuable s'il reconnaît que l'impôt n'a pas été légalement établi. C'est ainsi qu'il accordera la décharge, en matière de taxes départementales ou communales, si les délibérations des conseils généraux ou municipaux relatives à l'application de ces taxes n'ont pas été régulièrement approuvées, ou si les tarifs établis par ces assemblées ne sont pas conformes aux taux prévus par la loi.

Les pouvoirs de la juridiction administrative portent même sur ce que M. Laferrière appelle la régularité *extrinsèque* des actes administratifs qui autorisent la perception. Ainsi, les taxes de curage ne pouvant être légalement perçues que conformément aux règlements ou anciens usages, le conseil de préfecture saisi d'une demande en décharge devra vérifier l'existence et la portée des usages invoqués. De même, les taxes de

pavage ne pouvant être instituées que si les ressources ordinaires de la commune sont insuffisantes pour pourvoir à la mise en état de viabilité des voies nouvelles, le conseil de préfecture aura le pouvoir de vérifier si cette insuffisance de ressources résulte bien des budgets et des comptes de la commune (V. Laferrière, t. 2, p. 268, et les arrêts cités).

Mais, bien entendu, le conseil de préfecture, compétent pour vérifier la légalité de l'imposition, ne pourrait pas en critiquer l'opportunité.

Il ne pourrait pas non plus critiquer la répartition entre les communes et les arrondissements du contingent assigné à chaque département par la loi de finances pour les impôts de répartition (contribution mobilière et contribution des portes et fenêtres). Le seul recours qui ait été organisé par la loi en cette matière est celui que prévoit l'article 38 de la loi du 10 août 1871 ; il s'exerce devant le conseil général et ne concerne que les répartitions faites entre les communes par le conseil d'arrondissement.

Le conseil de préfecture ne peut rien adjuger en dehors des conclusions prises devant lui par les parties. Il ne pourrait pas accorder un dégrèvement sur une contribution qui n'est pas visée par la réclamation (Cons. d'Ét. 7 nov. 1900, *Mavet*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 596 ; 22 juill. 1904, *Département du Cher*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 609), ou une réduction plus forte que celle demandée (Cons. d'Ét. 26 juill. 1900, *Roblin*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 508), ou la décharge complète, alors qu'une simple réduction était demandée (Cons. d'Ét. 8 nov. 1901, *Pasturaud*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 794).

Le conseil de préfecture ne pourrait pas non plus rehausser, soit d'office, soit sur la demande de l'Administration, une taxe dont la décharge ou la réduction lui est demandée par le contribuable : l'Administration ne peut rien percevoir en dehors de ce qui est porté au rôle (Laferrière, t. 2, p. 272).

Le conseil de préfecture aura également à se prononcer, le cas échéant, sur les demandes des contribuables en décharge ou en réduction des amendes fiscales qui

peuvent avoir été encourues par eux, par exemple pour déclaration insuffisante de revenu (L. 31 juill. 1920, art. 2) ou pour retard dans les payements (L. 22 mars 1924, art. 50). Mais seule la juridiction correctionnelle aurait à connaître de l'application des dispositions répressives frappant les contribuables qui se sont frauduleusement soustraits ou ont tenté de se soustraire frauduleusement au payement total ou partiel de leurs impôts (L. 25 juin 1920, art. 112).

265. Des demandes en mutation de cote et en transfert de patente. — Lorsque la propriété d'un immeuble passe à une autre personne, la contribution foncière doit frapper le nouveau propriétaire ; de là la nécessité d'une *mutation de cote*. Cette mutation ne peut avoir lieu que sur la demande des parties intéressées, si elles sont d'accord. Si elles ne le sont pas, elle est prononcée par le conseil de préfecture, les parties intéressées dûment appelées devant lui (Dalloz, *Rép. prat.*, *v°* *cit.*, n^os^ 359 et suiv.). Il en est de même pour la contribution des portes et fenêtres (Dalloz, *Rép. prat.*, *v°* *cit.*, n^os^ 1785 et suiv.).

Une situation analogue existe en matière de patentes, avec cette différence que le transfert de la patente, en cas de cession de l'établissement, est prononcé par le préfet, sans l'intervention du conseil de préfecture. Cette juridiction n'aura à intervenir que s'il y a contestation sur le transfert (Dalloz, *Rép. prat.*, *v°* *cit.*, n^os^ 2120 et suiv.).

La demande en mutation de cote doit être présentée dans les trois mois qui suivent la publication du rôle (L. 31 déc. 1921, art. 20) ; la demande en transfert de patente, dans les trois mois qui suivent soit la cession de l'établissement, soit le mois de la publication du rôle supplémentaire dans lequel le cessionnaire a été personnellement imposé pour l'établissement cédé (L. 15 juill. 1880, art. 28, et 31 déc. 1921, art. 20).

266. Des demandes d'inscription au rôle. — Un contribuable omis sur les rôles peut avoir intérêt

à s'y faire inscrire, par exemple pour devenir éligible aux élections départementales ou communales, ou, s'il s'agit d'un commerçant, pour justifier, par le payement de la patente, qu'il a le droit d'être électeur consulaire. Cette inscription est demandée dans la forme et dans les délais ordinaires, à savoir dans les trois mois qui suivent celui de la publication des rôles où le contribuable est omis (L. 21 avr. 1832, art. 28 ; 13 juill. 1903, art. 17 ; 31 déc. 1921, art. 20).

267. Des réclamations contre les évaluations foncières. — Le système ancien des évaluations basées sur le cadastre foncier, déjà fortement modifié pour la propriété bâtie, a été profondément remanié par les lois du 31 décembre 1907 et du 29 mars 1914. Actuellement, le revenu net réel des immeubles non bâtis est estimé administrativement et reste, sauf exceptions, immuable pendant vingt ans. Au bout de cette période, il est procédé à une révision.

Pour l'impôt foncier sur la propriété bâtie, la valeur locative, qui sert de base à l'impôt, est fixée administrativement et revisable tous les dix ans seulement (L. 8 août 1890 ; L. 22 mars 1924, art. 45 et 46), sauf exceptions.

Les contribuables peuvent avoir intérêt à contester ces évaluations, puisqu'elles serviront de base à l'établissement de chaque cote. Pour la contribution foncière sur les propriétés bâties, le propriétaire est admis à réclamer contre l'évaluation attribuée à son immeuble, lors de chaque révision générale, pendant six mois à dater de la publication du rôle faisant la première application de la révision et pendant trois mois à compter de la publication du rôle suivant (L. 8 août 1890, art. 7, et L. 29 mars 1914, art. 15 et suiv., 22). Passé ces délais, l'évaluation devient définitive (Cons. d'Ét. 11 févr. 1916, *Versini*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 78) ; à moins d'une dépréciation accidentelle subie par la propriété (V. pour les détails Dalloz, *Rép. prat.*, *v*° *cit.*, n^os^ 3230 et suiv.).

Pour la contribution foncière des propriétés non bâties, à la suite de chaque révision générale, les pro-

priétaires sont admis à contester la nature de culture et le classement attribués à leur propriété dans les mêmes délais que ceux indiqués ci-dessus pour l'évaluation des propriétés bâties (L. 29 mars 1914, art. 15 et 17 ; L. 31 déc. 1920, art. 20).

Ces contestations sont portées devant le conseil de préfecture suivant les mêmes règles que les demandes en dégrèvement.

En outre, à la suite de toute révision des évaluations, le maire, le directeur des contributions directes et les propriétaires possédant plus de la moitié de la superficie des terrains de la catégorie en cause peuvent contester le tarif arrêté par l'Administration, dans le mois qui suit l'affichage des tarifs (L. 29 mars 1914, art. 10 et 11).

Les contestations sur le tarif des évaluations (qui, en cas de désaccord entre le service des contributions directes et les classificateurs, est arrêté par une commission départementale organisée par l'art. 9 de la loi du 29 mars 1914) sont portées, dans le mois qui suivra l'affichage des tarifs, devant une commission centrale qui statue définitivement (art. 10). Cette commission est une sorte de juridiction administrative spéciale relevant du Conseil d'État par la cassation (Cons. d'Ét. 31 mars 1922, *Commune de Marcillac*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 300).

268. Contestations relatives aux poursuites. — Nous avons déjà donné ci-dessus (n° 263) quelques détails à ce sujet, relativement au contentieux des actes de poursuite proprement dits, des voies d'exécution et de leurs suites. Il faut ajouter que le conseil de préfecture est compétent pour connaître de toutes les difficultés qui peuvent surgir entre le contribuable et le percepteur, par exemple au sujet des payements opérés, de leur imputation, des émargements sur le registre du percepteur, des quittances délivrées par ce fonctionnaire (Laferrière, t. 2, p. 285).

Il en serait de même des demandes du contribuable tendant à établir que les fractions d'impôts qui lui sont réclamées ne sont pas encore échues, ou que, même

échues, elles ne sont pas exigibles. On sait, en effet, que les impôts directs sont exigibles par fractions (autrefois par douzièmes, aujourd'hui en deux fractions égales, payables la première le 30 avril, la seconde le 31 octobre de l'année pour laquelle l'impôt est dû : L. fin. 4 avr. 1926, art. 2). Lorsqu'une réclamation n'a pas été jugée dans les six mois qui suivent sa présentation, le contribuable a la faculté, dans la limite du dégrèvement sollicité par lui, de différer le payement des termes qui viennent à échoir sur la contribution contestée, à la condition d'avoir préalablement, dans sa demande, manifesté cette intention et fixé le montant des bases du dégrèvement auquel il prétend (L. 13 juill. 1903, art. 17). Les contestations sur ces demandes de sursis sont également, en vertu des mêmes principes, de la compétence des conseils de préfecture.

Les réclamations dont il vient d'être parlé doivent, suivant la règle générale en matière de contributions directes, être portées devant le conseil de préfecture dans les trois mois ; mais ce délai ne peut courir de la publication des rôles, puisque les événements qui, en l'espèce, donnent lieu à réclamation, seront souvent postérieurs de trois mois à ce point de départ. Le délai courra donc de l'acte de poursuite ou du payement qui donnera lieu à contestation (Cons. d'Ét. 24 mars 1911, *Charpentier*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 386 ; 13 déc. 1912, *Dubois*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 1202).

Il se peut que les poursuites soient dirigées par l'Administration, non contre le contribuable personnellement, mais contre des tiers. Pour déterminer le tribunal compétent sur les difficultés que peuvent faire naître ces poursuites, il faut distinguer suivant que le tiers poursuivi est personnellement responsable de l'impôt envers le Trésor, personnellement débiteur d'un impôt qui n'est pas le sien, ou seulement recherché comme une sorte de tiers saisi, à raison de valeurs qu'il détient appartenant au redevable. Le premier cas se présente, notamment, lorsqu'un propriétaire laisse déménager ses locataires sans s'être assuré qu'ils ont acquitté leurs impôts et sans avoir, s'ils ne l'ont pas fait, averti le

percepteur (L. 21 avr. 1832, art. 22 et 23 ; L. 15 juill. 1880, art. 30). Le second cas est prévu par l'article 2 de la loi du 12 novembre 1808, qui enjoint aux fermiers, locataires et à une série d'autres débiteurs, d'acquitter les impôts dus par leurs bailleurs ou créanciers.

Dans le premier cas, les contestations entre les tiers et le Trésor sont de la compétence du conseil de préfecture, puisque le tiers est poursuivi comme débiteur de l'impôt. Dans le second cas, le tiers n'est qu'un tiers saisi, et toutes les questions de validité de l'opposition, de rapports entre le tiers et le débiteur saisi, de privilèges réclamés par d'autre créanciers, etc. sont de la compétence de l'autorité judiciaire. Il n'en serait autrement que si le tiers prétendait discuter la dette même de son créancier envers le Trésor, auquel cas le conseil de préfecture redeviendrait évidemment compétent (V. sur tous ces points Laferrière, t. 2, p. 293 et suiv., et les arrêts cités).

269. Réclamations formées par les percepteurs. — Les percepteurs sont personnellement responsables du recouvrement des contributions directes portées sur les rôles qui leur sont remis (L. 17 brum. an 5, art. 2 ; Arr. 16 therm. an 8, art. 30). Ils ne sont déchargés de cette responsabilité que par les versements qu'ils font dans les caisses du Trésor, par les ordonnances de dégrèvement qui suivent les décisions contentieuses rendues en faveur des contribuables, par les arrêtés des préfets accordant des remises ou modérations, ou enfin par les décisions statuant sur les états de cotes indûment imposées ou irrecouvrables présentés par les percepteurs. Ce dernier point demande quelques explications.

Les percepteurs sont d'abord admis à présenter en fin d'exercice au préfet des états donnant la liste de cotes qui, quoique bien imposées, sont *irrecouvrables*. Le préfet les décharge de leur responsabilité à ce sujet (Arr. du 24 flor. an 8, art. 28). S'il y avait contestation sur le caractère recouvrable ou non de la cote et si le préfet refusait la décharge demandée, le percepteur jouirait d'un recours hiérarchique au ministre des

Finances ; mais il ne pourrait pas porter la contestation devant la juridiction administrative : l'appréciation de l'Administration active est souveraine sur ce point.

En second lieu, le percepteur, pour les *cotes indûment imposées*, même si elles sont recouvrables, peut présenter au conseil de préfecture, dans les trois mois de la publication des rôles, des états qui sont soumis à une instruction administrative comme s'il s'agissait d'une demande en dégrèvement et au vu desquels la juridiction administrative lui accorde sa décharge, s'il y a lieu (L. 3 juill. 1846, art. 6). Le percepteur ainsi n'est pas obligé de poursuivre des contribuables qu'il sait indûment imposés.

En troisième lieu, le percepteur peut encore, si les délais normaux sont expirés, présenter en fin d'exercice au conseil de préfecture de nouveaux états de *cotes indûment imposées*, pourvu qu'elles soient *en même temps irrecouvrables* (L. 22 juin 1854, art. 16).

Enfin, pour ne pas laisser échapper d'erreurs ou d'omissions préjudiciables aux intérêts légitimes des percepteurs, la loi du 21 juillet 1887, article 3, modifiée par la loi du 18 juillet 1911, autorise les directeurs des contributions directes à inscrire d'office, *en tout temps*, sur des états particuliers de dégrèvement, les cotes ou portions de cotes qui seront reconnues former surtaxe. Les dégrèvements sont prononcés par les directeurs eux-mêmes toutes les fois que le maire ou les répartiteurs ont exprimé un avis favorable à ces dégrèvements ; dans le cas contraire, il est statué par le conseil de préfecture.

Les percepteurs peuvent déférer au Conseil d'État les décisions des conseils de préfecture rejetant leurs demandes de décharge en ce qui concerne les cotes indûment imposées.

270. Mesures d'instruction. — Les mesures d'instruction, en matière de réclamations sur les contributions directes, sont de trois sortes : 1° les vérifications et avis des agents de l'Administration ; 2° les expertises ; 3° les contre-vérifications administratives.

Instruction, vérifications et contre-vérifications administratives. — Ces vérifications sont prescrites par

plusieurs textes épars, notamment les articles 28 et 29 de la loi du 21 avril 1832, le premier modifié par l'article 17 de la loi du 13 juillet 1903. L'instruction ministérielle du 10 janvier 1916 fait état de ces différents textes et règle les détails de l'instruction (V. Dalloz, *Rép. prat.*, v° *Taxes et impôts directs*, n°s 3280 et suiv., 3289 et suiv., 3300 et suiv., 3329 et suiv.). Le contrôleur des contributions directes est la cheville ouvrière de toute cette procédure. Elle comporte notamment l'avis du maire (ou des répartiteurs s'il s'agit d'un impôt de répartition), celui du contrôleur, l'avis du directeur, la communication du dossier à l'intéressé si l'avis est défavorable, avec invitation d'avoir à faire connaître dans les dix jours s'il veut fournir de nouvelles observations ou recourir à l'expertise, etc.

Cette instruction est obligatoire. Le conseil de préfecture ne pourrait par valablement statuer si elle n'avait pas eu lieu, ou si quelqu'une des formalités prescrites n'avait pas été accomplie ou ne l'avait été qu'irrégulièrement. C'est ainsi que le Conseil d'État a annulé un arrêté par lequel le conseil de préfecture avait statué sur des conclusions subsidiaires non soumises à l'examen des agents de l'Administration (Cons. d'Ét. 24 mars 1900, *Royer, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 244).

En annulant la décision rendue sur une instruction incomplète ou irrégulière, le Conseil d'État renvoie toujours l'affaire devant le conseil de préfecture pour y être procédé à une nouvelle instruction administrative ; il ne considère pas qu'en l'absence d'une instruction complète et régulière, l'affaire puisse être considérée comme en état, et par suite il s'abstient d'évoquer le fond (Laferrière, t. 2, p. 308).

En outre, le conseil de préfecture et le Conseil d'État peuvent toujours ordonner, et l'Administration peut aussi prescrire d'office une contre-vérification administrative, qui est faite sous la direction de l'inspecteur des contributions directes (L. 26 mars 1831, art. 29) ; elle peut être confiée, à défaut de l'inspecteur, à un contrôleur ; mais celui-ci doit être autre que le fonctionnaire qui a procédé à la première instruction (V. sur

tous ces points Dalloz, *Rép. prat.*, v° *Taxes et impôts directs*, n°s 3459 et suiv.).

Ces contre-vérifications, souvent utiles, ne sont jamais obligatoires, et une décision du conseil de préfecture ne saurait être annulée ou réformée pour ne les avoir pas ordonnées sur la demande de l'une des parties.

Expertises. — (V. L. 21 avr. 1832, art. 29 ; 29 déc. 1884 ; 22 juill. 1889, art. 23 ; 17 juill. 1895, art. 16). L'expertise est obligatoire toutes les fois qu'elle est demandée par le contribuable (Cons. d'Ét. 28 juin 1895, *Fassinat*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 534 ; 21 janv. 1898, *Boussin*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 34 ; 27 janv. 1899, *Portal*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 56 ; 7 août 1900, *Dencausse*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 549 ; 5 févr. 1902, *Jarret et Tarpin*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 80 ; 9 janv. 1907, *Bergès*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 22). Toutefois, le conseil de préfecture pourrait, et même devrait s'abstenir d'ordonner cette mesure d'instruction si la réclamation du contribuable était entachée d'un vice de forme qui la rendrait irrecevable (Cons. d'Ét. 6 avr. 1900, *Uhler*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 277 ; 23 janv. 1903, *Perrin*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 42 ; 18 déc. 1903, *Briand*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 804) ; ou si les faits allégués par le contribuable, et dont il demande à faire la preuve par expertise, sont sans pertinence ; ou si la solution du litige dépend d'une question de droit sur laquelle les experts n'ont pas qualité pour donner leur avis (V. Laferrière, t. 2, p. 309 ; Cons. d'Ét. 4 mai 1894, *Jacquier*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 305 ; 18 janv. 1895, *Sébut*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 64).

L'expertise est ordonnée par arrêté du conseil de préfecture ou du président de ce conseil en cas d'accord des parties (Décr. 26 sept. 1926). L'arrêté désigne un expert choisi par le conseil et donne acte, tant à l'Administration qu'au réclamant, de la nomination d'un expert par chacun d'eux. Le système compliqué d'expertise préalable et de tierce expertise, organisé par la législation ancienne et notamment par la loi du 29 décembre 1884, article 5, a été aboli par la loi du 17 juillet 1895, article 16. Les experts peuvent être récusés pour causes graves, dont l'appréciation est laissée au conseil de préfecture, sans

que celui-ci soit lié par les dispositions des articles 308 et 310 du Code de procédure civile (Laferrière, t. 2, p. 310; Dalloz, *Rép. prat.*, v° *Taxes et impôts directs*, n^os^ 3391 et suiv., et les arrêts cités. — L. 22 juill. 1889, art. 17).

Les experts n'ont pas à prêter serment. Le procès-verbal de leurs opérations est rédigé par l'agent de l'Administration qui assiste à l'expertise. Le réclamant doit être convoqué, de façon à assurer aux opérations un caractère contradictoire. Les experts rédigent un rapport écrit, qui est déposé, avec le procès-verbal, au greffe du conseil de préfecture, où les intéressés, avertis par les soins du directeur des contributions directes, peuvent en prendre connaissance.

L'expertise est la seule mesure d'instruction que le conseil de préfecture puisse ordonner. Il ne pourrait prescrire ni visite de lieux (Cons. d'Ét. 20 avr. 1894, *Mazuc*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 264 ; 3 avr. 1903, *Menier*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 296), ni une enquête par témoins (Cons. d'Ét. 19 déc. 1902, *Dreffort*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 767 ; 24 juin 1910, *Bruyant*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 508).

271. Décision du conseil de préfecture et recours au Conseil d'État. — Une fois l'instruction terminée et le dossier transmis au conseil de préfecture par les soins de l'Administration, le président fixe le rôle de la séance assez longtemps à l'avance pour que les parties, si elles l'ont demandé, puissent être convoquées (L. 22 juill. 1889, art. 43). Cette convocation n'a lieu que si elles ont fait connaître, avant l'établissement du rôle, leur intention de présenter des observations orales (art. 44). On sait que, si la décision n'intervient pas dans le délai de six mois, les parties qui se sont réservé ce droit peuvent suspendre le payement des termes à échoir (L. 13 juill. 1903, art. 17). Les décrets des 6 et 26 septembre 1926 indiquent les cas dans lesquels il peut être statué par un conseiller de préfecture délégué, jugeant seul.

Les dispositions générales de la loi du 22 juillet 1889 (art. 57 à 61) sur l'appel au Conseil d'État sont applicables aux pourvois formés contre les décisions des conseils de préfecture en matière de contributions directes.

En effet, la disposition de l'article 11 de la même loi, qui maintient, pour les réclamations relatives aux contributions directes, la législation antérieure, ne vise que « l'introduction et l'instruction des demandes », et non les voies de recours. Nous renvoyons donc, à cet égard, aux développements donnés *suprà*, n° 200. — V. aussi Dalloz, *Rép. prat.*, *v°* *cit.*, n°s 3660 et suiv.

Le délai de deux mois, utile pour se pourvoir, court contre le réclamant à dater de la notification de la décision, qui lui est faite par le directeur des contributions directes. La notification est constatée par l'accusé de réception postal de l'avis de décision. Contre l'Administration, le délai court à dater de l'arrivée au ministère des Finances du rapport du directeur départemental sur la décision (V. les arrêts cités au *Rép. prat.* de Dalloz, *v°* *cit.*, n° 3700).

Le recours a lieu sans frais et il est dispensé du ministère de l'avocat au Conseil d'État. Toutefois, la dispense de timbre n'existe (sauf en matière de prestations) que pour les cotes inférieures à 30 francs (L. 22 juill. 1889, art. 61).

Comme en matière ordinaire, le recours n'a pas d'effet suspensif, sauf pour le Conseil d'État à ordonner, s'il y a lieu, un sursis par application de l'article 3 du décret du 22 juillet 1806. Laferrière doute même que cette disposition puisse être appliquée en cette matière, l'exécution ayant lieu, non en vertu de la décision du conseil de préfecture, mais en vertu du rôle, qui constitue un titre exécutoire (t. 2, p. 315). Mais le caractère tout à fait général de l'article 3 ne permet pas, à notre avis, une telle distinction.

L'affaire est distribuée à l'une des sous-sections de la section spéciale du contentieux du Conseil d'État et est instruite ainsi qu'il a été expliqué *suprà*, n° 171.

L'arrêt du Conseil d'État est transmis au département des finances par les soins du secrétariat du contentieux du Conseil d'État. L'Administration envoie le dossier au préfet, qui est chargé de notifier la décision aux intéressés et, de concert avec le directeur, d'en assurer l'exécution au nom du ministre des Finances.

272. Contentieux des taxes assimilées aux contributions directes. — Un grand nombre de taxes spéciales, d'origines diverses, perçues soit au profit de l'État, soit au profit des départements, des communes, des établissements publics, des communautés d'habitants, sont dites « assimilées aux contributions directes » parce qu'elles sont perçues au moyen de rôles nominatifs. Telles sont : la taxe des biens de mainmorte (Dalloz, *Rép. prat.*, v° *Taxes et impôts directs*, n^os^ 2178 et suiv.), la contribution sur les voitures, chevaux et mulets (*ibid.*, n^os^ 2221 et suiv.), la taxe sur les cercles (*ibid.*, n^os^ 2287 et suiv.), la taxe sur les gardes-chasse (*ibid.*, n^os^ 2322 et suiv.), la redevance des mines (*ibid.*, n^os^ 2338 et suiv.), les droits de vérification des poids et mesures, la taxe pour fonds de garantie en matière d'accidents du travail, la taxe des prestations et la taxe vicinale (*ibid.*, n^os^ 2350 et suiv.), la taxe sur les chiens (*ibid.*, n^os^ 2402 et suiv.), les taxes municipales établies en remplacement des droits d'octroi sur les boissons hygiéniques (Dalloz, *Rép. prat.*, v° *Octroi*, n^os^ 1001 et suiv.).

Le contentieux de ces taxes relève des conseils de préfecture, comme celui des contributions directes proprement dites.

Il n'en est pas de même du contentieux d'un certain nombre de taxes spéciales, notamment de taxes municipales telles que les droits de voirie, les droits de place dans les halles et marchés, les péages communaux, etc., qui sont perçus, non en vertu de rôles, mais d'états exécutoires (V. L. 18 juill. 1837, art. 63, 7 août 1851, art. 13, 5 avr. 1884, art. 133 et 154). Ces états perdent leur force exécutoire par le seul fait de l'opposition portée par le redevable devant la juridiction compétente (Laferrière, t. 2, p. 316-317) ; ils diffèrent en cela des rôles des contributions directes.

Le contentieux de ces taxes relève le plus souvent des tribunaux judiciaires, car de leur nature elles constituent généralement des impôts indirects frappant un fait plus qu'une personne (Cf. L. 5 avr. 1884, art. 154, § 2). L'article 21 de la loi du 18 juillet 1911, aux termes

duquel les poursuites ayant pour objet le recouvrement de ces taxes perçues sur états exécutoires « sont exercées selon les règles suivies en matière de contributions directes », n'a rien changé à cet égard, car il ne statue que sur les règles relatives aux *poursuites*, et non sur le contentieux de la taxe proprement dite.

En ce qui concerne la procédure à suivre sur les réclamations relatives aux taxes assimilées aux contributions directes, l'article 11 de la loi du 22 juillet 1889 fait une distinction : pour celles de ces taxes dont l'assiette est confiée à l'Administration des contributions directes, telles que la taxe des biens de main-morte, la taxe vicinale et celle des prestations, toutes les règles de la procédure spéciale relatives aux contributions directes proprement dites sont applicables. Pour celles, au contraire, dont l'assiette est confiée à une autre administration (droits de vérification des poids et mesures, redevance des mines, etc.), la procédure ordinaire commune à toutes les instances suivies devant le conseil de préfecture, telle qu'elle est réglée par les articles 1 à 9 de la loi du 22 juillet 1889, doit être seule suivie. Dès lors, pour ces dernières taxes, la réclamation est introduite soit par voie de requête déposée au greffe du conseil de préfecture, soit par assignation, et l'instruction se fait par les soins du rapporteur et du conseil. Cependant, les expertises se poursuivent, même dans ce cas, comme en matière de contributions directes proprement dites (Laferrière, t. 2, p. 318), sauf que le contrôleur des contributions directes est remplacé par un fonctionnaire de l'Administration chargée de l'assiette de la taxe (Dalloz, *Rép. prat.*, v° *Taxes et impôts directs*, n° 3328).

273. Contentieux de la taxe sur le chiffre d'affaires. — La loi du 25 juin 1920, plusieurs fois modifiée, notamment par la loi du 30 mars 1923, a institué une taxe sur le chiffre d'affaires réalisé par les industriels et commerçants. Cette taxe constitue une contribution indirecte, puisqu'elle n'est pas recouvrée au moyen de l'établissement de rôles nominatifs. D'ail-

leurs, le commerçant frappé de la taxe constitue une sorte d'intermédiaire entre le Trésor et le consommateur, qui est le véritable contribuable : il récupérera la taxe sur le chiffre d'affaires dans le prix de ses produits ou de ses services.

La disposition de l'article 70 de la loi du 25 juin 1920, attribuant compétence aux conseils de préfecture pour connaître du contentieux de cette taxe, est donc une disposition exceptionnelle.

Ce texte est, d'ailleurs, rédigé d'une façon imparfaite. Il prévoit seulement les poursuites dirigées contre les redevables par l'Administration. Ces poursuites ont lieu par voie de contraintes administratives ; et leur exécution ne peut être interrompue (art. 70) « que par une opposition formée par le redevable et motivée, avec assignation devant le conseil de préfecture ».

Non seulement il était anormal que le conseil de préfecture pût être saisi du contentieux d'une taxe indirecte, mais encore il est fâcheux que le législateur ait paru abandonner ici le procédé normal de saisine de la juridiction administrative, qui est une requête présentée au juge.

On pourrait se demander si les instances, autres que les oppositions à poursuites, suscitées par la taxe sur le chiffre d'affaires doivent être portées devant le conseil de préfecture, si l'article 70 ne contenait une disposition finale aux termes de laquelle, sous la réserve des demandes introduites sous forme d'opposition à contraintes, « les instances sont introduites, instruites et jugées par les conseils de préfecture, sauf appel devant le Conseil d'État, suivant les formes fixées par la loi du 22 juillet 1889 ». Il suit de là que la compétence du conseil de préfecture, sauf exception, est générale en matière d'impôt sur le chiffre d'affaires (Cf. Civ. 3 juin 1924, D. H. 1924. 513). Elle s'applique non seulement aux oppositions à poursuites, mais à toutes les contestations que peut soulever l'application de l'impôt, par exemple aux actions en restitution intentées par le redevable. Ces actions se prescrivent par 2 ans à compter du payement (art. 70).

Les conseils de préfecture connaissent également de toutes les contestations sur l'application des amendes fiscales prévues par les articles 68 et 69 de la loi du 25 juin 1920, par exemple en cas d'omission ou d'insuffisance dans la comptabilité, ou en cas de refus par le contrevenant de communiquer les pièces justificatives qu'il doit à l'Administration.

Cependant les conseils de préfecture cesseraient d'être compétents, en cas de récidive, pour l'application de la peine d'emprisonnement et de la peine accessoire de publication et d'affichage, prévue par l'article 68, § 6 et 7, de la loi du 25 juin 1920.

Le conseil de préfecture n'est pas compétent non plus lorsque la taxe est perçue à l'occasion d'importation d'objets ou de marchandises ; dans ce cas, l'article 72 de la loi du 25 juin 1920 spécifie que les poursuites seront effectuées et les instances instruites et jugées comme en matière de douane ; ce qui implique la compétence des tribunaux judiciaires.

Dans tous les cas où l'instance n'est pas introduite sous forme d'opposition à contrainte, les parties doivent suivre les formes ordinaires prescrites par la loi du 22 juillet 1889. La procédure se déroule d'après les prescriptions générales de cette loi, et non suivant les formes spéciales aux réclamations en matière de contributions directes. Il ne s'agit pas là, en effet, d'une contribution directe, mais d'une taxe indirecte dont le contentieux est exceptionnellement attribué aux conseils de préfecture.

Le délai pour l'introduction d'une demande ne peut évidemment pas être le délai de trois mois établi en matière de contributions directes, puisqu'il n'y a pas de rôle publié. S'il s'agit d'une action intentée par l'Administration, à raison d'une infraction, elle se prescrit par trois ans. L'action en restitution des redevables doit être intentée, nous l'avons dit, dans les deux ans qui suivent le payement. Aucun délai spécial n'est prescrit à peine de déchéance pour les autres demandes (V., sur toutes ces questions, l'ouvrage de M. Maurice Gardes, *L'impôt sur le chiffre d'affaires*, 2e partie, p. 226 et suiv.).

SECTION VI

LE CONTENTIEUX ÉLECTORAL

274. Règles générales et compétence. — (Sur le contentieux électoral, V. Hauriou, *Précis*, 10e édit., p. 158 et suiv. ; Laferrière, t. 2, p. 321 et suiv. ; Dalloz, *Rép. prat.*, v° *Elections*.) L'élection est une opération administrative au moyen de laquelle les citoyens investis du droit électoral font connaître leur choix sur les personnes par lesquelles ils veulent être représentés dans les assemblées qui se recrutent et les organes qui se constituent au moyen du suffrage. La validité et la régularité de cette opération administrative doivent être vérifiées. En matière d'élections politiques, c'est ce qu'on appelle la *vérification des pouvoirs*, œuvre de l'Assemblée elle-même. En matière d'élections administratives (conseils généraux, d'arrondissement, municipaux, maires et adjoints, chambres de commerce, conseils universitaires, délégués mineurs, etc.), cette vérification se fait au moyen d'un recours contentieux devant une juridiction administrative, système bien supérieur et qui laisse beaucoup moins de place à l'intrigue et à la passion. Cette juridiction est très généralement le conseil de préfecture, avec appel au Conseil d'État (élections aux conseils d'arrondissement, L. 22 juin 1833, art. 50-54; L. 22 juill. 1889, art. 57; aux conseils municipaux, L. 5 avr. 1884, art. 37 et suiv. ; élections des maires et adjoints, L. 5 avr. 1884, art. 79) ; exceptionnellement le Conseil d'État en premier et dernier ressort (élection des conseillers généraux, L. 31 juill. 1875), et le conseil du contentieux des colonies, avec appel devant le Conseil d'État (élections aux conseils généraux des colonies et aux conseils municipaux des communes coloniales).

Les élections spéciales, telles que celles des chambres de commerce, des conseils académiques, du Conseil supérieur de l'Instruction publique, des délégués mi-

neurs, des associations syndicales libres ou autorisées, etc., ne seront pas étudiées ici. Leur contentieux est d'ailleurs soumis aux principes généraux qui seront développés ci-dessous.

Le contentieux des élections peut se diviser en deux parties : 1° les contestations étrangères aux opérations électorales proprement dites ; 2° les contestations concernant les opérations électorales.

275. Contestations étrangères aux opérations électorales proprement dites. I. Contestations relatives aux listes électorales et au droit de vote. — Le principe général est que, tandis que le contentieux de l'*éligibilité* est administratif, le contentieux de l'électorat est judiciaire. Cette distinction est fondée sur ce que le droit de vote constitue un droit individuel, un véritable droit civique, placé, comme tel, sous la sauvegarde de l'autorité judiciaire.

Nous n'avons donc pas à nous occuper ici du contentieux individuel que soulève l'établissement et la révision annuelle de la liste électorale, les inscriptions et radiations d'électeurs, etc. Les commissions instituées par les décrets du 2 février 1852 et par la loi du 7 juillet 1874, et les juges de paix, sous le contrôle de la Cour de cassation, sont compétents pour trancher ces questions. La juridiction administrative n'aura à intervenir, au cours de cette période antérieure à l'élection, que dans deux cas :

1° *Annulation des opérations irrégulières de révision des listes électorales.* — Les commissions locales chargées de reviser les listes électorales adressent au sous-préfet, qui les transmet au préfet, le tableau des additions et retranchements à la liste. Le préfet jouit alors d'un pouvoir très important, qui lui est conféré par l'article 4 du décret réglementaire du 2 février 1852, ainsi conçu : « Si le préfet estime que les formalités et les délais prescrits par la loi n'ont pas été observés, il devra, dans les deux jours de la réception du tableau, déférer les opérations au conseil de préfecture du département, qui statuera dans les trois jours et fixera, s'il

y a lieu, le délai dans lequel les opérations annulées devront être refaites ».

Ce recours n'appartient qu'au préfet. Il ne peut pas être exercé par les électeurs (Cons. d'Ét. 2 juill. 1880, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 630 ; 27 juill. 1883, D. P. 85. 3. 66 ; 9 juill. 1886, D. P. 87. 3. 123). Le préfet n'est, lui-même, autorisé à l'exercer que s'il s'agit de la *révision* de la liste électorale, et non dans le cas où les autorités locales auraient négligé d'établir la liste originaire. Dans ce cas, le préfet doit prescrire à ces autorités d'accomplir les actes de leurs fonctions ; il n'a pas besoin pour cela d'une décision du conseil de préfecture (Cons. d'Ét. 12 mars 1875, *Elections de Saint-Martin-du-Bon-Fossé*, D. P. 75. 3. 109).

Le conseil de préfecture, saisi par le préfet, pourra annuler les opérations de révision de la liste pour inobservation des *formes* ou des *délais* réglementaires (V. Cons. d'Ét. 29 juin 1888, D. P. 89. 5. 195 ; 19 déc. 1891, D. P. 93. 3. 29 ; 21 mai 1897, D. P. 98. 3. 106) ; mais non pour un motif tiré de la non-légitimité des inscriptions ou radiations opérées : ce contrôle n'appartient qu'à l'autorité judiciaire (Cons. d'Ét. 13 févr. 1907, D. P. 1908. 3. 96).

La décision du conseil de préfecture peut être frappée d'appel devant le Conseil d'État. Ce droit d'appel existe au profit de l'Administration ; il est exercé par le préfet ou par le ministre. Le même droit appartient au maire de la commune, qui a qualité pour défendre, devant le Conseil d'État, les opérations de la commission administrative de révision des listes (Cons. d'Ét. 7 août 1883, D. P. 85. 3. 66 ; 26 déc. 1884, D. P. 85. 5. 178). Mais les électeurs *ut singuli* n'auraient pas le même droit (Cons. d'Ét. 14 mars 1879, D. P. 79. 3. 80 ; 6 août 1909, D. P. 1911. 3. 82).

Ils peuvent cependant, à l'occasion d'une contestation sur les opérations électorales, soutenir que l'élection a été viciée par l'irrégularité de la révision annuelle de la liste. Le juge de l'élection a, en effet, le pouvoir de rechercher si l'opération « est l'œuvre d'un corps électoral régulièrement recensé » (Laferrière, t. 2, p. 329),

et, s'il estime que les irrégularités de la révision annuelle ont été de nature à influer sur les résultats de l'élection, il constatera ces irrégularités et annulera, en conséquence, les opérations électorales (Cons. d'Ét. 12 août 1879, *El. de Morosaglia, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 646).

2° *Annulation des sectionnements électoraux irréguliers.* — On sait que les communes peuvent être divisées en deux ou plusieurs circonscriptions électorales, dont chacune élit une partie des conseillers municipaux (L. 5 avr. 1884, art. 11 et suiv.). Le sectionnement est opéré par le conseil général, d'après des règles tracées par la loi en vue d'éviter toute combinaison tendant à fausser la loyauté du scrutin. On a admis de tout temps que les élections faites sur un sectionnement électoral irrégulier, de nature à en fausser les résultats, devaient être annulées par le conseil de préfecture. Mais pendant longtemps le Conseil d'État n'a pas voulu admettre que les délibérations des conseils généraux consacrant un sectionnement électoral irrégulier pussent être attaquées directement, avant toute élection, par la voie du recours pour excès de pouvoir. Cette jurisprudence a été abandonnée, et les sectionnements électoraux irréguliers peuvent être aujourd'hui directement annulés par le Conseil d'État, sur pourvoi soit des municipalités, soit des électeurs intéressés (Dalloz, *Rép. prat.*, v° *Elections*, n°s 1244 et suiv. ; Cons. d'Ét. 7 août 1903, D. P. 1905. 3. 17 ; 10 févr. 1905, D. P. 1906. 3. 87 ; 10 avr. 1908, D. P. 1909. 3. 120. — Cf. *infrà*, n° 278).

Il y a des cas exceptionnels où le juge de l'élection aura à apprécier le droit de vote de l'électeur, sans connaître, bien entendu, de la validité de son inscription sur les listes électorales. En effet, il arrive que des personnes dûment inscrites sur les listes n'ont cependant pas le droit de voter (militaires en activité de service, électeurs inscrits dans plusieurs communes, qui ne peuvent voter que dans une seule, individus qui ont perdu la capacité électorale depuis leur inscription). La loi leur interdisant le vote, le juge de l'élection, s'ils ont pris part au scrutin et si leur vote a pu

influer d'une façon décisive sur le résultat, pourra être amené à annuler l'élection (Laferrière, t. 2, p. 331). Mais il n'en serait plus ainsi dans le cas où il s'agirait de citoyens dont l'inscription a été obtenue ou maintenue par erreur sur les listes électorales, mais auxquels aucune disposition légale ne défend de prendre part au vote, s'ils sont inscrits. Tels sont les mineurs, les étrangers, les interdits, les personnes non domiciliées dans la commune, qui auraient été à tort inscrits ou maintenus. Leur vote ne peut vicier le scrutin (Cons. d'Ét. 1er juill. 1893, *él. de Castagnède*, S. 95. 3. 55-56 ; 5 août 1893, *él. de Criquebœuf*, S. 95. 3. 75).

276. II. Contestations relatives à l'éligibilité. — L'éligibilité n'est pas, comme l'électorat, un droit individuel dont la garde est confiée aux tribunaux judiciaires ; c'est une *aptitude administrative*, dont l'appréciation légale est remise aux tribunaux administratifs. Le juge de l'élection est donc appelé à rechercher si l'élu présente les conditions légales d'éligibilité exigées par la loi, et il doit annuler l'élection si elle a amené la proclamation d'un inéligible.

Le juge de l'élection a sur ce point plénitude de juridiction. Il recherchera si l'élu avait la capacité électorale, condition première de l'éligibilité ; s'il n'exerce point de fonctions incompatibles avec son mandat (Cons. d'Ét. 17 mars 1922, *él. de Corte*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 246) ; s'il appartient à la catégorie des personnes secourues par le bureau de bienfaisance ou des domestiques, qui sont inéligibles au conseil municipal (L. 5 avr. 1884, art. 32) ; s'il a été frappé d'une condamnation judiciaire entraînant incapacité électorale, etc. Ses pouvoirs expireront cependant devant les questions d'état et de capacité civile, comme nous le verrons plus loin.

Il est deux points sur lesquels les pouvoirs du juge de l'élection en matière d'éligibilité demandent à être examinés de plus près :

1° Le juge de l'élection peut être appelé à connaître de la capacité électorale de l'élu : pour être éligible, il faut d'abord être électeur. Cette question ne se con-

fond pas avec celle d'inscription sur les listes électorales : cette inscription effective n'est pas exigée pour être élu ; mais la capacité électorale est indispensable. La juridiction administrative aura donc à rechercher si l'élu possède le droit électoral. Son appréciation sur ce point, n'ayant pas l'effet de conférer ou de retirer à qui que ce soit le droit de vote, peut s'exercer sans empiétement sur les pouvoirs de l'autorité judiciaire (Cons. d'Ét. 15 mars 1878, *él. de Moyenneville*, S. 80. 2. 31 ; 26 nov. 1892, *él. de Rougemontot*, S. 94. 3. 94). Le fait que le juge de l'inscription sur la liste y a maintenu la personne dont l'élection est contestée ne lie en aucune façon le juge de l'élection (Laferrière, t. 2, p. 335).

2° Le juge de l'élection peut être amené à connaître de certaines questions se rattachant à la matière des contributions directes. En effet, les candidats non domiciliés dans le département sont exceptionnellement éligibles au conseil général, s'ils justifient y être inscrits au rôle d'une des contributions directes au 1er janvier de l'année de l'élection, ou tout au moins qu'ils auraient dû y être inscrits (L. 10 août 1871, art. 6) ; et il en est de même, pour les élections au conseil municipal, des personnes non domiciliées dans la commune (L. 5 avr. 1884, art. 31). Le juge de l'élection sera donc appelé à vérifier l'existence de ces conditions. Sa décision sera, d'ailleurs, sans influence sur celle du juge de l'impôt, car il ne peut ni ordonner une inscription au rôle, ni prononcer un dégrèvement.

La compétence du juge de l'élection sera très large en cette matière. Il peut et doit déclarer éligible un candidat qui n'était pas inscrit, mais aurait dû l'être ; il peut et doit annuler l'élection d'un candidat inscrit au rôle d'une des contributions directes, mais qui n'aurait pas dû l'être et n'a obtenu son inscription que par erreur ou par fraude, ou n'a été maintenu au rôle que par suite d'une omission involontaire de l'Administration, de sa propre négligence ou de son abstention délibérée de toute demande de radiation (Jurisprudence constante : Laferrière, t. 2, p. 336-337).

277. Questions préjudicielles. — La jurisprudence interprète l'article 52 de la loi du 22 juin 1833, l'article 16 de la loi du 10 août 1871, modifié par la loi du 31 juillet 1875, et l'article 47 de la loi du 5 avril 1884, comme réservant à l'autorité judiciaire, à titre préjudiciel, l'examen des questions d'état et de capacité civile de l'élu impliquées dans les contestations électorales. Ainsi le juge de l'élection devrait surseoir à statuer sur la protestation électorale, si elle mettait en jeu la nationalité de l'élu (Cons. d'Ét. 20 mai 1898, D. P. 99. 5. 289 ; 13 févr. 1901, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 172), sa parenté au dégré prohibé avec un autre élu, la question de savoir s'il est ou non pourvu d'un conseil judiciaire, la portée ou l'effet d'un jugement de condamnation qui lui enlèverait l'éligibilité, la question de domicile légal, etc. (V. les arrêts cités au *Rép. prat.* de Dalloz, v° *Elections*, n°s 2158 et suiv.).

Encore faut-il que ces questions soulèvent une difficulté sérieuse. Par exemple, la question d'âge ne serait pas préjudicielle si elle peut être aisément résolue au moyen d'actes de l'état civil réguliers ; de même la question de parenté et d'alliance dans les mêmes conditions. Quant à l'indignité résultant d'une condamnation judiciaire, le juge de l'élection aura à en faire purement et simplement l'application, sans qu'il y ait lieu à sursis, toutes les fois qu'il ne peut s'élever aucune controverse sérieuse sur l'identité du condamné, sur les effets et la portée légale de la décision répressive (V. sur la jurisprudence, constante en ce sens, le *Rép. prat.* de Dalloz, *v° cit.*, n°s 2156 et suiv.; et Laferrière, t. 2, p. 332 et suiv.).

Lorsqu'il y a lieu a renvoi préjudiciel devant l'autorité judiciaire, la juridiction administrative doit impartir à la partie qui a soulevé la question un délai pour introduire sa demande. Faute de justifier des diligences nécessaires, le réclamant sera censé n'avoir pas fait la preuve du fait invoqué par lui (Laferrière, t. 2, p. 341, et les arrêts cités).

278. Contestations relatives aux opérations électorales : I. Appréciation de la régularité des opérations et des actes administratifs qui les ont préparées. — Le juge de l'élection apprécie souverainement la régularité de ces actes ou opérations. Lorsqu'il reconnaîtra que quelque formalité essentielle a été omise ou irrégulièrement accomplie, il annulera les opérations électorales, qui devront être recommencées. Ses pouvoirs n'iront pas plus loin, car aucun élu ne peut être investi d'un mandat public qu'en vertu d'opérations régulières. Nous verrons qu'il en est autrement lorsqu'il s'agit du recensement et du calcul des voix, et que, dans ce dernier cas, le juge de l'élection a des pouvoirs de pleine juridiction.

En ce qui concerne les opérations électorales proprement dites, la loi a pris soin de régler minutieusement l'heure d'ouverture et de clôture du scrutin, la composition du bureau, les procédés propres à assurer le secret du vote (enveloppes pour les bulletins, cabines d'isolement, etc.). Toutes ces prescriptions ont leur importance, car elle concourent à assurer la liberté et le secret du vote, la sincérité du dépouillement, le droit de surveillance des électeurs ; mais leur minutie même empêche qu'elles soient toutes considérées comme prescrites à peine de nullité. La nullité des opérations, aux termes de la jurisprudence, ne résultera que des infractions aux règles de la procédure électorale qui seront de nature à faire suspecter, soit la loyauté des opérations, soit l'exactitude des résultats proclamés.

Ainsi, par exemple, la nullité ne pourra être encourue pour cause de publicité insuffisante ou d'abréviation arbitraire de la durée du scrutin, si les résultats de l'élection n'ont pas pu en être modifiés, étant donnés le nombre des votants et la majorité obtenue par le candidat proclamé élu (Laferrière, t. 2, p. 344 ; Cons. d'Ét. 3 juill. 1896, *él. de Bagnères-de-Bigorre, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 551 ; 28 janv. 1899, *él. du Blanc, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 81).

Le contrôle du juge de l'élection doit porter aussi sur les actes et opérations d'ordre administratif qui

ont précédé et préparé le scrutin proprement dit. Si leur irrégularité a pu influer sur les résultats de l'élection, la juridiction administrative annulera les opérations électorales. Il en sera ainsi, par exemple, si ces opérations ont eu lieu à la suite d'un sectionnement opéré dans des conditions contraires aux prescriptions de la loi. La jurisprudence qui reconnaît aux intéressés le droit de déférer au Conseil d'État, en l'absence de toute élection, un sectionnement électoral irrégulier, ne prive pas les électeurs de la faculté qu'ils ont d'invoquer cette irrégularité comme moyen à l'appui de leur protestation contre la validité de l'élection (Cons. d'Ét. 5 avr. 1905, D. P. 1906. 3. 103; 16 mars 1910, D. P. 1912. 5. 19).

Le juge de l'élection aura, de même, à apprécier la validité et la régularité de tous les autres actes qui intéressent directement l'élection : l'organisation des bureaux de vote, les mesures de police prises par le maire en vue des opérations du scrutin ; il vérifiera si les délais qui doivent séparer le décret ou l'arrêté préfectoral de convocation et le jour du vote ont été observés.

Jusqu'ici, à la différence de ce qu'il a décidé pour les sectionnements électoraux, le Conseil d'État n'a pas admis que le recours pour excès de pouvoir fût directement recevable contre les actes préparatoires du scrutin. En effet, ces actes sont très voisins du jour de l'élection ; un recours distinct ne pourrait être jugé avant la date du scrutin ; il serait donc sans utilité. Cependant, la haute juridiction administrative admet ce recours séparé lorsque l'acte critiqué, en dehors de l'influence qu'il a pu avoir sur le résultat de l'élection, peut être incriminé comme ayant violé le droit individuel d'un citoyen. Il en serait ainsi, par exemple, d'une décision du maire ayant refusé de communiquer à un électeur soit la liste électorale, soit celle des émargements opérés par les membres du bureau pour contrôler les noms des votants (Cons. d'Ét. 2 mars 1888, *Despetis*, D. P. 89. 3. 68). Il en serait de même d'un arrêté de police interdisant la circulation dans les rues un jour de

scrutin (Cons. d'Ét. 28 mars 1885, *Marie*, D. P. 86. 3. 109).

279. II. Contrôle numérique des votes, calcul des voix. — La juridiction administrative statue aussi comme juge supérieur du recensement des votes. Elle a, en effet, le pouvoir de vérifier et d'apprécier tous les éléments qui concourent à former la majorité : opérations arithmétiques pour le calcul du nombre des suffrages, attribution des bulletins, validité de ceux-ci, etc.

Dès lors, les pouvoirs du juge de l'élection ne se bornent pas ici à l'annulation de celle-ci ; il a le pouvoir et le devoir de *rectifier les résultats proclamés*, s'il y a lieu, comme conséquence de ses vérifications et calculs, et de proclamer élu un candidat à la place d'un autre, quand le résultat de ses investigations donne au premier et enlève au second la majorité requise. C'est là, on le voit, un contentieux de pleine juridiction.

Le juge de l'élection doit aussi proclamer l'élu, lorsque le bureau de vote ou la commission de recensement ne l'ont pas fait. Il doit agir ainsi même quand le scrutin n'a pas été dépouillé par le bureau. Il est arrivé plus d'une fois que, des troubles ayant empêché ce dépouillement, l'urne scellée a été transmise au conseil de préfecture ou même au Conseil d'État, qui ont procédé au dépouillement eux-mêmes et proclamé élus les candidats qui avaient obtenu la majorité (Laferrière, t. 2, p. 342-343, et les arrêts cités).

Si le juge de l'élection reconnaît qu'au premier tour aucun des candidats proclamés élus n'a obtenu la majorité requise, il doit annuler les opérations électorales, qui doivent être recommencées entièrement, et non pas seulement prescrire un second tour de scrutin. Le second tour n'est, en effet, que la continuation des opérations commencées par le premier tour. Le délai de la loi entre le premier et le second tour ne peut pas plus être prolongé qu'il ne pourrait être abrégé. Lorsque le juge de l'élection se prononce sur les opérations du premier tour, il n'est plus temps de procéder au second tour.

L'élection doit donc être totalement recommencée, et non pas seulement continuée par un second tour (Cons. d'Ét. 3 mars 1893, *él. de Flines-lès-Raches*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 206 ; 24 févr. 1894, *él. de Labruguière*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 164).

280. III. Appréciation de la moralité de l'élection. — L'élection est une opération administrative où le consentement des électeurs joue un rôle décisif. Son résultat doit être l'effet de leur volonté libre et éclairée. Il y aura donc lieu pour le juge de tenir compte des vices qui ont pu troubler le consentement des électeurs : de la pression, qui constitue une violence, des manœuvres électorales condamnables, qui constituent un dol et entachent d'erreur le consentement (Hauriou, *Précis*, 10e édit., p. 160).

Le rôle du juge de l'élection est très indépendant, en cette matière, de celui que peut être appelé à remplir l'autorité judiciaire. Sans doute certains faits de pression, certaines manœuvres peuvent constituer des délits prévus et punis par la loi ; mais l'effet des actes délictueux punissables peut n'avoir pas été assez décisif pour entraîner la nullité de l'élection, de même que des faits non punissables peuvent avoir été de nature à modifier les résultats, et par suite peuvent être sanctionnés par la nullité de l'opération.

Le juge de l'élection aura donc deux questions à se poser : 1° les faits signalés sont-ils illicites? 2° ont-ils pu exercer une influence réelle sur les résultats du scrutin? Si la réponse à ces deux questions est affirmative, le juge annulera l'élection.

Si les faits signalés (corruption, intimidation, manœuvres diverses, etc.) n'ont pu agir que sur un nombre restreint d'électeurs, trop faible pour que la majorité en fût déplacée, l'annulation ne sera pas prononcée. Mais il n'est pas nécessaire, pour obtenir cette annulation, que les protestataires établissent qu'en fait les manœuvres incriminées ont produit leur effet en déplaçant la majorité : cette preuve serait le plus souvent impossible à administrer. Il suffit qu'il soit établi que

cet effet *a pu* se produire. « Tout soupçon légitime, dit Laferrière (t. 2, p. 348), se retourne contre l'élu, parce que son titre doit être hors de doute. Cette idée apparaît nettement dans la jurisprudence du Conseil d'État, et elle explique cette formule reproduite dans un grand nombre d'arrêts d'annulation : « que les faits constatés *ont été de nature* à altérer la liberté et la sincérité du vote », sans qu'il soit besoin d'affirmer qu'ils l'ont réellement altérée (V. conf. Cons. d'Ét. 12 mai 1893, S. 95. 3. 17 et la note).

Il arrive parfois qu'un fait affectant la personne d'un seul des candidats peut constituer une manœuvre entraînant l'annulation de l'élection de toute sa liste. Ainsi lorsqu'un secrétaire de mairie, fonctionnaire communal inéligible, a accepté la candidature aux élections municipales, ce fait peut entraîner l'annulation totale des élections. « Considérant, dit le Conseil d'État, qu'en se présentant, bien qu'il fût inéligible, sur la liste qui a obtenu la majorité des suffrages, le sieur Angeli a fait bénéficier les candidats de cette liste de l'influence que ses fonctions de secrétaire en chef des bureaux de la mairie lui assuraient auprès des électeurs de la commune, et notamment auprès des indigents et des assistés... » ; et pour ce motif le Conseil d'État a annulé l'élection de toute la liste (Cons. d'Ét. 17 mars 1922, *él. de Corte*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 246).

Nous avons vu que les opérations concernant la confection de la liste électorale échappent à l'appréciation du juge de l'élection. Il en est autrement, toutefois, lorsque certains électeurs n'ont été inscrits, rayés ou omis sur la liste qu'en vue d'une manœuvre électorale. Dans ce cas, l'inscription frauduleuse ou irrégulière se confond avec la manœuvre, et peut devenir un motif d'annulation de l'élection (Cons. d'Ét. 15 juin 1898, D. P. 99. 5. 286 ; 26 juill. 1901, D. P. 1902. 5. 260 ; 29 avr. 1904, D. P. 1905. 5. 43 ; 26 déc. 1908, D. P. 1911. 5. 43 ; 31 mars 1909, D. P. 1911. 5. 43. — V. aussi les arrêts cités au *Rép. prat.* de Dalloz, v° *Elections*, n^os^ 2769 et suiv.).

Parmi les faits et manœuvres qui peuvent, lorsque

leur gravité est reconnue suffisante, entraîner la nullité de l'élection, on peut citer : 1° les faits de pression et d'intimidation résultant de menaces, de violences, d'abus d'influence de la part des maîtres et patrons, des créanciers, du clergé ; 2° les faits de corruption électorale (distributions aux électeurs, en argent ou en nature, distributions ou promesses de secours, recommandations et démarches excessives appuyées de l'allégation d'un crédit particulier) ; 3° les actes de polémique électorale déloyale, tels que les propos ou écrits calomnieux, les fausses nouvelles (surtout si elles ont été colportées à la dernière heure) ; 4° l'intervention de l'Administration, se traduisant par des actes de recommandation officielle en faveur d'un candidat ou d'une liste, par des actes de pression, par des faits de corruption administrative tels que la distribution abusive de secours officiels, etc. (V. sur tous ces points le *Rép. prat.* de Dalloz, *v° cit.*, n^os^ 2773 et suiv.).

281. Règles de procédure : I. Qualité pour réclamer. — Le droit de réclamer la nullité des élections départementales et municipales appartient : 1° aux électeurs ; 2° aux candidats ; 3° au préfet (L. 5 avr. 1884, art. 37). En outre, pour les élections aux conseils généraux, le droit de réclamer appartient aux membres du conseil général dont le nouvel élu prétend faire partie (L. 10 août 1871, art. 15, modif. par L. 31 juill. 1875). Pour les élections au conseil municipal, tout éligible a le même droit.

Ce droit appartient à tous les électeurs du canton pour les élections au conseil général et au conseil d'arrondissement ; à tous les électeurs de la commune pour les élections au conseil municipal (Cons. d'Ét. 18 mars 1901, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 302). Un électeur d'une section électorale a même le droit de demander l'annulation des élections d'une autre section de la même commune (Cons. d'Ét. 20 mars 1897, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 245 ; 6 août 1897, D. P. 98. 3. 98).

Le droit du préfet est moins étendu que celui des autres intéressés. L'article 15 de la loi du 10 août 1871,

modifiée par la loi du 31 juillet 1875, ne lui donne le droit de réclamer qu'en se fondant « sur l'inobservation des conditions et formalités prescrites par la loi ». L'article 37 de la loi du 5 avril 1884 use d'une formule analogue pour les élections municipales, de même que l'article 50 de la loi du 22 juin 1833 pour les élections aux conseils d'arrondissement. On en conclut que le préfet ne pourrait pas fonder sa réclamation sur des faits entachant la moralité de l'élection (Laferrière, t. 2, p. 351-352).

282. II. Formes et délais des réclamations. — (V. Dalloz, *Rép. prat.*, *v° cit.*, n^os^ 2046 et suiv., 2089 et suiv.) Les réclamations autres que celles du préfet peuvent être consignées séance tenante au procès-verbal des opérations, ou contenues dans un écrit annexé à ce procès-verbal.

Si la réclamation n'a pas été consignée au procès-verbal, et s'il s'agit d'élections au conseil général, elle doit être déposée dans les dix jours qui suivent l'élection, soit au secrétariat de la section du contentieux du Conseil d'État, soit au secrétariat général de la préfecture du département où l'élection a eu lieu. La réclamation est, dans tous les cas, notifiée administrativement à la partie intéressée dans le délai d'un mois à compter du jour de l'élection. Les réclamations sont transmises au Conseil d'État par le préfet dans les dix jours de leur réception (L. 10 août 1871, art. 15, modifié par L. 31 juill. 1875).

Pour les élections au conseil d'arrondissement, le dépôt de la réclamation non consignée au procès-verbal doit avoir lieu dans le délai de cinq jours à dater de celui du scrutin, au secrétariat de la sous-préfecture (L. 22 juin 1833, art. 51).

Pour les élections municipales, le dépôt doit être effectué, dans le même cas, au secrétariat de la mairie, de la sous-préfecture ou de la préfecture, dans les cinq jours. Le préfet donne immédiatement connaissance de la réclamation aux conseillers dont l'élection est contestée et les prévient qu'ils ont cinq jours pour

déposer leur défense en faisant connaître s'ils entendent user du droit de présenter des observations orales (L. 5 avr. 1884, art. 37).

Le délai n'est pas franc. Il court du jour de l'élection, ou plus exactement du jour du recensement des votes et de la proclamation des résultats, ce qui a un intérêt notamment pour les élections départementales (Laferrière, t. 2, p. 353-354).

Ces réclamations sont affranchies du timbre et de l'enregistrement. Elles sont jugées sans frais.

Le délai du recours du préfet est de 20 jours pour les élections au conseil général, de 15 jours pour les élections au conseil municipal et au conseil d'arrondissement. Ce délai court de la réception des procès-verbaux de l'élection à la préfecture. Le recours est adressé directement par le préfet au secrétariat de la section du contentieux du Conseil d'État pour les élections au conseil général, et au secrétariat du conseil de préfecture pour les élections municipales et celles au conseil d'arrondissement.

Lorsque l'élection a donné lieu à deux tours de scrutin, le délai pour se pourvoir contre les opérations du premier tour, *même si elles n'ont pas donné lieu à la proclamation d'élus*, court du jour de la proclamation des résultats de ce premier tour, et non du second : le premier tour peut, en effet, avoir ses vices propres et doit être attaqué séparément.

Cette règle souffre exception, cependant, dans le cas où les opérations du premier tour sont critiquées, non par voie directe, mais par voie incidente et, pour ainsi dire, reconventionnelle. Ceci se produira lorsqu'un candidat élu au second tour, attaqué par un autre candidat qui demande à être proclamé élu dès le premier tour de scrutin, au lieu et place de son concurrent proclamé au second tour, critique, en retour, les opérations du premier tour de scrutin, afin de remettre tout en état par l'annulation des opérations de ce premier tour. Il est recevable à le faire même après l'expiration des délais normaux pour attaquer les opérations du premier tour, son intérêt n'étant né qu'après qu'il a

eu connaissance de la protestation de son concurrent (Cons. d'Ét. 25 mars 1887, *él. de Vieille-Aure*, D. P. 88.3.49).

Il faut aller plus loin et décider que, toutes les fois qu'une décision contentieuse fait revivre une élection du premier tour, jusque-là considérée comme n'ayant pas donné de résultat, cette décision ouvre aux intéressés un nouveau délai pour attaquer l'élection ainsi proclamée par la voie contentieuse (Laferrière, t. 2, p. 355-356). Sans cela, les électeurs seraient privés en fait du droit d'attaquer cette élection, droit qui ne peut évidemment prendre naissance que du jour où cette élection a été proclamée.

Les délais s'appliquent aussi aux moyens de nullité soulevés, c'est-à-dire que tous les griefs doivent être consignés dans le délai exigé par la loi, sur la protestation formulée contre l'élection. Les griefs énoncés après l'expiration de ce délai seraient irrecevables (Cons. d'Ét. 29 juill. 1899, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 560 ; 23 déc. 1901, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 919 ; 25 mars 1904, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 277), à moins toutefois qu'ils ne soient que le développement ou le complément des griefs relevés dans la réclamation primitive, griefs qui peuvent valablement être formulés tout d'abord en termes très généraux, sauf à les préciser et compléter au cours de l'instruction (Cons. d'Ét. 11 févr. 1881, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 177 ; 12 mai 1882, *ibid.*, p. 467 ; 25 mars et 1er avr. 1887, *ibid.*, p. 274 et 290 ; 7 août 1900, *ibid.*, p. 556).

283. III. Instruction et jugement. — (V. Dalloz, *Rép. prat.*, v° *Elections*, nos 2065 et suiv., 2176 et suiv.) Nous avons vu que les protestations électorales doivent être communiquées par la voie administrative aux parties intéressées ; celles-ci ont alors le droit de fournir une défense écrite, et, si elles le requièrent, de présenter des observations orales devant le conseil de préfecture pour les élections qui relèvent de cette juridiction. Dans ce dernier cas, elles doivent, à peine de nullité, être averties du jour de l'audience quatre jours au moins à l'avance.

L'instruction devant le conseil de préfecture ne diffère que sur deux points des règles ordinaires suivies devant cette juridiction : 1° l'affaire est jugée sans frais, même de timbre ; 2° elle doit être jugée dans des délais très brefs, déterminés par la loi.

Ce dernier point demande à être examiné de plus près (V. Dalloz, *Rép. prat.*, *v° cit.*, n°s 2221 et suiv.).

Pour les élections au conseil d'arrondissement, le conseil de préfecture doit statuer dans le délai d'un mois (L. 22 juin 1833, art. 51), à partir de la réception de la protestation à la préfecture, sauf en cas d'enquête ordonnée, où le délai est prolongé (V. ci-dessous). En matière d'élections municipales, la décision doit être rendue par le conseil de préfecture en principe dans le délai d'un mois à dater de l'enregistrement des pièces au greffe du conseil de préfecture. Ce délai est porté à deux mois, à raison du grand nombre des affaires, en cas de renouvellement général des conseils municipaux (L. 5 avr. 1884, art. 38). S'il intervient une décision ordonnant une preuve, le conseil de préfecture doit statuer définitivement dans le mois à partir de cette décision. Les délais ci-dessus ne commencent à courir, lorsque l'affaire donnera lieu à sursis pour le jugement d'une question préjudicielle d'état ou de capacité civile, que du jour où le jugement sur la question préjudicielle est devenu définitif (art. 38, § 2 et 3). Aucune disposition semblable n'existe, en matière de question préjudicielle, pour les élections au conseil d'arrondissement, ce qui est une lacune regrettable.

En ce qui concerne les affaires portées devant le Conseil d'État, aucun délai spécial n'est prescrit par la loi lorsque la haute juridiction administrative statue comme juge d'appel. Lorsqu'elle connaît, en premier et dernier ressort, des réclamations contre les élections aux conseils généraux, elle doit statuer dans les trois mois à dater de l'arrivée des pièces au secrétariat du contentieux. Un arrêt ordonnant une enquête interrompt ce délai (L. 10 août 1871, modif. par L. 31 juill. 1875, art. 16).

Une disposition remarquable de la loi du 5 avril 1884

(art. 38) consiste en ce que, si le conseil de préfecture ne statue pas dans les délais qui lui sont impartis, la réclamation est considérée comme rejetée. Le conseil de préfecture est dessaisi ; le préfet en informe la partie intéressée, qui peut, dans les cinq jours, porter sa réclamation devant le Conseil d'État, en notifiant son recours, dans les cinq jours, au secrétariat de la préfecture.

Le dessaisissement du conseil de préfecture par la seule expiration du délai est absolu. En statuant, il commettrait un excès de pouvoir (Cons. d'Ét., 24 févr. 1888, D. P. 89. 3. 43 ; 24 mai 1901, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 503 ; 26 mars 1909, *ibid.*, p. 343).

L'enquête est une mesure fréquemment ordonnée par les conseils de préfecture en matière électorale. Cette mesure d'instruction est régie par les articles 27 et suivants de la loi du 22 juillet 1889. Elle a lieu, soit en séance publique devant le conseil entier, soit devant un membre du conseil désigné à cet effet ; elle ne peut être confiée à un fonctionnaire ou à un magistrat étranger au conseil (V. pour les détails le *Rép. prat.* de Dalloz, v° *Elections*, n°s 2198 et suiv.).

Lorsque le Conseil d'État procède à une enquête en matière électorale, il n'est lié par aucun texte spécial quant aux formes de procéder. Le décret du 22 juillet 1806, dans son article 14, ne contient, à cet égard, que des dispositions sommaires très élastiques. Le Conseil d'État en conclut qu'il peut procéder aux enquêtes par voie de commision rogatoire. Il désigne généralement comme commissaire-enquêteur le vice-président du conseil de préfecture du département où a eu lieu l'élection, quand il s'agit d'élections au conseil général, dont cette juridiction n'a pas connu.

En statuant sur la réclamation qui leur est présentée, le conseil de préfecture et le Conseil d'État en appel peuvent être amenés, non seulement à annuler l'élection contestée, mais encore à en annuler d'autres, par voie de conséquence.

En effet, un corps électif ne peut pas être composé de plus de membres que la loi ne lui en assigne. Or, lorsqu'une décision contentieuse a modifié les résultats

d'un premier tour de scrutin, par exemple en proclamant élus au premier tour des candidats qui avaient été considérés à tort comme demeurés en ballottage, il se peut que cette décision, combinée avec les résultats proclamés du second tour, ait pour résultat de donner à l'assemblée municipale plus de représentants qu'elle ne devrait en avoir. Il est donc indispensable, dans ce cas, que le juge remédie spontanément à cette conséquence, contraire à la loi, de sa décision. Il devra donc ramener l'assemblée à son effectif légal, ce qui ne pourra se faire qu'en annulant d'office les résultats proclamés du second tour de scrutin.

Pour les élections uninominales, la solution est simple. Un canton ne peut avoir qu'un seul conseiller général, qu'un seul conseiller d'arrondissement. Lorsqu'il est jugé qu'un candidat, non proclamé au premier tour, a en réalité été élu dès ce scrutin, le candidat proclamé élu au second tour doit nécessairement perdre son mandat ; son élection sera annulée par voie de conséquence.

Pour les élections au scrutin de liste, il y aura lieu de distinguer : si la décision contentieuse a réduit le nombre des candidats proclamés élus au premier tour, il n'est pas à craindre que l'effectif légal du conseil municipal soit dépassé ; il n'y aura donc pas d'élection à annuler par voie de conséquence. Au contraire, si le juge de l'élection proclame élus au premier tour plus de candidats que le bureau n'en a proclamés, il y aura des élus en surnombre ; et l'annulation des opérations du second tour, par voie de conséquence, s'imposera. Cette annulation doit être *totale*, car s'il n'en était pas ainsi, on entrerait dans la voie des appréciations arbitraires (Cons. d'Ét. 16 déc. 1892, *él. de Loché*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 900 ; 16 mars 1894, *él. de Forcalquier*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 215). Bien entendu, cette annulation totale ne s'impose que si les résultats généraux de la procédure suivie aboutissent à un excédent numérique dans le personnel de l'assemblée municipale. S'il n'en était pas ainsi, aucune annulation par voie de conséquence ne devrait être prononcée, à moins cependant que les opérations

du premier tour ne viennent à disparaître par suite d'un vice général, auquel cas le second tour doit disparaître avec ses résultats, car il n'a de raison d'être que s'il a pour base légale des opérations d'un premier scrutin régulier et correct (Cons. d'Ét. 16 févr. 1894, *él. de Saint-Porquier*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 128).

284. IV. **Pourvoi au Conseil d'État.** — (V. Dalloz, *Rép. prat.*, v° *Elections*, n°s 2264 et suiv. ; Laferrière, t. 2, p. 356 et suiv.). Le recours au Conseil d'État est ouvert par voie d'appel contre les décisions des conseils de préfecture qui statuent sur l'élection. Les arrêtés ordonnant une enquête ou toute autre mesure d'instruction ne sont pas susceptibles d'appel. En cette matière, le Conseil d'État considère, en effet, toutes ces mesures comme simplement préparatoires, et non comme interlocutoires (Cons. d'Ét. 10 juill. 1905, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 639 ; 17 mai 1909, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 507 ; 23 janv. et 12 juill. 1911, *ibid.*, p. 87 et 826).

Nous savons déjà que le recours est aussi ouvert contre le silence du conseil de préfecture, assimilé à une décision de rejet quand cette juridiction n'a pas statué dans le délai prescrit par la loi. C'est là une sorte d'évocation.

1° *Qualité pour former le pourvoi.* — D'une façon générale, toute partie dont les conclusions n'ont pas été accueillies par le conseil de préfecture est recevable à se pourvoir devant le Conseil d'État. En outre, la jurisprudence admet que le droit d'appel d'une décision qui annule une élection appartient, du moins pour les élections municipales, à tous les électeurs de la commune, alors même qu'ils n'auraient pas été parties au débat en première instance. Il est juste, en effet, que l'ensemble des électeurs puisse défendre l'élection de ses candidats, ce qu'ils n'ont pas pu faire en première instance, dans l'ignorance où ils étaient de la protestation contre l'élection (Cons. d'Ét. 27 nov. 1897, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 735 ; 26 avr. 1901, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 399).

Le même droit appartient, bien entendu, aux candidats dont l'élection a été annulée par voie de consé-

quence, à ceux dont, par suite de la décision du conseil de préfecture, le rang au tableau a été modifié : toutes ces personnes sont « parties intéressées », au sens de l'article 40 de la loi du 5 avril 1884 (Laferrière, t. 2, p. 358).

Quant à l'Administration, le préfet a évidemment le droit de se pourvoir contre un arrêté du conseil de préfecture qui a rejeté, en tout ou partie, ses conclusions. S'il n'a pas été partie en première instance, la jurisprudence admet le ministre à se pourvoir (du moins contre les arrêtés qui ont modifié les résultats de l'élection, mais non contre ceux qui ont rejeté les protestations des électeurs : Cons. d'Ét. 9 juin 1894, *él. de Pantin*, D. P. 95. 3. 60); car l'Administration est évidemment « partie intéressée », et en l'absence de texte dérogatoire, c'est le ministre qui la représente. Le ministre a même qualité pour se pourvoir, au même titre que le pourrait le préfet, contre les arrêtés auxquels ce fonctionnaire a été partie (Dalloz, *Rép. prat.*, v° *cit.*, n°s 2281 et suiv., et les arrêts cités ; Laferrière, t. 2, p. 359).

2° *Formes et délais du pourvoi.* — Le délai est de deux mois pour les élections au conseil d'arrondissement, en l'absence de tout texte dérogatoire au droit commun en cette matière ; il est réduit à un mois pour les élections municipales (L. 5 avr. 1884, art. 40).

Le délai court, à l'égard des parties en cause, à partir de la notification de l'arrêté du conseil de préfecture ; à l'égard du ministre et du préfet, du jour même de la décision (Cons. d'Ét. 14 nov. 1884 et 9 janv. 1885, D. P. 86. 3. 29 ; 16 janv. et 20 févr. 1885, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 61 et 212). Ce délai est franc. Il est prorogé au lendemain s'il expire un jour férié (Cons. d'Ét. 16 juin 1909, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 593).

Le délai court du jour de la notification aux parties en cause, qui sont censées représenter, à ce point de vue, l'ensemble des électeurs, même à l'égard des électeurs qui n'étaient pas parties en première instance, et auxquels la jurisprudence reconnaît le droit de se pourvoir au Conseil d'État (Cons. d'Ét. 18 mars 1901, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 302).

En matière d'élections au conseil d'arrondissement, le pourvoi est déposé soit à la préfecture, soit à la sous-préfecture, soit au secrétariat du contentieux du Conseil d'État (L. 22 juill. 1889, art. 61). En matière d'élections municipales, les deux premiers modes sont seuls admis (L. 5 avr. 1884, art. 40). Ce dernier point est cependant controversé (V. Dalloz, *Rép. prat.*, v° *Elections*, n° 2294).

3° *Effet suspensif du pourvoi.* — Sur ce point, la loi a admis, par dérogation à la règle générale, que le pourvoi au Conseil d'État est suspensif, c'est-à-dire que les élus dont l'élection a été annulée par le conseil de préfecture peuvent continueur à siéger jusqu'à la décision du Conseil d'État (L. 22 juin 1833, art. 54 ; L. 5 avr. 1884, art. 40, § 7). C'est là une disposition peut-être trop bienveillante, dont abusent certaines personnes soit inéligibles, soit élues par fraude, pour perpétuer pendant les délais, parfois longs, d'une instance devant le Conseil d'État, l'exercice d'un mandat usurpé.

Le délai d'appel est également suspensif, même en l'absence de tout pourvoi (Cons. d'Ét. 23 janv. 1885, D. P. 86. 3. 80). Mais l'effet de la suspension cesse le jour même où intervient la décision du Conseil d'État sans qu'il soit nécessaire qu'elle ait été notifiée à l'élu (Cons. d'Ét. 7 déc. 1889, D. P. 91. 3. 52 ; 5 févr. 1897, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 85 ; 9 févr. 1912, *Gonod, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 178).

285. Contentieux de l'élection des maires et adjoints. — (Dalloz, *Rép. prat.*, v° *Élections*, n°s 2272 et suiv. ; Laferrière, t. 2, p. 379). Les élections des maires et adjoints sont des élections municipales, de même que les élections des membres de la commission départementale sont des élections départementales. Dès lors, leur contentieux est assujetti, en principe, aux règles mêmes applicables au contentieux de l'élection des conseillers municipaux (L. 5 avr. 1884, art. 79 ; Dalloz, *Rép. prat.*, v° *Élections*, n°s 2722 et suiv.).

Les membres du conseil municipal intéressé, les électeurs de la commune et le préfet peuvent se pourvoir contre l'élection.

Les formes des protestations sont les mêmes que pour les élections au conseil municipal ; mais le délai pour réclamer commence à courir seulement vingt-quatre heure après l'élection (art. 79), car ce même délai est imparti aux municipalités pour rendre l'élection publique(art. 78).

Les règles pour l'instruction et le jugement, ainsi que pour le pourvoi au Conseil d'État, sont aussi les mêmes que pour les élections des conseillers municipaux.

Il est à remarquer que, lorsque le conseil de préfecture annule l'élection d'un conseiller municipal, il doit annuler par voie de conséquence son élection comme maire ou adjoint (Cons. d'Ét. 24 mars 1905, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 304 ; 28 avr. 1909, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 430) ; mais il est à peine besoin de dire que l'annulation de l'élection du maire n'entraîne pas, par voie de conséquence, celle de l'adjoint (Cons. d'Ét. 11 déc. 1896, D. P. 98. 3. 31).

CHAPITRE II

LE CONTENTIEUX DE L'ANNULATION

286. Distinction entre les recours pour excès de pouvoir et les recours en cassation. — Lorsque la juridiction administrative est saisie d'un recours pour excès de pouvoir, elle censure, en l'annulant, l'acte d'un *administrateur*. Lorsqu'elle est saisie d'un recours en cassation, elle annule la décision d'un *tribunal administratif*. Ces deux variétés de recours (dont le premier est de beaucoup le plus important) relèvent du contentieux de l'annulation ; mais le premier est dirigé contre l'acte d'un administrateur, le second contre la décision d'un juge.

Ces deux sortes de recours sont fondés sur les mêmes textes : les lois des 7-14 octobre 1790 et du 24 mai 1872, article 9. Ils sont portés devant la même juridiction, le Conseil d'État statuant au contentieux. Mais ils diffèrent l'un de l'autre sur trois points :

1° Au point de vue des conditions de recevabilité : tandis que le recours pour excès de pouvoir est ouvert *omisso medio* contre les actes des agents inférieurs, le recours en cassation n'est ouvert que contre les décisions rendues en dernier ressort.

2° Au point de vue des vices qui entraînent nullité, le Conseil d'État est plus large en matière d'excès de pouvoir proprement dit qu'en matière de cassation. Sans doute il admet dans les deux cas que les vices

d'incompétence et de violation des formes peuvent faire l'objet d'un recours ; mais déjà le détournement de pouvoir, largement admis comme moyen d'annulation dans le recours pour excès de pouvoir, n'est accueilli que rarement et timidement par le Conseil d'État dans le recours en cassation ; et surtout le moyen tiré de la violation de la loi, fortement incorporé à la théorie de l'excès de pouvoir depuis plus d'un demi-siècle, n'était admis, pendant tout le cours du XIX^e siècle, par le Conseil d'État, dans le recours en cassation, que lorsqu'un texte spécial permet de l'invoquer (Laferrière, t. 2, p. 395, 575 et suiv. ; Hauriou, *Précis*, 10^e édit., p. 895-896).

Cette différence s'explique mal ; elle n'a subsisté aussi longtemps que parce qu'en fait les textes, dans les principaux cas où le recours en cassation a été institué en matière administrative, ont admis le moyen tiré de la violation de la loi au nombre de ceux qui peuvent être invoqués devant le Conseil d'État. Les inconvénients de l'interprétation restrictive n'ont ainsi pas été assez graves et assez nombreux pour contraindre, avant ces dernières années, la haute Assemblée à une évolution qui était dans la logique des choses. Mais le Conseil d'État paraît bien renoncer aujourd'hui à cette restriction. Il a admis le recours en cassation pour violation de la loi dans un cas où aucun texte ne prévoyait ce moyen d'annulation (Cons. d'Ét. 20 mai 1904, et les concl. de M. Saint-Paul, D. P. 1906. 3. 30).

3° Au point de vue des effets de l'annulation, le recours pour excès de pouvoir est plus complet et plus général que le recours en cassation. Les effets ne sont pas limités aux plaideurs qui ont figuré dans l'instance ; l'acte attaqué, s'il est annulé, disparaît à l'égard de tous. La cassation, au contraire, n'opère qu'*inter partes*, c'est-à-dire à l'égard des parties en cause dans le litige (Laferrière, *loc. cit.* ; Hauriou, *loc. cit.*).

SECTION I

LE RECOURS POUR EXCÈS DE POUVOIR

287. Définition et idée générale du recours. — Le recours pour excès de pouvoir est un procédé juridictionnel de contrôle des actes administratifs exécutoires au moyen duquel les personnes qui y ont intérêt peuvent provoquer l'annulation par le Conseil d'État de ceux de ces actes qui seront reconnus contraires au droit.

Bien que porté devant le Conseil d'État, ce recours a une origine hiérarchique. Il était primitivement porté devant le roi, qui pratiquement en confiait l'examen à son conseil. Lorsque le Conseil d'État devint une véritable juridiction, le recours pour excès de pouvoir prit figure de recours contentieux. Mais ces origines hiérarchiques se révèlent encore par des signes très visibles :

1° Pendant longtemps le langage administratif a réservé le nom de « recours contentieux » aux recours de pleine juridiction ; encore aujourd'hui on les appelle parfois « recours contentieux proprement dits », entendant par là que le recours pour excès de pouvoir présente un côté hiérarchique qui empêche de le confondre avec le contentieux soulevé par les actes et opérations qui impliquent un commerce juridique entre parties.

2° Lorsque le recours pour excès de pouvoir succède à un recours hiérarchique qui a été rejeté, l'exercice de ce dernier recours a pour effet, s'il est intenté dans les délais du recours pour excès de pouvoir, de conserver, au profit du demandeur, le droit de porter sa cause devant le Conseil d'État, comme si le recours pour excès de pouvoir n'était que la suite naturelle du recours hiérarchique (Cons. d'Ét. 13 avr. 1881, *Bansais, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 432).

3° Les délibérations des conseils municipaux entachées d'excès de pouvoir peuvent être déclarées nulles par le préfet en conseil de préfecture. C'est là l'exercice

d'une sorte de pouvoir hiérarchique, car le préfet peut statuer d'office sans être saisi par les parties intéressées; et d'ailleurs le préfet, même lorsqu'il est éclairé par l'avis du conseil de préfecture, n'est pas à proprement parler un juge administratif. Mais les parties peuvent déférer la décision du préfet au Conseil d'État, et là apparaît encore la parenté entre le recours hiérarchique et le recours pour excès de pouvoir (L. 5 avr. 1884, art. 63, 65, 67. — V. sur ce recours la note de M. Hauriou sous Cons. d'Ét. 4 déc. 1903, *Barthe*, S. 1904. 3. 137).

Le recours pour excès de pouvoir est la création la plus originale du droit administratif. La manière à la fois prudente, habile et ferme dont le Conseil d'État a réussi à le développer, retient les administrateurs dans la légalité sans leur donner l'impression d'une surveillance trop minutieuse ou indiscrète. La simplicité de la procédure, sa quasi-gratuité rendent ce recours aisément accessible à tous. Comme il n'est pas réglementé par des textes étroits, il peut aisément évoluer et se modeler sur les besoins du moment.

288. Distinction entre le recours pour excès de pouvoir et les autres recours en annulation. — Il existe, à côté du recours pour excès de pouvoir, d'autres recours aboutissant, dans des cas spéciaux, à des résultats analogues, mais qui demandent à en être distingués, soit parce qu'ils ne sont point tranchés par des arrêts du Conseil d'État, soit parce qu'ils peuvent produire des effets plus étendus. Enumérons-les :

1° Les recours des préfets contre les délibérations des conseils généraux relatives à un objet qui n'est pas de leur compétence (L. 10 août 1871, art. 33 et 47). La nullité, provoquée par le préfet, est prononcée par décret en Conseil d'État (Laferrière, t. 2, p. 414 ; Hauriou, *Précis*, 10e édit., p. 233).

2° Les recours formés contre les délibérations des conseils municipaux soit nulles de droit, soit annulables (L. 5 avr. 1884, art. 63 à 66). Le préfet statue sur ces recours en conseil de préfecture, sauf appel au Conseil

d'État ; le pourvoi comporte donc ici un double degré de juridiction.

3° Les recours contre les délibérations des conseils municipaux contenant des dispositions diffamatoires (L. 14-22 déc. 1789, art. 60). Le préfet, même sans l'assistance du conseil de préfecture, peut censurer la délibération diffamatoire, prescrire que sa décision sera lue en séance du conseil municipal et inscrite en marge de la délibération censurée, etc. La décision du préfet est susceptible de recours au Conseil d'État (V. sur ce recours Dalloz, *Rép. prat.*, v° *Commune*, n°s 554 et suiv. ; Cons. d'Ét. 1er mars 1895, *Cardinal Langénieux*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 201 ; 19 mai 1899, *Commune de Bucquoy*, D. P. 1900. 3. 92 ; 14 juin 1901, *Doinel*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 532 ; 20 mars 1925, *Ville de Castelnaudary*, D. H. 1925. 332).

4° Les recours prévus par l'article 40 du décret du 22 juillet 1806. Ce texte est ainsi conçu : « Lorsqu'une partie se croira lésée dans ses droits ou dans sa propriété, par l'effet d'une décision de notre Conseil d'État rendue en matière non contentieuse, elle pourra nous présenter une requête pour, sur le rapport qui nous en sera fait, être l'affaire renvoyée, s'il y a lieu, soit à une section du Conseil d'État, soit à une commission. »

La jurisprudence considère que ce recours est toujours en vigueur (Laferrière, t. 2, p. 415 ; Décr. en Cons. d'Ét. 21 juin 1864, *Rec. Cons. d'Et.*, 1882, p. 412, note 2 ; Cons. d'Ét. 14 mars 1924, *Lloyd de Trieste*, D. H. 1924. 398) ; il est rarement appliqué. Il n'est cependant pas sans utilité, car il permet d'obtenir la réformation d'une décision simplement erronée, tandis que le recours pour excès de pouvoir ne pourrait aboutir qu'à l'annulation d'une décision illégale. Peut-être même le Conseil d'État se jugerait-il autorisé, en vertu du décret du 22 juillet 1806, à « tenir compte de réclamations qui ne seraient pas fondées sur un droit proprement dit, mais qui invoqueraient un de ces intérêts respectables qu'on a parfois appelés des intérêts imprégnés de droit » (Laferrière, t. 2, p. 417).

Le Conseil d'État, saisi d'un recours fondé sur l'ar-

ticle 40 du décret du 22 juillet 1806, le rejette par arrêt s'il l'estime irrecevable, sans qu'il ait besoin de proposer pour cela un décret au chef de l'État (Cons. d'Ét. 14 mars 1924, précité). Mais s'il l'accueille, il ne peut, de lui-même, modifier le décret attaqué : il doit, à la suite d'une procédure inutile à détailler ici, proposer au chef de l'État une décision rectificative (Cf. avis Cons. d'Ét. 4 juin 1878, cité par Laferrière, *loc. cit.*).

5° On cite aussi les recours formés, en vertu de l'article 13 de la loi du 21 juin 1865 sur les associations, syndicales, par les propriétaires englobés dans l'association ou par les tiers, contre les décisions des préfets qui créeraient des associations de ce type en dehors des cas prévus par la loi. D'après cet article, « le recours est déposé à la préfecture et transmis avec le dossier au ministre dans le délai de 15 jours. Il est statué par un décret en Conseil d'État. » La question de savoir si cette procédure subsiste, même depuis la loi du 24 mai 1872, qui a donné au Conseil d'État un pouvoir propre de décision en matière contentieuse, est controversée. Le Conseil d'État la tranche par l'affirmative (Laferrière, t. 2, p. 414).

§ 1. — HISTORIQUE

289. Première période : avant 1864. — Les textes fondamentaux, toujours visés par le Conseil d'État dans ses arrêts, sur lesquels le principe du recours pour excès de pouvoir est fondé, sont les suivants :

1° Loi des 7-14 octobre 1790. — Les réclamations d'incompétence à l'égard des corps administratifs ne sont, en aucun cas, du ressort des tribunaux ; elles doivent être portées au roi, chef de l'Administration générale.

2° Loi du 24 mai 1872, art. 9. — Le Conseil d'État statue souverainement... sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoir formées contre les actes des diverses autorités administratives.

Ce second texte, particulièrement net et décisif, consacre la jurisprudence antérieure. Quant au premier, le Conseil d'État n'a songé à l'invoquer, pour la première fois, que dans un arrêt du 15 juillet 1832 (*Garde*

nationale de Paris). On n'attachait pas grande importance, avant cette date, à la disposition législative des 7-14 octobre 1790, qui était plus une résolution de l'Assemblée qu'une loi véritable et avait pour but de trancher une difficulté particulière. Dès avant 1832, d'ailleurs, le Conseil d'État, sans le secours d'aucun texte, avait fait de fréquentes applications de la théorie de l'excès de pouvoir, se considérant alors comme investi d'une sorte de droit de contrôle hiérarchique sur les administrations, contrôle qu'il exerçait sous l'autorité du chef de l'État (V. sur l'historique du recours pour excès de pouvoir : Laferrière, t. 2, p. 406 et suiv. ; Hauriou, *Précis*, 10e édit., p. 425 ; Berthélemy, *Traité élém.*, 10e édit., p. 988).

On voit apparaître tout d'abord, comme vice constitutif de l'excès de pouvoir, l'*incompétence*. Pendant longtemps le recours a été connu sous le nom de « recours pour incompétence ou excès de pouvoir ». Cette notion s'est étendue bien vite à la *violation des formes légales* : celles-ci sont des limites tracées par la loi aux pouvoirs des administrateurs ; en les transgressant, ils excèdent leur compétence. Mais on n'avait pas encore nettement dégagé, à cette époque, la notion du *détournement de pouvoirs* ; et surtout l'on ne considérait pas la *violation de la loi* comme entrant dans le cadre de l'excès de pouvoir proprement dit. Sans doute le Conseil d'État, dès cette époque, ne laissait pas sans recours les parties dont les droits avaient été méconnus par suite d'une violation de la loi ; mais il ne les autorisait pas à employer, pour se faire rendre justice, l'arme du recours pour excès de pouvoir : il leur accordait une action en annulation par la voie contentieuse, qui se confondait pratiquement avec le contentieux de pleine juridiction.

290. Deuxième période : de 1864 à 1906. — Le décret du 2 novembre 1864 dispensa les recours pour excès de pouvoir du ministère d'avocat et de tous frais autres que les droits de timbre et d'enregistrement. Le Conseil d'État, dans le but de permettre aux parties de profiter plus largement de cette disposition,

assimila la violation de la loi par un administrateur à un excès de pouvoir, et fondit ainsi dans ce dernier recours l'ancien recours en annulation par la voie contentieuse.

Toutefois, une trace de l'ancien état de choses subsista pendant longtemps : la théorie de l'excès de pouvoir a ceci d'original qu'elle associe les particuliers, dans un but de bonne administration, au contrôle des actes administratifs. Dès lors la jurisprudence n'exige pas chez le demandeur, pour l'exercice de ce recours objectif, l'existence d'un droit personnellement méconnu ou violé ; il suffit, pour barrer la route aux interventions inconsidérées des particuliers dans l'Administration, d'exiger qu'ils aient un intérêt. Or, dans la conception primitive du recours contentieux en annulation pour violation de la loi, on le considérait comme une action d'ordre subjectif, liée, par conséquent, à la violation d'un droit acquis chez le demandeur. Cette conception eût dû être abandonnée à partir du moment où l'ancien recours contentieux pour violation de la loi se fondit dans le recours pour excès de pouvoir. Il subsista cependant par la force de l'habitude, de sorte que l'existence d'un droit acquis devint une condition de recevabilité du recours pour excès de pouvoir fondé sur une violation de la loi, tandis que cette condition n'était pas exigée lorsque le recours avait pour cause juridique l'un des autres vices constitutifs de l'excès de pouvoir. L'harmonie générale de l'institution se trouvait ainsi détruite ; on put même se demander si l'exigence d'un droit acquis ne finirait pas par être étendue à tous les recours pour excès de pouvoirs, débordant ainsi son cadre primitif et menaçant de fausser l'esprit de l'institution et d'en restreindre l'application.

Finalement, c'est dans l'autre sens que l'unification s'est faite. Vers 1906, le Conseil d'État a cessé d'exiger la violation d'un droit acquis chez le demandeur dans les pourvois fondés sur la violation de la loi (V. le n° suivant).

Un autre trait caractéristique de cette période, c'est la naissance et le développement de la théorie du *détour-*

nement de pouvoir, vice se caractérisant par l'incorrection du but poursuivi par l'administrateur et entraînant, comme les trois autres, la nullité de l'acte. C'est par cette voie que le Conseil d'État a pu atteindre les actes les plus discrétionnaires, lorsqu'ils ont été accomplis dans un but autre que celui en vue duquel l'institution a été établie.

Vers la fin de la même période, la loi du 17 juillet 1900 vint élargir le champ d'application du recours pour excès de pouvoir en permettant aux justiciables de se pourvoir contre le silence gardé par l'Administration, silence que la loi interprète comme une décision implicite de rejet.

291. Troisième période : depuis 1906 jusqu'à la guerre de 1914. — La loi du 17 avril 1906, article 4, a prescrit que les requêtes doivent être enregistrées en débet, les droits fiscaux n'étant finalement perçus que si la demande est rejetée. Cette disposition a largement facilité l'accès du Conseil d'État, spécialement pour les débats de faible importance pécuniaire.

Comme on l'a vu au numéro précédent, une longue évolution de jurisprudence avait abouti à l'assimilation de la violation de la loi aux autres vices constitutifs de l'excès de pouvoir. Désormais le Conseil d'État, dans ce cas comme dans les autres, se contentera d'un simple intérêt pour déclarer le recours recevable ; il n'exigera pas un droit acquis (Cons. d'Ét. 1er juin 1906, *Alcindor*, 4 espèces, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 516 à 519. — V. ci-dessous, n° 339).

Un autre trait caractéristique de cette période, c'est le développement du contentieux collectif par la reconnaissance, au profit des syndicats professionnels et des associations, du droit d'intenter des recours pour excès de pouvoir. L'article 6 de la loi du 1er juillet 1901 pour ces dernières, l'article 5 de la loi du 21 mars 1884, modifié et complété par la loi du 12 mars 1920 pour les syndicats, qui donnent à ces groupements le droit d'ester en justice, ont reçu devant le Conseil d'État des applications fréquentes. L'une des principales est

relative à l'action des associations de fonctionnaires contre les actes administratifs portant illégalement atteinte au statut de la fonction ; mais, comme on le verra au numéro suivant, le Conseil d'État a fait depuis, sur ce point, un pas en arrière.

292. Quatrième période : depuis la guerre de 1914. — Le domaine de l'Administration s'est accru d'une manière considérable au XX^e siècle, sous l'influence des besoins économiques et sociaux. Le nombre et l'importance des services publics ont augmenté dans des proportions imprévues. La grande guerre de 1914 et ses suites ont donné naissance à beaucoup de questions nouvelles. Le recours pour excès de pouvoir devait être fortement influencé par ces grands événements.

Sur certains points ils ont déterminé dans le Conseil d'État une sorte de mouvement de restriction et de recul, en ce sens qu'en présence de la complexité nouvelle des rapports entre l'Administration et le public et des répercussions inattendues que le développement intense du recours pour excès de pouvoir eût pu avoir sur la marche des services, la haute Assemblée s'est résignée à se montrer rigoureuse sur les conditions de recevabilité du pourvoi. C'est ainsi qu'après avoir largement accueilli les pourvois formés au nom des syndicats professionnels et des associations sans but lucratif (V. notamment un arrêt du 21 mars 1919 et les conclusions de M. le commissaire du Gouvernement Riboulet, au *Rec. Sirey*, 1921. 3. 59, qui admet une association non déclarée sans personnalité civile à former un recours pour excès de pouvoir), le Conseil d'État a rigoureusement restreint leurs droits à cet égard : s'il leur reconnaît toujours qualité pour attaquer les actes réglementaires illégaux qui font grief aux intérêts collectifs représentés par l'association, il déclare irrecevables les recours formés par celle-ci contre les actes individuels ; elles ont seulement le droit d'intervenir dans les instances introduites personnellement par les intéressés (V. *infrà*, n° 307).

La jurisprudence du Conseil d'État, si sévère aujour-

d'hui sur les conditions de recevabilité, se montre au contraire beaucoup plus libérale dans le développement des moyens d'annulation. C'est ainsi qu'elle a considérablement étendu la notion de violation de la loi. Elle se reconnaît le droit de contrôler l'exactitude des faits que l'auteur de l'acte attaqué a pris pour base de sa décision. Lorsqu'ils sont inexacts, le Conseil d'État considère que l'acte manque de base légale et il en prononce l'annulation. On peut dire, dans une certaine mesure, que l'erreur de fait a pris place, à côté de l'erreur de droit, dans la liste des vices constitutifs de l'excès de pouvoir (V. *infrà*, n° 342).

§ 2. — CONDITIONS DE RECEVABILITÉ DU RECOURS

293. Nomenclature. — Quatre conditions doivent être réunies pour que le recours pour excès de pouvoir soit recevable. Il faut :

1° Que l'acte attaqué constitue une décision administrative exécutoire, émanée d'une des autorités comprises dans la hiérarchie administrative ;

2° Que le demandeur ait qualité pour former le recours ;

3° Que le recours soit intenté dans les formes et les délais prescrits par la loi ;

4° Qu'aucun recours parallèle ne soit ouvert aux parties devant une autre juridiction (cette dernière condition est de moins en moins rigoureusement exigée par le Conseil d'État).

L'inexistence de l'une quelconque de ces conditions permet d'opposer au recours une *fin de non-recevoir*.

I. — Première condition : nature de l'acte

294. Quels actes peuvent être attaqués. — Seuls peuvent être attaqués par le recours pour excès de pouvoir les *décisions administratives exécutoires, pouvant faire grief, émanant d'une autorité comprise dans la*

hiérarchie admininistrative (*ou soumise au contrôle de tutelle*).

On doit en tirer la conséquence que les décisions administratives même *verbales* sont de nature à être attaquées pour excès de pouvoir. Il pourra y avoir des difficultés à établir l'existence de la décision ou son contenu véritable ; mais c'est là uniquement une question de preuve (*Sic*, Cons. d'Ét. 2 août 1912, *Prin*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 919 ; 26 nov. 1913, *Cabo*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 1154). Les autorités publiques chercheraient donc en vain à échapper à la censure de leurs actes en les rendant insaisissables faute de preuve écrite.

Aucun acte administratif, si important qu'il soit, si haut placé que soit le fonctionnaire duquel il émane, n'échappe au recours, s'il entre dans la définition qui précède. L'application principale de cette idée sera faite dans le numéro suivant.

Mais il faut, bien entendu, qu'il s'agisse d'un acte d'une autorité *française* : les actes des autorités des pays de protectorat échappent au recours pour excès de pouvoir (Cons. d'Ét. 6 janv. 1926, *Tranchessec*, D. H. 1926. 87).

295. Des recours contre les décrets portant règlement d'administration publique. — Par application des notions qui précèdent, la jurisprudence moderne a soumis au contrôle juridictionnel du Conseil d'État même les règlements d'administration publique, actes qui, par certains côtés, ont paru présenter un caractère quasi-législatif, et qui ont acquis une importance toute particulière du fait des méthodes parlementaires actuelles.

On sait que les décrets réglementaires du chef de l'État sont de deux sortes : les uns, pour lesquels l'intervention du Conseil d'État n'est pas nécessaire, et les autres, qui doivent obligatoirement être préparés en Assemblée générale du Conseil d'État. Ces derniers interviennent sur l'invitation spéciale du législateur qui, par une disposition particulière, charge le pouvoir exécutif de

compléter son œuvre au moyen d'un « règlement d'administration publique ».

Pendant de longues années, le Conseil d'État a considéré les décrets de cette dernière catégorie comme des actes de législation secondaire, échappant, à ce titre, au recours pour excès de pouvoir. Au début même, il étendait ce caractère à tous les décrets rendus après délibération du Conseil d'État, qu'ils fussent pris ou non sur l'invitation du pouvoir législatif et que la délibération émanât d'une section ou de l'assemblée générale. Le seul recours qu'il admît contre ces actes était celui qu'organise l'article 40 du décret du 22 juillet 1806 (V. sur ce recours, *suprà*, n° 288 ; et sur l'ancienne jurisprudence du Conseil d'État à cet égard, les arrêts suivants : 11 mai 1807, *Desmazures* ; 13 janv. 1813, *Verneur* ; 28 juill. 1819, *Commissaires-priseurs* ; 22 févr. 1821, *Truffault*).

Dans une autre période, qui commence vers 1842, le Conseil d'État restreint l'irrecevabilité aux règlements d'administration publique proprement dits intervenus en vertu d'un mandat du législateur. C'est ainsi que deux arrêts du Conseil d'État ont déclaré irrecevables, *à raison de la nature de l'acte*, les recours formés contre un décret du 25 février 1868 rendu en vertu des pouvoirs donnés au chef de l'État par l'article 26 de la loi du 15 avril 1829 en matière de police de la pêche (20 déc. 1872, *Fresneau*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 747), et contre un décret du 5 septembre 1890, pris en vertu des pouvoirs délégués à l'Administration par l'article 12 de la loi du 19 juillet 1890 : il s'agissait des indemnités de résidence allouées aux instituteurs et payables par les communes (1er avr. 1892, *Commune de Montreuil-sous-Bois*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 328).

Dans une troisième phase, le Conseil d'État, le Tribunal des conflits et les tribunaux judiciaires admirent que les règlements d'administration publique, insusceptibles d'être attaqués directement, pouvaient être indirectement reconnus illégaux soit à propos de recours formés contre les actes administratifs spéciaux qui les appliquaient aux citoyens, soit à l'occasion de pour-

suites pour contraventions (Confl. 13 mai 1872, *Brac de la Perrière*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 299 ; Cons. d'Ét. 6 janv. 1888, *Salle*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 2 ; 26 janv. 1900, *Malivert*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 55).

C'est ainsi, notamment, qu'à l'occasion d'un recours formé contre une décision du ministre de la Guerre, le Conseil d'État a été amené à apprécier la régularité d'un décret réglementaire du 21 décembre 1886, et à décider qu'il n'avait pu modifier un décret antérieur du 20 mars 1876, bien qu'il portât, au *Bulletin des lois*, la mention : *le Conseil d'Etat entendu*. En réalité, ainsi que le constate l'arrêt, cette formalité n'avait pas été accomplie (6 janv. 1888, *Salle*, précité).

Arrivé à ce point, il était difficile que le Conseil d'État refusât longtemps l'accès de la juridiction administrative aux recours pour excès de pouvoir formés contre les règlements d'administration publique pris sur l'invitation du législateur. Que devenait le caractère *législatif* reconnu primitivement à ces actes, en présence de cette dernière jurisprudence? Ce caractère eût dû s'opposer non seulement à ce que le Conseil d'État prononçât l'annulation de ces actes, mais aussi à ce qu'il refusât d'en faire l'application, sous prétexte d'irrégularité ou d'illégalité. Ces décrets, s'ils avaient dû être assimilés à la loi, n'eussent pas dû être moins intangibles indirectement que directement.

Aussi le Conseil d'État, dans un arrêt célèbre (6 déc. 1907, *Cie des chemins de fer du Nord, d'Orléans, du Midi, de l'Est et de l'Ouest*, D. P. 1909. 3. 57. — V., sous cet arrêt, les conclusions de M. le commissaire du Gouvernement Romieu), a-t-il enfin reconnu nettement la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre les actes de cette espèce, en les rangeant délibérément parmi les actes administratifs. Voici dans quelles circonstances : les lois des 11 juin 1842 (art. 9) et 15 juillet 1845 (art. 21) disposent que des règlements d'administration publique déterminent les mesures et dispositions nécessaires pour garantir la police, la sûreté, la conservation, l'usage et l'exploitations de chemins de fer. L'ordonnance du 15 novembre 1846 avait constitué

une première exécution de ce mandat législatif. Cette ordonnance a été profondément remaniée et complétée par un décret du 1er mars 1901, qui a fait l'objet d'un recours pour excès de pouvoir de la part des grandes compagnies de chemins de fer. Le ministre des Travaux publics avait opposé à ce recours une fin de non-recevoir tirée de la nature de l'acte. Le Conseil d'État l'a rejetée dans les termes suivants :

« Considérant que, si les actes du chef de l'État portant règlement d'administration publique sont accomplis en vertu d'une délégation législative et comportent, en conséquence, l'exercice dans toute leur plénitude des pouvoirs qui ont été conférés par le législateur au Gouvernement dans ce cas particulier, ils n'échappent pas, néanmoins, et en raison de ce qu'ils émanent d'une autorité administrative, au recours prévu par l'article 9 de la loi du 24 mai 1872 ; que, dès lors, il appartient au Conseil d'État, statuant au contentieux, d'examiner si les dispositions édictées par le règlement d'administration publique rentrent dans la limite de ces pouvoirs... »

C'est là le terme logique de l'évolution jurisprudentielle. Le caractère législatif, en effet, ne peut être reconnu aux règlements d'administration publique. D'une part, les textes constitutionnels n'établissent aucune différence de nature entre les décrets réglementaires simples et ceux qui sont rendus sur l'invitation spéciale du législateur. D'autre part, cette invitation ne constitue pas une délégation du pouvoir législatif. Ce pouvoir est, pour les organes législatifs, une *fonction* et non un *droit*. Or, si l'on peut transmettre un droit, donner à un tiers mandat de l'exercer, on ne peut transmettre une fonction. Lorsque le législateur demande au chef de l'État de compléter son œuvre par un règlement d'administration publique, il l'invite simplement à user, dans des conditions données, et en s'éclairant de l'avis du Conseil d'État, du pouvoir réglementaire qu'il tient de la Constitution (Cf. Hauriou, *Précis*, 10e édit., p. 68 ; Moreau, *Le règlement administratif*, p. 164 et suiv. ; Berthélemy, *Traité élém.*, 10e édit., p. 110).

Sans doute, il pourra arriver que le législateur, méconnaissant le principe de la séparation des pouvoirs, donne expressément au chef de l'État, dans certains cas particuliers, la mission de créer des juridictions nouvelles, d'édicter des peines, d'instituer des taxes, toutes mesures qui sont du domaine strictement législatif. Un règlement pris à la suite de cette invitation ne sera pas illégal, puisqu'il aura sa source dans la loi; mais la loi qui l'aura provoqué sera inconstitutionnelle, puisque le législateur n'a le droit ni d'aliéner, ni de transmettre une parcelle quelconque de sa fonction. Cette circonstance, d'ailleurs, n'aboutira à aucune conséquence pratique au point de vue contentieux : les tribunaux devront appliquer le règlement d'administration publique rendu en vertu d'une loi inconstitutionnelle, car en France aucune juridiction ne peut, ni annuler une loi pour cause d'inconstitutionnalité, ni se refuser, sous ce prétexte, à l'appliquer (V. à ce sujet la très intéressante étude de M. Berthélemy dans la *Revue politique et parlementaire*, 1898, t. 15, p. 1 et 322).

Mais, au contraire, le règlement d'administration publique pourra être annulé s'il édicte des mesures que le législateur n'a pas invité le chef de l'État à prendre, et que d'ailleurs celui-ci n'aurait pu ordonner en vertu de son pouvoir réglementaire propre. On peut imaginer également l'hypothèse où le règlement serait entaché de détournement de pouvoir, et enfin celle où le chef de l'État, invité par le législateur à créer une taxe, à instituer une juridiction ou à édicter une peine, aurait pris ces mesures sans les avoir fait précéder d'une délibération de l'assemblée générale du Conseil d'État.

Le Conseil d'État a, depuis son arrêt de 1907, fait de fréquentes applications du recours pour excès de pouvoir aux règlements d'administration publique (V. par exemple Cons. d'Ét. 26 déc. 1908, D. P. 1910. 3. 73; 7 juill. 1911, D. P. 1914. 3. 12).

296. Des actes qui échappent, par leur nature, au recours pour excès de pouvoir : I. Les actes

judiciaires. — De la définition donnée plus haut (n° 287) il résulte que les actes judiciaires et de police judiciaire, même s'ils émanent d'autorités comprises dans la hiérarchie administrative, échappent au recours pour excès de pouvoir. L'autorité judiciaire a seule qualité pour les apprécier et pour les annuler, s'il y a lieu. Il en est ainsi, par exemple, des actes d'instruction faits par le préfet de police à Paris et par les préfets dans les départements, en vertu de l'article 10 du Code d'instruction criminelle ; des actes accomplis par les maires comme officiers de police judiciaire ou comme officiers de l'état civil.

Il en est de même, *a fortiori*, lorsqu'il s'agit d'actes de nature judiciaire accomplis par des fonctionnaires de l'ordre judiciaire. Ainsi il a été jugé que le recours pour excès de pouvoir formé par un notaire, contre l'acte par lequel le procureur de la République lui notifie des observations de la chancellerie relatives à sa comptabilité, est irrecevable à raison de la nature de l'acte attaqué (Cons. d'Ét. 6 août 1897, *Richard*, D. P. 99. 3. 4). Il en est de même du recours formé contre l'acte d'un procureur de la République livrant un détenu à une puissance étrangère qui le réclamait pour subir la contrainte par corps (Cons. d'Ét. 3 mai 1901, *Scrosoppi*, D. P. 1902. 3. 92).

De même, le régime hypothécaire étant sous la sauvegarde de l'autorité judiciaire, les actes des conservateurs des hypothèques ne peuvent être appréciés que par les tribunaux judiciaires. C'est ainsi qu'un de ces fonctionnaires ayant refusé de recevoir des bordereaux d'inscription sous le prétexte qu'ils étaient écrits à la machine, et le ministre des Finances ayant rejeté le recours de l'intéressé contre cette prétention du conservateur, le recours pour excès de pouvoir contre la décision du ministre a été déclaré irrecevable (Cons. d'Ét. 12 déc. 1919, *Desmarais*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 911. — V. également, sur le principe que les actes des autorités judiciaires échappent au recours pour excès de pouvoir : Cons. d'Ét. 3 mai 1901, *Scrosoppi*, D. P. 1902. 3. 92; 5 août 1908, *Gérard*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 886).

297. II. Les actes législatifs. — Il n'y a pas de difficulté pour les lois proprement dites. Mais le principe de l'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir s'applique à tous les actes du Parlement, alors même qu'ils ne constitueraient que des lois formelles, et non des lois matérielles (déclarations d'utilité publique, lois administratives donnant des autorisations, approuvant des traités de concession, etc.), ou même alors qu'ils ne constitueraient en aucune façon des lois (résolutions prises par l'une des deux assemblées, décisions prises par les commissions parlementaires, par les bureaux de l'une ou l'autre des deux Chambres, etc.). L'irrecevabilité s'étend donc à tous les actes du Parlement ou de ses organes.

Elle s'étend en outre : 1° aux décrets-lois, c'est-à-dire aux mesures législatives édictées par le chef de l'État aux époques dictatoriales (premier Empire, époque comprise entre le 2 décembre 1851 et le 29 mars 1852 ; époque comprise entre le 4 septembre 1870 et la réunion de l'Assemblée nationale) ; 2° aux décrets du chef de l'État réglant des matières sur lesquelles il a exceptionnellement pouvoir législatif (en matière de législation coloniale) (V. Cons. d'Ét. 16 nov. 1894, *Conseil général de la Nouvelle-Calédonie*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 593).

Le Conseil d'État sera peut-être amené à être moins rigoureux sur ce point (V. *suprà*, n° 153).

298. III. Les actes de gouvernement. — Nous avons donné ci-dessus (n^{os} 157 et suiv.) la théorie des actes de gouvernement. On sait que ces actes qui, par leur nature, dans la théorie courante, ne sont pas considérés comme des actes administratifs, échappent au recours pour excès de pouvoir comme à tout autre contrôle juridictionnel. Le Conseil d'État écarte les pourvois formés contre ces actes en déclarant « qu'il ne lui appartient pas d'en connaître » (Cons. d'Ét. 28 févr. 1896, *Rosat*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 203). S'il ne les écartait pas, il s'exposerait à voir élever le conflit par le ministre intéressé, en vertu de l'article 26 de la loi

du 24 mai 1872 (V. Le Courtois, *Théorie des actes de gouvernement*, p. 56-76).

298 *bis.* **Quid des actes discrétionnaires?** — Des actes de gouvernement on a souvent rapproché les actes discrétionnaires, qu'on appelait autrefois des actes « de pure administration ». Ce sont ceux que l'Administration accomplit d'après sa libre appréciation, sans que son pouvoir de décision soit limité en principe par la loi ou par le droit d'autrui : attribution ou retrait d'une permission de voirie, d'un passeport (V. Cons. d'Ét. 18 nov. 1921, *Saltzmann*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 947), nomination, promotion ou révocation d'un fonctionnaire non protégé par un statut, refus d'ordonnancement fondé sur l'absence de crédits, etc.

Ces actes diffèrent pourtant d'une manière profonde des actes de gouvernement : ce sont des décisions proprement administratives, mais rendues en des matières où l'Administration jouit de pouvoirs particulièrement étendus. Dès lors, si discrétionnaires que soient ces pouvoirs, on conçoit parfaitement qu'il y ait des cas où l'Administration puisse en abuser : d'abord elle reste liée par les formes que lui impose la loi ; ensuite, si libre qu'elle soit d'agir, elle ne doit le faire que dans le but en vue duquel ses pouvoirs lui sont donnés. Il suit de là que le recours pour excès de pouvoir sera recevable contre les actes de cette nature, soit pour violation des formes, soit pour détournement de pouvoir.

Enfin, si étendus que soient ses pouvoirs, l'Administration ne peut en user en se fondant sur des faits inexacts ou en supposant, pour justifier ou excuser sa décision, des faits inexistants. Si elle le fait, elle restera exposée au recours pour excès de pouvoir (Cons. d'Ét. 5 juill. 1918, *Général de la Nouë*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 660 ; 20 janv. 1922, *Trépont*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 66. — V. sur l'application du recours pour excès de pouvoir aux actes discrétionnaires : Cons. d'Ét. 13 juin 1913, *Godefroy*, *Rec. Cons. d'Ét.* p. 674 ; 27 mars 1914, *Dérode*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 418 ; 23 juin 1916, *Thonnard*

du Temple, Rec. Cons. d'Ét., p. 238. — Cf. Hauriou, *Précis*, 10e édit., p. 431.

299. IV. Les actes ne constituant pas des décisions exécutoires. — Il ne faut pas oublier que le recours pour excès de pouvoir a pour but de censurer un *acte juridique* incorrect. Pour que cette sorte de contentieux puisse naître, il faut que son objet s'incorpore dans une décision de nature à produire des effets juridiques. Cela exclut les mesures qui sont des *agissements* plus que des actes, qui ne constituent pas des décisions émanées d'un agent détenteur du pouvoir et destinés à produire, par voie d'autorité, des effets juridiques. Dès lors, les agissements des multiples employés qui sont chargés de l'exécution des règlements et des décisions individuelles échappent, sous cette forme, au recours pour excès de pouvoir. On ne pourrait pas se pourvoir contre l'ordre émané d'un agent de police, prescrivant à un commerçant dont la permission de voirie a été retirée par un arrêté du maire, de supprimer son étalage sur la voie publique ; ou contre l'ordre donné par un agent de la même catégorie à un cocher d'avoir à rebrousser chemin, la voie parcourue étant interdite aux voitures par un règlement ; ou contre le refus fait par un agent des postes, en vertu d'un ordre supérieur, d'enregistrer un pli chargé qu'il prétend irrégulièrement établi. L'ordre ou le refus de ces agents inférieurs, sans pouvoirs juridiques, n'ajoute rien à l'état de droit antérieur créé par les arrêtés municipaux ou les ordres du ministre. Des agissements de cette nature, selon l'expression de M. Hauriou, « n'ajoutent aucune prétention de droit aux décisions antérieures en vertu desquelles ils interviennent » (*Précis*, 10e édit., p. 429). Ce ne sont pas des *actes exécutoires*, ce sont seulement des *mesures d'exécution* sans portée juridique.

De tels agissements peuvent pourtant être très gênants pour les administrés et léser gravement leurs intérêts. Comment s'y prendront-ils pour en critiquer la légalité? Si l'agissement d'exécution est l'application d'une déci-

sion exécutoire (un règlement de police, par exemple), c'est cette décision qu'ils devront attaquer. Si la mesure d'exécution est prise en vertu d'une circulaire, d'instructions administratives ne constituant pas des décisions exécutoires (V. *infrà*, même n°), le particulier lésé formera une réclamation contre la mesure d'exécution qui le lèse, et provoquera ainsi une décision (du ministre, par exemple), qui pourra alors être déférée au Conseil d'État.

A un autre point de vue, les actes qui ne peuvent recevoir effet qu'après une approbation administrative ne sont pas susceptibles, faute de caractère exécutoire, d'être attaqués pour excès de pouvoir tant qu'ils n'ont pas été approuvés. Il en est ainsi, par exemple, des délibérations des commissions administratives des hospices portant modification du règlement intérieur de ces établissements, lesquelles ne sont exécutoires qu'après approbation du préfet (Cons. d'Ét. 1er févr. 1901, *Baillon de la Brosse*, D. P. 1902. 3. 54).

Il en serait de même des mesures d'instruction, des avis techniques tels que les avis du Conseil d'État, des conseils de préfecture, des conseils généraux, etc. (Cons. d'Ét. 3 déc. 1897, *Commune de Mustapha*, D. P. 99. 3. 23), des enquêtes *de commodo et incommodo* par lesquelles les administrations s'éclairent au préalable, comme en matière de travaux publics, d'établissements insalubres, etc. (Cons. d'Ét. 31 oct. 1913, *Chavegrand*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 1040).

La même solution doit être appliquée aux *prétentions* émises par l'Administration, lorsqu'elles ne constituent pas une décision (Cons. d'Ét. 22 janv. 1863, *Princesse de la Moskowa*, D. P. 63. 3. 1).

Il faudrait également refuser aux particuliers le droit d'attaquer pour excès de pouvoir les *mises en demeure* qui précèdent les décisions, ainsi que les autres mesures qui se bornent à les faire pressentir ou à les préparer (Cons. d'Ét. 10 déc. 1875, *Béhic*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 1038 ; 5 févr. 1892, *Courmont*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 104 ; 18 janv. 1901, *Tramways du Nord*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 50 ; 1er juin 1906, *de Saint-Mauris*, *Rec. Cons. d'Ét.*,

p. 510). Il en serait autrement toutefois si les mesures d'instruction ou les mises en demeure modifiaient exceptionnellement la situation juridique antérieure (Cons. d'Ét. 30 déc. 1910, *Fusy*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 1051; 24 févr. 1911, *Watine-Latthé*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 230; 11 août 1916, *Bressuire*, 6e espèce, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 383; note au *Recueil Sirey*, 1912. 2. 33).

Enfin il a été jugé à plusieurs reprises que les instructions ou circulaires, que les ministres ou les autres administrateurs adressent à leurs subordonnés pour leur indiquer la manière dont ils doivent résoudre les questions qu'ils sont chargés de traiter, échappent au recours pour excès de pouvoir parce qu'elles n'ont pas le caractère de décisions exécutoires (Cons. d'Ét. 8 juill. 1898, *Boucher*, D. P. 99. 3. 109; 24 mai 1901, *Delubac*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 499; 8 déc. 1922, *Boyer*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 927). Mais si, sous couleur d'instructions, le ministre avait pris une décision véritable, opposable aux particuliers, lésant des intérêts, cette décision, sous quelque nom qu'elle soit déguisée, n'échapperait plus au recours pour excès de pouvoir (Cons. d'Ét. 1er juin 1906, *Thibaud*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 503; 30 avr. 1909, *Commune de Saint-Menimie*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 432; 22 juill. 1910, *Fédel*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 620; 3 févr. 1911, *Rossi*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 125). D'autre part, lorsqu'une décision exécutoire a fait application de la circulaire, la légalité de cette circulaire peut être critiquée à propos du recours pour excès de pouvoir formé contre la décision d'application (Cons. d'Ét. 9 mars 1906, *Maitre*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 218; 18 déc. 1908, *Syndicat des pilotes de Cette*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 1068).

C'est aussi parce qu'il n'y a pas là de décision exécutoire, que les contrats administratifs échappent au recours pour excès de pouvoir (Cons. d'Ét. 29 mai 1903, *Collardeau*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 419). Le contentieux des contrats administratifs est subjectif et non objectif; il fait partie du contentieux de pleine juridiction, parce qu'il y a commerce juridique entre l'Administration et son co-contractant, et non pas acte de puissance publique ou de commandement. — Mais les décisions

administratives qui approuvent des contrats ne présentent plus le même caractère, et restent exposées au recours pour excès de pouvoir (Hauriou, *Précis*, 10e édit., p. 429).

300. V. Les décisions qui ne peuvent faire grief. — Les décisions qui ne font pas grief ne peuvent pas être attaquées par la voie du recours pour excès de pouvoir. Ce principe s'applique dans les cas suivants :

1° La décision a été rétractée par son auteur ou rapportée par l'autorité supérieure. Dans ce cas elle n'existe plus, et ne saurait faire grief. Si la rétractation a eu lieu postérieurement à l'enregistrement du recours pour excès de pouvoir, le Conseil d'État déclare généralement qu'il n'y a lieu à statuer (Cons. d'Ét. 21 avr. 1899, *Larsonneau*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 297). Mais il ne faut pas oublier que le recours pour excès de pouvoir est un procédé de contrôle juridique et disciplinaire sur les actes de l'Administration. Dès lors, quand le Conseil d'État estime que, nonobstant la rétractation de l'acte après l'enregistrement de la requête, le procédé administratif incorrect mérite d'être censuré, il se reconnaît le pouvoir de statuer et d'annuler l'acte, en dépit de sa rétractation (Cons. d'Ét. 17 nov. 1899, *Cestier*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 645).

2° La décision ne fait pas obstacle à ce que les intérêts du demandeur reçoivent satisfaction. Ainsi un fonctionnaire qui, placé dans les conditions voulues pour avoir droit à une pension de retraite, a été *licencié* (et non révoqué), ne peut pas attaquer l'acte de licenciement, parce que cette mesure, même avant la loi du 14 avril 1924, ne faisait pas obstacle à l'allocation d'une pension (Cons. d'Ét. 30 janv. 1903, *Durand*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 87. — V. par analogie Cons. d'Ét. 7 mai 1924, *Baujard*, D. P. 1924. 3. 13).

3° La décision est purement confirmative d'une décision antérieure. Dans ce cas, il n'y a pas de situation juridique nouvelle créée par l'Administration. Le demandeur aurait dû attaquer la première décision dans les délais ; ne l'ayant pas fait, il est forclos (Cons. d'Ét.

24 juin 1898, *Burke*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 484 ; 15 déc. 1899, *Lefèvre*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 735 ; 11 mai 1900, *Monin*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 340 ; 7 mars 1913, *Niclausse*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 319 ; 21 juill. 1916, *Espagnol*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 314).

301. Du silence gardé par l'Administration. A. Notions générales. — Le recours pour excès de pouvoir est de ceux qui ne peuvent être introduits que contre un *acte*, une *décision* (V. *suprà*, *Liaison du contentieux*, nos 204 et suiv.). Dès lors, comment l'absence de décision pourrait-elle donner lieu à un recours?

Cependant le silence de l'Administration, l'absence systématique de réponse à une demande qui lui est adressée par les administrés, peuvent avoir pour effet de léser gravement les droits de ceux-ci : les créances sur l'État doivent être liquidées par le ministre avant d'être payées. Le ministre auquel la liquidation est demandée, peut-il s'abstenir de répondre? Un préfet, un maire peuvent-ils opposer un silence indéfini à une demande d'alignement, et paralyser ainsi le droit des riverains de construire sur la limite de la voie publique? L'autorité supérieure, saisie d'une réclamation contre un acte d'une autorité subordonnée, peut-elle s'abstenir indéfiniment de statuer? Il y a évidemment là quelque chose qui ressemble à un déni de justice, contre lequel le recours pour excès de pouvoir devrait être ouvert.

La loi a fini par le comprendre et a résolu cette difficulté en assimilant le silence gardé par l'Administration pendant quatre mois à une décision implicite de rejet, contre laquelle le recours est ouvert.

Cette situation n'est pas spéciale, d'ailleurs, au recours pour excès de pouvoir ; le bénéfice de l'assimilation du silence prolongé à une décision de rejet s'étend à tous les cas où un recours juridictionnel quelconque ne peut être introduit qu'au moyen d'un pourvoi contre une décision, qu'il s'agisse d'un recours en annulation, en indemnité ou en réformation, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre le contentieux de l'annulation et le contentieux de pleine juridiction. Mais ses plus remar-

quables applications ayant été faites en matière d'excès de pouvoir, c'est ici le lieu d'examiner cette très intéressante et féconde création législative.

302. B. Historique et législation. — Le recours contre le silence gardé par l'Administration a été admis pour la première fois par l'article 7 du décret du 2 novembre 1864, ainsi conçu : « Lorsque les ministres statuent sur des recours contre les décisions d'autorités qui leur sont subordonnées, leur décision doit intervenir dans le délai de quatre mois, à dater de la réception de la réclamation au ministère. Si des pièces sont produites ultérieurement par le réclamant, le délai ne court qu'à dater de la réception de ces pièces. — Après l'expiration de ce délai, s'il n'est intervenu aucune décision, les parties peuvent considérer leur réclamation comme rejetée et se pourvoir devant le Conseil d'État. »

Mais ce texte était insuffisant : il fallait, pour qu'il s'appliquât, que la silence fût gardé par un ministre, sur un recours hiérarchique formé contre l'acte d'un préfet ou d'une autorité subordonnée au ministre. Cela excluait les cas où le ministre devait statuer, non comme supérieur hiérarchique, mais comme représentant de l'État ou comme dépositaire direct de la puissance publique ; ainsi que les cas où il s'agissait du silence gardé par des autorités autres que les ministres (préfets, maires, conseils généraux et municipaux, etc.).

C'est pour combler cette lacune qu'est intervenu l'article 3 de la loi du 17 juillet 1900 : « Dans les affaires contentieuses qui ne peuvent être introduites devant le Conseil d'État que sous la forme de recours contre une décision administrative, lorsqu'un délai de plus de quatre mois s'est écoulé sans qu'il soit intervenu aucune décision, les parties intéressées peuvent considérer leur demande comme rejetée et se pourvoir devant le Conseil d'État. Si des pièces sont produites après le dépôt de la demande, le délai ne court qu'à dater de la réception de ces pièces. — La date du dépôt de la réclamation et des pièces, s'il y a lieu, est constatée par un récépissé délivré conformément aux dispositions de

l'article 5 du décret du 2 novembre 1864. A défaut de décision, ce récépissé doit, à peine de déchéance, être produit par les parties à l'appui de leur recours au Conseil d'État. Si l'autorité administrative est un corps délibérant, les délais ci-dessus seront prorogés, s'il y a lieu, jusqu'à l'expiration de la première session légale qui suivra le dépôt de la demande ou des pièces. »

303. C. Applications jurisprudentielles. — Les dispositions qui précèdent n'ont pas besoin de commentaire. Si libre que l'Administration soit de prendre une décision négative, elle ne peut pas se dispenser de se prononcer. Les administrés ont droit à une solution. Au bout de quatre mois, leurs prétentions sont censées rejetées, et ils peuvent se pourvoir contre la décision implicite de rejet.

Le Conseil d'État s'est efforcé de donner à cette disposition légale toute sa portée et d'empêcher l'Administration d'y échapper. Il a précisé, dans plusieurs arrêts, que, dès que le délai de quatre mois est expiré, le recours au Conseil d'État peut être formé (Cons. d'Ét. 7 août 1909, *Bacconet*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 823 ; 23 juill. 1909, *Combret*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 728). Mais pendant combien de temps, une fois ces quatre mois expirés, l'intéressé pourra-t-il se pourvoir? Le délai ordinaire du pourvoi est de deux mois. Ici ce délai ne s'applique pas. En effet, une décision ne fait pas courir par elle-même les délais du pourvoi ; il faut qu'elle soit notifiée. Or, en l'espèce, nous sommes en présence du *silence*, interprété comme une décision implicite de rejet. Le silence ne peut être notifié. Le délai du pourvoi, dans ce cas, sera donc indéfini. L'Administration qui n'a pas donné de solution dans les quatre mois reste exposée à un recours devant le Conseil d'État tant qu'elle n'a pas statué explicitement et notifié sa décision (Cons. d'Ét. 7 août 1905, *Ducreux*, D. P. 1906. 3. 47 ; 21 févr. 1908, *Muratet*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 172 ; 24 juin 1910, *Pleux*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 499 ; 20 janv. 1911, *Versepuy*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 68).

Nous avons vu que le délai de quatre mois court

à dater du récépissé de la réclamation adressée à l'Administration. Qu'arriverait-il si celle-ci refusait de délivrer un récépissé? Elle sera alors non-recevable à exciper de ce que, faute de récépissé, le demandeur au pourvoi ne peut prouver qu'il est dans les délais (Cons. d'Ét. 26 oct. 1917, *Pascal et autres, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 685).

D'autre part, le Conseil d'État admet, en cette matière, des équipollents : le requérant pourra établir la date de l'envoi de sa réclamation préalable, non seulement par le récépissé, mais par un reçu postal du pli recommandé contenant cette réclamation, accompagné de l'avis postal de réception (Cons. d'Ét. 26 mars 1920, *Dumont, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 333).

Le Conseil d'État facilite visiblement ce recours. Il décide, par exemple, que si le demandeur a agi avant l'expiration des quatre mois, mais a renouvelé sa requête après le délai expiré et les formalités remplies, il y a lieu de statuer à la fois sur les deux requêtes, sans déclarer la première irrecevable (Cons. d'Ét. 28 juill. 1911, *Guéland, Rec. Cons. d'Et.*, p. 926). Bien mieux, si les quatre mois ne sont pas écoulés lorsque la requête est introduite, mais le sont au moment où le pourvoi est jugé, la requête n'est pas irrecevable (Cons. d'Ét. 4 juill. 1913, *Martelli, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 794). Enfin, si le ministre, qui n'avait pas statué au moment où le pourvoi a été introduit, fournit des observations en réponse à la communication du pourvoi qui lui est faite par les soins du Conseil d'État, d'où l'on puisse induire une décision, la haute Assemblée s'en contente, et juge le pourvoi au fond (Hauriou, *Précis*, 10e édit., p. 411, note 2).

Le Conseil d'État va même jusqu'à dispenser l'intéressé d'attendre l'expiration du délai de quatre mois si, dans l'intervalle, la décision contre laquelle il avait formé une réclamation devant le ministre ou une autre autorité avait été exécutée ; car alors cette exécution équivaut à une décision de rejet, puisqu'elle lèse les intérêts du réclamant de la même façon (Cons. d'Ét. 16 mars 1907, *Cadet, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 265).

II. — Deuxième condition : qualité pour agir

304. Nécessité d'une existence légale chez le demandeur. — Il faut en premier lieu que le requérant ait une existence légale. Cela exclut, par exemple, les associations ou sociétés ayant un caractère illicite, prohibé par la loi (syndicats de fonctionnaires publics sous l'empire de la législation actuelle, congrégations religieuses non reconnues et dissoutes, sociétés commerciales formées entre médecins et pharmaciens, etc.). Le Conseil d'État s'est prononcé à diverses reprises en ce sens, par exemple à l'égard de pourvois formés par des syndicats de fonctionnaires (Cons. d'Ét. 13 janv. 1922, *Boisson*, D. P. 1923. 3. 33 et la note de M. Berthélemy ; 20 févr. 1925, *Union syndicale des employés de l'octroi de Paris*).

Mais le Conseil d'État ne va pas jusqu'à exclure les associations *licites*, quoique non publiées, auxquelles la loi n'accorde pas la personnalité civile, tout en les considérant comme régulières et valablement constituées (Cons. d'Ét. 21 mars 1919, *Dame Polier et société des Dames de charité de Guéret*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 297, et les conclusions de M. Riboulet, commissaire du Gouvernement). Le fait que ces associations, aux termes de la loi du 1er juillet 1901, ne peuvent pas « ester en justice », ne les empêche pas de former un recours pour excès de pouvoir. En leur interdisant d' « ester en justice », la loi leur interdit simplement de poursuivre par la voie judiciaire la réalisation de droits prétendus qu'elles se seraient efforcées de constituer au profit de leur collectivité, alors que celle-ci est dépourvue de personnalité civile. Mais, comme le dit M. Riboulet dans les conclusions précitées, « l'action de cassation administrative n'est pas fonction de la capacité juridique de celui qui l'intente » (V. les autres arrêts intervenus dans des espèces analogues, aux conclusions de M. Riboulet, *Rec. Cons. d'Ét.*, 1919, p. 301-302).

A fortiori les associations déclarées et publiées, qui jouissent de la personnalité civile, peuvent-elles intenter

un recours pour excès de pouvoir (Cons. d'Ét. 21 déc. 1906, *Syndicat du quartier Croix-de-Seguey*, D. P. 1907. 3. 42 ; 15 févr. 1907, *Prunget*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p 157 ; 10 janv. 1913, *Association des administrateurs de colonie*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 36). Il en est de même des syndicats professionnels, licites, au sujet desquels la jurisprudence est abondante (Cons. d'Ét. 9 févr. 1906, *Syndicat des chirurgiens-dentistes*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 117 ; 28 déc. 1906, *Chambre syndicale des patrons coiffeurs de Limoges*, D. P. 1907. 3. 13). Les syndicats peuvent même former les recours pour excès de pouvoir que leurs membres individuellement auraient qualité pour intenter ; l'action individuelle et l'action collective se cumulent, pourvu que cette dernière ait pour objet, non de donner satisfaction aux intérêts privés d'un ou de plusieurs des membres du syndicat, mais « d'assurer la protection de l'intérêt collectif de la profession envisagée dans son ensemble, et représentée par le syndicat professionnel » (Paul Pic, *Traité élém. de législ. industr.*, 5e édit., nº 415. — Cf. Cass. Ch. réun. 5 avr. 1913, D. P. 1914. 1. 65 ; Cons. d'Ét. 17 janv. 1913, *Langeron*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 82).

Les unions de syndicats professionnels ont, à ce point de vue, la même capacité que les syndicats (Cons. d'Ét. 19 déc. 1924, *Gaunoux*, D. H. 1925. 63).

Les personnes morales publiques (départements, communes, établissements publics) peuvent aussi introduire des recours pour excès de pouvoir (Cons. d'Ét. 7 juin 1902, *Maire de Néris*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 275). Il en est de même des corps administratifs tels que les conseils généraux et municipaux, les commissions administratives des établissements publics, bien que l'idée de personnalité civile soit étrangère à l'organisation de ces assemblées ou organes (V. notamment, pour les conseils municipaux : Cons. d'Ét. 16 juill. 1897, *Poncet et autres*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 546 ; 9 déc. 1898, *Saint-Léger-des-Fourches*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 776 ; 22 juin 1900, *Ville de Saint-Gaudens*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 416 ; 31 janv. 1902, *Grazetti*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 55). Ces corps, en effet, ont qualité pour défendre leurs

préprogatives contre les actes du pouvoir qui y porteraient illégalement atteinte, tels que les décrets ou arrêtés qui prononceraient, en dehors des cas prévus ou des formes exigées par la loi, la dissolution d'une assemblée départementale ou communale, la nullité d'une de ses délibérations, la suspension d'une de ses sessions, etc. Les corps administratifs ont qualité pour se pourvoir, dans ce cas, comme pourrait le faire un agent qui prétendrait avoir été frappé d'une destitution ou d'une autre mesure disciplinaire illégale.

Les particuliers font aussi un très fréquent usage du recours pour excès de pouvoir. Il faut, bien entendu, s'il s'agit d'incapables, qu'ils soient légalement représentés.

305. Nécessité d'un intérêt. — En dehors de l'existence légale, il est nécessaire que le demandeur au pourvoi ait *intérêt* à l'annulation de l'acte. Il n'est pas indispensable que cet intérêt soit tiré d'un droit.

L'intérêt peut être soit pécuniaire, soit seulement moral. Dans le premier cas, il n'est pas nécessaire qu'il soit important ; si faible qu'il soit, il suffit. L'intérêt moral se rencontre, par exemple, chez les corps élus qui défendent leurs prérogatives par la voie du recours pour excès de pouvoir (V. le n° précédent) ; chez le fonctionnaire non appointé, tel que le maire d'une commune, qui attaque l'acte de révocation ou de suspension qui l'a frappé illégalement.

Le Conseil d'État est même allé fort loin à cet égard : il a reconnu d'une façon très générale aux fonctionnaires publics et à leurs associations le droit d'attaquer devant le Conseil d'État les actes illégaux qui peuvent influer sur le bon fonctionnement du service auquel ces agents collaborent (Cons. d'Ét. 14 juin 1921, *Fédération des professeurs de lycée*, et 28 juin 1912, *Gateau*, D. P. 1915. 3. 26).

L'intérêt exigé par la jurisprudence pour la recevabilité du recours doit présenter trois caractères. Il doit être : 1° direct ; 2° personnel ; 3° légitime (Hauriou, *Précis*, 10e édit., p. 437).

306. 1° L'intérêt doit être direct. — Cela signifie que l'intérêt ne doit pas être seulement éventuel, mais actuel. L'annulation de l'acte doit pouvoir donner satisfaction à un intérêt réel, saisissable et actuel du demandeur. Comme exemple d'intérêt seulement éventuel, qui ne suffirait pas pour pouvoir introduire le recours, M. Hauriou cite le cas d'un réclamant qui serait l'héritier présomptif d'un propriétaire ; il ne pourrait pas attaquer par la voie du recours pour excès de pouvoir les actes qui imposeraient illégalement des charges à la propriété dont il espère hériter.

307. 2° L'intérêt doit être personnel. — Cette formule signifie que l'intérêt du demandeur ne doit pas se confondre avec l'intérêt général, et pour ainsi dire impersonnel, qu'a tout citoyen à ce que l'Administration agisse correctement et dans les limites de la légalité. Les intérêts généraux ont des représentants. De simples particuliers n'ont pas le droit de substituer leur action à celle de ces mandataires publics, en dehors des cas nettement spécifiés par la loi.

Dans le domaine judiciaire, la Cour de cassation paraît être allée un peu loin en refusant aux associations d'instituteurs publics le droit d'agir en justice contre un évêque qui, d'après elles, avait injustement censuré les procédés et les actes des maîtres de l'enseignement primaire public (Cass., Ch. réun., 13 juin 1923, *Cardinal de Luçon*, D. P. 1924. 1. 153). Le Conseil d'État n'irait vraisemblablement pas jusque-là si une question analogue se posait devant lui. Mais la simple qualité d'habitant d'une commune, par exemple, n'est pas considérée comme donnant à un demandeur un intérêt suffisant pour lui permettre de se pourvoir contre les actes de l'autorité municipale, tels que l'arrêté du maire qui donne à une rue le nom d'un écrivain célèbre (Cons. d'Ét. 4 août 1905, *Dieuleveult*, D. P. 1907. 3. 56). On peut dire, d'une façon plus générale, que la seule qualité de citoyen français ou d'administré, de même que la seule qualité d'habitant d'une circonscription administrative, ne sont pas génératrices d'un intérêt per-

sonnel suffisamment distinct de l'intérêt général pour autoriser un demandeur en cette seule qualité à intenter un recours pour excès de pouvoir (Cons. d'Ét. 22 mars 1901, *Boquillon, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 310 ; 27 déc. 1901, *Robert, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 939). De même, un fonctionnaire public ne serait pas recevable à déférer au Conseil d'État les actes administratifs qu'il est chargé d'appliquer : son intérêt n'est pas personnel, il se confond avec l'intérêt général (Cons. d'Ét. 27 févr. 1914, *Payaud, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 257).

Toutefois, bien entendu, s'il s'agit d'un groupe d'habitants n'ayant pas les mêmes intérêts que les autres, ils pourraient valablement former un recours (Cons. d'Ét. 13 juill. 1892, *Samuel, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 633). Il s'agissait en l'espèce du déplacement du chef-lieu d'une commune.

Si l'on recherche l'idée maîtresse qui inspire les arrêts du Conseil d'État en cette matière, on peut dire qu'il reconnaît un intérêt direct et personnel au demandeur toutes les fois que cet intérêt ne se confond pas avec l'intérêt collectif, c'est-à-dire celui de l'État, du département, de la commune, etc...; tandis, qu'au contraire, le recours serait irrecevable si son auteur n'invoquait pas d'autre intérêt que celui du public proprement dit, de la généralité des citoyens.

Cette formule fort large a permis au Conseil d'État d'accueillir un recours pour excès de pouvoir dirigé par des négociants voisins d'une gare de chemins de fer, où ils faisaient leurs expéditions, contre une décision ordonnant le déplacement de cette gare (Cons. d'Ét. 22 janv. 1892, *Joullery*, D. P. 93. 3. 55) ; d'autoriser l'un quelconque des propriétaires d'une commune à se pourvoir contre un arrêté de police lésant l'ensemble des propriétaires de la même localité (Cons. d'Ét. 28 mars 1885, *Languellier, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 388) ; de décider que la seule qualité de *père de famille* suffit pour autoriser une personne à arguer de nullité les délibérations du conseil municipal concernant la caisse des écoles (Cons. d'Ét. 7 avr. 1922, *Allary, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 336).

Le Conseil d'État a même reconnu la recevabilité

d'un recours pour excès de pouvoir formé par un habitant quelconque d'une commune contre un arrêté municipal réglementant la vente et l'annonce des journaux sur la voie publique (Cons. d'Ét. 19 mai 1899, *Demory et Degeselle*, D. P. 1900. 3. 81). Dans ce cas, en effet, l'intérêt de l'habitant ne se confondait pas absolument avec l'intérêt général. La liberté de colportage des journaux, garantie par la loi du 29 juillet 1881, n'intéresse pas seulement les colporteurs et les éditeurs de journaux ; tout citoyen a un droit personnel à jouir des facilités que lui donne la liberté du colportage, pour se procurer les publications de son choix. Le droit de chacun est donc méconnu lorsqu'un acte administratif restreint arbitrairement la liberté du colportage.

La qualité d'électeur suffit, de même, pour légitimer un pourvoi formé contre un sectionnement électoral irrégulier (V. *infrà*, n° 324).

La qualité de membre d'une profession suffit pour habiliter le demandeur à attaquer les actes administratifs qui nuisent au libre exercice de cette profession ; celle de propriétaire riverain d'une rue rend recevable le recours formé au sujet des actes administratifs concernant l'établissement et la circulation d'un tramway dans la rue (Cons. d'Ét. 4 févr. 1905, *Storch*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 116 ; 21 déc. 1906, *Syndicat du quartier Croix-de-Seguey*, *Rec. Cons. d'Et.*, p. 969 ; 1er févr. 1907 *Aucoc*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 126).

Nous étudierons plus loin, à ce point de vue, quels sont les droits que peut donner la qualité de contribuable d'un département ou d'une commune (V. *infrà*, nos 308 et 309).

Bien entendu, l'intérêt peut être collectif : les syndicats professionnels, les associations déclarées, agissent en vue d'intérêts de cette nature. Toutefois il convient de constater ici que la jurisprudence du Conseil d'État a subi récemment une évolution restrictive en ce qui concerne l'action des associations de fonctionnaires contre les actes de nature à nuire aux intérêts des agents de la carrière. Pendant une période de quelques années,

le Conseil d'État a admis d'une façon très large le recours pour excès de pouvoir intenté dans ces conditions par les associations professionnelles (16 juin 1911, *Empis*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 687). Mais pour éviter des actions multipliées, parfois indiscrètes, de nature à troubler le bon fonctionnement des services publics, il a été amené à préciser et à restreindre la pensée qui avait guidé ces premiers arrêts. C'est ainsi que, s'il continue à admettre les associations de fonctionnaires à se pourvoir contre les actes réglementaires qui peuvent porter atteinte au statut de la carrière (Cons. d'Ét. 16 juin 1922, *Assoc. amic. des fonction. des préfectures*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 520 ; 14 mars 1924, *Assoc. profess. des fonction. de la Guerre*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 303-304, deux arrêts), il ne les admet pas à prendre l'initiative d'un pourvoi contre des actes individuels visant un fonctionnaire particulier. Ce fonctionnaire seul a, dans ce cas, qualité pour se pourvoir. L'association pourrait seulement intervenir dans le pourvoi pour le soutenir, s'il est formé par l'intéressé (Cons. d'Ét. 17 févr. 1922, *Fedel et Legouis*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 166 ; 13 juill. 1923, *Union syndicale des employés de l'octroi de Paris*, D. P. 1923. 3. 56, et la note ; 21 nov. 1923, *Assoc. des fonctionnaires de l'Administr. centr. des postes*, et les conclusions de M. Corneille résumant la question, D. P. 1924. 3. 8 ; 10 déc. 1924, *Rabeillé*, D. H. 1925. 65).

Le Conseil d'État veut d'ailleurs que l'association qui agit ou qui intervient soit spéciale, c'est-à-dire qu'elle concerne seulement une catégorie spéciale de fonctionnaires ; l'action d'une association générale de fonctionnaires, telle que l'union constituée entre les associations des différentes administrations centrales, serait irrecevable (Cons. d'Ét. 14 mars 1924, *Union des associations du personnel civil des administrations centrales*, *Rec. Cons. d'Et.*, p. 33 ; 20 juin 1924, même partie, D. H. 1924. 516).

Lorsque l'intérêt personnel existe, le recours reste recevable alors même que l'acte attaqué aurait reçu dans l'intervalle toute son exécution et que son annulation, par suite, doive rester toute platnoique : le deman-

deur conserve un intérêt suffisant à faire censurer, même tardivement, un acte illégal qui l'a lésé (Cons. d'Ét. 12 avr. 1889, *Evêque de Marseille*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 495).

308. Des recours formés par les contribuables. — Ces recours sont de deux sortes : 1° ceux formés par les contribuables en leur nom propre ; 2° ceux qu'ils forment au nom des communes. Examinons d'abord le premier cas.

Dans les premières éditions de son *Précis de droit administratif*, M. Hauriou souhaitait que le recours pour excès de pouvoir devînt, pour l'ensemble des citoyens, un moyen de contrôle efficace à l'égard des actes administratifs engageant les finances publiques. Son vœu ne devait pas tarder à être, au moins partiellement, exaucé. Tous les contribuables d'une commune peuvent aujourd'hui déférer au Conseil d'État les délibérations illégales des conseils municipaux qui intéressent les finances communales et les actes de tutelle administrative qui auraient approuvé sous une forme irrégulière les délibérations d'ordre financier, même légalement prises. Ainsi se trouve confirmé et accentué le rôle de ministère public que les particuliers jouent dans le recours pour excès de pouvoir ; de plus en plus, le Conseil d'État en fait une véritable action populaire.

Laferrière écrivait que « la qualité requise pour former un recours naît de *l'intérêt direct et personnel* que la partie peut avoir à l'annulation de l'acte ». Il ajoutait : « L'intérêt doit être direct et personnel ; il ne saurait se confondre avec l'intérêt général et impersonnel que tout citoyen peut avoir à ce que l'Administration se renferme dans les bornes de la légalité... Le recours serait non recevable pour défaut de qualité, si son auteur n'invoquait pas d'autre intérêt que celui du public et de la généralité des habitants. Dans ce cas, en effet, ce n'est pas sa personne qui est en jeu, c'est la commune, la ville, la collectivité tout entière, laquelle a des représentants légaux ayant seuls qualité pour agir en son nom. »

Le contrôle des actes municipaux par l'autorité supérieure, les moyens politiques permettant au corps électoral de changer la représentation communale paraissaient à cette époque des moyens suffisants pour assurer le respect de la loi dans ce domaine. Mais bientôt on comprit que ni le régime électoral, ni la hiérarchie administrative, ne constituent des garanties complètes de bonne administration ; et le Conseil d'État ouvrit peu à peu la porte du recours pour excès de pouvoir aux simples contribuables communaux. Il lui suffit pour cela, sans changer d'une façon trop ostensible les bases de ses précédents arrêts, de reconnaître aux contribuables cet « intérêt direct et personnel », passeport nécessaire pour être admis à la barre du Conseil d'État. De plus en plus, l'exigence d'un intérêt de cette sorte apparaît dans la jurisprudence du recours pour excès de pouvoir moins comme une condition purement juridique, que comme une mesure d'ordre destinée à éprouver le caractère sérieux du recours. Cela explique que le Conseil d'État se contente aujourd'hui d'un intérêt commun à tous les membres d'une vaste collectivité ou d'un simple intérêt moral.

Primitivement, le Conseil d'État refusait d'une façon absolue aux simples contribuables le droit d'attaquer, soit devant le préfet en conseil de préfecture, soit ensuite devant le Conseil d'État, les délibérations nulles de droit des conseils municipaux, c'est-à-dire celles entachées d'excès de pouvoirs ou de violation de la loi (L. 5 avr. 1884, art. 63 ; Cons. d'Ét., 22 janv. 1886, *Castey*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 51 ; 8 mars 1889, *Védier*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 310 ; 10 févr. 1893, *Bied-Charreton*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 117). Mais la loi municipale laissait voir une fissure par où le recours du simple contribuable a fini par s'infiltrer. S'agissait-il, en effet, des délibérations, non pas nulles de droit, mais simplement annulables, comme prises avec le concours de conseillers municipaux intéressés à l'affaire sur laquelle il a été délibéré, l'article 66 autorisait expressément les simples contribuables à se pourvoir contre elles devant le préfet en conseil de préfecture. L'article 67, il est vrai, ne nommait plus les

contribuables parmi les personnes qui pouvaient se pourvoir contre la décision du préfet ; il ne parle que des « parties intéressées » ; mais il eût été peu logique d'interdire le second degré de juridiction à ceux qui avaient eu accès au premier. Aussi le Conseil d'État les a-t-il toujours admis à frapper d'un pourvoi devant lui les décisions préfectorales rejetant leur recours (22 janv. 1886, *Castex*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 51).

Longtemps le Conseil d'État a refusé d'aller plus loin. Laferrière, pour parvenir à expliquer l'action du contribuable dans cette hypothèse, en arrive à supposer qu'il agit, non pas en son nom propre, mais *au nom de la commune* (t. 2, p. 442), et à rapprocher, par une comparaison plus ingénieuse qu'exacte, ce cas de celui de l'article 123, où le contribuable intente, avec l'autorisation du conseil de préfecture, une action communale que les autorités municipales ont négligé d'exercer. Il est clair, cependant, que si l'on peut dire que le contribuable attaquant une délibération annulable du conseil municipal agit en vue de l'intérêt public, ce n'est pas la commune qu'il représente dans l'action intentée.

Arrivée à ce point, la jurisprudence se trouvait, sinon en contradiction avec les textes, du moins en opposition avec la logique. Comment admettre, en effet, que les délibérations simplement annulables pussent être soumises, par un contribuable, à la censure du Conseil d'État, et que ce même plaideur fût sans qualité pour lui déférer les délibérations nulles de plein droit affectées d'un vice bien plus radical?

Le revirement attendu se produisit en 1901 (Cons. d'Ét. 21 mars 1901, *Casanova*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 333). « Considérant, dit le Conseil d'État dans l'arrêt Casanova, que la délibération attaquée a pour objet l'inscription d'une dépense au budget de la commune d'Olmeto ; que les requérants, contribuables dans cette commune, ont intérêt, *en cette qualité*, à faire déclarer cette délibération nulle de droit, *et qu'ils sont ainsi parties intéressées*, dans le sens de l'article 65 de la loi du 5 avril 1884. »

Cette décision, il est vrai, n'est pas intervenue à

l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir proprement dit : il s'agissait d'un recours spécial en annulation, porté d'abord devant le préfet en conseil de préfecture, et dont le Conseil d'État ne connaît que par voie d'appel. Mais bientôt le Conseil d'État proclama, avec plus de netteté encore, la même doctrine, à propos d'un recours formé contre un acte de tutelle administrative irrégulier approuvant une délibération de conseil municipal relatif à un contrat de droit civil passé au nom de la commune (Cons. d'Ét. 29 déc. 1905, *Petit, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 1014). « Considérant, dit l'arrêt Petit, que *les contribuables sont personnellement intéressés* à ce que les actes de tutelle administrative concernant la gestion du patrimoine communal soient accomplis dans les conditions prescrites par la loi... »

Dès l'année suivante, la recevabilité de l'action des contribuables était reconnue à propos de plusieurs recours pour excès de pouvoir formés contre des délibérations illégales du conseil municipal de Paris, actes qui ne sont pas régis par les dispositions de la loi du 5 avril 1884 (Cons. d'Ét. 6 avr. 1906, *Camut et autres, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 326 ; *Ballimar*, même date, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 327). Le considérant essentiel de ces arrêts est conçu dans des termes presque identiques à ceux de l'arrêt Petit.

Le Conseil d'État a fait, depuis ces arrêts, de nombreuses et intéressantes applications du même principe (V. notamment l'arrêt du 2 juin 1911, *de Pressensé et Morhardt, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 665, rendu sur notre consultation).

La jurisprudence a bientôt étendu cette faculté aux contribuables des départements (Cons. d'Ét. 27 janv. 1911, *Richemond* et les conclusions de M. le commissaire du Gouvernement Helbronner, D. P. 1913. 3. 13; 8 nov. 1912, *Crémieux* et *Fauché, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 1025). Mais jusqu'ici le Conseil d'État n'a pas voulu admettre que la seule qualité de contribuable français fût suffisante pour autoriser un particulier à critiquer, par la voie du recours pour excès de pouvoir, les actes administratifs irréguliers intéressant les finances de

l'État : « Considérant, dit-il, que les contribuables n'ont qualité pour demander l'annulation des mesures administratives qui ont une répercussion sur les finances publiques, qu'autant qu'elles visent les finances de la commune ou du département » (Cons. d'Ét. 25 juin 1920, *Le Doussal* et *Metour*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 639).

309. Recours exercé par les contribuables au nom des communes. — L'article 123 de la loi du 5 avril 1884 dispose que « tout contribuable inscrit au rôle de la commune a le droit d'exercer à ses frais et risques, avec l'autoritsaion du conseil de préfecture, les actions qu'il croit appartenir à la commune ou section et que celle-ci, préalablement appelée à en délibérer, a refusé ou négligé d'exercer » (Laferrière, t. 2, p. 440). Parmi les actions de la commune ou section se trouve le recours pour excès de pouvoir. Le contribuable pourra donc former un recours de cette nature au nom de ces collectivités, en vertu de la disposition qui précède. Mais alors que, lorsqu'il agit en son nom personnel, le contribuable n'a besoin d'aucune autorisation, il ne pourra introduire un recours pour excès de pouvoir au nom de la commune que s'il y est au préalable autorisé par le conseil de préfecture.

D'autre part, il n'existe aucune disposition légale qui permette au contribuable d'un département, d'un établissement public ou de l'État, d'agir au nom de ces collectivités ; la disposition originale de l'article 23 de la loi du 5 avril 1884 est limitée aux contribuables des communes.

310. 3° L'intérêt doit être légitime. — M. Hauriou (*op. cit.*, p. 438) définit ainsi l'intérêt *légitime* : « Il faut qu'il résulte d'une situation juridique définie dans laquelle l'intéressé se trouve placé vis-à-vis de l'Administration. » Ceci se rencontre dans les cas suivants : 1° lorsque l'intérêt est tiré d'un droit acquis de l'administré opposable à l'Administration (tels sont les droits du propriétaire ou du commerçant) ; 2° lorsqu'il résulte de prérogatives conférées à l'administré par la loi,

telles que celles qui appartiennent aux membres des assemblées administratives (conseil municipal, conseil général) ; ces personnes sont évidemment recevables à attaquer par la voie du recours pour excès de pouvoir les actes qui violeraient les prérogatives qu'elles tirent de leur mandat (Cons. d'Ét. 1er mai 1903, *Bergeon, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 323 ; 4 août 1905, *Martin* et les conclusions de M. Romieu, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 750 ; 9 nov. 1906, *Taudière, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 793 ; 10 mars 1911, *Brasseur, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 282) ; 3° lorsqu'il dérive de décisions antérieures de l'Administration elle-même, plaçant l'administré dans une situation juridique particulière (tel est le cas du contribuable inscrit au rôle des contributions directes, du concessionnaire sur le domaine public, du fonctionnaire nommé à un emploi, de l'électeur inscrit). Il est remarquable, dans ce cas, que l'administré a un intérêt légitime à se pourvoir, alors même que les actes antérieurs de l'Administration ne lui conféreraient pas, à proprement parler, un droit, mais une simple espérance : tel est le cas du soumissionnaire admis à participer à une adjudication, qui peut attaquer l'acte administratif approuvant cette adjudication (Cons. d'Ét. 21 mars 1890, *Caillette, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 323 ; 30 mars 1906, *Ballande*), du candidat autorisé à participer à un concours ou à un examen, qui peut attaquer la décision homologuant les résultats du concours (Cons. d'Ét. 10 juill. 1908, *Pourciel, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 762).

Mais lorsque l'administré n'est pas placé dans une situation juridique antérieure lui donnant soit un droit, soit un véritable et légitime intérêt personnel à critiquer la légalité de tel ou tel acte administratif, il serait non-recevable à agir. « Il existe, dit à ce sujet Laferrière (t. 2, p. 425), des actes administratifs ayant un caractère si général et si impersonnel qu'on a peine à concevoir quelle partie pourrait les attaquer s'ils étaient entachés d'excès de pouvoir. Tels sont, par exemple, les règlements qui déterminent la marche d'un service public, qui tracent des règles aux subordonnés pour le fonctionnement de ce service, mais qui n'adressent

aucune prescription aux personnes étrangères à l'Administration. Alors même que les règlements de cette nature seraient entachés d'incompétence ou de vice de forme, il semble douteux qu'ils puissent être attaqués devant le Conseil d'État. Qui les attaquerait, en effet? Ni les simples citoyens, ni les agents du service intéressé ne semblent avoir qualité pour se constituer les défenseurs officieux de la légalité méconnue, ou les censeurs d'un supérieur hiérarchique. Aussi est-ce avec raison que le Conseil d'État a opposé une fin de non-recevoir à des recours formés par des militaires contre des décisions du ministre de la Guerre réglant leur uniforme et les insignes de leur grade (Cons. d'Ét. 13 nov. 1885, *Sévigny, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 830 ; même date, *Dalard, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 830).

III. — Troisième condition : formes et délais du recours

311. A. Formes du recours. — Suivant la règle générale applicable à tous les recours au Conseil d'État, le recours pour excès de pouvoir est introduit au moyen d'une requête adressée à cette haute assemblée. La requête doit être écrite ; elle peut être soit remise directement, soit adressée par la poste au secrétariat du Conseil d'État. Le demandeur peut accomplir cette formalité lui-même ; le ministère d'un avocat au Conseil d'État n'est plus obligatoire pour le recours pour excès de pouvoir, depuis le décret du 2 novembre 1864. Cette disposition a été maintenue par l'article 4 de la loi du 17 avril 1906.

La requête doit exposer les faits de la cause et les moyens du pourvoi, contenir les conclusions prises par le requérant, les noms et demeures des parties, l'énonciation des pièces dont on entend se servir et qui y seront jointes (Décr. 22 juill. 1806, art. 1er ; Cons. d'Ét. 30 janv. 1914, *Gouillaud, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 132). Elle doit être accompagnée de la copie de la décision attaquée. Il arrive parfois que l'Administration intéressée ait refusé la copie. Alors l'intéressé n'a qu'à demander, dans sa requête ou dans des conclusions ultérieures,

que le ministre lui communique la dite décision (Cons. d'Ét. 20 févr. 1914, *Lelong, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 237).

Lorsque plusieurs demandeurs ont qualité pour attaquer une décision administrative, ils peuvent former contre elle un recours collectif par une seule et unique requête (Cons. d'Ét. 20 mai 1913, *Augier et autres, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 602). Mais il en est autrement lorsque plusieurs personnes ayant des intérêts analogues attaquent plusieurs décisions ministérielles, même connexes, même pour des motifs identiques. Dans ce cas, la requête unique n'est valable qu'en ce qui concerne le premier des demandeurs nommé dans la requête (Cons. d'Ét. 24 mars 1922, *Beaurieux et autres, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 275).

Timbre et enregitrement. — La requête doit être écrite sur papier timbré ; elle doit être enregistrée. Cette formalité peut être accomplie soit à un bureau spécial situé à Paris, au Palais-de-justice, galerie Saint-Louis, soit au bureau d'enregistrement du domicile du demandeur. La loi du 17 avril 1906, dans son article 4, a facilité encore l'introduction du recours en prescrivant qu'il serait enregistré en débet. Cet article est ainsi conçu :

> Seront enregistrés en débet et jugés sans autres frais que le droit de timbre : les recours portés devant le Conseil d'État, en vertu de la loi des 7-14 octobre 1790, contre les actes des autorités administratives pour incompétence ou excès de pouvoirs ; les recours contre les décisions portant refus de liquidation ou contre les liquidations de pensions. — En cas de rejet total ou partiel de la requête, les droits d'enregistrement du recours et de l'arrêt sont dus par le requérant. Il en est de même lorsque l'arrêt constate qu'il n'y a lieu de statuer, à moins que cette décision ne soit motivée sur le retrait de l'acte attaqué, opéré postérieurement à l'introduction du recours, auquel cas le requérant n'est tenu de payer aucun droit d'enregistrement.

Le coût des droits d'enregistrement à payer éventuellement est aujourd'hui de 79 fr. 95.

Il y a même quelques cas où le demandeur est définitivement dispensé du timbre et de l'enregistrement : 1° s'il s'agit de recours dirigé contre les décisions des

commissions départementales en vertu de l'article 88 de la loi du 10 août 1871 ; 2° en cas de recours pour excès de pouvoir formé contre les décrets ou arrêtés portant déclaration d'utilité publique, et d'une façon générale contre les actes administratifs relatifs à l'expropriation (L. 3 mai 1841, art. 58).

Les formalités concernant le libellé de la requête, les pièces à fournir, le timbre et l'enregistrement, sont prescrites à peine de nullité (Cons. d'Ét. 18 mars 1910, *Nicolas, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 262 ; 10 mars 1913, *Adeline, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 329).

312. Modèle de requête. — M. Hauriou (*Précis élém.*, p. 474) nous donne un modèle de requête que nous reproduisons ci-dessous :

Le soussigné... (*nom, prénoms, adresse, profession ou qualité*) défère au Conseil d'État statuant au contentieux un... (*désignation de l'acte administratif attaqué : décret, arrêté, décision, etc.*) du ... (*indication de l'autorité dont l'acte émane: Président de la République, ministre, préfet, maire, etc.*) en date du... aux termes duquel (ou de laquelle)... (*indication des dispositions de l'acte attaqué qui lèsent le requérant*).

La mesure indiquée ci-dessus a été prise dans les circonstances suivantes :

1° Exposé des faits... (*faire ici un exposé aussi court et aussi précis que possible des circonstances qui ont précédé ou accompagné l'acte attaqué*).

2° Discussion. — L'acte attaqué contient un excès de pouvoir pour *tels* motifs (*indiquer le motif, l'incompétence ou le vice de forme ou le détournement de pouvoirs*) *ou bien* : il est contraire aux articles... de la loi ou du décret ou de l'arrêté du... (*faire ici une énumération des moyens de droit allégués à l'appui du pourvoi, diviser la discussion en plusieurs parties distinctes, si l'acte attaqué paraît irrégulier pour plusieurs motifs et contrevient à diverses dispositions réglementaires*).

3° Conclusions. — Par ces motifs, le requérant conclut qu'il plaise au Conseil d'État annuler, comme entaché d'excès de pouvoir, le... (*décret ou arrêté, etc.*) ci-dessus visé en date du... en tant qu'il a... (*rappeler la disposition qui fait l'objet du pourvoi*).

4° Pièces produites : 1° Décision attaquée ; 2° ... ; 3° ..., etc. (*signature légalisée ou certifiée*).

313. B. Délais du recours. — L'article 24 de la loi du 13 avril 1900 fixe à deux mois, d'une façon géné-

rale, le délai pour se pourvoir au Conseil d'État. Cette règle est applicable au recours pour excès de pouvoir, comme à tous les autres recours, sauf dérogation légale.

La question de savoir si le délai du pourvoi est ou non expiré présente de l'importance, non seulement pour savoir si le recours est recevable (l'expiration du délai crée une fin de non-recevoir péremptoire), mais encore pour fixer la période pendant laquelle il est loisible à l'Administration de rapporter des mesures illégales ayant créé des droits. Le Conseil d'État admet que ces mesures sont rapportables au cours du délai accordé aux parties pour se pourvoir, mais ne le sont plus une fois ce délai expiré (Cons. d'Ét. 13 juill. 1923, *dame Inglis*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 577).

La déchéance résultant de l'expiration du délai peut être prononcée d'office par le Conseil d'État : elle est d'ordre public. Il est arrivé cependant à plusieurs reprises, surtout avant 1872, que le Conseil d'État, en présence d'un pourvoi intéressant et fondé au fond, a fermé les yeux sur son caractère tardif, lorsque la déchéance n'était pas formellement demandée (Laferrière, t. 2, p. 454).

Il convient de remarquer ici que la déchéance laisse cependant intact le recours incident ou préjudiciel en appréciation de validité, lorsque l'acte administratif critiqué, étant invoqué devant les tribunaux et argué d'illégalité, la juridiction saisie surseoit à statuer en attendant le jugement de la question préjudicielle (Cons. d'Ét. 26 nov. 1909, *Bouchez*, D. P. 1911. 3. 101).

D'une façon générale, le délai court à dater du jour où l'acte à attaquer a été officiellement porté à la connaissance de la partie intéressée par l'Administration. Ce délai est franc : on ne compte ni le jour de la notification de l'acte (*dies a quo*), ni le jour de l'arrivée du recours au secrétariat du Conseil d'État (*dies ad quem*) ; de sorte qu'une décision ayant été notifiée le 1er mars, le pourvoi peut encore être déposé le 2 mai, jusqu'à l'heure de la fermeture du secrétariat (M. Hauriou dit « jusqu'à minuit) » (V. sur cette question : Cons.

d'Ét. 24 avr. 1912, *Guibaud*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 480; 19 janv. 1907, *Commune de Bousgarber*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 48).

Lorsque le délai expire un jour férié, il est prolongé jusqu'au lendemain (Cons. d'Ét. 8 juill. 1904, *Ministre des Trav. publ.*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 575 ; 22 janv. 1906, *Cie du gaz de Lyon*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 59).

Le Conseil d'État admet la recevabilité du recours parvenu après l'expiration du délai, quand il est démontré que la requête a été mise à la poste par le demandeur en temps utile pour parvenir au secrétariat du Conseil d'État avant l'expiration du délai. Les retards de l'Administration des postes ne peuvent pas nuire au demandeur (Cons. d'Ét. 14 janv. 1910, *Levallois*, *Rec. Cons. d'Et.*, p. 24). Il en est de même toutes les fois que le retard dans l'arrivée du pourvoi est imputable à l'Administration. C'est ainsi que le Conseil d'État a déclaré recevable un pourvoi parvenu après l'expiration du délai par suite de cette circonstance que, le demandeur l'ayant par erreur déposé à la préfecture, cette administration avait indûment retenu la pièce, et ne l'avait renvoyée au requérant qu'après l'expiration des délais (Cons. d'Ét. 12 nov. 1915, *Commune de Stora*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 305). Le Conseil d'État estime qu'il est du devoir de l'Administration d'éclairer les particuliers ; elle ne peut se faire une arme de ses propres manquements à cet égard.

Le délai s'augmente à raison des distances, pour les demandeurs domiciliés hors de la France continentale (Décr. 22 juill. 1806, art. 13, comb. avec C. pr. civ., art. 73, modifié par L. 13 mars 1922).

314. Des cas dans lesquels le délai court à dater d'une notification individuelle. — La notification était le seul procédé envisagé par l'article 11 du décret du 22 juillet 1806 pour faire courir les délais du pourvoi. Elle reste le procédé normal et nécessaire toutes les fois que la notification individuelle est possible, c'est-à-dire lorsque l'acte à attaquer vise une ou plusieurs personnes individuellement désignées ou qu'il est aisé

d'individualiser, et non un *public* plus ou moins nombreux et insaisissable.

La notification doit être l'œuvre de l'Administration. Il ne suffirait pas, pour faire courir le délai, d'une connaissance de l'acte acquise personnellement et spontanément par l'intéressé (Cons. d'Ét. 31 janv. 1908, *Brousse, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 239 ; 31 mars 1911, *Marcillé-Robert, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 412 ; 27 juin 1913, *Châteauvillain, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 779. — V. cependant Cons. d'Ét. 4 août 1905, *Martin, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 755). Mais, bien entendu, l'intéressé peut attaquer l'acte avant qu'il lui ait été notifié (Cf. Cons. d'Ét. 20 févr. 1914, *Lelong, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 237).

La notification, faite par un agent public, comporte une remise à l'intéressé d'une *copie complète* de la décision. Il faut, en effet, que la partie ait le temps et les moyens d'apprécier l'acte en connaissance de cause. Ainsi la notification à l'intéressé du dispositif seul de la décision ne suffirait pas, même accompagnée de la mention que le texte complet de la décision a été adressé à l'avocat de la partie (Cons. d'Ét. 4 mai 1900, *Héritiers du sieur Gouy, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 318).

Le Conseil d'État admet cependant des équipollents :

1° Lorsque la notification doit être faite à une administration publique, on admet aisément que celle-ci, eu égard aux rapports étroits qui unissent les différentes administrations, a pu se rendre compte de la décision qui la vise, et en avoir sans difficulté connaissance et copie. Ainsi une commune est censée avoir reçu notification d'un décret lorsque cette décision a été discutée en séance du conseil municipal, analysée et critiquée par les membres du conseil, qui ont agité la question de savoir s'il y avait lieu de se pourvoir (Laferrière, t. 2, p. 457 et les arrêts cités).

2° Lorsque le délai que l'auteur du recours a laissé courir est si considérable qu'il suppose nécessairement chez l'intéressé une connaissance personnelle, ancienne et complète de la décision attaquée. Ainsi le Conseil d'État a rejeté comme non recevable un recours dirigé par un magistrat déclaré démissionnaire d'office, seize

ans après la publication au *Journal officiel* du décret qui l'avait déclaré démissionnaire (Cons. d'Ét. 3 mai 1901, *Casale*, D. P. 1903. 3. 3).

3° Lorsqu'il est certain que des actes émanant de l'Administration ont porté l'acte d'une façon complète à la connaissance de l'intéressé ; ce qui arrivera, par exemple, lorsque l'exécution de l'acte a eu lieu et a personnellement atteint le requérant (Cons. d'Ét. 15 nov. 1901, *Union mutuelle des propriétaires*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 804), mais pourra aussi résulter d'autres circonstances (Cons. d'Ét. 19 janv. 1907, *Dayma*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 162 ; 26 juin 1908, *Roger*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 701 ; 29 janv. 1909, *Broc*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 98).

315. Des cas dans lesquels le délai court à dater d'une publication. — Il y a des actes qui ne sont pas susceptibles de notification individuelle : ce sont ceux qui intéressent, non un nombre limité d'individus connus, mais un *public* plus ou moins nombreux et impossible à individualiser. Tels sont les actes réglementaires, les délibérations d'assemblées ayant une portée générale, etc. Dans ce cas, la notification individuelle sera remplacée par la *publication* de l'acte envisagé. C'est de cette publication que courront les délais du recours (V. sur l'application de cette règle la note de M. Hauriou sous Cons. d'Ét. 24 janv. 1902, *Avrézard*, *Rec. Sirey*, 1902. 3. 33. Cons. d'Ét. 20 mai 1904, *Perrimont*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 422).

Ainsi les délais courront à partir de la publication quand il s'agira d'un arrêté concernant la totalité des propriétaires d'une ville (Cons. d'Ét. 25 janv. 1901, *Juot*, D. P. 1902. 3. 35), ou même l'ensemble des propriétaires riverains d'un grand nombre de rues (Cons. d'Ét. 24 janv. 1902, *Avrézard*, D. P. 1903. 3. 62). Dans ce cas, en effet, il serait presque impossible à l'Administration de rechercher les noms de tous les propriétaires intéressés.

Mais il ne faut pas oublier que la notification individuelle est la règle, la publication l'exception. Ce dernier mode ne fait courir les délais du pourvoi que lorsque

le premier n'a pas pu être employé. C'est ainsi que le Conseil d'État a décidé que la simple publication de la mesure attaquée était insuffisante pour faire courir les délais du pourvoi à l'égard des loueurs de voitures de Paris, auxquels un arrêté du préfet de la Seine imposait l'emploi d'un compteur kilométrique et horaire (Cons. d'Ét. 9 août 1893, *Chambre syndicale des entrepreneurs de voitures de places*, D. P. 94. 3. 65).

Bien entendu, pour que le délai coure, il faut que la publication ait un caractère officiel ; qu'elle soit un mode de divulgation légalement organisé. Il en est ainsi, pour les actes du chef de l'État, de la publication au *Journal officiel* ; de l'insertion au *Recueil des actes administratifs* du département pour les arrêtés préfectoraux ; de l'affichage public pour les arrêtés des maires (L. 5 avr. 1884, art. 96). Mais la simple insertion d'un décret au *Recueil des instructions générales* du ministère des finances ne suffirait pas pour faire courir les délais, ce mode de publication n'ayant été organisé par aucune loi (Cons. d'Ét. 11 mars 1904, *Deltel*, D. P. 1905. 3. 76). Il faut aussi que la publication comprenne l'acte entier. Par exemple, la publication d'une liste de fonctionnaires, nommés à un emploi, n'équivaudrait pas, au point de vue du cours des délais, à la publication du texte même des décrets de nomination (Cons. d'Ét. 18 mars 1904, *Savary*, D. P. 1905. 3. 76).

Lorsque le délai peut courir à dater d'une publication, le Conseil d'État admet, comme en matière de notification individuelle, des équipollents. Ainsi l'exécution de l'acte à l'égard de chaque intéressé fera courir contre lui les délais du recours pour excès de pouvoir, pourvu que cette exécution, émanant de la puissance publique, ait effectivement atteint le requérant, qu'elle ait été notoire, de nature à s'imposer à l'attention. C'est ainsi qu'un procès-verbal de contravention, dressé en vertu de l'acte critiqué et dûment notifié à l'intéressé, ferait courir les délais (Cons. d'Ét. 4 juin 1886, D. P. 87. 3. 120). Mais, au contraire, l'*installation* d'un fonctionnaire irrégulièrement nommé au mépris des règlements qui constituent un statut au

corps de fonctionnaires auquel il appartient ne peut faire courir les délais du pourvoi à l'égard des agents de la même catégorie lésés par la nomination irrégulière (Cons. d'Ét. 18 mars 1904, *Savary*, D. P. 1905. 3. 73).

L'expiration des délais du recours contre l'acte réglementaire dûment publié n'a pas, d'ailleurs, pour effet de valider d'avance les mesures individuelles prises en exécution de la décision générale. Ces actes individuels peuvent être attaqués par les intéressés qui, pour en contester la légalité, peuvent critiquer celle de l'acte réglementaire, bien qu'à raison de l'expiration des délais, ce dernier acte ne puisse plus être attaqué par un recours direct (Cons. d'Ét. 29 mai 1908, *Poulin*, D. P. 1910. 3. 17 ; 2 avr. 1909, *Moreau et Pérot*, D. P. 1911. 3. 14). C'est là une jurisprudence particulièrement libérale (V. aussi Cons. d'Ét. 26 avr. 1918, *Sellier*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 385).

Il y a des cas, d'ailleurs fort rares, où par sa nature un acte ne peut être ni notifié à la partie qui l'attaque, ni publié. Ainsi, les arrêtés nommant les fonctionnaires municipaux ne sont pas publiés, et ils ne sont notifiés qu'au fonctionnaire nommé. Mais cette nomination, si elle est contraire au statut de la fonction, est de nature à léser d'autres fonctionnaires de la carrière, qui peuvent avoir intérêt à l'attaquer. Le délai du recours pour excès de pouvoir courra alors du jour où il sera établi que l'intéressé a eu pleine connaissance de l'acte, par exemple du jour où il a lui-même dénoncé l'acte illégal au préfet (Cons. d'Ét. 26 juin 1908, *Requin*, D. P. 1910. 3. 16).

316. Des effets de la demande d'assistance judiciaire. — Le délai de deux mois étant un délai de déchéance et non de prescription court même contre les incapables. Mais le Conseil d'État admet que les parties n'ont pas à souffrir des lenteurs des services publics, lorsqu'elles ont fait ce qu'elles avaient à faire pour exercer leur droit. Plus libéral que les tribunaux judiciaires, qui ont toujours refusé d'admettre que la demande d'assistance judiciaire interrompît ou sus-

pendît les délais de l'action en justice, le Conseil d'État a plusieurs fois jugé que, lorsque la demande d'assistance a été adressée à l'autorité compétente avant l'expiration des délais du pourvoi, le recours demeure recevable, même si l'assistance judiciaire n'est accordée et si la requête n'est remise au secrétariat du Conseil d'État qu'après l'expiration des délais normaux (Cons. d'Ét. 7 févr. 1902, *Berti*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 92 ; 18 déc. 1903, *Mourre*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 793 ; 7 juill. 1905, *Elis*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 623 ; 15 janv. 1909, *Constant*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 44 ; 7 août 1909, *Lecomte*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 833 ; 24 nov. 1911, *Hamel*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 1102 ; 27 juin 1913, *Raine*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 770 ; 22 mai 1914, *Laval*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 615). En cas de refus d'assistance judiciaire, le délai ne recommence à courir qu'à dater de la notification à l'intéressé du rejet de sa demande d'assistance (mêmes arrêts).

On voit combien cette jurisprudence est bienfaisante pour ces plaideurs peu fortunés, souvent ignorants et mal conseillés, dont les lenteurs, parfois inévitables, de la procédure officieuse devant les bureaux d'assitance judiciaire ont plus d'une fois compromis définitivement les droits.

317. Des cas où le recours pour excès de pouvoir est précédé d'un recours hiérarchique. — La jurisprudence administrative décide depuis longtemps que les actes des autorités inférieures, dans les cas où elles jouissent d'un pouvoir de décision, peuvent être attaqués directement pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État, sans avoir été déférés auparavant aux supérieurs de l'auteur de l'acte, par la voie du recours hiérarchique. C'est ce qu'on appelle le recours *omisso medio* (Laferrière, t. 1, p. 316, 322 ; t. 2, p. 451). Dès lors, deux questions sont nées : 1° L'exercice du recours pour excès de pouvoir exclut-il celui du recours hiérarchique et réciproquement, ou au contraire les deux recours peuvent-ils se combiner et se cumuler? 2° Dans quelle mesure l'exercice du recours hiérarchique inter-

rompt-il ou suspend-il les délais du recours pour excès de pouvoir?

A la première question, la jurisprudence administrative a bien vite répondu que les parties étaient libres d'intenter à leur choix l'un ou l'autre des deux recours. Sans passer par le recours hiérarchique, elles peuvent déférer immédiatement au Conseil d'État les actes des autorités inférieures qui jouissent d'un pouvoir de décision (V. Cons. d'Ét. 24 juin 1881, *Bougard, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 650, qui a fixé la jurisprudence). Mais elles peuvent aussi préférer le recours hiérarchique, et l'*exercice de ce recours ne leur fait pas perdre le droit d'intenter le recours pour excès de pouvoir.*

Voilà le principe ; mais son application comporte des précisions et des distinctions qui vont être exposées en répondant à la deuxième question.

Pour la bien comprendre, il faut se rappeler qu'aucun délai n'est imparti aux intéressés pour former un recours hiérarchique. Comme on l'a dit, un ministre d'aujourd'hui pourrait annuler un arrêté d'un préfet de l'an 8. Mais si, au moment où le ministre rend sa décision sur le recours hiérarchique, plus de deux mois se sont écoulés depuis la notification de l'acte attaqué, le recours pour excès de pouvoir est-il encore recevable? Oui, sans aucun doute, si le ministre annule ou réforme l'acte de son subordonné : il fait alors un acte nouveau ; il substitue sa décision à celle du préfet ou d'un autre fonctionnaire inférieur. Des griefs distincts de ceux que soulevait l'acte primitif peuvent naître de la décision du ministre ; dès lors cette décision nouvelle peut être attaquée dans le délai de deux mois à dater de sa notification.

Mais que décider dans le cas où le ministre confirme l'acte de son subordonné, en rejetant le recours hiérarchique porté devant lui? Le Conseil d'État avait d'abord décidé qu'à quelque époque que la décision du ministre eût été soit provoqué, soit rendue, elle avait pour effet de faire revivre le droit d'intenter le recours pour excès de pouvoir, éteint par l'expiration des délais (19 févr. 1865, *d'Andigné de Resteau, Rec. Cons. d'Ét.*, 65, p. 171).

Cette solution était peu logique : comment un recours, qui eût été rejeté comme tardif à une époque donnée, pouvait-il devenir recevable plusieurs années après?

Depuis 1881, le Conseil d'État fait la distinction suivante : si le recours hiérarchique a été intenté dans le délai où le recours pour excès de pouvoir aurait normalement dû l'être, le demandeur conserve le droit de déférer au Conseil d'État l'acte qui lui fait grief, dans les deux mois à dater de la notification de la décision ministérielle qui rejette son recours hiérarchique (Cons. d'Ét. 19 mai 1899, *Remy*, D. P. 1900. 3. 93). Si au contraire le recours hiérarchique n'a point été formé dans les deux mois, le recours pour excès de pouvoir est définitivement irrecevable (V. Cons. d'Ét. 13 avr. 1881, *Bansais*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 430, qui a formé la jurisprudence ; 14 janv. 1887, *Union des gaz*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 43 et la note très importante ; 19 janv. 1906, *Petit*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 42 ; 5 août 1908, *Syndicat des mandataires à la vente*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 884 ; Hauriou, *Précis*, 10e édit., p. 443-444 ; Laferrière, t. 2, p. 461).

Au surplus, l'effet interruptif de déchéance produit par l'exercice, dans les deux mois, du recours hiérarchique, subsiste même si ce recours avait éte porté devant un ministre incompétent, la matière dépendant d'un autre département ministériel : les parties ne peuvent pas être toujours au courant des répartitions très compliquées d'attributions entre les divers ministères (Laferrière, t. 2, p. 469-470).

318. Des cas où l'acte est devenu définitif avant l'expiration des délais. — C'est là une matière dans laquelle le Conseil d'État a hardiment et équitablement innové. Il arrivait souvent que les pourvois les mieux fondés échouaient par la survenance d'une fin de non-recevoir créée de toutes pièces par la jurisprudence. Le Conseil d'État déclarait le pourvoi irrecevable lorsque, pour emprunter les expressions de Laferrière, « l'acte administratif a été suivi de décisions ou de contrats qui ont créé des droits acquis et avec lesquels

il s'est combiné et uni de telle sorte qu'on ne pourrait plus infirmer l'un sans porter atteinte aux autres » ; et l'illustre auteur ajoutait, pour justifier cette jurisprudence : « Le juge de l'excès de pouvoir, qui doit respecter ces droits et à qui souvent le contentieux de ces actes n'appartient pas, doit alors écarter le recours qui tend à les remettre en question » (t. 2, p. 470).

Supposons, par exemple, qu'une delibération de conseil municipal autorise la vente d'un immeuble communal. Cette délibération, même nulle de droit, même annulable dans les termes des articles 63 et 64 de la loi du 5 avril 1884, deviendra inattaquable à dater du jour où elle aura été exécutée par la passation d'un acte de vente.

De même, d'après cette jurisprudence, les actes de tutelle par lesquels l'Administration supérieure habilite une commune ou un établissement public à passer soit un contrat civil, soit un marché de travaux publics, ne pouvaient plus être attaqués devant le Conseil d'État dès le contrat conclu ou le marché passé (Cons. d'Ét. 2 déc. 1892, *Jullien*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 842).

Enfin, les actes déclaratifs d'utilité publique les plus manifestement illégaux devenaient intangibles dès que les jugements d'expropriation, dont ils constituaient la base, étaient passés en force de chose jugée (Cons. d'Ét. 16 déc. 1892, *Grados*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 906).

Cette jurisprudence n'avait pas de très graves inconvénients en matière de décisions administratives ayant servi de base à des contrats, lorsque le pourvoi émanait de l'un des contractants. En effet, dans ce cas, le plaideur auquel l'accès du Conseil d'État était refusé avait toujours un juge : celui du contrat. La commune, assignée devant le tribunal civil en exécution d'un contrat de vente passé à la suite d'une délibération nulle de son conseil municipal, pouvait exciper de cette nullité à l'occasion du procès ainsi pendant, sauf pour le tribunal civil à renvoyer à l'autorité administrative l'examen de cette question préjudicielle (Cons. d'Ét. 25 avr. 1902, *Frédet*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 316). L'exclusion du recours pour excès de pouvoir pouvait se justifier,

dans ce cas, par l'existence d'un recours parallèle devant l'autorité judiciaire.

Mais, même dans cette hypothèse, le Conseil d'État devait hésiter à admettre la fin de non-recevoir, dès qu'il eut été amené à rejeter petit à petit la théorie du recours parallèle, ou tout au moins à en restreindre considérablement la portée.

Et, d'autre part, la jurisprudence ancienne présentait les inconvénients les plus graves, en privant les parties de tout juge, lorsque le recours pour excès de pouvoir émanait de personnes non parties au contrat accompagnant l'acte administratif attaqué. Ce cas devenait de plus en plus fréquent, au fur et à mesure que le Conseil d'État admettait plus largement les conseillers municipaux et généraux, pour défendre leurs prérogatives individuelles, à attaquer les délibérations illégales des corps dont ils font partie, et les simples contribuables à demander l'annulation des actes illégaux des autorités municipales. Les droits reconnus à ces personnes par la loi et la jurisprudence se trouvaient anéantis par un événement postérieur à l'acte illégal, et entièrement indépendant de la volonté du demandeur au pourvoi.

Ce qu'il y avait peut-être de plus grave, c'est que l'Administration était libre, suivant son bon plaisir, d'anéantir les effets d'un pourvoi introduit à une date où la fin de non-recevoir n'existait pas. Il lui suffisait de faire traîner l'instruction du pourvoi le temps nécessaire pour pouvoir passer les actes juridiques rendant le recours caduc. Les droits des plaideurs se trouvaient ainsi supprimés après coup par une fin de non-recevoir résultant d'un fait auquel, non seulement ils étaient restés étrangers, mais contre lequel ils avaient régulièrement, et en temps utile, protesté par les voies légales.

Aussi le Conseil d'État, sous l'influence notamment de M. le commissaire du Gouvernement Romieu, rétracta-t-il, dès 1905, sa jurisprudence, dans le cas où l'acte attaqué avait été suivi de la passation de contrats ; et en 1909, il appliqua le principe ainsi proclamé au

cas où un acte de cession amiable avait suivi une déclaration d'utilité publique entachée d'illégalité (Cons. d'Ét. 4 août 1905, *Martin*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 755 ; 29 nov. 1905, *Petit*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 1014 ; 6 avr. 1906, *Balliman*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 327 ; 5 févr. 1909, *Barla*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 134 ; 26 janv. 1912, *Rouy*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 110 ; 9 févr. 1912, *Soc. coopérative d'ouvriers plombiers*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 193 ; 19 nov. 1914, *Colonie du Sénégal*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 1030). La plupart de ces arrêts, rendus à la suite de conclusions très fermes du commissaire du Gouvernement, se bornent à rejeter implicitement la fin de non-recevoir opposée en passant à l'examen du fond. Mais l'arrêt du 26 janvier 1912, entre autres, s'exprime formellement : « Considérant que la circonstance que l'adjudication dont le requérant conteste la régularité aurait été suivie d'un bail, dont l'annulation ne pourrait être poursuivie que devant l'autorité judiciaire, *ne fait pas obstacle* à ce que le Conseil d'État statue sur la légalité des actes des autorités administratives qui ont présidé à cette adjudication et qui l'ont approuvée... ».

L'annulation de l'acte administratif, il est vrai, n'aura aucun effet immédiat et nécessaire sur la validité des actes ou des contrats passés en exécution. Mais, d'une part, s'ils sont attaqués par les parties contractantes, celles-ci pourront invoquer devant les tribunaux compétents l'arrêt du Conseil d'État, même s'il est intervenu à la requête d'un autre demandeur : on sait, en effet, que l'annulation d'un acte administratif sur recours pour excès de pouvoir produit un effet absolu à l'égard de tous. Le juge du contrat pourra faire état tout de suite de la décision d'annulation, sans avoir aucun renvoi préjudiciel à prononcer.

D'autre part, si le contrat passé en exécution de l'acte annulé concerne une commune, tout contribuable de cette commune pourra demander à exercer l'action en nullité du contrat, en vertu de l'article 123 de la loi du 5 avril 1884.

Mais il est possible que la rescision des actes ou contrats passés en exécution de l'acte annulé ne soit pas

demandée, ou ne puisse l'être. Dira-t-on, dans ce cas, que le caractère platonique de l'annulation enlève toute utilité pratique au pourvoi qui, dès lors, devrait être rejeté *pour défaut d'intérêt*? Non pas, dit M. Romieu dans ses conclusions à l'occasion de l'affaire Martin (4 août 1905, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 754) : « Si les parties n'entendent pas se prévaloir de l'irrégularité constatée, ou si le juge du contrat estime que les liens contractuels peuvent subsister nonobstant cette irrégularité, *l'annulation... prononcée aura toujours pour effet de dire le droit, de ne pas fermer le prétoire aux citoyens usant de la faculté que la loi leur reconnaît, de censurer l'illégalité, d'éclairer l'opinion publique et de prévenir le retour des pratiques condamnées.* »

L'esprit général de la jurisprudence moderne du Conseil d'État est très heureusement caractérisé par ces paroles. Loin de limiter étroitement son rôle à servir les intérêts immédiats des plaideurs actuels, le Conseil d'État voit plus haut et plus loin. *Il dit le droit* ; il le proclame sans rechercher quelle utilité immédiate peut en résulter pour les justiciables. Il censure les actes illégaux en les effaçant de la liste des documents officiels, qui en serait déparée ; il les casse pour l'honneur des principes, non pas sans doute *nihil inde sperans*, mais parce qu'il sait qu'à force de s'affirmer, le droit se réalise.

On voit à quelle hauteur s'élève cette conception jurisprudentielle et quels effets salutaires il est permis d'en espérer. M. Hauriou l'a fort bien caractérisée en disant que le recours pour excès de pouvoir, dans sa signification moderne, « constitue *une juridiction disciplinaire des actes* », et en faisant remarquer que c'est une « voie de nullité *objective* » organisée dans le but d'assurer la bonne administration, et où les particuliers qui le mettent en mouvement « jouent le rôle d'un ministère public » ; si bien que le Conseil d'État a pu dire qu'un tel recours « *n'a pas le caractère d'un litige entre parties* » (Cons. d'Ét. 8 déc. 1899, *Ville d'Avignon, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 720). Le Conseil d'État y dit le droit d'une façon absolue et objective à l'égard de

tous. Par delà les personnes, il censure les mœurs administratives.

319. De l'acquiescement. — Les délais du pourvoi peuvent être abrégés par l'acquiescement : une partie peut acquiescer à un acte entaché d'excès de pouvoir et le rendre ainsi définitif à son égard. Mais, bien entendu, toute autre personne dont les intérêts sont lésés par l'acte illégal conserve le droit de l'attaquer.

Toutefois l'acquiescement, consistant dans la renonciation à un droit, ne doit pas être aisément présumé. Pour qu'il emporte déchéance, il faut qu'il soit formel et non équivoque.

L'acquiescement résultera le plus souvent de l'exécution de l'acte par la partie. Mais encore faudra-t-il, pour qu'elle soit ainsi interprétée, que cette exécution soit *volontaire* et *sans réserve*. En effet, il ne faut pas oublier que les actes administratifs sont exécutoires par provision ; dès lors, on ne doit pas être présumé avoir renoncé à les attaquer, par le fait seul qu'on s'y est soumis.

Il faut même décider, lorsqu'il s'agit d'un arrêté de police sanctionné par l'article 471, n° 15, du Code pénal, qu'aucun acte d'exécution, même sans réserve, ne saurait être considéré comme un acquiescement. En effet, celui qui exécute une décision pénalement sanctionnée peut avoir eu simplement pour but de ne pas s'exposer à des poursuites répressives.

IV. — Quatrième condition : absence de recours parallèle

320. Exposé de la jurisprudence ancienne du Conseil d'État. — « Le recours pour excès de pouvoir n'est pas recevable, si la partie lésée par un acte administratif argué d'illégalité peut obtenir satifaction en exerçant un autre recours, dit *recours parallèle*, devant une juridiction judiciaire ou administrative. » Ainsi s'exprimait Laferrière en 1896 (t. 2, p. 474). La proposition contraire, aujourd'hui, pourrait être énoncée presque sans restrictions.

Rappelons en quelques mots l'état de la jurisprudence sur ce point au moment où écrivait Laferrière. Nous rechercherons ensuite sous l'empire de quelles idées cette jurisprudence s'était formée et quelles sont celles qui ont amené son évolution. Nous tenterons enfin de tracer un tableau de la doctrine actuelle des arrêts.

Il arrive fréquemment qu'un acte, susceptible d'être annulé pour excès de pouvoir, puisse être, non pas totalement anéanti, mais paralysé dans ses effets nuisibles, à l'occasion d'une application déterminée, au moyen d'un recours différent. C'est ainsi que les actes administratifs irréguliers, servant de base à la perception de taxes soit directes, soit indirectes, peuvent être discutés à l'occasion d'une action en remboursement de la taxe indûment perçue, et que leur illégalité peut être ainsi constatée en vue de faire restituer au contribuable le montant de l'impôt illégalement entré dans les caisses publiques.

Dans ce cas et dans les cas semblables, disait autrefois le Conseil d'État, le recours pour excès de pouvoir n'est pas recevable, parce que la partie a à sa disposition un autre recours qui, *au point de vue de ses intérets privés*, peut aboutir au même résultat. La hautre juridiction administrative exigeait seulement, pour faire jouer la fin de non-recevoir, que la partie ait à sa disposition un autre recours *contentieux*, *parallèle* et *direct*. Contentieux, et non pas seulement gracieux ou hiérarchique ; — parallèle, c'est-à-dire conduisant la partie « au but auquel elle a le droit de tendre *en vue de son intérêt personnel* » ; — direct, c'est-à-dire constituant une action en demande, et non une simple exception.

Cette réglementation de la fin de non-recevoir, dérivant plus de considérations de pure équité que de raisons d'ordre juridique, avait conduit le Conseil d'État à admettre le recours pour excès de pouvoir parallèlement à l'exception d'illégalité reconnue par la jurisprudence en faveur des contrevenants aux règlements pénalement sanctionnés ; mais ce recours était déclaré non recevable, par application de la théorie du recours parallèle, notamment dans les cas suivants :

1° Contre les actes administratifs (décrets, arrêtés, délibération de conseils généraux ou municipaux ayant concouru à la création ou réglé l'assiette et le recouvrement de contributions publiques, directes ou indirectes). Le contribuable, dans ce cas, jouit à la fois d'une exception d'illégalité s'il est poursuivi en payement des taxes, et d'une action en restitution s'il en a versé le montant (V. pour les contributions directes : Cons. d'Ét. 16 janv. 1903, *Houyvet*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 17; et pour les taxes indirectes : 3 févr. 1899, *Botella*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 81 ; 4 déc. 1903, *Barthe*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 742) ;

2° Contre les décisions pouvant faire grief à un concessionnaire ou entrepreneur de travaux publics ; ils peuvent discuter ces actes par voie d'action devant le conseil de préfecture (Cons. d'Ét. 22 avr. 1904, *Cie du canal de Beaucaire*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 333) ;

3° Contre les actes administratifs pouvant exercer une influence sur le résultat des élections municipales, tels, par exemple, que les délibérations des conseils généraux opérant le sectionnement d'une commune : il suffit à l'électeur, disait-on, que l'irrégularité de ces actes puisse être invoquée à l'occasion des réclamations contentieuses qu'il a le droit de former après le scrutin (Cons. d'Ét. 8 août 1888, *Gapail*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 740).

321. Explication de cette jurisprudence et de son évolution. — Dans l'établissement de cette jurisprudence, le Conseil d'État n'avait pas été guidé, comme on l'a parfois dit à tort, par l'idée fausse qui consisterait à ne voir, dans le recours pour excès de pouvoir, qu'un pourvoi d'ordre essentiellement *subsidiaire*, qui ne serait recevable qu'à défaut de toute autre voie de droit. Cette conception ne trouverait aucun appui ni dans les textes, ni dans les traditions du droit français. La haute assemblée a paru s'inspirer de deux considérations: la crainte de voir reparaître la pratique des évocations, et l'idée que l'intérêt né et actuel du plaideur fixe la limite de son droit d'agir en justice.

La loi même qui proclame le principe de la séparation

des fonctions administratives et judiciaires, celle des 16-24 août 1790, titre II, article 17, veut que les justiciables ne soient distraits de leurs juges naturels « par aucune commission, ni par d'autres attributions ou évocations que celles qui seront déterminées par la loi ». Soumettre au Conseil d'État directement un litige qui peut être porté devant d'autres juges, n'est-ce point lui demander d'évoquer un débat dont une autre juridiction devrait normalement connaître?

D'autre part, l'ancienne jurisprudence estimait que l'intérêt du plaideur trouvait une satisfaction suffisante dans le recours parallèle qui lui était réservé. « La partie, disait Laferrière, n'a pas mission de provoquer l'annulation *erga omnes* d'un acte irrégulier dont on a fait justice à son égard ; » et plus loin : « Si cet intérêt (du plaideur) trouve satisfaction dans une action plus personnelle, plus immédiate dans ses effets, que le recours pour excès de pouvoir, la partie n'a plus aucune raison pour demander que l'acte disparaisse ; il lui suffit qu'il ne l'atteigne pas, dût-il continuer à atteindre d'autres intéressés moins vigilants » (t. 2, p. 478 et 479).

Le plus souvent donc, l'objection née de l'existence d'un recours parallèle se présentait devant le Conseil d'État sous la forme d'une fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt (V. notamment Cons. d'Ét. 29 mars 1901, *Casanova et autres*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 833). Dès lors, à dater du jour où la haute juridiction administrative fut amenée à élargir la notion de l'intérêt nécessaire pour se pourvoir, la théorie du recours parallèle reçut une profonde atteinte ; et l'annulation de l'acte *erga omnes*, que seul le contentieux de l'excès de pouvoir peut réaliser, apparut de plus en plus comme un but légitime que pouvait poursuivre tout citoyen intéressé, même moralement, à l'anéantissement de l'acte illégal.

Dès lors, la théorie du recours parallèle cessa de jouer dans les cas où l'exercice du recours pour excès de pouvoir peut produire, par l'annulation de l'acte *erga omnes*, un résultat plus complet que l'autre action

appartenant au demandeur. La fin de non-recevoir ne jouera que si le caractère individuel de l'acte attaqué aurait pour effet, par l'exercice du recours parallèle, de l'anéantir aussi complètement que par le moyen du recours pour excès de pouvoir (Cons. d'Ét. 8 juill. 1921, *Société française Nordeutscher Lloyd*, S. 1925. 3. 12, et les conclusions de M. le commissaire du Gouvernement Corneille sous cet arrêt).

Encore le Conseil d'État prend-il en considération, même dans ce cas, la question des frais, et se montre-t-il disposé à ne pas opposer la fin de non-recevoir au recours pour excès de pouvoir lorsque l'intérêt du litige, purement pécuniaire, apparaît comme trop faible pour justifier la mise en œuvre d'un recours plus coûteux (V. les mêmes conclusions).

Quant à la prohibition d'évoquer, il a paru à la jurisprudence nouvelle qu'elle recevrait une satisfaction suffisante, si l'on se bornait à refuser aux parties le droit de porter directement devant le Conseil d'État les actions mêmes dont la loi ne lui permet de connaître que comme juge d'appel. Ainsi, pas plus qu'au temps de Laferrière, il ne sera possible aujourd'hui à un entrepreneur de travaux publics d'éluder le premier degré de juridiction en saisissant directement le Conseil d'État d'une demande en annulation d'un arrêté de résiliation, alors que le conseil de préfecture a été institué par la loi, juge de première instance de tels litiges.

Tels sont aujourd'hui les seuls points de l'ancienne doctrine que respecte le Conseil d'État ; et l'on peut, dès lors, considérer comme virtuellement abrogée, dans toutes ses autres applications, la fin de non-recevoir tirée de l'existence d'un recours parallèle (Cf. Hauriou, *Précis*, 10e édit., p. 445-447 et p. 416-417).

C'est là un incontestable progrès ; car la vieille théorie obligeait le plaideur, sous prétexte de défaut d'intérêt, à subir mille embarras qui lui sont aujourd'hui épargnés. Contribuable, était-il parvenu à se faire rembourser une taxe indûment perçue? il n'en était pas moins exposé à se voir de nouveau réclamer le même impôt à l'occasion de faits ultérieurs, puisque l'acte adminis-

tratif illégal constituant la base de la perception n'était ni annulé ni rapporté. Électeur, avait-il obtenu l'annulation d'élections frauduleuses, obtenues à l'aide d'un sectionnement électoral contraire à la loi? Les élections nouvelles ne pouvaient se faire qu'en vertu du même sectionnement, et restaient entachées du même vice, tant que les actes constituant le sectionnement irrégulier n'avaient pas été rapportés ou annulés.

322. Exposé de la jurisprudence actuelle : 1° Le recours parallèle devant le Conseil d'État. — La jurisprudence administrative, il y a bien des années déjà, avait fait fléchir la rigueur de la fin de non-recevoir forgée par elle, dans le cas de recours parallèle ouvert devant le Conseil d'État lui-même. C'est ainsi, par exemple, qu'elle admettait les recours en annulation pour excès de pouvoir, contre des décisions ministérielles rendues en matière de marchés de fournitures, de dettes de l'État, d'arrêtés de débet, etc., en considérant ces pourvois comme des recours de pleine juridiction *improprement qualifiés*. Mais cette fiction même condamnait le Conseil d'État à refuser à de telles actions le bénéfice de la dispense du ministère d'avocat et des exemptions de frais, acquis au seul recours pour excès de pouvoir (Cons. d'Ét. 20 mars 1891, *Pierret*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 231).

La brèche n'en était pas moins ouverte dans la construction élevée par la jurisprudence ; et, précisément dans le but d'assurer plus largement aux plaideurs les avantages d'une justice peu coûteuse, le Conseil d'État a fini par être amené à élargir cette brèche en matière de dettes de l'État, donnant naissance devant lui à un contenteiux de pleine juridiction. Il juge aujourd'hui que les réclamations en matière de soldes et traitements peuvent lui être présentées comme recours pour excès de pouvoir contre les décisions administratives qui font grief à la partie ; et il accueille ces actions, non pas en feignant d'y voir des recours contentieux de pleine juridiction mal qualifiés, mais en proclamant nettement que la partie a le droit de détacher de l'ensemble

du litige la question de légalité, et de la faire juger à part, en mettant en œuvre la seule théorie de l'excès de pouvoir (Cons. d'Ét. 8 mars 1912, *Lafage*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 353, et les concl. de M. le commissaire du Gouvernement Pichat); ce qui permet au demandeur d'éviter à la fois le ministère d'un avocat et les frais d'enregistrement de sa requête.

C'est là un progrès tout à fait remarquable ; il est bon d'en préciser la portée, en retraçant les circonstances qui l'ont amené.

Pendant longtemps le Conseil d'État a refusé d'admettre le recours pour excès de pouvoir en matière de réclamations relatives aux traitements et soldes. Il y avait là, à ses yeux, un contentieux de pleine juridiction ; l'examen de la légalité des actes administratifs intéressant le litige ne pouvait en être détaché. Aussi rejetait-il ces recours toutes les fois qu'ils étaient présentés sans ministère d'avocat (Cons. d'Ét. 12 mars 1880, *Daney de Marcillac*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 274 ; 30 juill. 1897, *Avinain*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 592 ; 6 mars 1903, *Pelous*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 191 ; 29 mai 1903, *Gervais*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 413 ; 15 févr. 1907, *Théveneau*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 162).

Cette solution, en harmonie parfaite avec la théorie du recours parallèle, offrait des inconvénients pratiques mis en lumière par M. le commissaire du Gouvernement Pichat, dans l'affaire Lafage, qui a donné lieu à l'arrêt du 8 mars 1912, rompant entièrement avec la jurisprudence antérieure : « Ces litiges portent souvent sur des sommes minimes, lorsqu'ils concernent notamment des accessoires de traitements ou de soldes : frais de route, indemnités de déplacement, primes d'engagement ou de rengagement, indemnités de logement, etc. Si les fonctionnaires ne pouvaient porter leurs réclamations devant le Conseil d'État que par l'intermédiaire d'un avocat, les frais de l'instance dépasseraient, dans bien des cas, le montant de l'allocation réclamée ; et l'obligation du ministère d'avocat aboutirait, en enlevant tout intérêt à l'instance, à la suppression de fait du recours et à la consécration de décisions con-

traires au droit. » Une occasion favorable se présenta de faire cesser cette sorte de déni de justice : un officier colonial, s'étant vu refuser par le ministre l'allocation d'une indemnité pour frais de représentation, à laquelle les règlements lui donnaient droit, demanda au Conseil d'État, non pas de proclamer son droit à l'indemnité et d'en fixer le montant, mais d'annuler pour excès de pouvoir la décision ministérielle qui la lui avait refusée. La haute juridiction administrative reconnut la recevabilité du pourvoi par le motif suivant : « Considérant que le sieur Lafage se borne à soutenir que, par la décision susvisée du ministre des Colonies, il a été privé du bénéfice d'avantages qui lui sont assurés, en sa qualité d'officier, par les règlements en vigueur ; que sa requête met ainsi en question la légalité d'un acte d'une autorité administrative ; que, par suite, le requérant est recevable à attaquer la décision dont s'agit par la voie du recours pour excès de pouvoir... » (Cons. d'Ét. 8 mars 1912, *Lafage, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 353).

Ce recours apparaît de plus en plus, dans la pensée du Conseil d'État, comme *un moyen d'assurer le respect de la légalité en y intéressant les citoyens* ; c'est pourquoi la loi en a facilité l'exercice en dispensant ceux qui l'intentent du ministère de l'avocat, et en réduisant au coût d'une simple feuille de papier timbré le montant des frais qu'ils sont obligés d'avancer. Pourquoi, dès lors, priver l'ordre public de ce secours, sous le prétexte que l'acte illégal serait englobé dans les éléments complexes d'un plus vaste litige?

Le Conseil d'État a ainsi réussi à préserver le contentieux administratif d'un danger qui pèse lourdement sur le contentieux judiciaire. Toutes les fois que, dans ce dernier domaine, le public se trouve en conflit d'intérêts avec de puissantes organisations jouissant d'un monopole de fait ou de droit (compagnies de chemins de fer, sociétés d'assurances, etc.), ses droits risquent d'être gravement compromis : seules ces corporations gigantesques peuvent pratiquement porter devant la Cour de cassation des litiges de minime importance

pécuniaire, à l'occasion desquels se forme la jurisprudence. Les particuliers isolés préfèrent abandonner leur droit, plutôt que de défendre à grand renfort d'argent un intérêt se chiffrant souvent par quelques francs à peine. C'est donc trop souvent par défaut que sont rendus les arrêts fixant le droit, sur la seule plaidoirie d'un demandeur armé de toutes les ressources de la science des lois. Entre l'éloquence persuasive d'un mémoire habilement rédigé et le silence d'un défendeur défaillant, peu de rapporteurs balancent. La jurisprudence si peu équitable sur les clauses imprimées dans les polices d'assurances, celle sur les délais de transport en matière de tarifs de chemins de fer, sont le fruit de ces procédures, trop coûteuses pour les uns, puisque les frais dépassent pour eux l'intérêt du litige, trop favorables aux autres, puisqu'en supprimant pour eux l'adversaire du moment, elles leur facilitent l'obtention de l'arrêt de principe qui forme la jurisprudence, et dont l'autorité morale leur servira contre le public tout entier, devant toutes les juridictions de France.

On voit à quel point un instrument souple et maniable comme le recours pour excès de pouvoir manque aux justiciables devant les tribunaux judiciaires.

323. 2° Le recours parallèle devant les conseils de préfecture. — Depuis longtemps le Conseil d'État admet les contribuables à se pourvoir devant lui par la voie du recours pour excès de pouvoir contre les actes illégaux établissant des impôts directs, nonobstant le droit qu'ils ont de contester la légalité de la taxe devant le conseil de préfecture à propos de l'application qui leur en est faite individuellement (Cons. d'Ét. 5 mars 1915, *Pelissier de Malakoff*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 53. — Cf. Cons. d'Ét. 19 avr. 1907, *de Noue*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 349, et les arrêts cités en note). Il écarte ainsi, toutes les fois qu'une question de principe peut se poser à propos du contentieux des contributions directes, la fin de non-recevoir tirée de l'existence d'un recours parallèle. Il ne la maintient plus qu'au cas où le recours pour excès de pouvoir prétendrait détacher du con-

tentieux de pleine juridiction concernant l'impôt un acte de la procédure d'assiette intéressant exclusivement un seul contribuable (Cons. d'Ét. 8 juill. 1921, *Soc. française Nordeutscher Lloyd*, S. 1925. 3. 12 et les concl. de M. Corneille), et par suite inséparable du rôle lui-même et de son application.

On sait aussi qu'en matière de sectionnements électoraux irréguliers le Conseil d'État est revenu sur sa jurisprudence ancienne, qui refusait aux électeurs le droit de contester directement devant lui, en l'absence de toute élection, la régularité du sectionnement. Il juge aujourd'hui que les communes et les électeurs ont, dès avant l'élection, qualité pour attaquer les délibérations des conseils généraux créant des sectionnements électoraux contraires à la loi (Cons. d'Ét. 24 juill. 1903, *Commune de Massat, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 556 ; 7 août 1903, *Chabot, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 619). La question de légalité du sectionnement devient ainsi détachable du contentieux électoral, au grand avantage des électeurs, qui ne sont plus obligés d'aller au scrutin sous l'empire d'un sectionnement électoral nul, dont ils ne pouvaient autrefois contester la légalité qu'à l'occasion des protestations contre l'élection.

Le Conseil d'État tient cependant à ce que l'ordre des juridictions ne soit pas troublé, et à ce que les plaideurs ne portent pas devant lui un litige que la loi leur impose de porter *tel quel* devant une autorité qui lui est subordonnée par l'appel : conseil du contentieux des colonies (Cons. d'Ét. 18 avr. 1913, *Macdonald, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 423), conseil de préfecture (Cons. d'Ét. 27 juin 1913, *Darmon, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 760 ; 5 janv. 1924, *Hospices du Puy*, D. H. 1924. 171) ou préfet en conseil de préfecture (Cons. d'Ét. 11 avr. 1913, *Morel, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 390 ; 14 févr. 1913, *Laune, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 199). C'est là une règle d'ordre qui se justifie par le respect des lois de compétence et de procédure, sans qu'il soit nécessaire, pour l'étayer, de faire appel à la doctrine, aujourd'hui périmée, du recours parallèle.

324. 3° Le recours parallèle devant les tribunaux judiciaires. — Le Conseil d'État avait souvent jugé autrefois que les contribuables, qui avaient une action devant les tribunaux judiciaires pour contester la légalité d'une taxe indirecte et s'en faire rembourser le montant si elle avait été indûment perçue, ne pouvaient pas critiquer directement, par la voie du recours pour excès de pouvoir, les actes administratifs ayant concouru à l'établissement de la taxe. Cette application de la théorie du recours parallèle a été également abandonnée. Le Conseil d'État lui a porté un dernier coup en admettant un commissaire de police à attaquer directement, pour excès de pouvoir, une décision préfectorale fixant le chiffre des vacations dues aux commissaires de police en cas d'exhumation ou de translation de corps, rejetant ainsi une fin de non-recevoir tirée par le ministre de ce qu'il était loisible au demandeur de contester la légalité de l'arrêté, en réclamant devant l'autorité judiciaire le payement des taxes auxquelles il prétendait (Cons. d'Ét. 27 févr. 1914, *Payaud, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 257). Le contentieux des actes administratifs concourant à l'établissement des contributions directes ou indirectes est ainsi rendu séparable de celui des taxes elles-mêmes ; et l'avantage qui en résulte pour les justiciables est évident, puisqu'ils peuvent ainsi fixer le droit une fois pour toutes, et abattre la poussière de petits procès qu'il eût fallu soulever, si le contentieux de l'acte était resté inclus dans celui de la contribution (Cf. Cons. d'Ét. 2 août 1918, *Cinéma national, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 853 ; 24 mars 1922, *Larham et Cie, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 278).

§ 3. — VICES CONSTITUTIFS DE L'EXCÈS DE POUVOIR

325. Notions générales et énumération. — On dit indifféremment « les vices constitutifs de l'excès de pouvoir », les « causes d'annulation », ou les « ouvertures à recours ». Ces vices, qui entraînent l'annulation de l'acte, sont au nombre de quatre : 1° l'incompétence ;

2° la violation des formes ; 3° la violation de la loi ; 4° le détournement de pouvoir.

On sait que la violation de la loi est, historiquement, la dernière cause d'annulation qui ait trouvé place dans la théorie générale du recours pour excès de pouvoir. C'est pourquoi on l'a longtemps appelée « la quatrième ouverture ». Certains auteurs, pour des raisons théoriques assez intéressantes, veulent encore la distinguer des autres causes d'annulation (Hauriou, *Précis*, 10e édit., p. 448). Contrairement à leur opinion, nous croyons que tout excès de pouvoir se résume dans une violation de la loi. La décision entachée d'incompétence viole les lois de compétence fixant les attributions des administrateurs ; celle qui ne respecte pas les formes viole les lois de procédure ; celle que vicie le détournement de pouvoir viole l'esprit de la loi. En somme, on peut dire que, dans tout acte entaché d'excès de pouvoir, on trouve soit une méconnaissance ouverte du texte de la loi, soit une fausse application de la loi, soit un défaut de base légale, soit un refus d'observer l'esprit de la loi.

L'existence d'un ou de plusieurs de ces vices dans un acte administratif entraîne sa nullité ; mais pour cela le vice doit se trouver dans l'acte lui-même, et non dans son exécution (Cons. d'Ét. 6 juill. 1906, *Bertrand-Adoue*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 612).

Ces quatre causes d'annulation sont les seules que reconnaisse la jurisprudence. Le recours pour excès de pouvoir ne serait pas ouvert pour la violation d'un contrat. C'est le contentieux de pleine juridiction qui aurait à jouer dans ce cas (Cons. d'Ét. 27 févr. 1914, *Galibert*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 270).

I. — Incompétence

326. Définition et idée générale. — « L'incompétence, dit Laferrière (t. 2, p. 496), peut être définie l'inaptitude légale d'une autorité à prendre une décision, à faire un acte non compris dans ses attributions. » Il y aura incompétence, par exemple, lorsque le maire

empiétera sur les attributions du préfet, lorsqu'un conseil municipal empiétera sur les attributions du maire, sur celles du ministre, sur celles du conseil général ; lorsque le préfet d'un département empiétera sur les attributions de l'un de ses collègues placés à la tête d'un autre département ; lorsqu'une autorité militaire empiétera sur le domaine d'une autorité civile.

Il n'y a pas lieu de distinguer ici, comme en matière judiciaire, entre l'incompétence *ratione materiæ* et l'incompétence *ratione personæ* ou *loci*, la première étant plus grave que la seconde, tenant à l'ordre public, tandis que la seconde ne lèse que des intérêts privés, la première n'étant pas susceptible de se couvrir, tandis que la seconde l'est. En un mot, en matière administrative, il n'y a pas d'incompétence absolue et d'incompétence relative : tout est ici d'ordre public, si bien que le Conseil d'État pourrait retenir d'office l'incompétence, même si la requête avait omis d'invoquer ce grief. Laferrière (t. 2, p. 496) en indique la raison : « La désignation que la loi fait du tribunal compétent, d'après le domicile du défendeur ou la situation du bien litigieux, a lieu principalement dans l'intérêt des parties, qui peuvent y renoncer ; au contraire, la désignation de l'autorité administrative chargée de prendre une décision est toujours présumée faite dans un intérêt public ; elle se rattache à tout un système de répartition d'attributions qui intéresse le gouvernement même de l'État. »

327. Distinction entre l'incompétence et l'usurpation de pouvoir. — Il y a incompétence proprement dite lorsqu'un fonctionnaire public prend une décision qui, bien qu'elle ne rentre pas dans ses attributions, fait cependant partie du cadre des opérations de l'Administration en général. L'usurpation de pouvoir est un vice plus grave, qui se rencontre dans deux cas : 1° lorsque la décision porte atteinte au principe de la séparation des pouvoirs (décret du chef de l'État édictant des dispositions législatives et empiétant ainsi sur le domaine du pouvoir législatif ; arrêté préfectoral tranchant, dans un règlement d'eau, des questions de

propriété privée, et empiétant ainsi sur le pouvoir judiciaire); 2° lorsque, selon les expressions de Laferrière (t. 2, p. 497), la décision est prise « par une personne dépourvue de toute autorité, soit parce qu'elle est placée en dehors de la hiérarchie administrative, soit parce qu'elle y remplit des fonctions qui ne lui confèrent aucun droit de décision, soit enfin parce qu'elle a cessé, par révocation, expiration de mandat ou autrement, d'exercer les pouvoirs qui lui avaient appartenu » (V. sur cette théorie Hauriou, *Précis*, 10e édit., p. 35. — Cet auteur entend l'usurpation de pouvoir d'une façon un peu différente, et la rattache à la théorie des voies de fait).

Quel intérêt présente cette distinction? L'usurpation de pouvoir entache non seulement la validité de l'acte, mais son existence même. L'acte vicié par l'usurpation de pouvoir n'est pas seulement annulable ou nul; il est inexistant. Les parties n'ont pas besoin de le faire annuler pour en anéantir les effets. Toute autorité publique doit lui refuser sa sanction; la justice elle-même ne doit pas y reconnaître un acte administratif, qu'elle a le devoir de respecter; elle doit constater son inexistence légale, et passer outre (Laferrière, t. 2, p. 498. — Cf. Jèze, *Principes généraux du droit administr.*, 2e édit., p. 451, 460; Caen, 15 févr. 1904, *Dréanau et Hay*, D. P. 1904. 2. 433).

Est-ce à dire que l'usurpation de pouvoir ne pourrait pas constituer une cause d'annulation, et justifier un recours pour excès de pouvoir? Là encore, la jurisprudence a évolué. Pendant une longue période le Conseil d'État admettait bien le recours pour excès de pouvoir dans « des cas où les limites de la compétence administrative, soit à l'égard de l'autorité judiciaire et des droits privés, soit même à l'égard du pouvoir législatif, sont assez difficiles à tracer pour qu'on ne puisse pas assimiler à une manifeste usurpation de pouvoir toute erreur de l'administrateur, et déclarer son acte inexistant (Laferrière, t. 2, p. 499). Il en était ainsi, par exemple, dans le cas d'arrêtés municipaux ayant ordonné des mesures qui ne pouvaient émaner

que de la loi. Mais lorsqu'on se trouvait en présence d'actes émanant de corps ou de personnes dépourvus de toute qualité administrative, le Conseil d'État refusait d'en connaître, parce que ces actes, étant inexistants, ne pouvaient pas faire obstacle à ce que les intéressés fissent valoir leurs droits devant la juridiction compétente (Dalloz, *Rép. prat.*, v° *Conseil d'État,* n° 810).

Cette conception un peu étroite avait l'inconvénient d'exposer les justiciables à des obstacles inattendus devant l'autorité judiciaire, moins familiarisée que le Conseil d'État avec la hiérarchie administrative, et souvent disposée, par prudence, à s'abstenir de constater l'inexistence d'un acte entaché d'usurpation de pouvoir, de crainte de retenir à tort la connaissance d'un véritable acte administratif.

Aussi le Conseil d'État ne refuse-t-il plus aujourd'hui de dire le droit, même dans le cas où il s'agit d'une usurpation de pouvoir flagrante. Cette jurisprudence s'est affirmée, notamment, dans l'arrêt *Naudet,* du 20 janv. 1911 (*Rec. Cons. d'Ét.*, p. 52-53). Voici l'espèce : Les corps ou compagnies de sapeurs-pompiers sont des autorités administratives ; mais il n'en est pas de même des sociétés de secours mutuels formées entre sapeurs-pompiers. Or, l'assemblée générale d'une société de cette nature s'était arrogée le droit de prononcer la radiation d'un sapeur-pompier *des contrôles de la compagnie.* C'était là une usurpation de pouvoir évidente, puisque la société de secours mutuels était dépourvue de tout pouvoir administratif. Le sapeur-pompier exclu n'en forma pas moins un recours pour excès de pouvoir contre la décision de radiation, dont il demanda l'annulation au Conseil d'État. L'arrêt accueillit le recours, en constatant que, d'après l'article 29 du décret du 10 novembre 1903, la peine de la radiation ne peut être prononcée contre un sapeur pompier que par le conseil d'administration du corps auquel il appartient ; que, par suite, l'assemblée générale de la société de secours mutuels était sans qualité pour ordonner cette mesure. L'arrêt, pour l'honneur

des principes, ajoute, il est vrai, « que, ladite assemblée ne constituant point une autorité administrative, il n'appartient pas au Conseil d'État de prononcer l'annulation de la déliberation dont s'agit... ». Il y avait là, en effet, usurpation de pouvoir et non incompétence, inexistence de l'acte et non nullité. Mais les droits du particulier qui s'est adressé au Conseil d'État pour faire respecter la loi n'en seront pas moins sauvegardés ; l'illégalité sera reconnue, proclamée, et ses suites seront réduites à néant. « La délibération susvisée, dit encore l'arrêt, doit être regardée comme inopérante, et, par suite, le requérant est fondé a revendiquer le droit de faire partie de la compagnie des sapeurs-pompiers... » Le Conseil d'État ordonne, en conséquence, le renvoi de l'intéressé devant le ministre de l'Intérieur, pour être inscrit à nouveau sur les contrôles de sa compagnie.

On saisit ici l'esprit même de la jurisprudence actuelle : le recours pour excès de pouvoir a pour but d'assurer le respect de la loi par une censure efficace des actes illégaux. Il doit donc être ouvert dans les cas même où l'illégalité ne peut pas aboutir à l'annulation de l'acte. Il appartiendra, dans ce cas, au Conseil d'État de dire le droit, de proclamer l'illégalité et d'en faire cesser les conséquences préjudiciables aux droits privés, au besoin par une invitation expresse adressée à l'Administration active. On voit à quel point s'élargit ici la notion primitive du recours pour excès de pouvoir (Cf. Cons. d'Ét. 10 janv. 1908, *Legouez*, *Rec. Cons. d'É* p. 9 ; 17 févr. 1911, *C^ie dép. pour l'éclairage au gaz*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 213, et la note ; 28 juill. 1911, *Gillot*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 887, et la note).

328. Des diverses variétés d'incompétence. — L'incompétence se manifeste soit par l'empiétement d'une autorité inférieure sur une autorité supérieure ; soit par l'empiétement d'une autorité supérieure sur une autorité inférieure, soit par l'empiètement, l'une sur l'autre, d'autorités de même ordre, soit par l'empiétement d'une autorité hiérarchisée sur une autorité non hiérarchisée, ou réciproquement, soit enfin

par l'empiétement de l'Administration sur le domaine de la vie privée.

1° *Empiétement d'une autorité inférieure sur une autorité supérieure.* — Tel est le cas, par exemple, d'un arrêté préfectoral substitué à un arrêté ministériel ou à un décret, d'une commission départementale empiétant sur les pouvoirs du conseil général, etc.

Il faut toutefois mettre à part le cas où une autorité inférieure (ou même un fonctionnaire normalement dépourvu du pouvoir de décision) est habilitée à agir en vertu d'une délégation ou d'une suppléance. Dans ce cas, l'incompétence cesse. Mais il faut pour cela que la suppléance ait été organisée par la loi, que la délégation ait été autorisée par elle. En dehors de ces cas, il y a excès de pouvoir (Laferrière, t. 2, p. 500-508).

2° *Empiétement d'une autorité supérieure sur une autorité inférieure.* — Tel est le cas d'une décision qui serait prise directement par le supérieur hiérarchique, dans une affaire où le droit de décision appartient à l'un de ses subordonnés. Il faut, bien entendu, pour qu'il y ait incompétence dans cette hypothèse, que l'autorité supérieure ait statué d'office, et non sur recours hiérarchique, cas auquel, loin d'excéder ses pouvoirs, elle en aurait fait une légitime application.

On peut citer comme exemple d'une incompétence de cette sorte le cas où un conseil général aurait statué au lieu et place d'une commission départementale (Cons. d'Ét. 16 mai 1884, *Commune du Lac, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 383).

Mais évidemment il n'y aurait pas incompétence dans les circonstances exceptionnelles où une autorité supérieure a reçu de la loi le pouvoir de se substituer à l'autorité inférieure. Tels sont les cas où le préfet peut légalement se substituer au maire (L. 5 avr. 1884, art. 85, 98, § 4, 99).

3° *Empiétements entre autorités de même ordre.* — Ce sont d'abord tous les cas d'incompétence *ratione loci*. Le Conseil d'État, saisi d'un recours fondé sur ce grief, a pouvoir pour vérifier les limites territoriales contestées (par exemple les limites d'un département,

pour savoir si un prefet a statué ou non dans le domaine territorial qui lui est réservé).

De même il y aurait incompétence de la part d'un ministre à statuer sur une matière dépendant d'un autre département ministériel (Cons. d'Ét. 27 nov. 1891, *Syndicat d'irrigation de Guyotville*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 700).

4° *Empiétement d'une autorité hiérarchisée sur une autorité non hiérarchisée, ou réciproquement.* — Tel est le cas où le conseil général empiète sur les attributions du préfet, le conseil municipal sur celles du maire, ou inversement. C'est ainsi qu'il y a excès de pouvoir dans la délibération par laquelle un conseil municipal charge le maire d'interdire désormais toute manifestation extérieure du culte ; en ne se bornant pas à émettre un vœu ou à donner un avis, mais en adressant une injonction au maire dans une matière de police municipale, le conseil sort de sa compétence (Cons. d'Ét. 9 juill. 1924, *de Boissieu*, D. H. 1924. 544).

5° *Empiétement de l'Administration sur le domaine de la vie privée.* — C'est ce qui se produit lorsque l'Administration fait des actes par lesquels elle traite par le procédé du service public des questions qui, dans l'esprit général du droit français contemporain, doivent être traitées par les procédés du droit privé ; par exemple lorsqu'elle prétend donner satisfaction, par la voie des services publics, à des besoins collectifs qui, dans l'esprit du droit actuel, ne doivent être satisfaits que par l'initiative privée (Cons. d'Ét. 6 mars 1914, *Syndicat de la boucherie de Châteauroux*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 308 ; 1er févr. 1901, *Delcroix*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 105 ; 29 mars 1901, *Casanova*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 333). Tel est le cas où, en dehors de circonstances exceptionnelles, une municipalité organiserait en régie une boucherie, une boulangerie, une pharmacie municipale (Cf. Gaston Jèze, *Principes généraux du droit administr.*, 2e édit., p. 303 et suiv.).

Il y a là une incompétence qui touche à l'usurpation de pouvoir, puisque l'organe administratif qui tombe dans ce vice ne sort pas seulement de ses attributions

propres, mais des attributions de l'Administration en général.

329. De l'incompétence négative. — Il ne faut pas confondre avec les cas dont nous venons de parler ceux où une autorité administrative décline à tort sa compétence. Les auteurs appellent cela l'*incompétence négative*, expression impropre, car en l'espèce l'autorité qui a refusé de statuer était compétente, mais l'a contesté à tort. Il y a là un excès de pouvoir, que l'on pourrait plutôt rattacher à la violation de la loi qu'à l'incompétence : l'Administrateur a violé la loi qui organise ses pouvoirs, en méconnaissant leur étendue par son refus de statuer.

C'est ainsi qu'un arrêt du Conseil d'État (1er mai 1874, *Lezeret de la Maurinie*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 409) annule une décision du ministre de la Justice déclinant à tort toute autorité hiérarchique à l'égard du grand chancelier de la Légion d'honneur; un autre arrêt (Cons. d'Ét. 23 nov. 1883, *Soc. des mines d'or de la Guyane*, *Rec. Cons. d'Ét.*,p. 832) annule une décision du ministre de la Marine et des Colonies se déclarant incompétent pour réformer une décision du gouverneur de la Guyane.

II. — Violation des formes

330. Importance des formes dans la vie administrative. — Les lois qui ont donné aux administrations publiques leurs pouvoirs ne l'ont pas fait sans précautions. Elles ont entendu protéger les citoyens contre l'arbitraire, l'Administration elle-même contre les tentations du pouvoir et l'imprudence des hommes. C'est pourquoi elles ont exigé que les actes administratifs fussent entourés de formalités protectrices. « Pour comprendre, dit M. Hauriou (*Précis*, 10e édit., p. 453, note 3) l'importance du vice de forme, il faut se rendre compte que les formalités de procédure constituent, avec la détermination précise des compétences, la principale condition de l'ordre et de la modération dans l'exercice du pouvoir adminis-

tratif. L'Administration n'est qu'un organe automatique, il y manque une conscience centrale toujours en éveil ; cet élément de la conscience centrale est suppléé par la multiplicité des formalités qui font entrer dans la procédure de l'opération une quantité d'agents qui se contrôlent les uns les autres. Ainsi, non seulement les formalités limitent le pouvoir de chaque agent, mais elles le font contrôler et compléter par d'autres ; de là leur importance et de là la gravité de l'omission d'une formalité. On a beaucoup crié depuis quelque temps contre la *paperasserie* ; il est possible qu'en temps de crise elle soit nuisible, mais en temps normal elle est une nécessité. »

Le vice de forme se rattache à la fois à l'incompétence et à la violation de la loi : l'Administration excède sa compétence en exerçant ses attributions en dehors des formes légales ; elle viole la loi en négligeant les formalités que celle-ci a tracées.

L'excès de pouvoir résultera soit de l'omission des formes prescrites, soit de leur accomplissement incomplet ou irrégulier.

331. Omission des formes prescrites. — Les formalités dont l'omission entraîne nullité sont de diverses sortes :

1° Certaines décisions ne peuvent être prises qu'après avis d'un corps ou d'un agent. Ainsi, le préfet ne peut prononcer la nullité d'une délibération d'un conseil municipal qu'en conseil de préfecture, c'est-à-dire après avis de ce corps (L. 5 avr. 1884, art. 65. — V. Cons. d'Ét. 14 déc. 1888, *Syndicat des brasseurs de Cambrai*, D. P. 89. 5. 100).

2° Divers actes ne peuvent être accomplis qu'après des enquêtes, auxquelles le public est appelé (V. par exemple L. 3 mai 1841, art. 3, § *ult.* ; Cons. d'Ét. 24 juill. 1908, *Guyot, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 801) ; ou après des vérifications administratives ou des expertises (Dalloz, *Rép. prat.*, v° *Conseil d'État*, n° 834).

3° Certaines décisions ne peuvent être prises qu'après des mises en demeure ayant pour but d'avertir les

parties ou de provoquer leurs explications (V. L. 5 avr. 1884, art. 149, al. 2 ; Cons. d'Ét. 27 nov. 1885, *Commune de Buzançais*, D. P. 87. 3. 48 ; 13 nov. 1908, *Dame Polybe*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 911).

4° La loi exige parfois que les décisions administratives soient *motivées*. Il en est ainsi, par exemple, des arrêtés et décrets prononçant la suspension ou la révocation d'un maire ou d'un adjoint (L. 5 avr. 1884, modif. par L. 8 juill. 1908, art. 86). L'omission des motifs entraîne la nullité de l'acte (Cons. d'Ét. 19 nov. 1914, *Thelinge*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 1027).

Toutes les fois qu'une formalité de cette nature a été omise, il y a excès de pouvoir. En effet, l'autorité qui ne statue pas dans les formes se met en dehors des conditions dans lesquelles la loi lui permet d'exercer ses pouvoirs. On n'applique pas ici la règle de l'article 1030 du Code de procédure civile et de l'article 7 de la loi du 20 avril 1810, aux termes desquels, pour que la nullité existe, il faut qu'elle soit formellement prononcée par la loi. En effet, comme les lois administratives qui prescrivent des formalités omettent, dans la plupart des cas, d'indiquer des sanctions, ces prescriptions seraient vides de sens si leur violation n'entraînait pas la nullité de l'acte. Toutes les formalités sont présumées substantielles, aucune ne doit pouvoir être omise impunément. Nous verrons qu'il n'en serait pas nécessairement de même si la formalité, au lieu d'avoir été omise, avait été accomplie irrégulièrement.

332. Du vice de forme résultant de la non-communication préalable du dossier en cas de poursuites disciplinaires. — Une des plus fréquentes applications qu'ait faites la jurisprudence de cette cause d'annulation, est fondée sur les dispositions de l'article 65 de la loi du 22 avril 1905, aux termes duquel « tous les fonctionnaires civils et militaires, tous les employés et ouvriers de toutes administrations publiques ont droit à la communication personnelle et confidentielle de toutes les notes, feuilles signalétiques et tous autres documents composant leur dossier, soit avant

d'être l'objet d'une mesure disciplinaire ou d'un déplacement d'office, soit avant d'être retardés dans leur avancement à l'ancienneté ».

Le Conseil d'État interprète cette disposition comme ayant surtout pour but d'empêcher qu'aucun fonctionnaire ou employé puisse être frappé d'une peine disciplinaire sans avoir été avisé des motifs de la sanction projetée contre lui, et sans avoir été ainsi mis à même de présenter ses moyens de défense. Dès lors, quand il n'y a pas de dossier au nom du fonctionnaire intéressé, l'Administration n'en doit pas moins, à peine de nullité, avant de le frapper, lui faire connaître tout au moins l'inculpation pesant sur lui (Cons. d'Ét. 16 févr. 1912, *Lafond*, D. P. 1914. 3. 36). Il y a là une véritable instance disciplinaire organisée.

La non-communication préalable du dossier entache d'excès de pouvoir la décision disciplinaire. Toutefois, il faut préciser : si le fonctionnaire a été frappé à l'improviste, sans avoir été prévenu de la sanction qui le menaçait et mis à même d'y parer en présentant sa défense, le Conseil d'État annule la décision prise sans communication du dossier à l'intéressé (Cons. d'Ét. 22 mai 1908, *Guéry*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 558 ; même date, *Mayoux*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 559 ; 5 déc. 1908, *Serres*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 1000 ; 19 mars 1909, *Rullac*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 296 ; 6 août 1909, *Hugues*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 811 ; même date, *Vilaz*, *ibid.*).

Mais quand l'Administration a prévenu l'intéressé qu'il était sous le coup d'une sanction disciplinaire, le Conseil d'État décide que cet avertissement a constitué le fonctionnaire en demeure de réclamer la communication de son dossier. S'il n'a pas usé de cette faculté, ayant eu d'ailleurs un délai suffisant pour l'exercer, il ne peut se prévaloir de l'absence de cette communication pour faire annuler la mesure disciplinaire (Cons. d'Ét. 25 juin 1909, *Janvion*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 610).

Il faut, d'ailleurs, pour que cet effet se produise, que l'Administration ait dûment prévenu le fonctionnaire qu'il était sous le coup d'une poursuite disciplinaire.

Il ne suffirait pas qu'il ait été convoqué pour fournir ses explications sans que le but de cette mesure lui ait été indiqué (Cons. d'Ét. 29 juill. 1910, *Jamet, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 640).

Le Conseil d'État, par une décision dont la hardiesse a été remarquée, a toutefois fait exception à ces principes dans le cas où la révocation a été prononcée à la suite d'une grève de fonctionnaires. Il a pensé sans doute qu'en se concertant pour cesser leurs fonctions et en interrompant ainsi la marche d'un service public dont le caractère essentiel est la continuité, les fonctionnaires s'étaient mis en dehors du statut que la loi leur avait accordé, et n'avait plus droit, dès lors, aux garanties de ce statut (Cons. d'Ét. 7 août 1909, *Winkel*, D. P. 1911. 3. 17. — V. la note de M. Hauriou sous cet arrêt, S. 1909. 3. 145).

Le dossier doit être communiqué au fonctionnaire *en entier*. Si la communication est incomplète, le Conseil d'État annule la décision disciplinaire (Cons. d'Ét. 28 janv. 1910, *Delval*, D. P. 1911. 3. 123), et cela alors même que l'Administration alléguerait que les pièces non communiquées étaient égarées, si en fait il ne lui était pas impossible de les reconstituer (Cons. d'Ét. 4 avr. 1914, *Général de Pelacot, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 480). On reconnaît là le soin que met le Conseil d'État à déjouer les procédés par lesquels les administrations essayent parfois d'éluder certaines dispositions de loi qui peuvent leur paraître gênantes ou difficiles à exécuter.

333. Irrégularités commises dans l'accomplissement des formalités. — Lorsque les formalités exigées par la loi ont été accomplies, toute irrégularité commise dans leur exécution entraîne-t-elle la nullité de la décision? En général l'irrégularité vicie l'acte aussi bien que l'omission complète. Cette règle est observée avec une particulière rigueur en matière disciplinaire : il s'agit là de mesures qui intéressent non seulement la situation, mais souvent l'honneur d'officiers ou de fonctionnaires. Les formes prescrites sont

des garanties précieuses qui ne peuvent sous aucun prétexte être diminuées ou remplacées par de prétendus équivalents.

Ainsi par exemple, lorsque le renvoi d'un officier devant un conseil d'enquête a été motivé par une plainte, et que le colonel a transmis cette plainte au général de brigade avec un rapport spécial, le général doit viser la plainte et le rapport sans émettre d'opinion (Décr. 29 juin 1878, art. 7). S'il exprime une opinion, cette irrégularité dans la pièce de transmission entraîne la nullité du décret qui prononce une mise en réforme à la suite de cette procédure (Cons. d'Ét. 3 août 1900, *B...*, D. P. 1901. 3. 93. — V. aussi les arrêts cités au *Rép. prat.* de Dalloz, v° *Conseil d'État*, n° 854).

Il en est de même en matière de nomination de fonctionnaires au concours. La moindre irrégularité dans la composition du jury, garantie commune des candidats, vicie la nomination (Cons. d'Ét. 22 juill. 1910, *Pacque, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 617).

Mais en dehors de ces matières le Conseil d'État distingue entre les formalités essentielles et celles qu'on peut considérer comme secondaires. Lorsque les irrégularités commises dans l'accomplissement de ces dernières sont peu importantes, n'ont pu compromettre aucun droit, porter atteinte à aucun intérêt, il refuse d'annuler la décision. Tel est le cas, par exemple, où les délais d'une enquête *de commodo et incommodo* auraient été légèrement abrégés, si en fait toutes les protestations ont pu se produire et si tous les intéressés ont été entendus (Cons. d'Ét. 18 juill. 1884, *Guiches*, D. P. 86. 3. 12 ; 14 janv. 1887, *de Langlard, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 22 ; 24 mai 1901, *Siffait de Moncourt, ibid.*, p. 511).

334. Des irrégularités dans la notification. — Lorsque des irrégularités se sont glissées dans la notification d'un acte administratif, d'ailleurs régulier en lui-même, cette circonstance n'influe pas sur la validité de l'acte : un acte valable ne saurait être vicié après coup par une notification nulle ou irrégulière,

juridiquement distincte de la décision proprement dite (Cons. d'Ét. 19 févr. 1904, *dame Bernier*, D. P. 1904. 3. 57 ; 2 févr. 1906, *Clément*, D. P. 1907. 3. 100 ; 28 déc. 1906, *Lhemann et autres*, D. P. 1908. 3. 17 ; 28 mai 1908, *Moulines*, D. P. 1910. 3. 13). Le seul effet de cette irrégularité est d'empêcher de courir les délais du pourvoi.

335. Quelles autorités ont le pouvoir de prescrire des formalités dont la violation entraîne nullité? — Les seules formalités dont la violation constitue un excès de pouvoir sont celles prescrites par la loi ou par une autorité investie du pouvoir réglementaire (Dalloz, *Rép. prat.*, v° *Conseil d'État*, n^os^ 850 et suiv.). Ainsi la violation des formes prescrites par un décret réglementaire du chef de l'État, ou par un arrêté réglementaire du préfet ou du maire dans les matières où ces fonctionnaires peuvent prendre des règlements, entraînerait l'annulation des actes entrepris. Mais il en serait autrement de la violation d'une simple circulaire ministérielle (Cons. d'Ét. 14 déc. 1883, *Lacroix*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 927). Toutefois, par exception, l'acte serait vicié par la violation d'une instruction ministérielle prise en exécution d'un décret réglementaire et faisant dès lors, pour ainsi dire, corps avec ce dernier (Cons. d'Ét. 6 août 1909, *Rageot*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 809).

336. Des pouvoirs du Conseil d'État pour rechercher les vices de forme. — Lorsque le demandeur soutient qu'une formalité a été omise ou irrégulièrement accomplie, le Conseil d'État n'est pas lié par les mentions des procédures administratives constatant l'accomplissement de la formalité dont l'omission ou l'exécution irrégulière sont alléguées. Il peut ordonner, à cet égard, toute vérification, toute production de pièce, toute investigation qui lui paraît utile. Les procédures propres à l'Administration ne présentent pas toujours, en effet, les garandies d'exactitude et de véracité des procédures judiciaires se déroulant sous la surveillance du juge et dont la plupart sont rédigées

par des officiers ministériels soumis à une sévère discipline (Laferrière, t. 2, p. 501 ; Dalloz, *Rép. prat.*, v° *Conseil d'État*, n^os^ 858, 1785, et les arrêts cités ; Cons. d'Ét. 11 janv. 1878, *Nouette*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 34 ; 7 août 1891, *Hinault*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 596).

III. — Violation de la loi

337. Quels sont les actes dont la violation ouvre le recours pour excès de pouvoir? — Le vice qui constitue ici l'excès de pouvoir, c'est la violation de la loi. On entend par *loi*, dans ce cas, toute disposition d'ordre général émanant d'une autorité publique et obligatoire pour l'Administration qui a pris la décision attaquée.

Le recours pour excès de pouvoir sert donc de sanction, non seulement à la violation de la loi proprement dite, règle établie par le pouvoir législatif, mais à celle des règlements généraux. Cela comprend : 1° les règlements d'administration publique faits sur l'invitation du législateur, invitation de plus en plus fréquente (L. 10 août 1871, art. 47 et 48 ; L. 5 avr. 1884, art. 63 ; L. 1^er^ juill. 1901, art. 20 ; L. 19 déc. 1917, art. 6 ; L. 1^er^ mars 1923, art. 10, etc.) ; 2° les décrets réglementaires simples du chef de l'État ; 3° les actes réglementaires des préfets et des maires (Cons. d'Ét. 12 juill. 1907, *Montheuil*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 653 ; 29 déc. 1905, *Delloye*, D. P. 1907. 3. 86 ; 12 janv. 1906, *Vincens*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 23 ; 17 mai 1907, *Soc. philarmonique de Fumay*, D. P. 1908. 3. 112) ; 4° d'une façon plus générale, tous les actes émanant d'une autorité publique, obligatoires pour un public d'administrés plus ou moins nombreux, par exemple les règlements de concours faits par une faculté de l'État pour l'attribution d'un prix (Cons. d'Ét. 22 janv. 1909, *Lesage et autres*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 78 ; 29 mars 1912, *Goenlinger*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 466). La violation même d'une simple circulaire ministérielle pourrait exceptionnellement donner ouverture au recours pour excès de pouvoir, au profit du moins des fonctionnaires auxquels elle

s'applique (Cons. d'Ét. 6 août 1909, *Rageot*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 809 ; — mais V. Cons. d'Ét. 23 nov. 1923, *Rollot*, D. H. 1924. 32).

Toutefois, la jurisprudence ne va pas jusqu'à annuler une délibération d'assemblée qui aurait méconnu un simple règlement intérieur, œuvre de cette même assemblée (Cons. d'Ét. 22 mars 1912, *Le Moign*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 412 ; 13 févr. 1914, *Milsom*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 190 ; 27 févr. 1914, *Turmel*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 271 ; 26 mars 1926, *Boulonnois*, D. H. 1926. 303) ; ou un acte spécial contraire à un programme de travaux arrêtés à l'avance par la même autorité (Cons. d'Ét., 21 mai 1913, *Beauchamp et Gray*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 549).

Il est à remarquer que le Conseil d'État annule aujourd'hui fréquemment les décisions spéciales ou individuelles par lesquelles une autorité a dérogé aux règles générales posées par elle-même (Cons. d'Ét. 29 déc. 1905, 12 janv. 1906, 17 mai 1907, 12 juill. 1907, 22 janv. 1909, précités). Sans doute l'autorité a le droit d'abroger, de modifier les règlements qu'elle a établis ; mais elle doit le faire par voie de mesure générale : en y dérogeant par des mesures particulières, contraires au règlement fait par elle, l'autorité publique viole sa propre loi (Cons. d'Ét. 31 mars 1922, *Albertini*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 316). Le recours pour excès de pouvoir la met en garde et la protège contre ses propres caprices.

338. Qu'entend-on par violation de la loi? — La violation de la loi comprend : 1° la violation proprement dite, c'est-à-dire la contradiction nette, la méconnaissance directe de la loi, comme lorsqu'une autorité publique applique à un fonctionnaire une peine disciplinaire exclue par les statuts de la fonction, lorsque le chef de l'État dissout un conseil municipal en dehors des cas prévus par la loi, etc. ; 2° la fausse application de la loi ou sa fausse interprétation, c'est-à-dire l'*erreur de droit* (refus par un ministre de livrer à l'intéressé le nom d'un fonctionnaire public auquel un fait personnel est imputé : Cons. d'Ét. 7 juill. 1922, *Le Gloahec*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 597 ; décret prononçant

par erreur l'annulation pour incompétence d'une délibération d'un conseil général colonial : Cons. d'Ét. 10 mars 1922, *Conseil général du Sénégal, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 215) ; 3° le défaut de base légale, c'est-à-dire le fait d'avoir fondé la décision attaquée soit sur un motif qui ne pouvait légalement la justifier (Cons. d'Ét. 19 nov. 1924, *Quilichini*, D. H. 1925. 46), soit sur un motif faux et par suite sans efficacité juridique (Cons. d'Ét. 20 janv. 1922, *Trépont*, D. P. 1924. 3. 37 ; 23 mars 1923, *Blanchard, ibid.*).

Y aurait-il violation de la loi de la part d'un fonctionnaire qui n'a pas appliqué la loi parce qu'il eût violé la Constitution en l'appliquant? M. Hauriou soutient que le Conseil d'État, dans un arrêt curieux, s'est prononcé pour la négative (Cons. d'Ét. 1er mars 1912, *Tichit*, S. 1913. 3. 137 et la note. — Cf. Cons. d'Ét. 7 août 1909, *Winkel*, S. 1909. 3. 147 et note Hauriou). Nous ne croyons pas que le Conseil d'État soit allé jusque-là. Il est douteux, d'ailleurs, que la constitutionnalité des lois puisse, en France, être discutée par la voie contentieuse (V. sur la question : Gaston Jèze, *Principes généraux du droit administr.*, 3e édit., t. 1, p. 354 et suiv. ; sur la critique de l'opinion de M. Hauriou, même auteur, *ibid.*, p. 357, notes 1 et 3 ; Berthélemy, *Traité élém. de droit administr.*, 10e édit., p. 13, note 2, et les autorités citées).

La violation de la chose jugée doit être assimilée à la violation de la loi; car les jugements édictent des prescriptions légalement obligatoires pour ceux auxquels ils sont opposables (Laferrière, t. 2, p. 597 ; Cons. d'Ét. 8 juill. 1904, *Botta*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 566). Mais la violation d'un contrat n'est jamais sanctionnée par le recours pour excès de pouvoir, en dépit de la formule de l'article 1134 du Code civil, qu'il ne faut pas prendre trop à la lettre : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de *loi* à ceux qui les ont faites ». La violation d'un contrat donne ouverture au contentieux de pleine juridiction (Cons. d'Ét. 27 févr. 1914, *Galibert, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 270 ; concl. de M. Corneille sous Cons. d'Ét. 3 juill. 1915, *Répéré, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 226).

339. Pour se prévaloir de la violation de la loi, est-il nécessaire d'avoir un droit acquis? — Sur ce point, la jurisprudence du Conseil d'État a fait une importante évolution. Pour se prévaloir d'un vice de cette nature, il ne suffisait pas autrefois d'avoir intérêt à l'annulation de l'acte illégal, il fallait encore que cet acte violât un *droit acquis* chez le demandeur. Laferrière exprimait cette idée en disant que « la violation de la loi n'est un moyen d'annulation que si elle constitue en même temps une atteinte à un droit « (Laferrière, t. 2, p. 532). A ses yeux, le recours pour excès de pouvoir perdait ainsi, dans ce cas, son caractère de moyen juridictionnel d'assurer la bonne administration, pour devenir un moyen de protéger les droits privés.

La théorie générale du recours pour excès de pouvoir cessait ainsi de former un bloc parfaitement compact ; elle s'ornait d'une sorte d'appendice assez artificiellement uni à l'ensemble de l'institution ; et le pourvoi fondé sur la violation de la loi ressemblait assez à un recours contentieux proprement dit, limité, dans ses effets, à l'annulation de l'acte attaqué.

Tel n'était pas toutefois, à notre avis, le vrai sens de la formule : « Violation de la loi *et des droits acquis* ». Les derniers mots ne se rattachent point à la nature du vice qui sert de base au recours, mais aux *conditions de recevabilité* du pourvoi. Ils signifient que, dans ce cas, l'*intérêt*, toujours nécessaire et suffisant pour qu'un particulier soit recevable à faire respecter les règles de bonne administration, doit être *tiré d'un droit*.

La théorie générale apparaît ainsi sous une forme plus cohérente ; mais cependant il était assez malaisé de découvrir pourquoi l'une des conditions de recevabilité du recours est rendue plus étroite dans le cas de violation de la loi que dans les autres cas où le recours est ouvert. Cette anomalie tenait probablement à une cause historique : les recours pour violation de la loi se sont développés longtemps parallèlement au recours pour excès de pouvoir, et ne se sont confondus avec lui qu'à dater du décret du 2 novembre 1864, en vue de les faire bénéficier de la dispense du ministère d'avocat

et de la réduction des frais. L'exigence d'un droit acquis, chez le demandeur, parfaitement rationnelle quand il s'agit d'un recours contentieux proprement dit, organisé dans le seul but de faire respecter les droits privés, s'est maintenue par tradition lorsque ce recours s'est fondu dans le pourvoi pour excès de pouvoir.

Ces considérations ont décidé le Conseil d'État à renoncer à l'exigence d'un droit acquis comme condition de recevabilité du recours dans ce cas.

Le vice et l'anomalie sont apparus avec clarté dans les cas où l'irrégularité administrative invoquée devant le Conseil d'État consiste dans la violation de certaines dispositions réglementaires créant un statut à certaines catégories de fonctionnaires. Lorsque ces dispositions exigent certains titres pour entrer dans la carrière, certaines conditions de temps ou d'aptitude pour y être promu à une classe supérieure, on peut bien dire que l'ensemble des fonctionnaires de la carrière, considéré comme entité juridique, a un droit acquis à l'observation de ces règles protectrices ; mais on ne saurait prétendre que chaque fonctionnaire est personnellement atteint dans ses droits privés par une nomination illégale. Tel fonctionnaire est promu, contrairement au règlement, à une classe supérieure, dans une carrière où l'avancement se fait au choix. Aucun de ses collègues ne peut prétendre que son droit personnel soit ainsi lésé, car aucun ne peut affirmer que c'est lui qui aurait été nommé au poste occupé par l'intrus, si le règlement avait été observé.

Si l'on eût poussé jusqu'aux extrêmes limites, dans ce cas, l'exigence d'un droit acquis chez le demandeur, on eût enlevé, bien souvent, toute sanction pratique aux actes de l'autorité publique destinés à garantir contre la faveur certains corps de fonctionnaires.

Aussi le Conseil d'État n'a-t-il pas hésité à admettre qu'en présence d'un *droit corporatif général* violé, chaque fonctionnaire est recevable à attaquer l'acte illégal, en vertu de *l'intérêt* qu'il a à son annulation. La formule est curieuse ; elle se trouve pour la première fois dans un arrêt du 11 décembre 1903 (aff. Lot) : « Considérant

que les dispositions de l'article 7 du décret du 14 mai 1887, qui exigent qu'aux Archives nationales les titulaires des emplois autres que celui de commis soient pris parmi les archivistes-paléographes, confèrent à ces derniers *un droit exclusif* à l'obtention de ces emplois ; qu'ainsi le sieur Lot, en sa qualité d'archiviste-paléographe, *a un intérêt personnel et est, par suite, recevable* à demander l'annulation de toute nomination faite contrairement aux dispositions qui précèdent... »

Dans un autre arrêt, qui a eu plus de retentissement encore (18 mars 1904, *Savary, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 238), rendu sur notre consultation, le Conseil d'État se borne à constater que le demandeur, sous-inspecteur des Enfants assistés, « a un intérêt personnel suffisant » pour demander l'annulation d'arrêtés nommant des inspecteurs dans ce service, contrairement aux dispositions réglementaires ; et M. le commissaire du Gouvernement Teissier, dans ses conclusions, fait ressortir clairement le sens et la portée de ce changement de jurisprudence.

L'insistance que met le Conseil d'État, dans les arrêts qui ont suivi (V. notamment 12 juill. 1907, *Montheuil, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 653 ; 30 janv. 1914, *Naves et Tetu, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 127), à ne plus jamais rechercher si le requérant a un droit acquis et à proclamer le recours recevable en vertu d'un simple intérêt, montre que désormais la juridiction administrative se contentera de l'intérêt seul, par opposition au droit acquis, même si le recours pour excès de pouvoir est fondé sur une violation de la loi (V. aussi Cons. d'Ét. 1er juin 1906, *Alcindor*, 4e espèce, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 519).

340. Applications jurisprudentielles : I. Cas où l'intérêt du demandeur est tiré d'un droit. — 1° *Atteintes à la propriété et aux droits qui en dérivent.* — Les tribunaux judiciaires sont, en principe, exclusivement compétents pour statuer sur les questions de propriété privée ; mais il y aura bien des cas où, dans les domaines qui sont de son ressort, l'Administration pourra être amenée à abuser de ses prérogatives en

portant illégalement atteinte au droit de propriété. Ces actes seront entachés d'excès de pouvoir par violation de la loi. Tels sont, par exemple, les actes qui, sous le prétexte de délimiter le domaine public, y engloberaient abusivement une propriété privée (Cons. d'Ét. 27 mai 1863, D. P. 63. 3. 63 ; 10 mars 1882, D. P. 83. 3. 73, et les concl. de M. Le Vavasseur de Précourt) ; ceux qui établissent une servitude de marchepied sur les bords d'un cours d'eau qui n'est ni navigable ni flottable (Cons. d'Ét. 15 déc. 1853, *Biennais, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 1075) ; ceux qui prescrivent aux propriétaires des travaux d'assainissement excédant leurs obligations légales (Cons. d'Ét. 12 mai 1882, D. P. 83. 3. 122; 13 mai 1898, D. P. 99. 3. 74) ; ceux qui ordonnent la création, la translation ou l'agrandissement de cimetières sans observer les distances légales à l'égard des habitations (Cons. d'Ét. 2 juill. 1875, D. P. 76. 3. 30; 16 avr. 1880, D. P. 81. 3. 10 ; 22 juill. 1898, D. P. 99. 5. 631) ; ceux qui interdisent à un particulier de faire de sa maison un sanatorium privé (Cons. d'Ét. 15 févr. 1901, D. P. 1902. 3. 51), ou de bâtir, sans autorisation, sur des terrains non contigus à la voie publique (Cons. d'Ét. 2 mars 1900, D. P. 1901. 3. 94).

2° *Atteintes aux droits résultant de fonctions, grades ou titres.* — Le statut donné par la loi aux personnes exerçant des fonctions, pourvues de grades ou de titres, fait naître en leur faveur de véritables droits individuels (droit de porter une décoration, droit à l'inamovibilité, droit de se dire titulaires du grade et de n'en être pas arbitrairement privées, etc...). Lorsque ces droits sont méconnus par l'autorité administrative, la décision qui y porte atteinte doit être annulée pour excès de pouvoir.

C'est ainsi qu'un arrêt du Conseil d'État du 20 mai 1887 (aff. *Murat, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 409-419) annule une décision du ministre de la Guerre rayant des contrôles de l'armée un officier général et un capitaine, par application erronée de la loi du 22 juin 1886, relative aux membres des familles ayant régné en France (l'arrêt constate que la famille Murat n'est pas de celles que la loi a eu en vue). De même un arrêt du 28 décembre

1894 (*Avocats de Philippeville, Rec. Cons d'Ét.*, p. 730) annule une décision du ministre de la Justice portant atteinte aux prérogatives des avocats au point de vue de la plaidoirie.

La jurisprudence, en une matière voisine, donne aux fonctionnaires une précieuse garantie. Si libre que soit l'Administration de disposer d'eux, de les affecter à l'emploi qui lui paraît le mieux convenir à leurs aptitudes, de surseoir à leur intallation, etc. elle doit toujours *les mettre dans une situation régulière* au point de vue du statut de la fonction. C'est ainsi qu'il y aurait excès de pouvoir de la part de l'Administration, lorsqu'elle remplace un fonctionnaire en spécifiant qu'*il sera appelé à d'autres fonctions*, à oublier systématiquement de le pourvoir d'un nouveau poste. Elle peut le révoquer ; mais si elle le fait, elle doit savoir prendre la responsabilité de la mesure (Cons. d'Ét. 28 mars 1924, D. P. 1924. 3. 37 ; 24 mars 1926, *Fraisse*, D. H. 1926. 304).

3° *Atteintes à la liberté du commerce et de l'industrie.* — Diverses autorités administratives, et notamment l'autorité municipale, ont le pouvoir, dans un intérêt de police et d'utilité générale, de réglementer les conditions dans lesquelles s'exercent le commerce et l'industrie. Mais l'Administration commettrait un excès de pouvoir si elle prenait à cet égard des mesures restrictives qui ne seraient pas indispensables pour assurer l'ordre, la décence, la sécurité, la protection de la santé publique.

Il y a là, on le voit, une large marge d'appréciation pour le Conseil d'État et une compénétration du fait et du droit qui rend parfois sa tâche très délicate. Les arrêts donnent souvent des solutions très fines, faisant à la liberté sa juste part, sans compromettre les pouvoirs nécessaires de l'autorité réglementaire (V. notamment Cons. d'Ét. 5 mai 1899, D. P. 1900. 3. 81 ; 5 juin 1908, D. P. 1910. 3. 17 ; 17 mars 1922, *Gaz. Pal.* 1922. 2. 39 ; 23 mai 1924, *Gaz. Pal.* 1924. 2. 203 ; 5 nov. 1924, *Gaz. Pal.* 1924. 2. 729 ; 13 nov. 1925, *Gaz. Pal.* 1925. 2. 740).

4° *Atteintes à la liberté de conscience et des cultes.* — Tout citoyen a le droit de pratiquer librement son culte (L. 9 déc. 1905 : « La République assure la liberté de

conscience ; elle garantit le libre exercice des cultes, sous les seules restrictions édictées ci-après, dans l'intérêt de l'ordre public »). Toutes les fois que la réglementation des cultes s'exercera sur des objets non prévus par la loi, ou prétendra restreindre l'exercice des cultes, dans une mesure qui ne serait pas justifiée par l'intérêt de l'ordre public, il y aura excès de pouvoir. La jurisprudence offre de nombreux exemples d'arrêts qui ont eu à faire à ce sujet une délicate interprétation, notamment en matière de sonneries de cloches ou en matière de cérémonies extérieures du culte ou de manifestations religieuses (V. sur le premier point, Cons. d'Ét. 10 mars 1911, 1er arrêt, et 26 mai 1911, D. P. 1913. 3. 45 ; 20 juin 1913 et 6 mars 1914, D. P. 1914. 3. 65 ; 9 mai 1913, D. P. 1917. 3. 32 ; 29 juill. 1925, D. H. 614 ; 25 nov. 1925, *Le Dain* ; et sur le second point : Cons. d'Ét. 26 déc. 1913, D. P. 1917. 3. 27 ; 17 déc. 1924, D. H. 1924. 123).

5° *Atteintes à la liberté d'exercice d'un mandat public, tel que celui de conseiller général ou de conseiller municipal.* — Les membres des assemblées délibérantes administratives, par exemple, ont le droit d'être convoqués aux séances ; d'avoir connaissance des rapports faits par l'Administration aux corps dont ils font partie ; de prendre la parole dans la discussion, conformément au règlement de l'assemblée, etc... Tout acte administratif qui violerait ces droits serait entaché d'excès de pouvoir (Cons. d'Ét. 1er mai 1903, D. P. 1904. 3. 107 ; 4 août 1905, D. P. 1907. 3. 49, la note et les conclusions de M. Romieu ; 9 nov. 1906, D. P. 1908. 3. 42).

6° *Atteintes aux prérogatives des autorités locales.* — Les autorités locales peuvent se pourvoir contre les décisions de l'autorité supérieure qui annulent leurs délibérations, dans des cas non prévus par la loi. C'est un véritable droit pour elles d'être traitées suivant la légalité (Cons. d'Ét. 8 août 1872, *Gard, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 502 ; 8 août 1896, *Guadeloupe, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 655 ; 24 mai 1901, *Sénégal, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 493 ; 31 janv. 1902, *Grazetti, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 55 ; 18 avr. 1902, S. 1902. 3. 81).

7° *Retrait de décisions ayant créé des droits.* — Une décision administrative est en principe essentiellement révocable. Cependant, elle ne peut être retirée lorsqu'elle a servi de base à un acte d'exécution ou à un contrat qui a conféré un droit acquis à un tiers. Ce tiers pourra, dans ce cas, faire annuler l'acte qui lui fait grief au moyen du recours pour excès de pouvoir.

Le plus souvent, dans la pratique, le cas se présente lorsque l'autorité supérieure, après avoir approuvé un acte d'une autorité subordonnée, se repent de son approbation. Si, dans l'intervalle, des droits ont été acquis à des tiers sur la foi de l'acte d'approbation, la décision de retrait est inopérante et nulle (Cons. d'Ét. 2 mars 1877, D. P. 77. 3. 36. — Cf. Cons. d'Ét. 11 juin 1909, D. P. 1911. 3. 62). De même, un conseil général qui a pris un engagement envers une commune ne peut, par une délibération nouvelle, se soustraire aux obligations ainsi contractées (Cons. d'Ét. 5 janv. 1906, commune de *Khroub*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 11).

8° *Refus d'accomplir un acte prescrit par la loi.* — Dans bien des cas, la loi fait à l'Administration une obligation précise d'accomplir tel ou tel acte en faveur d'un administré. Cette disposition légale crée un droit au profit de l'administré. Dès lors, lorsque l'Administration refuse d'accomplir l'acte qui lui est prescrit, l'administré lésé dans son droit peut faire annuler, au moyen du recours pour excès de pouvoir, la décision de refus. C'est ainsi que le Conseil d'État a annulé fréquemment des décisions refusant à un particulier l'alignement individuel ou l'autorisation de bâtir ; lui refusant un permis de chasse en dehors des cas d'exclusion prévus par la loi (Cons. d'Ét. 13 mars 1867, D. P. 67. 3. 98) ; refusant de communiquer à un électeur la liste électorale (Cons. d'Ét. 19 juin 1863, D. P. 63. 3. 40 ; 2 mars 1888, *Despetis*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 227) ; refusant de recevoir la déclaration d'ouverture d'un débit de boissons et d'en donner récépissé (Cons. d'Ét. 4 juill. 1884, D. P. 85. 3. 122. — V. d'autres décisions au *Rép. prat. Dalloz*, v° *Conseil d'État*, n°s 924 et suiv.).

Il est à remarquer que le recours pour excès de pou-

voir sert de sanction, dans ce cas, aux lois impératives, mais non à celles qui sont simplement permissives pour l'Administration. Il faut remarquer également que, lorsque l'obligation imposée à l'Administration ne l'a pas été dans le but de faire acquérir un droit à l'administré, celui-ci ne pourrait s'en prévaloir pour attaquer la décision de refus par la voie du recours pour excès de pouvoir. Il en serait ainsi, par exemple, d'une décision du préfet qui refuserait d'inscrire d'office au budget d'une commune le crédit nécessaire pour acquitter une dette exigible de celle-ci (L. 5 avr. 1884, art. 136-7° et 149-1°). L'obligation, pour le préfet, d'inscrire d'office au budget de la commune les crédits nécessaires pour payer les dettes exigibles est une règle de bonne comptabilité établie d'une manière impersonnelle, et non spécialement dans l'intérêt des créanciers (V. les arrêts cités dans Hauriou, *Précis*, 10e édit., p. 451, note ; et au *Rép. prat. Dalloz*, v° *Conseil d'État*, n° 934). Cependant il est possible que la jurisprudence se départisse de cette rigueur, surtout depuis qu'elle n'exige plus un droit, mais un simple intérêt, pour donner ouverture au recours pour excès de pouvoir fondé sur la violation de la loi.

9° *Défaut de base légale.* — Il y a également violation de la loi lorsque l'Administration a fondé sa décision sur des accords, des conventions ou des faits auxquels elle a attribué une valeur juridique, alors qu'ils n'en avaient point. C'est ainsi que les rapports entre l'Administration et les fonctionnaires étant d'ordre légal et réglementaire, et non contractuel, l'Administration, pour rejeter une demande de l'un de ses agents, ne peut pas se fonder sur un accord qui serait intervenu entre cet agent et les pouvoirs publics, accord par lequel l'agent se serait engagé à ne pas formuler sa demande. La décision ainsi motivée manque de base légale (Cons. d'Ét. 19 nov. 1924, D. H. 1925. 46).

341. Applications jurisprudentielles (suite) : II. Cas ou l'intérêt n'est pas tiré d'un droit. — Comme nous l'avons vu plus haut (n° 339), le Conseil

d'État a maintenant renoncé à exiger, comme condition de recevabilité du recours fondé sur la violation de la loi, la justification de la lésion d'un droit acquis chez le demandeur. Cette jurisprudence s'est formée à propos des pourvois introduits par les fonctionnaires contre les nominations ou promotions illégales (Cf. Hauriou, *Précis*, 10e édit., p. 451). C'est encore aujourd'hui dans ce domaine qu'il faut chercher les principales applications du recours pour excès de pouvoir fondé sur la violation de la loi et justifié par un simple intérêt. C'est ainsi que le Conseil d'État a annulé des nominations de gardiens de la paix contraires à l'arrêté du préfet de police en date du 29 juin 1914, en constatant que l'association du personnel de la préfecture de police « a *un intérêt qui lui donne qualité* pour demander l'annulation des décisions attaquées » (Cons. d'Ét. 7 juill. 1922, *Assoc. du personnel de la préf. de pol.*, *Rec. Cons. d'Et.*, p. 595).

De même, le Conseil d'État a annulé des nominations de fonctionnaires faites alors que la liste des candidats avait été préparée et présentée au ministre avec une précipitation qui n'avait pas permis aux candidats de se faire connaître en temps utile (Cons. d'Ét. 13 mai 1921, *Guéguen et autres*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 492). Cet arrêt constate que les fonctionnaires demandeurs « ont un intérêt personnel les rendant recevables à poursuivre cette annulation » (Cf. Cons. d'Ét. 22 juill. 1921, *Douville*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 757).

342. De l'erreur de fait. — M. Hauriou, dans les premières éditions de son *Précis de droit administratif*, souhaitait de voir l'erreur de fait admise, à côté de l'erreur de droit, comme moyen d'annulation, en ce sens que le recours pour excès de pouvoir devrait être ouvert contre les décisions dans lesquelles les administrateurs se sont fondés sur des faits inexacts.

Le Conseil d'État a longtemps résisté à cette suggestion ; il a pourtant fini par s'y rallier dans des cas de plus en plus nombreux. Le contrôle juridictionnel des administrés sur les actes de l'Administration serait, en effet,

bien insuffisant s'il ne pouvait aboutir à l'annulation d'un acte fondé sur des faits manifestement inexacts, et bien précaire s'il suffisait à un administrateur trop habile d'inventer des faits ou de les travestir pour mettre une décision incorrecte à l'abri de la censure du Conseil d'État.

Sans doute il a été toujours plus ou moins largement admis par la haute Assemblée que les actes de cette nature, lorsqu'ils étaient suivis d'exécution, pouvaient donner lieu à des recours en indemnité. C'est ainsi qu'un fonctionnaire municipal, brusquement révoqué sous des prétextes reconnus faux, serait sûrement indemnisé par le Conseil d'État ; mais si l'on n'admettait pas ici le recours pour excès de pouvoir, l'acte entaché d'erreur de fait échapperait à la censure directe de la juridiction administrative ; il resterait en vigueur ; seules, ses conséquences dommageables seraient réparées.

Aussi le Conseil d'État admet-il aujourd'hui l'erreur de fait, dans certains cas, comme moyen d'annulation ; mais il ne le fait qu'avec circonspection, en veillant à ce que ce contrôle ne nuise pas à l'indépendance de l'Administration active : en jetant des regards trop indiscrets dans l'enceinte réservée à cette dernière, la juridiction administrative risquerait de se voir fermer bien des portes. Pour remplir son œuvre, le contrôle exercé par elle sur l'Administration doit être modéré, discret et limité ; il faut que la juridiction se pose moins en ennemie de l'Administration active qu'en alliée, qui lui signale amicalement ses erreurs, l'aide à corriger ses imperfections, la débarrasse des influences importunes contre lesquelles, réduite à ses propres forces, l'Administration est impuissante à lutter.

Toutefois, dès maintenant, on peut dire que le Conseil d'État entre fort avant dans l'examen du fait, *quand il est uni par un lien indivisible à la question de droit qui fait l'objet du recours.* C'est ainsi qu'en matière de réglementation municipale des sonneries de cloches et des cérémonies religieuses extérieures, le Conseil d'État s'est posé en défenseur, non seulement de la

liberté des cultes, mais *des traditions locales*, dont il se reconnaît le droit de vérifier l'existence et la portée, et qu'il astreint les maires à respecter (Nombreux arrêts. V. notamment Cons. d'Ét. 1er mai 1914, *Didier, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 515).

De même, le Conseil d'État admet les recours contre les décrets déclarant authentiques les tableaux de la population des communes de France, lorsque le calcul de la population agglomérée a été vicié par une fausse appréciation de l'état des lieux (Cons. d'Ét. 3 juill. 1914, *Mathan et autres, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 816 ; 24 juill. 1914, *Commune de Bruges, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 932).

Dans d'autres arrêts, le Conseil d'État a serré de plus près encore la question de fait : la loi du 13 juillet 1911, art. 118, oblige les constructeurs de maisons à se soumettre aux prescriptions administratives qui leur seront faites dans l'intérêt de la conservation des perspectives monumentales et des sites. Le Conseil d'État se reconnaît le pouvoir de vérifier en fait si les lieux envisagés présentent ou non le caractère d'un site ou d'une perspective monumentale, et il annule les arrêtés restrictifs du droit de propriété quand il reconnaît que ce caractère n'existe pas. « Considérant, dit un arrêt, qu'il appartient au Conseil d'État de vérifier si l'emplacement de la construction projetée est compris dans une perspective monumentale existante, et, dans le cas de l'affirmative, si cette construction, telle qu'elle est proposée, serait de nature à y porter atteinte... » (Cons. d'Ét. 4 avr. 1914, *Gomel, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 488 ; 24 mars 1922, *Lévy et Michel, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 281 ; même date, *Salin, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 282).

Sur le recours d'un fonctionnaire qui se plaignait d'avoir été révoqué pour des faits inexacts, le Conseil d'État a refusé d'annuler l'arrêté de révocation parce que le demandeur n'établissait pas l'inexactitude des faits (Cons. d'Ét. 18 juin 1915, *Lechevalier, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 207) ; d'où il suit que, dans ce cas, le conseil se réserve de contrôler les faits. Il l'a fait très nettement, d'ailleurs, dans un arrêt plus récent, en annulant une décision ministérielle qui retirait à un général son

commandement, alors que les faits motivant cette décision étaient inexacts (Cons. d'Ét. 5 juill. 1918, *Général de la Nouë, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 660).

De même, la haute juridiction administrative a annulé une décision refusant de déclarer d'utilité publique l'agrandissement d'un cimetière pour le seul motif, inexact en fait, que le cimetière ne remplissait pas les conditions d'isolement prévues par la loi (Cons. d'Ét. 19 juill. 1918, *Ville de Saint-Étienne, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 739. — Cf. Cons. d'Ét. 4 déc. 1925, D. P. 1926. 3. 6).

Enfin, dans un arrêt du 20 janvier 1922 (*Trépont, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 66), la jurisprudence administrative a couronné son œuvre par une décision très hardie. Les préfets peuvent être révoqués, mis en disponibilité ou en congé par décrets du chef de l'État, toutes les fois que l'Administration supérieure le juge utile, sans que les motifs de ces mesures puissent être discutés par la voie contentieuse. Mais encore faut-il que l'Administration prenne nettement la responsabilité de sa décision devant l'opinion publique et n'essaye pas, pour échapper à sa responsabilité, de masquer les véritables raisons de la mesure prise, derrière des prétextes inexacts. En un mot, l'Administration peut user largement de son pouvoir discrétionnaire ; mais il lui est interdit d'en masquer l'abus par un mensonge. C'est ce que l'arrêt *Trépont* fait ressortir en ces termes : « Considérant que, d'après les documents produits au dossier, il est constant que le requérant, loin d'avoir sollicité sa mise en congé, avait, au contraire, affirmé son intention de rester à son poste ; qu'en présentant la décision de mise en congé comme prise sur la demande de l'intéressé, le ministre de l'Intérieur l'a fondée sur un fait matériellement inexact et *lui a donné ainsi une cause juridique inexistante* ; qu'il y a lieu, dès lors, de prononcer son annulation pour excès de pouvoir... »

A quelle cause d'annulation faut-il rattacher l'excès de pouvoir résultant de l'erreur de fait? M. Hauriou soutient (*Précis*, 10e édit., p. 459) que c'est là un cas de détournement de pouvoir; car, dit-il, « c'est user

de son pouvoir autrement que pour le bien du service quand on en use sans avoir acquis la compétence technique indispensable sur les faits de l'affaire. » Malgré toute la valeur de cette opinion, nous pensons qu'il vaut mieux voir dans l'erreur de fait une sorte de violation de la loi, ce que la Cour de cassation appelle un *défaut de base légale* : en matière d'administration publique, la loi générale de l'institution veut que l'administrateur ne fonde sa décision que sur des motifs exacts ; si les motifs qu'il donne lui-même comme déterminants sont erronés, la décision manque de base juridique (arrêt *Trépont*, précité) et s'écroule ; s'il se trompe sur les faits décisifs, il applique la loi à ces faits dans un cas où elle est sans application, et par conséquent viole cette loi par fausse application (arrêt *Gamel*, précité, du 4 avr. 1914).

Mais, comme nous l'avons dit, le Conseil d'État s'efforce, en restituant aux faits leur caractère et leur réalité, de ne commettre aucune intrusion indiscrète dans le domaine réservé à l'Administration active. Il hésiterait évidemment à ordonner une mesure d'instruction telle qu'une expertise ou une enquête, pour rétablir l'exactitude des faits : il faut, comme en matière de détournement de pouvoir, que l'erreur résulte des pièces mêmes du dossier, des explications fournies par l'Administration, des documents produits au cours de l'instruction.

Cette réserve faite, on peut dire que l'erreur de fait pourra être invoquée comme moyen d'annulation toutes les fois que les faits erronés retenus dans la décision attaquée constitueront la cause juridique de cette décision. Cette cause étant démontrée fausse, la décision manque de base et doit disparaître.

IV. — Détournement de pouvoir

343. Définition du détournement de pouvoir. — C'est dans la théorie du détournement de pouvoir que la jurisprudence du Conseil d'État a montré le plus de

souplesse ; c'est elle qui a fourni et qui fournira encore au recours pour excès de pouvoir les plus belles occasions de développement (V. Laferrière, t. 2, p. 548 et suiv. ; Ebren, *Théorie du détournement de pouvoir* ; Hauriou, *Précis*, 10e édit., p. 455 ; Berthélemy, *Traité élém.*, 10e édit., p. 998).

L'expression « détournement de pouvoir », inventée par le Conseil d'État, a fini par être consacrée par la loi (L. 31 mars 1919, sur les pensions de guerre, art. 43).

La théorie du détournement de pouvoir est fondée sur cette idée que les administrateurs n'ont reçu de la loi leurs pouvoirs que *pour le bien du service*. Le pouvoir conféré à la puissance publique est lié au but de l'institution. Lorsqu'un administrateur, par la décision qu'il prend, vise un autre but que celui en vue duquel ses pouvoirs lui sont donnés, il sort vraiment de sa compétence. A un autre point de vue, on peut dire qu'il viole la loi en méconnaissant son esprit. Il y a donc détournement de pouvoir lorsqu'un administrateur use de ses pouvoirs dans un but autre que celui en vue duquel ils lui ont été conférés. Un arrêt caractérise bien le détournement de pouvoir en disant qu'il se rencontre lorsque le fonctionnaire a « agi dans un but autre que la sauvegarde de l'intérêt général et le bon fonctionnement du service » (Cons. d'Ét. 7 juill. 1916, *Moreau*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 276).

En ouvrant le recours pour excès de pouvoir au grief tiré de l'incorrection du but, le Conseil d'État ne se borne pas, on le voit, à vérifier la compétence de l'administrateur, à exiger de lui le respect des formes et de la lettre de la loi ; il veut encore que ses actes soient inspirés par une pensée de bonne administration ; il va jusqu'à scruter les mobiles qui l'ont fait agir.

Le Conseil d'État peut ainsi atteindre les actes les plus discrétionnaires ; c'est là ce qui marque l'utilité de ce moyen d'annulation à côté de celui tiré de la violation de la loi. Un fonctionnaire qui use d'un pouvoir discrétionnaire viole rarement la loi, excède peu souvent sa compétence d'une manière formelle, précisément à cause des latitudes que lui laisse ce pouvoir discrétion-

naire. La théorie du détournement de pouvoir l'oblige à respecter *la moralité administrative.*

344. Limites des droits d'investigation du Conseil d'État pour déceler le détournement de pouvoir. — Cette recherche du but poursuivi suppose une analyse des pensées les plus secrètes des administrateurs ; elle est d'autant plus délicate, que la juridiction administrative n'a pas à s'immiscer dans le fonctionnement de l'Administration active ; il ne faut pas que son contrôle soit une entrave à la bonne marche des services, et qu'il dégénère en une inquisition qui deviendrait vite intolérable.

Le Conseil d'État ne se reconnaîtra donc pas le droit de mander les administrateurs à sa barre pour leur demander compte des motifs de leurs décisions. Souvent, d'ailleurs, les actes administratifs n'ont pas besoin d'être motivés (Cons. d'Ét. 7 juill. 1916, *Lévy, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 279 ; 16 août 1916, *Leguay, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 370). S'ils l'ont été, il faudra que le détournement de pouvoir soit invoqué, pour que le Conseil d'État se reconnaisse le droit de le rechercher ; il ne soulève pas d'office ce moyen d'annulation (Cons. d'Ét. 31 janv. 1902, *Grazietti, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 55 ; 13 mars 1903, *Blanc, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 224 ; 3 avr. 1903, *Coutlenier, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 291).

Lorsque le moyen est soulevé, le Conseil d'État ne reconnaît guère, comme preuve du détournement de pouvoir, que l'aveu ou le quasi-aveu de l'Administration. Il en tire la preuve des éléments mêmes du dossier : documents émanés de l'Administration et versés par elle au dossier soit spontanément, soit sur la demande que le Conseil d'État adresse au ministre compétent en lui communiquant le pourvoi. C'est ainsi que le détournement de pouvoir sera le plus souvent démontré à l'aide des motifs mêmes de la décision attaquée, de la correspondance qui l'accompagne et qui en précise la portée, des instructions données par le supérieur hiérarchique en vue de la décision à intervenir. Les rapports des agents intéressés, transmis par le ministre

au Conseil d'État, seront aussi un précieux élément d'appréciation. La haute Assemblée va quelquefois jusqu'à demander au ministre de provoquer des vérifications administratives ; mais, jusqu'ici, elle ne se croit pas autorisée à ordonner, pour la recherche du détournement de pouvoir, des expertises ou des enquêtes proprements dites.

Bien entendu, on n'exigera pas une véritable preuve littérale ; de simples présomptions suffiront, pourvu qu'elles soient graves, précises et concordantes.

345. Le détournement de pouvoir et l'autorité judiciaire. — Il est des cas où les tribunaux judiciaires sont juges de la légalité des actes administratifs. C'est ainsi qu'ils doivent se refuser à sanctionner par une peine les arrêtés de police lorsqu'ils en reconnaissent l'illégalité. Le détournement de pouvoir, à ce point de vue, vicie les règlements et arrêtés de police tout aussi bien que l'incompétence ou le vice de forme. Aussi les tribunaux, après quelques hésitations, se refusent-ils à appliquer une peine aux contrevenants, lorsqu'ils constatent que l'arrêté a été inspiré par des motifs autres que des motifs de police (Crim. 25 oct. 1900, D. P. 1901. 1. 206 ; 26 janv. 1924, D. H. 1924. 165).

Mais leur jurisprudence est restée assez timide en cette matière. Elle craint de s'aventurer trop loin dans le domaine de l'Administration active. Aussi n'est-il pas rare de voir les tribunaux sanctionner par des peines, en les considérant comme légaux et obligatoires, des arrêtés de police que le Conseil d'État annule plus tard comme entachés de détournement de pouvoir (V. dans la même espèce, en matière de police des gares de chemins de fer, d'une part : Crim. 6 déc. 1862, D. P. 63. 1. 390 ; Crim. 25 août 1864, D. P. 65. 1. 48, et d'autre part : Cons. d'Ét. 25 févr. 1864, D. P. 64. 3. 25 ; Cons. d'Ét. 7 juin 1865, D. P. 66. 3. 29 ; — en matière de police de la salubrité, d'une part : Cons. d'Ét. 26 nov. 1875, D. P. 76. 3. 41, et d'autre part : Crim. 21 août 1874, D. P. 75. 1. 495).

La même constation peut être faite à propos d'une

espèce plus frappante encore : lorsqu'un maire a subordonné à une autorisation préalable le droit, pour toute société musicale, de sortir en corps sur la voie publique, le Conseil d'État n'hésite pas à annuler le refus du maire d'autoriser la sortie de telle association déterminée, s'il constate que le refus a un caractère *systématique*, et par suite n'est pas inspiré par le souci de l'intérêt public (Cons. d'Ét. 21 et 28 juin 1912, D. P. 1915. 3. 16). Mais si l'association, au lieu de se pourvoir devant le Conseil d'État, passe outre et sort quand même publiquement, elle n'échappe pas à la contravention : la Cour de cassation ne veut pas voir une cause d'invalidité de la décision de refus dans son caractère systématique, qui est pourtant bien caractéristique du détournement de pouvoir (Crim. 9 janv. 1914, D. P. 1916. 1. 184).

Le détournement de pouvoir, peut-on dire, ne se confond pas avec l'illégalité ; il répond à une idée plus large. C'est pourquoi la Cour de cassation, juge de la légalité des arrêtés de police, se refuse assez souvent à voir une illégalité dans les détournements de pouvoir dont ils peuvent être entachés. C'est un danger pour les particuliers ; mais ils peuvent y parer en posant devant le juge de simple police la question préjudicielle de détournement de pouvoir. Le juge, dans ce cas, surseoira à statuer, et le Conseil d'État se prêtera à cette procédure, qui lui permettra de censurer le détournement de pouvoir, en jugeant la question préjudicielle, qui pourra être soulevée même après l'expiration des délais du recours pour excès de pouvoir (Cons. d'Ét. 2 août 1907, 14 févr. 1908 et 5 août 1908, *abbé Garcin et autres*, S. 1909. 3. 1, et la note Hauriou; 19 mars 1909, *abbé Deguille*, S. 1909. 3. 99; Hauriou, *Précis*, 10e édit., p. 539, note).

346. Exemples jurisprudentiels : I. Police de la voirie. — La police en général, celle de la voirie en particulier, est organisée en vue de l'intérêt général. On ne peut faire servir les prérogatives dont elle est pourvue à favoriser des intérêts particuliers, financiers ou fiscaux. La police de la voirie est instituée en vue de

la protection du domaine public, de la liberté et de la sécurité de la circulation. C'est pourquoi il a été souvent jugé qu'une permission de voirie ne pouvait pas être retirée sous le prétexte que le permissionnaire se refusait à payer des taxes établies après coup, ou parce que la commune voulait réserver à d'autres l'usage exclusif du sous-sol, ou parce que le permissionnaire (en l'espèce une compagnie d'éclairage) ne voulait pas abaisser le prix du gaz (Cons. d'Ét. 23 mars 1880, *Cie centrale du gaz, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 333 ; 12 févr. 1886, *Charret, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 129 ; 4 janv. 1895, *Cie du gaz d'Agen, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 3 ; 30 janv. 1914, *Magnard, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 110).

Pendant longtemps le Conseil d'État s'est refusé à étendre le bénéfice de cette jurisprudence aux *refus* arbitraires de permissions de voirie ; il ne l'appliquait qu'aux *retraits* (Cons. d'Ét. 6 mars 1885, *Bonhomme, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 266 ; 26 déc. 1891, *Cie gén. du gaz, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 827 ; 17 janv. 1902, *Graulhet, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 13 ; 27 mars 1903, *Electricité de Neuilly, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 273).

Pour justifier cette différence, Laferrière expliquait que « l'Administration qui refuse une autorisation discrétionnaire ne lèse ni un droit, ni même un intérêt ; elle s'abstient simplement d'accorder une faveur... Il y a une grande différence entre la situation d'un permissionnaire et celle d'un simple pétitionnaire : le premier peut se prévaloir de rapports déjà créés entre lui et l'Administration, le second ne peut invoquer que son désir de voir ces rapports s'établir, ce qui n'est pas suffisant pour donner ouverture à une action contentieuse » (Laferrière, t. 2, p. 553-554).

Cette distinction avait été critiquée, à juste titre : que l'Administration refuse ou retire une permission, elle ne doit, dans les deux cas, s'inspirer que de l'intérêt du domaine public ; c'est dans ces limites seulement que son pouvoir est discrétionnaire, et l'on voit mal pourquoi elle pourrait, dans un cas plus que dans l'autre, s'écarter impunément du but que le droit public lui assigne.

D'autre part, les permissions de voirie apparaissent de moins en moins comme une faveur. En matière d'étalages, par exemple, elles constituent souvent une véritable nécessité pour le commerce, et ne sauraient être arbitrairement refusées sans violer le principe de la libre concurrence. En matière d'éclairage, de transport de force, la voie publique est le plus souvent le seul terrain sous lequel puissent s'insinuer utilement les canalisations. En matière de navigation fluviale, les permissions de stationnement sont indispensables aux bateaux. On comprend, dès lors, que le Conseil d'État n'ait pu se refuser plus longtemps à exercer un contrôle sur les refus d'autorisation, qui peuvent léser des intérêts considérables.

Aussi la jurisprudence déclare-t-elle aujourd'hui le recours pour excès de pouvoir recevable en matière de refus de concessions ou permissions sur le domaine public (Cons. d'Ét. 13 mars 1908, *Soc. de vidanges, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 259 ; 11 avr. 1913, *Cie des tramways de l'Est parisien*, S. 1914. 3. 113, et la note Hauriou ; 4 févr. 1921 et 4 août 1922, D. P. 1922. 3. 57, et la note). Le Conseil d'État reconnaît que les particuliers n'ont, en principe, aucun droit à l'obtention des permissions ou concessions sur le domaine public. Chacun d'eux y a une simple *aptitude*. L'octroi de ces permissions rentre dans le pouvoir d'appréciation de l'Administration ; mais celle-ci, quand elle les refuse, doit s'inspirer de motifs tirés de l'intérêt général, sous peine de voir sa décision annulée par le Conseil d'État.

Dans l'un de ces arrêts, la haute Assemblée a même poussé très loin l'esprit de contrôle, afin d'assurer l'exécution d'une de ses précédentes décisions : elle a jugé que, lorsque le Conseil d'État a annulé un refus de permission de voirie parce qu'il n'était pas fondé sur l'intérêt général, l'Administration ne peut pas renouveler son refus en se bornant à invoquer, d'une manière vague et sans précision, l'intérêt public : ce serait un détour suspect. Il faut, pour que le nouveau refus soit valable, qu'il résulte du dossier que l'Administration a réellement instruit à nouveau l'affaire dans

le sens de l'intérêt public, et qu'elle n'a persisté dans son refus qu'en constatant d'une manière précise les inconvénients d'ordre général qu'il y aurait à accepter l'autorisation (Cons. d'Ét. 4 août 1922, précité).

Dans un arrêt du 26 juin 1914 (aff. *Rétif*, *Rec. Cons. d'Ét.* 1914, p. 787-789 et la note) le Conseil d'État a annulé pour détournement de pouvoir, non pas une décision explicite, mais une décision implicite de rejet résultant du silence gardé par l'Administration. En l'espèce, le préfet avait gardé le silence sur une demande formée par un particulier en vue d'être autorisé à laisser stationner un bateau sur la Seine ; le pétitionnaire s'était pourvu contre la décision implicite de rejet résultant de ce silence prolongé pendant quatre mois. Le Conseil d'État avait donc à rechercher les mobiles qui avaient déterminé non pas un acte, mais un silence. On voit combien cette investigation était délicate. L'annulation a été prononcée parce que la décision implicite de rejet du préfet a paru être motivée par des raisons d'ordre financier et non par l'intérêt du service.

On peut citer aussi, en matière de police du domaine public, des arrêts déjà anciens, mais très catégoriques, qui annulent des décisions préfectorales réglementant l'accès des voitures dans la cour d'une gare, en vue d'intérêts étrangers à ceux du service public (Cons. d'Ét. 25 févr. 1864, D. P. 64. 3. 25 ; 7 juin 1865, D. P. 66. 3. 29).

347. Exemples jurisprudentiels : II. Police de la salubrité. — Cette police ne doit avoir en vue que l'intérêt de la salubrité et de la santé publique. Les pouvoirs qu'elle donne aux autorités ne peuvent pas être employés à favoriser les intérêts financiers des personnes morales d'intérêt général. Le Conseil d'État a eu à appliquer ce principe dans une affaire célèbre : la loi du 2 août 1872 a monopolisé, au profit de l'État, la fabrication des allumettes chimiques. Pour pouvoir concéder le monopole, l'État s'est préoccupé d'acquérir ou de supprimer les fabriques existantes. Certaines d'entre elles, assujetties à la législation des établisse-

ments dangereux, incommodes ou insalubres, n'étaient pas en règle avec la loi et fonctionnaient sans autorisation préfectorale. Le ministre des Finances, pour éviter d'avoir à exproprier ces fabriques, enjoignit aux préfets de fermer toutes celles qui fonctionnaient en fait sans autorisation. Le Conseil d'État a annulé les arrêtés de fermeture (Cons. d'Ét. 26 nov. 1875, *Pariset*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 934). Le Conseil d'État constate dans son arrêt que le préfet, en ordonnant la fermeture de la fabrique d'allumettes chimiques envisagée, en vertu des pouvoirs qu'il tenait des lois et règlements sur les établissements dangereux, incommodes ou insalubres « n'a pas eu pour but les intérêts que ces lois et règlements ont eu en vue de garantir ; qu'il a agi... dans l'intérêt d'un service financier de l'État ; qu'il a ainsi usé des pouvoirs de police qui lui appartenaient... pour un objet autre que celui à raison duquel ils lui étaient conférés... ».

On peut citer aussi, dans un ordre d'idées analogue, les décisions qui ont annulé les arrêtés d'un maire interdisant l'introduction, dans la commune, de viandes d'animaux abattus ailleurs que dans l'abattoir municipal. En l'espèce l'arrêté avait été pris non dans un but de salubrité, mais pour protéger le commerce local (Cons. d'Ét. 22 mai 1896, *Carville*, S. 97. 3. 121 et la note Hauriou).

348. Exemples jurisprudentiels : III. Décisions inspirées par l'esprit de parti ou les intérêts privés. — Ainsi que le remarque fort bien M. Hauriou (*op. cit.*, p. 458), « la police n'est pas faite pour être mise au service des querelles politiques, ni de l'esprit de parti, ni des animosités privées ». Lorsqu'il est démontré qu'une décision administrative a été motivée par de telles considérations étrangères au bien du service, le Conseil d'État n'hésite pas à l'annuler. C'est ce qu'il a fait pour une décision excluant un fournisseur de toute adjudication à venir, à raison de son attitude politique (Cons. d'Ét. 4 août 1905, *Lespinasse*, D. P. 1907. 3. 60).

Les fonctionnaires publics ont été, de tout temps, plus particulièrement exposés à des abus de cette nature. Cependant, le Conseil d'État s'est longtemps refusé à faire jouer la théorie du détournement de pouvoir en matière de discipline des fonctionnaires. Sauf le cas où ceux-ci étaient pourvus d'un statut, il reconnaissait à l'Administration le droit de suspendre et de révoquer *ad nutum* les fonctionnaires publics ; il se refusait à scruter les mobiles auxquels l'autorité disciplinaire avait obéi en prenant de telles mesures.

Cette jurisprudence mettait les titulaires d'emplois publics à la merci de l'arbitraire administratif. Lorsqu'il s'agissait de fonctionnaires municipaux surtout, les mesquines vengeances pouvaient se donner libre carrière, et les employés étaient sans recours contre l'effet des querelles personnelles et des luttes politiques.

Là encore, le Conseil d'État a fini par limiter les pouvoirs de l'Administration en frappant *l'incorrection du but.* Dans un premier arrêt (16 nov. 1900, *Maugras*, D. P. 1920. 3. 10), il a annulé pour détournement de pouvoir l'arrêté d'un maire suspendant de ses fonctions un agent de police. Dans l'espèce, il résultait d'une lettre du maire, adressée au commissaire de police de la localité, que l'arrêté de suspension avait frappé l'agent pour avoir dressé procès-verbal contre une débitante de boissons dont l'établissement était resté ouvert après l'heure réglementaire. La contrevenante avait été, pour ce fait, condamnée au maximum de la peine par le tribunal de simple police. Il apparaissait donc clairement qu'en infligeant une peine disciplinaire à un agent pour avoir fait son devoir, le maire avait obéi à des mobiles autres que le souci d'une bonne administration.

Le Conseil d'État, en restreignant aussi hardiment les pouvoirs disciplinaires de l'Administration sur ses agents, marquait cependant une limite à sa propre action. Il déclare, dans l'arrêt que nous commentons, qu'il ne lui appartient pas de *rechercher les motifs* des décisions disciplinaires prises par les maires à l'égard des fonctionnaires municipaux, et spécifie avec soin

que, s'il annule, en l'espèce, l'arrêté de suspension. c'est que son auteur lui-même a caractérisé et reconnu, par un aveu écrit, l'incorrection du but poursuivi (Cf. Cons. d'Ét. 19 juin 1903, *Ledochowski*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 452).

Il a fallu plusieurs années pour que le Conseil d'État se décidât enfin à renoncer à une prudence qui eût restreint à de rares applications le principe fécond qu'il venait de poser. Dans deux arrêts du 22 mai 1914 (*Ville d'Auray* et *Laval*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 614 et 615), il a annulé des arrêtés privant de leurs fonctions certains employés municipaux, et motivés sur un prétendu programme de réorganisation administrative. Le Conseil d'État constate que *le motif invoqué est faux*, et se fonde, pour décider ainsi, sur *les résultats de l'instruction* : « Considérant qu'il résulte de l'instruction que cette mesure n'a pas eu pour objet d'assurer une réorganisation des services municipaux, mais qu'elle a constitué une véritable révocation décidée à la suite du renouvellement de la municipalité et *prise dans un but étranger à l'intérêt du service..* » Désormais, les fonctionnaires frappés ou révoqués ne seront donc pas privés de tout recours en présence de la correction apparente des motifs invoqués par l'auteur de leur disgrâce ; ils seront admis à établir que la mesure prise contre eux est fondée sur d'autres mobiles que ceux avoués par l'Administration ; que les mobiles sont incorrects, et qu'ils vicient, par suite, l'acte qu'ils ont déterminé. On voit quelle arme précieuse les titulaires d'emplois publics peuvent trouver là contre l'arbitraire administratif.

On a pu se demander s'il ne conviendrait pas de rattacher à la théorie du détournement de pouvoir les arrêts déjà signalés, d'après lesquels les mesures de mise en disponibilité ou autres, prises à l'égard d'un fonctionnaire, sont entachées d'excès de pouvoir, lorsqu'elles sont faussement indiquées comme prises *sur la demande* du fonctionnaire intéressé. En motivant ainsi d'une manière volontairement inexacte la décision prise, l'Administration n'avoue-t-elle pas implicitement qu'elle s'est fondée sur des motifs étrangers au bien du service

(V. Cons. d'Ét. 20 janv. 1922 et 23 mars 1923, D. P. 1924. 3. 36, et *suprà*, n° 342) ? Nous avons cependant rattaché ces décisions, non sans hésitation, à l'idée de violation de la loi.

§ 4. — INSTRUCTION ET JUGEMENT DES RECOURS EFFETS DE LA DÉCISION

349. Procédure devant le Conseil d'État. — Après le depôt de la requête au secrétariat du contentieux, l'affaire est distribuée à l'un des comités d'instruction par le président de la section du contentieux, qui nomme le rapporteur de l'affaire. La requête est aussitôt communiquée au ministre que l'affaire concerne, auquel il est imparti un délai pour faire connaître ses observations et produire les pièces qui lui sont demandées ou qu'il juge utile de soumettre à l'examen du Conseil d'État. Le Conseil d'État, le délai expiré, peut statuer, même si le ministre n'a pas répondu. En pratique, les délais impartis par le Conseil d'État sont trop peu souvent respectés, et les affaires trop souvent retardées par l'attente prolongée des observations du ministre.

En quelle qualité le ministre est-il pris? Non pas comme défendeur au pourvoi, car il reçoit communication de tous les pourvois, et non pas seulement de ceux formés contre ses propres décisions ; et il aura à s'expliquer, non seulement sur ses actes et ceux de ses subordonnés, mais encore sur ceux des autorités décentralisées (conseils généraux, conseils municipaux, etc.) qui ne sont pas sous son autorité, mais seulement sous son contrôle. Le ministre est consulté ici pour qu'il puisse, s'il y a lieu, défendre l'acte attaqué, après avoir provoqué les explications de son auteur. Mais ce n'est pas à l'auteur de l'acte que le procès est fait ; c'est à l'acte lui-même ; le ministre n'est pas partie en cause (Cons. d'Ét. 8 déc. 1899, *Ville d'Avignon*, S. 1900. 3. 73 et la note Hauriou).

La procédure se poursuit devant le comité d'instruction suivant la forme ordinaire (V. *suprà*, n° 183).

L'affaire est jugée normalement par la section ou l'une des sous-sections ; mais l'importance de ces recours les font souvent porter à l'assemblée du Conseil d'État statuant au contentieux.

350. Interventions. — Diverses personnes peuvent être invitées à intervenir dans l'instance ou y intervenir spontanément.

C'est ainsi que le comité d'instruction peut appeler en cause les personnes auxquelles elle juge que l'annulation de l'acte ferait grief. Ainsi, par exemple, si le recours est dirigé contre un décret de concession de mine, la mise en cause du concessionnaire sera ordonnée.

De même, toute personne ayant à l'annulation ou au maintien de l'acte un intérêt direct peut intervenir spontanément. Tel sera le cas, par exemple, lorsqu'un candidat évincé à un concours d'agrégation des facultés ou des lycées aura attaqué l'arrêté ministériel approuvant les résultats du concours. Les agrégés institués par le ministre pourront intervenir pour défendre leur titre (Cons. d'Ét. 16 nov. 1894, D. P. 95. 3. 73 ; 26 juill. 1895, D. P. 96. 3. 77).

Le Conseil d'État reconnaît plus facilement qualité pour intervenir que pour former le pourvoi. Ainsi il ne reconnaît plus aujourd'hui aux associations de fonctionnaires qualité pour attaquer les décisions illégales lésant non les intérêts généraux de la profession, mais les intérêts particuliers de tel ou tel fonctionnaire ; mais il leur permet d'intervenir dans le débat lorsque l'intéressé s'est pourvu (Cons. d'Ét. 13 juill. 1923, D. P. 1923. 3. 57, la note et les arrêts cités).

Toutefois, le fonctionnaire ou l'autorité dont l'acte est attaqué ne pourrait pas intervenir ; il suffit que le ministre soit consulté ; c'est à lui de défendre l'acte, s'il y a lieu (Cons. d'Ét. 11 janv. 1878, *Barbaroux*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 1878). Cette exclusion ne s'étend pas, d'ailleurs, à la personne administrative au nom de laquelle l'acte a été fait (département, commune), qui peut avoir, dans certains cas, intérêt au maintien de la décision prise par son représentant (préfet, maire. —

V. sur cette question Laferrière, t. 2, p. 563 ; Hauriou, *Précis*, 10e édit., p. 460, note 2).

La facilité du Conseil d'État à admettre l'intervention en cette matière l'avait décidé autrefois à autoriser d'une manière très large les intéressés à attaquer par la voie de la tierce-opposition les décisions rendues sur pourvoi pour excès de pouvoir (Cons. d'Ét. 28 avr. 1882, *Ville de Cannes*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 387). C'était là faire échec au principe de l'effet absolu, *erga omnes*, de l'annulation prononcée ; aussi le Conseil d'État n'admet-il plus, en matière d'excès de pouvoir, cette voie de recours que de la part de ceux qui peuvent se prévaloir d'un véritable droit violé par l'annulation (Cons. d'Ét. 29 nov. 1912, *Boussuge*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 1128-1135 et les conclusions de M. Léon Blum ; 20 févr. 1914, *Gaucher*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 239).

351. La décision ; sa nature et les pouvoirs du juge. — Le contentieux de l'annulation ne peut, comme son nom l'indique, aboutir qu'à l'annulation de l'acte attaqué, et non à sa réformation ou à son amendement.

Cette annulation peut n'être que partielle : il arrive fréquemment, dans les actes complexes, tels que les règlements généraux ou locaux, que certaines dispositions soient nulles, les autres valables. L'arrêt du Conseil d'État invalidera les premières et laissera subsister les secondes. Il y aura là quelque chose qui ressemblera un peu à une réformation ; cependant, aucun élément nouveau ne sera introduit dans l'acte attaqué : le Conseil d'État ne pourra pas remplacer par une disposition nouvelle la partie annulée (Cf. Cons. d'Ét. 13 déc. 1912, *Mairie de Maury*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 1198).

Par application de ces idées, il a été jugé que, lorsque le Gouvernement, dans un cas où il devait statuer sous forme de règlement d'administration publique, a introduit après coup, dans le décret pris par le chef de l'État, des dispositions sur lesquelles la haute Assemblée n'a pas été appelée à délibérer, ces seules dispositions sont nulles ; elles ne vicient pas le reste du décret, si bien que les actes faits en vertu de ce décret (nominations

de fonctionnaires, par exemple) ne sont entachés eux-mêmes d'excès de pouvoir que s'ils s'appuient sur la partie illégale du décret (Cons. d'Ét. 22 janv. 1926, *Lacoste*.-MM. Reinach, rapp.-Mazerat, concl.).

Cependant, si les dispositions légales et les dispositions illégales d'un même arrêté formaient un ensemble indivisible, le Conseil d'État devrait annuler le tout (Cons. d'Ét. 4 déc. 1903, D. P. 1905. 3. 39 ; 31 janv. 1907, D. P. 1908. 3. 79, et les décisions citées en note sous ces arrêts ; Dalloz, *Rép. prat.*, v° *Conseil d'Etat*, n° 1031).

Le Conseil d'État n'a pas, dans son arrêt, à prescrire à l'Administration les mesures que celle-ci doit prendre comme conséquence de l'annulation. C'est ainsi qu'il ne pourrait pas ordonner la réintégration de fonctionnaires révoqués par une décision illégale (Cons. d'Ét. 16 janv. 1874, *Frères de la doctrine chrétienne*, D. P. 74. 3. 100 ; 9 juin 1899, *Toutain*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 421 ; 9 janv. 1914, *Fisher*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 6). Il ne pourrait pas non plus prescrire la destruction ou la discontinuation de travaux exécutés en vertu d'un acte annulé (Cons. d'Ét. 20 avr. 1883, *de Bastard*, D. P. 84. 3. 106 ; 6 avr. 1906, D. P. 1907. 3. 105), ordonner, en annulant une décision disciplinaire prise contre un officier sans que le dossier de celui-ci lui ait été communiqué, que cette communication sera faite au demandeur (Cons. d'Ét. 22 nov. 1907, D. P. 1909. 3. 36), ou prescrire le rétablissement d'un crédit supprimé dans un budget (Cons. d'Ét. 21 nov. 1902, *Commune de Daon*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 678).

Dans un ordre d'idées analogue, le Conseil d'État, en annulant un refus de permission ou d'autorisation, ne peut pas se substituer à l'Administration active pour l'accorder (Cons. d'Ét. 4 déc. 1903, *Blaise* ; 30 nov. 1906, D. P. 1907. 3. 1, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 745; 9 mai 1913, *Veillon*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 533. — V. toutefois Cons. d'Ét. 28 déc. 1906, 6e espèce, D. P. 1908. 3. 17). C'est là une différence essentielle entre le contentieux de l'annulation et celui de pleine juridiction. Dans ce dernier cas il arrive que la juridiction administrative

ait le pouvoir d'accorder des autorisations refusées par l'Administration active. Il en est ainsi, par exemple, en matière d'établissements dangereux, incommodes ou insalubres (Cons. d'Ét. 21 mai 1913, *Société des docks rémois*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 550).

Enfin, le Conseil d'État, après avoir annulé l'acte attaqué, ne se reconnaît pas le droit de réparer les conséquences pécuniaires de l'illégalité commise, de condamner l'Administration à des indemnités ou à des restitutions (Cons. d'Ét. 28 juill. 1876, D. P. 77. 3. 3; 27 janv. 1899, D. P. 1900. 3. 33 ; 12 févr. 1904, *Corréard*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 109 ; 6 avr. 1906, D. P. 1907. 3. 105). Mais la haute Assemblée ne donne à cette règle qu'une valeur de pure procédure : elle ne veut pas qu'une demande ressortissant à un autre branche du contentieux bénéficie de la dispense du ministère d'avocat, accordée au recours pour excès de pouvoir. Si donc en fait le demandeur a constitué avocat, il pourra valablement joindre à sa requête en annulation une demande en restitution ou en dommages-intérêts, et le Conseil d'État statuera sur le tout (Cons. d'Ét. 25 avr. 1913, *Mouche*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 457; 3 avr. 1914, *Valenchon*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 475).

352. Effets de la décision. — L'arrêt du Conseil d'État annulant un acte administratif n'a pas nécessairement pour effet de réintégrer de plein droit l'intéressé dans les fonctions, prérogatives, avantages de toute nature, dont il a été illégalement privé par l'acte annulé. Ainsi un fonctionnaire révoqué sans avoir eu communication de son dossier ne reprend pas *ipso facto* son grade, ses fonctions, son salaire, par le seul effet de l'arrêt du Conseil d'État qui annule pour vice de forme l'acte de révocation : il faut que l'Administration active prononce sa réintégration.

Cet acte nouveau ne serait peut-être pas nécessaire si le vice de la décision attaquée allait jusqu'à la rendre inexistante, ce qui arrive en cas d'usurpation de pouvoir, surtout s'il est flagrant, et quand la décision illégale se confond avec une voie de fait. Dans ces cas, le

Conseil d'État constate la nullité, et déclare que l'acte attaqué est nul « *et de nul effet* » (Cons. d'Ét. 28 juill. 1911, *Gillot, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 887). Dès lors, il semble que la situation de droit n'ait jamais pu être modifiée par cette apparence d'acte sans valeur juridique et que, dans ce cas, une décision nouvelle de l'Administration active ne soit pas nécessaire pour rétablir une situation à laquelle l'acte inexistant n'a pu porter aucune atteinte (Hauriou, *Précis*, 10e édit., p. 461, note 1 ; Alcindor, *Essai d'une théorie des nullités en droit administratif*).

Les règles de l'autorité de la chose jugée, et notamment son effet relatif, consacré par l'article 1351 du Code civil, s'appliquent à la décision rendue sur recours pour excès de pouvoir, sous les distinctions suivantes :

Si le recours pour excès de pouvoir est rejeté, l'effet de la décision sera tout relatif ; l'acte attaqué pourra être l'objet d'un autre pourvoi de la part de toute personne qui n'était ni présente, ni représentée lors de la première procédure, pourvu qu'elle soit encore dans les délais. Il est à peine besoin de faire remarquer, d'ailleurs, que le succès d'un tel recours serait très problématique : l'examen des pourvois est très sérieux, et il est rare qu'il laisse échapper un moyen d'annulation, s'il en existe.

Si au contraire le recours est admis et l'annulation prononcée, l'acte annulé disparaît à l'égard de tous. Ainsi, par exemple, s'il s'agit d'un règlement de police, les poursuites pour contraventions à ce règlement, non encore jugées, tombent de plein droit (Crim. 25 mars 1882, *Darsy*, D. P. 82. 1. 486).

353. Voies de recours. — Le Conseil d'État n'admet la tierce-opposition que de la part des parties qui, n'ayant été ni présentes ni représentées, verraient leurs droits violés par la décision rendue (Cf. Hauriou, *Précis*, 10e édit., p. 463, texte et note 1).

Le recours en revision est possible (Décr. 22 juill. 1806, art. 32 ; L. 24 mai 1872, art. 23, § 2 ; Dalloz, *Rép. prat.*, vo *Conseil d'État*, nos 1060, 2266 et suiv.).

354. Exécution de l'arrêt du Conseil d'État. — C'est à l'Administration active qu'il appartient de prendre les mesures qui sont la conséquence de l'annulation prononcée. Dans ce but, il arrive souvent que le Conseil d'État, pour mieux marquer qu'il y a des mesures de réparation à prendre (réintégration de fonctionnaires, autorisations à accorder, etc.), renvoie le requérant devant l'autorité compétente pour obtenir la décision à laquelle il est reconnu avoir droit (Cons. d'Ét. 15 janv. 1909, *Forges*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 45 ; 26 juin 1908, D. P. 1910. 3. 21, S. 1909. 3. 129, et la note Hauriou).

Toute exécution de l'acte annulé est désormais interdite à l'Administration ; mais elle peut refaire l'acte annulé, s'il a été invalidé pour cause d'incompétence ou de vice de forme, à la condition que cette réfection ait lieu par les soins de l'autorité compétente, et avec les formes requises. Toutefois, avant de refaire l'acte, l'Administration doit tout d'abord exécuter la décision du Conseil d'État. C'est ainsi que, si un fonctionnaire a été illégalement mis en disponibilité, l'Administration, après annulation de cette décision, ne peut prendre contre ledit fonctionnaire une nouvelle décision de mise en disponibilité qu'après l'avoir, au préalable, réintégré dans ses fonctions et lui avoir payé le montant du traitement dont il avait été illégalement privé. Toute mise en disponibilité nouvelle, prononcée avant l'exécution de ces réparations, serait elle-même entachée d'excès de pouvoir (Cons. d'Ét. 27 juill. 1917, *Van der Vrecken*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 607).

Il arrivera souvent que la décision annulée aura été déjà exécutée au moment de son annulation : le poste du fonctionnaire révoqué aura été pourvu d'un nouveau titulaire, la maison frappée d'un arrêté de démolition sous le prétexte inexact qu'elle menaçait ruine aura été détruite, etc.

Lorsque les conséquences de cette exécution seront irréparables directement (comme dans le deuxième cas cité), l'Administration devra une indemnité qui, à défaut d'entente entre les parties, sera fixée par la juridiction administrative.

Lorsqu'au contraire les conséquences de l'exécution de l'acte annulé seront directement réparables, l'Administration active devra prendre ces mesures de réparation : les fonctionnaires illégalement privés de leur grade et de leur solde devront être réintégrés et payés. Cette obligation entraînera parfois des complications fort délicates. A la suite de décisions prononçant l'annulation de nominations, promotions, mises à la retraite, révocations de fonctionnaires, la situation n'est plus entière : l'Administration, pendant toute la durée de l'instruction du pourvoi, a pu accorder des avancements successifs aux fonctionnaires irrégulièrement nommés ; elle a pourvu au remplacement des fonctionnaires irrégulièrement privés de leur emploi ; — elle doit donc pouvoir reviser la situation de ces fonctionnaires pour la période qui a suivi les actes annulés. Ainsi elle est tenue de restituer aux fonctionnaires intéressés leur avancement à l'ancienneté ; et en ce qui concerne l'avancement au choix, elle doit tenir compte des circonstances et des titres de chacun pour reconstituer la carrière normale des fonctionnaires touchés par l'arrêt de Conseil d'État. Suivant les expressions d'un arrêt très important, « il appartient à l'Administration de procéder à un examen d'ensemble de la situation du personnel touché directement ou indirectement par l'arrêt du Conseil d'État et de prononcer dans les formes régulières et sous le contrôle dudit Conseil, statuant au contentieux, tous reclassements utiles pour reconstituer la carrière du fonctionnaire dans les conditions où elle peut être réputée avoir dû normalement se poursuivre si aucune irrégularité n'avait été commise » (Cons. d'Ét. 26 déc. 1925, *Rodière*, D. H. 1926. 70 ; *Gaz. Pal.* 1926. 1. 612).

Dans le cas où l'Administration se refuserait à prendre, en faveur des individus lésés, les mesures qui sont la conséquence de l'annulation prononcée, le fonctionnaire coupable de ce refus illégal pourrait être poursuivi par la victime de cet abus, devant les tribunaux judiciaires, comme coupable d'une faute personnelle (Cf. concl. Chardenet sous Cons. d'Ét. 28 juill. 1911,

Sains-les-Fressins, Rec. Cons. d'Ét., p. 913 ; note Hauriou sous Cons. d'Ét. 22 juill. 1910, *Fabrègues*, S. 1911. 3. 121 ; Hauriou, *Précis*, 10e édit., p. 462-463, note 3) En tout cas, l'Administration devrait une indemnté. fixée, en cas de contestation, par la juridiction administrative.

SECTION II

LE RECOURS EN CASSATION

355. Notions générales. — On a vu plus haut (nº 286) les différences qui séparent le recours pour excès de pouvoir du recours en cassation. Notons seulement ici que le premier ne s'exerce que contre les actes non juridictionnels, tandis que le second n'est dirigé, au contraire, que contre les décisions en dernier ressort des juridictions administratives.

De nombreux textes reconnaissent les pouvoirs du Conseil d'État comme juge de cassation des décisions de diverses juridictions administratives spéciales, temporaires ou permanentes. Ce sont, notamment : 1º pour les arrêts de la Cour des comptes, la loi du 16 septembre 1807, article 17, § 2; 2º pour les décisions des conseils de revision en matière de recrutement militaire, la loi du 1er avril 1923, article 27 ; 3º pour les arrêts des cours régionales des pensions, la loi du 31 mars 1919, article 43 ; 4º pour les décisions des tribunaux de dommages de guerre, la loi du 17 avril 1919, article 36.

Mais en outre, en l'absence de tout texte spécial, le Conseil d'État admet le recours en cassation contre les décisions de toutes les juridictions administratives en dernier ressort, en vertu des pouvoirs très larges que lui donnent les lois des 7-14 octobre 1790 et du 24 mai 1872, article 9, pour réprimer les excès de pouvoir. Tel est le cas, par exemple, pour les décisions rendues par le Conseil supérieur de l'instruction publique (Cons. d'Ét. 20 juin 1884, D. P. 85. 5. 227) ; pour celles des commissions arbitrales instituées par la loi du 30 juillet

1880 pour le rachat des concessions de chemins de fer ou de ponts à péage (Cons. d'Ét. 23 mai 1890, D. P. 92. 3. 3) ; pour celles des commissions de classement instituées pour dresser la liste des candidats aux emplois réservés aux anciens sous-officiers (Cons. d'Ét. 20 mai 1904, D. P. 1906. 3. 30).

En ce qui concerne les moyens d'annulation, on sait que le Conseil d'État, qui a toujours admis l'incompétence et la violation des formes, s'est montré beaucoup plus timide en ce qui concerne le détournement de pouvoir, et enfin a longtemps refusé, dans les cas où aucun texte ne vise expressément ce moyen, d'admettre les recours en cassation fondés sur la violation de la loi (V. *suprà*, n° 286). Il paraît l'admettre aujourd'hui, ce qui est logique (Dalloz, *Rép. prat.*, v° *Conseil d'État*, n° 668).

Les recours en cassation sont dispensés du ministère d'avocat, car ils constituent, en réalité, des recours pour excès de pouvoir contre des décisions juridictionnelles.

356. Décisions susceptibles de recours en cassation. — Seules les décisions des juridictions administratives rendues en dernier ressort peuvent être frappées d'un recours en cassation. Si elles sont en premier ressort, c'est par la voie de l'appel qu'elles doivent être attaquées. Cette voie de recours doit être alors employée, même pour faire valoir les moyens d'incompétence, de vice de forme, de violation de la loi, qui peuvent être invoqués à l'encontre de la décision rendue.

Il suit de là que les décisions des conseils de préfecture ne sont jamais susceptibles de recours en cassation, car elles ne sont jamais qu'en premier ressort (V. sur les cas exceptionnels où une décision du président du conseil de préfecture pourraît être frappée d'un recours en cassation, Laferrière, t. 2, p. 579).

Il en serait autrement s'il s'agissait d'un pourvoi en cassation formé *dans l'intérêt de la loi*. Dans ce cas, le pourvoi, qui ne peut aboutir qu'à une censure doctrinale

de la décision critiquée, est recevable même contre celles qui seraient susceptibles d'appel.

Ce pourvoi dans l'intérêt de la loi est admis par la jurisprudence, en dehors de tout texte spécial de loi, en vertu des pouvoirs de contrôle qui sont reconnus aux ministres sur l'ensemble des organes de l'Administration. Chaque ministre peut intenter le recours pour les affaires de son département. Mais, bien entendu, la décision rendue par le Conseil d'État sur le pourvoi du ministre ne peut influer sur la situation juridique des parties, qui restent liées par la décision cassée dans l'intérêt de la loi. Il y a là une situation analogue à celle que règlent en matière judiciaire les articles 88 de la loi du 27 ventôse an 8, et 442 du Code d'instruction criminelle (Laferrière, t. 1, p. 321-322 ; Dalloz, *Rép. prat.*, v° *Cassation*, n°s 457 et suiv., 790 et suiv. ; Garsonnet et Cézar-Bru, *Précis de procédure civile*, 9e édit., n° 928).

356 *bis*. Effets du recours en cassation. — A la différence de ce qui se produit dans le recours pour excès de pouvoir, l'arrêt du Conseil d'État sur le recours en cassation ne produit jamais d'effet qu'entre les parties. La décision cassée est anéantie en ce qui les concerne.

Le Conseil d'État se borne à casser, s'il y a lieu, la décision qui lui est déférée ; il ne connaît pas du fond du litige, dont il renvoie l'examen à la juridiction même dont la sentence a été cassée (Cons. d'Ét. 8 juill. 1904, D. P. 1905. 3. 33). Lorsqu'il s'agit d'arrêts de la Cour des comptes, le renvoi est fait à une autre chambre de la même juridiction (Ord. 1er sept. 1819). La juridiction de renvoi est obligée de se conformer, en droit, à la doctrine du Conseil d'État. Si elle persistait dans la thèse condamnée, sa nouvelle décision devrait être cassée à la fois pour excès de pouvoir et pour violation de la chose jugée (Cons. d'Ét. 8 juill. 1904, S. 1905. 3. 81, les conclusions de M. Romieu et la note Hauriou).

CHAPITRE III

LE CONTENTIEUX DE L'INTERPRÉTATION

357. Notions générales. — (V. Hauriou, *Précis*, 10e édit., p. 877, Berthélemy, *Traité élém.*, 10e édit., p. 1002 ; Laferrière, t. 2, p. 601 et suiv.) On sait que le contentieux de l'interprétation comprend les demandes et contestations qui ont pour objet l'interprétation préjudicielle de décisions ou de contrats administratifs, ou encore l'appréciation préjudicielle de leur validité.

Dans la plupart des cas l'appréciation du sens ou de la validité des actes produits en justice à l'appui de la prétention de l'une des parties relève du juge même qui doit statuer sur le fond du litige. C'est ainsi que le tribunal correctionnel, saisi d'une poursuite pour abus de confiance, aura à se prononcer lui-même sur la nature du contrat violé par le prévenu, afin de déterminer si ce contrat entre ou non dans la liste dressée par l'article 408 du Code pénal.

Mais il en est autrement lorsque l'acte invoqué échappe, en vertu d'une règle d'ordre public, à la connaissance du juge saisi du litige principal. Il en est ainsi, en matière judiciaire, lorsque la solution du litige dépend de l'interprétation ou de la validité d'un acte administratif dont les tribunaux judiciaires ne peuvent pas connaître. Supposons, par exemple, qu'un entrepreneur de travaux publics soit poursuivi devant le tribunal correctionnel pour avoir coupé des arbres sur

la propriété d'autrui. Il exhibe, pour sa défense, un arrêté d'occupation temporaire pris par le préfet en vertu de la loi du 29 décembre 1892, et soutient que cet arrêté lui donne le droit de couper les arbres croissant sur le terrain dont l'occupation est autorisée. L'interprétation de l'arrêté d'occupation temporaire ne pourra être donnée par le tribunal judiciaire, qui devra surseoir à statuer jusqu'à ce que cette interprétation ait été donnée par l'autorité compétente.

Au contentieux de l'interprétation proprement dit doit être assimilé celui qui roule sur l'appréciation préjudicielle de la validité d'un acte contesté. Ce sont là, en effet, deux formes d'un même contentieux : dans les deux cas, il présente un caractère préjudiciel ; d'autre part, il s'agit toujours d'apprécier, en vue d'un litige pendant, les effets légaux dont un acte administratif est susceptible.

On peut regretter que le contentieux de l'interprétation ait pris l'extension que l'examen de la jurisprudence permet de constater. La nécessité de surseoir à l'examen du litige principal jusqu'à la fin d'une longue procédure administrative préjudicielle, compliquée encore par l'exercice des voies de recours, risque d'éterniser les procès (V. sur cette question Hauriou, *Précis*, 10e édit., p. 878, note 1).

Nous examinerons d'abord le contentieux de l'interprétation proprement dit. Nous étudierons ensuite le recours préjudiciel en appréciation de validité.

SECTION I

RECOURS EN INTERPRÉTATION PROPREMENT DIT

358. Conditions nécessaires à l'exercice du recours. — Pour qu'il y ait lieu de mettre en mouvement le contentieux de l'interprétation, trois conditions doivent se trouver réunies :

1° Il faut que l'acte à interpréter échappe, par sa

nature, aux pouvoirs généraux d'investigation du tribunal devant lequel il est produit. C'est ainsi qu'il y aura question préjudicielle et mise en mouvement du contentieux de l'interprétation si l'acte dont le sens contesté est une décision administrative dont les tribunaux judiciaires ne peuvent pas connaître (arrêté d'occupation temporaire, décret de concession de mine, nomination de fonctionnaire, autorisation ou permission sur le domaine public, etc.) ou un contrat dont le contentieux ne leur appartient pas (vente de biens nationaux, marché ou concession de travaux publics, marché de fourniture de l'État, etc.). Il en serait autrement si l'acte à interpréter, quoique administratif, était au nombre de ceux dont les tribunaux judiciaires peuvent exceptionnellement fixer le sens ou la portée (tels sont les actes réglementaires, et plus spécialement ceux que l'autorité judiciaire est appelée à sanctionner pénalement : V. Req. 10 janv. 1921, D. P. 1921. 1. 49 et la note J. Appleton sous cet arrêt) ; ou si le contrat administratif invoqué relève du contentieux judiciaire (baux consentis à l'État, marchés de fournitures des départements et des communes, etc.). Dans ce cas, il n'y a plus de question préjudicielle, mais une simple question préalable à trancher par les juges du fond.

2° Il faut que l'acte soit *obscur* ou *ambigu*. Si son sens est clair et précis, il appartient au tribunal judiciaire de l'appliquer. En un mot, il faut qu'il y ait lieu à *interprétation*, et non à une simple *application* : « L'autorité judiciaire est compétente pour appliquer tous les actes administratifs que les parties invoquent dans des litiges de son ressort, lorsque le sens ou la validité de ces actes ne donnent lieu à aucune difficulté sérieuse ; mais il ne lui appartient pas d'interpréter elle-même ces actes, c'est-à-dire de fixer le sens de dispositions obscures ou de se prononcer sur le point de savoir si ces dispositions sont légales et obligatoires » (Laferrière, t. 2, p. 604).

Bien entendu si, se trompant sur l'étendue de ses pouvoirs, l'autorité judiciaire renvoyait à l'Administration, en vue d'une interprétation, un acte clair et

sans ambiguïté, la juridiction administrative n'aurait pas qualité pour reviser cette appréciation, et devrait donner l'interprétation demandée, même si elle eût été inutile (Laferrière, t. 2, p. 605).

1° Il faut que la question se pose à propos d'un litige né et actuel. Les parties, en dehors de tout litige, n'ont pas le droit de demander à la juridiction administrative l'interprétation d'une décision ou d'un contrat (Cons. d'Ét. 17 mars 1876, *Roche, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 273 ; 16 juin 1882, *Grimault*, D. P. 83. 5. 128, n° 34). Le litige principal pourra être un procès pendant devant un tribunal judiciaire (Cons. d'Ét. 31 mai 1895, *Cie générale des eaux, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 467 ; 26 déc. 1903, *Ville de Paris, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 844) ; ou une instance engagée devant un conseil de préfecture, alors que l'interprétation doit être demandée au Conseil d'État (Cons. d'Ét. 8 juin 1894, *Mont-de-Marsan, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 382 ; 22 mars 1895, *Cie française, Rec. Cons. d'Et.*, p. 272 ; 18 juill. 1896, *Le Stir, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 585). Il n'est même pas indispensable que le litige soit effectivement pendant devant un tribunal proprement dit ; il suffit qu'il soit nettement soulevé devant l'Administration. Il en serait ainsi, par exemple, si, au cours d'une opération de bornage d'une concession de mine, une difficulté venait à surgir entre l'Administration et le concessionnaire sur les limites que le décret assigne à la concession (Cons. d'Ét. 21 mai 1875, *de Lambertye, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 504) ; ou si un désaccord net et marqué se manifestait entre une commune et un concessionnaire de l'éclairage, sur les conditions dans lesquelles, d'après le contrat de concession, l'électricité doit être substituée au gaz (Cons. d'Ét. 11 mai 1894, *Cie genevoise du gaz, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 338 ; 4 juin 1897, *Gaz de Foix*, 2e espèce, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 456 ; 14 avr. 1905, *Soc. toulousaine d'électricité, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 371 ; 9 mars 1906, *Ville de Carpentras, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 208 ; 26 déc. 1913, *Brosson, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 1298).

Sur les conditions dans lesquelles les tribunaux judiciaires reconnaissent qu'il y a lieu à interprétation,

précisent l'interprétation à donner, fixent un délai pour l'introduction de la demande d'interprétation, etc., V. Dalloz, *Rép. prat.*, v° *Compétence administr.*, n°s 877 et suiv.

Par exception à ce qui vient d'être dit, le Conseil d'État a toujours admis que les ministres pouvaient, en dehors de tout litige proprement dit, lui demander les interprétations dont ils croient avoir besoin en vue des décisions qu'ils sont appelés à prendre (Laferrière, t. 2, p. 609). C'est là, à notre avis, une survivance de la théorie, aujourd'hui abandonnée, du ministre-juge. On comprenait, dans cette théorie, que le ministre, juge administratif, fût parfois obligé, avant de prendre une décision, de demander l'interprétation d'un acte entrant comme élément dans la solution du litige, à l'autorité juridictionnelle de laquelle relève le contentieux de cet acte. Depuis qu'il n'est plus admis que le ministre est un juge administratif, cette procédure s'explique moins, à un point de vue strictement juridique. Il est douteux toutefois que le Conseil d'État la condamne jamais : il ne voudra pas décourager une pratique par laquelle les ministres se placent bénévolement sous son contrôle, alors que, par ailleurs, leur tendance est plutôt de s'en affranchir.

359. Compétence en matière d'interprétation. — Il n'y a pas de difficulté s'il s'agit d'interpréter une décision d'un tribunal administratif : l'interprétation est donnée par le tribunal même qui a rendu la décision.

Pour les autres actes, parlons d'abord des cas où il n'y a pas de controverse.

Le conseil de préfecture est compétent pour interpréter les actes et les contrats dont le contentieux lui est réservé par la loi. La décision interprétative est sujette à appel devant le Conseil d'État. Ces affaires ne peuvent pas être soumises, *omisso medio*, au Conseil d'État directement, car les parties ne peuvent, de leur propre volonté, supprimer un degré de juridiction. Ainsi le Conseil d'État ne pourrait connaître directement d'une demande d'interprétation des clauses d'un

contrat de concession de travaux publics, dont le contentieux relève du conseil de préfecture (Cons. d'Ét. 11 févr. 1898, *Cie du gaz de Lyon*, D. P. 99. 3. 53-54).

Une règle analogue existe pour les conseils du contentieux des colonies.

Le Conseil d'État est compétent en premier et dernier ressort pour interpréter tous les actes du chef de l'État. Cette règle a pris naissance au moment où le Conseil d'État n'avait pas de pouvoir propre de juridiction et se bornait à préparer des décrets au contentieux. Il était naturel que le chef de l'État interprétât ses propres décisions, en vertu de la règle *ejus est interpretari cujus est condere* ; et comme la matière était contentieuse, il convenait que le décret fût rendu en Conseil d'État. La loi du 24 mai 1872 n'a pas enlevé cette attribution au Conseil d'État lorsqu'elle lui a permis de rendre de véritables arrêts ; le Conseil d'État a donc continué, par tradition, à interpréter les décrets du chef de l'État, à l'exclusion du président de la République lui-même.

Les ministres et les autres organes de l'Administration active ou délibérante connaissent de l'interprétation des décisions qu'ils ont eux-même rendues. Leur décision peut être frappée d'un recours hiérarchique et, lorsque les degrés de la hiérarchie sont épuisés, elle peut être attaquée devant le Conseil d'État.

Lorsque la compétence de l'autorité qui a fait l'acte a été transférée, en vertu d'une loi nouvelle, à une autre autorité, c'est à l'autorité actuellement compétente qu'il faut s'adresser. Cette solution est évidente, car il se peut que l'autorité primitivement investie du droit de décision ait cessé d'exister. Ainsi c'est à la commission départementale qu'il appartient aujourd'hui d'interpréter les arrêtés de classement des chemins vicinaux ordinaires pris par les préfets avant 1871, la compétence de la commission départementale pour classer ces chemins ayant été substituée à celle des préfets par l'article 86 de la loi du 10 août 1871 (Cons. d'Ét. 20 déc. 1878, D. P. 79. 5. 79).

Voilà les points hors de discussion. La controverse

a été vive, au contraire, sur la question de savoir si, en dehors des cas où il s'agit d'un acte ou d'un contrat dont le contentieux relève d'une juridiction administrative inférieure, le recours en interprétation pouvait être porté au Conseil d'État *omisso medio*, c'est-à-dire sans avoir, au préalable, demandé l'interprétation à l'auteur de l'acte et à ses supérieurs hiérarchiques. L'intérêt pratique de la question est considérable, car d'une part il n'est pas démontré que l'interprétation donnée par l'auteur de l'acte soit toujours impartiale et éclairée ; d'autre part, l'exercice de ce recours hiérarchique avant le recours au Conseil d'État entraîne de longs retards.

Le Conseil d'État a d'abord admis que, lorsque le demandeur en interprétation avait satisfait à la règle *ejus est interpretari...* en provoquant une décision interprétative de l'auteur même de l'acte, il pouvait déférer directement cette décision au Conseil d'État (Cons. d'Ét. 4 avr. 1884, D. P. 85. 3. 91).

La haute juridiction administrative est allée plus loin. Elle juge aujourd'hui que la règle *ejus est interpretari cujus est condere* doit être entendue dans un sens large ; elle signifie simplement, en l'espèce, que les actes administratifs ne peuvent être interprétés que par l'autorité administrative, de sorte que le Conseil d'État peut être saisi directement d'une demande d'interprétation contentieuse, sans que ni l'auteur de l'acte, ni ses supérieurs hiérarchiques aient été appelés à se prononcer au préalable (Cons. d'Ét. 15 févr. 1895, *Camplong*, D. P. 96. 3. 22).

Bien entendu, le Conseil d'État exerce cette juridiction à l'exclusion des conseils de préfecture, toutes les fois qu'il ne s'agit pas d'interpréter un acte ou un contrat relevant de la juridiction contentieuse de ces conseils (Cons. d'Ét. 16 juill. 1915, *de Noblet-La Clayette, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 243).

Lorsqu'il s'agit d'interpréter un contrat, et non une décision administrative, la controverse sur la compétence a été moins vive : l'administrateur qui a conclu la convention n'a aucune qualité pour l'interpréter

par voie d'autorité, puisqu'il n'est que partie contractante, et que le contrat n'existe que par le concours des deux volontés. L'interprétation devra donc être demandée nécessairement à la juridiction administrative dont relève le contentieux de ce contrat (Berthélemy, *Traité élém.*, 10e édit., p. 1004).

360. Effets des décisions interprétatives. — La décision interprétative n'est qu'un des éléments de solution d'un litige ; elle ne peut donc avoir une portée plus étendue que la décision qui sera rendue sur le fond même du procès ; dès lors, elle ne produira l'effet de la chose jugée qu'entre les parties en cause. Pour que cet effet se produise, il faudra que la triple identité de *parties*, *d'objet* et de *cause* de la demande, exigée par l'article 1351 du Code civil, existe à l'égard de la nouvelle difficulté (Laferrière, t. 2, p. 621).

SECTION II

RECOURS PRÉJUDICIEL EN APPRÉCIATION DE VALIDITÉ

361. Différences entre ce recours et le recours pour excès de pouvoir. — Lorsqu'au cours d'un débat relevant de l'autorité judiciaire, la valeur légale d'un acte dont l'application est nécessaire à la solution du litige se trouve contestée, il y a question préjudicielle, et le tribunal saisi du fond du litige doit surseoir à statuer jusqu'à ce que l'autorité administrative se soit prononcée sur la validité de l'acte. De là un contentieux étroitement apparenté, par son caractère préjudiciel, au contentieux de l'interprétation.

Il s'apparente aussi, il est vrai, au contentieux de l'annulation, et spécialement au recours pour excès de pouvoir, puisque, dans l'un comme dans l'autre cas, la valeur légale de l'acte envisagé est mise en question. Toutefois, les deux recours sont séparés par des différences profondes : 1° Tandis que le recours pour excès de pouvoir

n'est recevable que contre des décisions exécutoires, le recours préjudiciel en appréciation de validité peut être également exercé au sujet des contrats administratifs. 2° Le recours pour excès de pouvoir tend à l'annulation de l'acte ; lorsqu'il réussit, l'acte est anéanti à l'égard de tous. Au contraire, bien que l'exercice du recours préjudiciel puisse aboutir à une déclaration d'illégalité, cette déclaration n'a pas pour effet d'anéantir juridiquement l'acte critiqué. La décision n'aura force de chose jugée qu'entre les parties, et à l'égard du litige qui a fait naître la question préjudicielle. 3° L'exercice du recours pour excès de pouvoir est enfermé dans des délais fort courts (deux mois depuis la notification ou la publication de l'acte attaqué). Au contraire, le recours préjudiciel en appréciation de validité peut être exercé à toute époque, à propos d'un litige pour la solution duquel l'acte critiqué serait invoqué ; de sorte que l'acte peut être déclaré illégal par la voie du recours préjudiciel, alors qu'il ne pourrait plus être annulé par la voie du recours pour excès de pouvoir (Cons. d'Ét. 8 déc. 1899, D. P. 1901. 3. 29-30). 4° Enfin, tandis que le recours pour excès de pouvoir bénéficie d'une large exonération de frais et de la dispense du ministère d'avocat, le recours préjudiciel en appréciation de validité n'en bénéficie pas.

362. Compétence et effets du recours. — Nous avons vu qu'en matière d'interprétation proprement dite, la règle normale de compétence est donnée par l'adage *ejus est interpretari cujus est condere*. Le Conseil d'État n'a admis qu'avec peine, et par étapes successives, qu'il pût être dérogé à ce principe. Mais, comme le fait fort justement observer Laferrière, « s'il est naturel de demander à l'auteur d'un acte obscur quel sens il a entendu lui donner, on ne peut guère demander à l'auteur d'un acte argué d'illégalité s'il a ou non violé la loi ». Sa réponse pourrait ne pas être sincère ; elle ne serait probablement pas éclairée. Aussi le Conseil d'État a-t-il vite admis, non seulement que le recours ne devait pas nécessairement être porté au préalable

devant l'auteur de l'acte, mais que son supérieur hiérarchique n'avait pas à en être obligatoirement saisi. Le recours direct au Conseil d'État est ici la règle (Cons. d'Ét. 28 avr. 1882, D. P. 83. 3. 89 ; 6 mars 1891, D. P. 92. 3. 93).

Bien entendu, si le contentieux de l'acte dont la validité est contestée relevait d'une autre juridiction (conseil de préfecture ou conseil du contentieux des colonies), c'est cette juridiction qu'il conviendrait de saisir.

Les effets du recours préjudiciel en appréciation de validité sont les mêmes que ceux du recours en interprétation proprement dit. Ils se limitent aux parties en cause, à l'objet et à la cause de la demande. On applique ici l'article 1351 du Code civil.

CHAPITRE IV

LE CONTENTIEUX DE LA RÉPRESSION

363. Observations générales. — Ce n'est qu'exceptionnellement que les juridictions administratives sont chargées de réprimer un délit. Cette attribution est, en principe, réservée par la loi aux tribunaux judiciaires.

Cependant, le législateur, en remettant à l'Administration la garde du domaine public et le soin de le protéger contre toute usurpation, dégradation ou dommage, a pensé que, pour bien remplir cette tâche, les organes juridictionnels administratifs devaient être investis du pouvoir, non seulement d'ordonner les restitutions et réparations nécessaires, mais encore de prononcer, sous forme d'amendes, des sanctions qui fussent à la fois une peine pour les contrevenants et une indemnité pour le domaine. En un mot, la compétence des conseils de préfecture en matière de contraventions de grande voirie n'est que l'accessoire et la conséquence de leur compétence en matière de protection du domaine public.

Les conseils de préfecture sont investis d'une compétence répressive en matière de contraventions de grande voirie et de contraventions à la police du roulage. La première de ces deux attributions résulte avant tout de l'article 4, alinéa 5, de la loi du 28 pluviôse an 8, qui donne compétence aux conseils de préfecture pour

prononcer « sur les difficultés qui pourront s'élever en matière de grande voirie ». Cette compétence est confirmée et précisée, en matière répressive, par les lois du 29 floréal an 10 et du 9 ventôse an 13 ; elle a été étendue par de nouveaux textes à de nombreuses dépendances du domaine public (V. la liste de ces textes dans Laferrière, t. 2, p. 631). Les contraventions sont définies par les lois précitées et par un grand nombre d'anciens règlements datant, pour la plupart, des XVII^e^ et XVIII^e^ siècles, maintenus « provisoirement » en vigueur par la loi des 19-22 juillet 1791 (V. aussi L. 15 juill. 1845 sur la police des chemins de fer, art. 1^er^). On trouvera dans Laferrière, t. 2, p. 632, la liste de ces anciens règlements. Les peines sont très variables ; les anciens règlements appliquaient souvent des amendes fixes, et même des amendes arbitraires. La loi du 23 mars 1842 a mis au point cette matière.

En ce qui concerne les contraventions à la police du roulage, la compétence des conseils de préfecture repose à la fois sur quelques-uns des textes précités et sur la loi du 30 mai 1851 « sur la police du roulage et des messageries publiques ». Cette loi, complétée par un grand nombre de règlements prévus par elle, et notamment par les décrets du 31 décembre 1922 et du 12 septembre 1925 (dits *Code de la route*), fait, dans son article 17, un départ entre les infractions à la police du roulage qui relèvent des tribunaux judiciaires, et celles qui doivent être soumises aux conseils de préfecture. Cette distinction est, d'ailleurs, assez arbitraire.

En dehors de cette compétence répressive, certains auteurs (notamment Hauriou) veulent voir un contentieux de même nature dans la juridiction disciplinaire exercée sur les fonctionnaires ou assimilés par divers organes administratifs (conseils académiques, conseils des universités, Conseil supérieur de l'Instruction publique, conseils de discipline existant dans diverses administrations publiques). Il est vrai que ces conseils, lorsqu'ils statuent disciplinairement, exercent une véritable juridiction ; ils sont tous subordonnés au

Conseil d'État par la cassation. Mais nous ne croyons pas qu'on puisse les considérer comme des tribunaux répressifs proprement dits. Ils n'ont pas à juger de véritables délits ; ils n'appliquent pas de peines privatives de liberté, ni de peines d'amende, ni de confiscations. Leurs décisions ressemblent à celles que peut prendre un ministre, un préfet, un maire, qui suspend ou révoque un de ses subordonnés, ou qui applique à un entrepreneur, à un fournisseur, les pénalités prévues au contrat. Plusieurs de ces conseils sont, d'ailleurs, purement consultatifs; et dans ce cas, on ne peut même pas leur reconnaître le caractère de tribunaux administratifs.

364. Énumération des diverses catégories d'infractions en matière de grande voirie. — Laferrière définit la contravention de voirie « un fait matériel pouvant compromettre la conservation du domaine public ou nuire à l'usage auquel il est légalement destiné » (t. 2, p. 632) ; et il divise ces infractions en quatre groupes :

1° L'anticipation ou empiétement sur le domaine public naturel ou artificiel, comme par exemple lorsqu'un particulier englobe dans ses clôtures une parcelle dépendant d'un chemin public, des rivages de la mer ou des rives d'un fleuve navigable ou flottable ; ou encore lorsqu'une compagnie de distribution d'eaux à laquelle l'autorisation de placer une conduite sous la voie ferrée a été retirée, persiste à ne pas la déplacer (Cons. d'Ét. 20 juill. 1921, *Cie générale des eaux*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 727). La contravention existe même souvent du fait seul que l'acte incriminé était de nature à faire craindre un empiétement, sans même le réaliser effectivement : tel est le cas où un propriétaire bâtit sans avoir demandé l'alignement individuel.

En ce qui concerne les anticipations sur le domaine public artificiel, le juge doit, pour en apprécier l'existence, s'en rapporter aux actes de délimitation et d'alignement émanés de l'autorité administrative. Pour le domaine public naturel, au contraire, comme l'Admi-

nistration ne le crée pas, elle ne peut que constater ses limites exactes, et non les étendre. Le juge de la contravention a donc pleins pouvoirs pour constater les limites réelles de ce domaine, et ne doit condamner que si elles ont été dépassées (Laferrière, t. 2, p. 634).

2° La dégradation du domaine public et des ouvrages qui en dépendent. Tel serait le cas du patron d'un chaland qui, par suite d'un amarrage irrégulier, aurait entraîné la rupture d'un ouvrage dans le bassin d'un port (Cons. d'Ét. 28 nov. 1924, *Guillermy*, D. H. 1925. 29). Il n'est même pas nécessaire que le fait incriminé cause un dommage actuel et effectif au domaine public ; il suffit qu'il soit de nature à en causer un. Ainsi il y aurait contravention dans le fait d'abandonner au fil de l'eau des herbes ou d'autres débris de nature à s'engager dans les écluses d'un canal et de les empêcher de fonctionner.

3° L'inobservation des servitudes d'utilité publique créées en vue, soit d'assurer à l'ensemble des citoyens le libre usage de ce domaine, soit d'entourer les ouvrages qui en dépendent d'une zone de protection nécessaire à leur bon fonctionnement. Tel serait le fait, par exemple, de construire sans autorisation dans la zone des fortifications, en violation des servitudes militaires (Cons. d'Ét. 21 janv. 1925, *Soc. des automobiles Bellanger*, D. H. 1925. 184).

4° L'inobservation ou la violation des lois et règlements de police ayant pour but d'assurer la libre circulation et de prévenir les accidents sur les dépendances du domaine public : telles sont les contraventions à la police du roulage, prévues par les articles 4 et 9 de la loi du 30 mai 1851, dont l'article 17 confie la répression aux conseils de préfecture.

365. Règles générales de compétence. — En principe, le contentieux de la grande voirie appartient aux conseils de préfecture ; celui de la petite voirie aux tribunaux judiciaires. Cette règle résulte de la confrontation de l'article 4, alinéa 5, de la loi du 28 pluviôse an 8, d'une part, avec les articles 471, n^{os} 5 et 15,

et 479, n° 11 du Code pénal. Chacune des deux autorités a donc, en principe, dans la sphère de ses attributions, le pouvoir de punir la contravention et d'ordonner la restitution du sol usurpé, ainsi que la réparation des dégradations, par voie de conséquence. Dans les cas exceptionnels où l'entreprise contre les dépendances de la grande voirie ne serait pas sanctionnée par une peine, de même qu'en cas de prescription de l'action publique ou d'amnistie, le conseil de préfecture n'en serait pas moins compétent pour ordonner la restitution du sol usurpé et la réparation du dommage (V. notamment, pour le cas d'amnistie, Cons. d'Ét. 20 juill. 1921, *Cie générale des eaux*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 727).

Cette dualité de compétence n'est évidemment pas conforme aux principes ; elle s'explique par ce motif pratique qu'on a voulu, pour les dépendances de la petite voirie, extrêmement nombreuses et donnant lieu à de multiples contraventions de peu d'importance, choisir un juge plus rapproché du justiciable que ne l'eût été le conseil de préfecture.

Par exception à la règle qui précède, la restitution du sol usurpé sur les chemins vicinaux ne peut être ordonnée que par les conseils de préfecture, bien que ces chemins fassent partie de la petite voirie. Les tribunaux de police se bornent, dans ce cas, à la répression pénale. Nous avons étudié cette question *suprà*, n° 151.

On peut se demander si la question de propriété n'est pas, en cette matière, préjudicielle au jugement de la contravention, et si, lorsqu'elle se pose, le conseil de préfecture ne doit pas surseoir à statuer jusqu'à ce qu'elle soit tranchée par l'autorité judiciaire. Mais en réalité, sauf une seule réserve que nous préciserons plus loin, la question de propriété ne donnera lieu, en cette matière, à aucun renvoi préjudiciel, à aucun sursis. En effet, ou bien cette question sera sans influence sur le jugement de la contravention, ou bien elle se posera de telle façon, qu'elle entrera au nombre des moyens de défense qui pourront être appréciés par la juridiction administrative.

Deux cas sont à distinguer :

1° Il s'agit d'une entreprise commise sur le domaine public naturel ; le contrevenant soutient que le terrain occupé par lui n'est pas une dépendance du lit du fleuve ou du rivage de la mer, mais est sa propriété. Cela revient à dire que, selon lui, les limites du domaine public ont été mal appréciées par l'Administration. Pour juger ce moyen, il faudra les vérifier ; or cette vérification et cette appréciation appartiennent à l'autorité administrative ; le conseil de préfecture sera compétent pour s'y livrer (Cons. d'Ét. 19 janv. 1883, D. P. 84. 3. 72).

2° Il s'agit d'une dégradation ou d'un empiétement commis sur un ouvrage public dépendant du domaine artificiel. Le contrevenant soutient que le terrain sur lequel l'ouvrage a été construit est demeuré sa propriété, l'Administration ne l'ayant ni acheté, ni exproprié. Cette circonstance, si elle est établie, ne fera pas disparaître la contravention. En droit, lorsqu'un ouvrage public est construit sur une parcelle de terrain appartenant à un particulier, elle s'incorpore à l'ouvrage par voie d'accession et devient propriété publique. Le propriétaire primitif ne peut plus revendiquer son terrain : il a subi une expropriation indirecte, à raison de laquelle il jouit d'un simple droit à indemnité (Req. 14 avr. 1899, D. P. 99. 1. 442). Toute entreprise de l'ex-propriétaire sur la partie de son ancienne propriété incorporée au domaine public constituerait donc une contravention de voirie, sans qu'aucune question préjudicielle ait à se poser (Cons. d'Ét. 13 avr. 1883, D. P. 84. 3. 72).

Il n'en serait autrement que si le terrain ainsi occupé par l'Administration n'avait pas encore été incorporé à l'ouvrage public. Dans ce cas il n'y aurait ni accession, ni expropriation indirecte. Le propriétaire ne commettrait aucune contravention en occupant un terrain qui lui appartient encore. Dans ce cas, exceptionnellement, la question préjudicielle de propriété pourrait se poser (Cons. d'Ét. 13 avr. 1883, précité).

366. Règles relatives à la répression : I. Des amendes. — Les contraventions de grande voirie sont réprimées par des amendes. Aucun texte général n'a fixé le taux de ces amendes. Les textes particuliers qui édictent ces peines sont soit antérieurs, soit postérieurs à la loi des 19-22 juillet 1791, qui, en cette matière, consacre la survivance des anciens règlements. Les amendes postérieures à cette loi doivent être appliquées telles quelles ; elles comportent, en général, un maximum et un minimum, entre lesquels le juge peut évoluer ; leur taux n'est pas excessif. Pour les amendes antérieures à cette loi, elles étaient souvent fixes et d'un taux excessif ; leur taux était parfois laissé à l'arbitraire du juge, ce qui est contraire aux principes de la législation pénale moderne. La loi du 23 mars 1842 a fait cesser ces difficultés en décidant que les amendes fixes prononcées par ces vieux textes pourront être modérées eu égard au degré d'importance ou aux circonstances atténuantes des délits, jusqu'au vingtième desdites amendes, sans toutefois que ce minimum puisse descendre au-dessous de 16 francs, et que les amendes arbitraires pourront varier entre un minimum de 16 francs et un maximum de 300 francs.

Ces amendes se rapprochent plus des amendes civiles ou fiscales que des amendes pénales. Pour en bien comprendre le caractère, il faut rappeler que le contentieux de la grande voirie n'a pas pour but essentiel d'organiser une répression pénale. Avant tout, la loi s'y propose d'assurer la cessation et la réparation des dommages causés au domaine public. Cette remarque explique les particularités suivantes, qui différencient les amendes en matière de grande voirie des amendes pénales proprement dites : 1° Ces amendes échappent à la règle générale d'après laquelle l'autorité qui exerce l'action publique ne peut pas transiger sur elle. Un décret du 6 septembre 1870 a autorisé ces transactions, qui sont accordées par le ministre des Travaux publics (Berthélemy, *Traité élém.*, 10e édit., p. 464-465, note 4). 2° Le principe du non-cumul des peines ne s'applique pas à ces amendes, qui sont perçues autant de fois qu'il y

a de contraventions distinctes, même s'il s'agit d'un seul délinquant. 3° L'amende peut atteindre même les héritiers du contrevenant : le principe de la personnalité des peines ne s'applique pas ici. 4° L'amende qui sanctionne les contraventions de grande voirie peut atteindre même les personnes morales, telles que les sociétés commerciales, les associations syndicales de propriétaires, les compagnies de chemins de fer (Cons. d'Ét. 21 janv. 1925, *Soc. des automobiles Bellanger*, D. H. 1925. 184. — Cf. Cons. d'Ét. 21 mars 1923, *Gaz. Pal.* 1923. 2. 184). Cependant, le Conseil d'État ne va pas jusqu'à y astreindre les personnes administratives telles que les communes (Cons. d'Ét. 30 juin 1899, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 488). 5° L'amende atteint, non seulement l'auteur matériel et direct de la contravention, mais celui pour le compte duquel l'auteur agissait au moment où l'infraction a été commise, par exemple le maître ou le mandant. La condamnation à l'amende est, dans ce cas, prononcée solidairement contre le maître et le préposé, contre le mandant et le mandataire (Cons. d'Ét. 28 nov. 1924, *Guillerny*, D. H. 1925. 29). 6° L'infraction est punissable même en l'absence de mauvaise foi chez son auteur, même si celui-ci a agi sans intention coupable : ainsi un empiétement sur la voie publique reste punissable, même si cet empiétement a été commis par un riverain par suite d'une erreur imputable à l'autorité qui a délivré l'alignement (Cons. d'Ét. 1er févr. 1884, *Monginoux*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 96). Seulement, dans ce cas, comme la suppression d'une construction élevée sur la foi d'un alignement individuel erroné cause un préjudice grave et injuste au propriétaire, on admet que celui-ci aura une action en indemnité, soit contre le fonctionnaire qui a délivré l'alignement, si la faute de celui-ci est assez lourde pour constituer un fait personnel, soit contre l'Administration, si l'erreur constitue une faute du service public (Cons. d'Ét. 24 juin 1881, D. P. 82. 3. 114-115). 7° La jurisprudence s'attache à ce point à l'idée que la contravention existe et que l'amende est encourue par le seul fait de l'accomplissement matériel

de l'acte contraventionnel, que la force majeure n'est même pas toujours, au profit du contrevenant, une excuse absolutoire. Ainsi lorsqu'un navire a coulé dans un canal ou dans un port, même par force majeure, le propriétaire n'en sera pas moins en contravention s'il ne relève pas l'épave (Cons. d'Ét. 28 mai 1880, D. P. 81. 3. 50) ; toutefois il n'en serait plus ainsi dans le cas où le naufrage du navire serait dû à une faute de l'Administration, car dans ce cas le propriétaire du navire n'est plus grevé de l'obligation de relever l'épave (Cons. d'Ét. 6 août 1881, D. P. 83. 3. 13).

367. II. Les réparations civiles et les frais. — Le contrevenant est condamné, non seulement à l'amende, mais à la restitution du sol usurpé, s'il y a eu empiétement. Cette action en restitution ne doit être confondue ni avec l'action civile née du délit, prévue par les articles 1er et suivants du Code d'instruction criminelle, ni avec une action pénale destinée à réprimer une désobéissance à la loi. C'est une action essentiellement domaniale, ayant pour but d'assurer l'intégrité du domaine public. Comme conséquence du premier point de vue, l'action en restitution ne se prescrit pas par le même laps de temps que l'action pénale : elle est imprescriptible comme le domaine public lui-même. Comme conséquence du second point de vue, il faut admettre que le juge de la contravention, en ordonnant les restitutions, et accessoirement les démolitions, doit s'abstenir de toute mesure de rigueur contre la propriété privée qui serait inutile pour assurer matériellement l'intégrité du domaine. C'est pour avoir oublié ce principe qu'en matière de petite voirie la Cour de cassation en est arrivée autrefois jusqu'à faire démolir des constructions qui n'empiétaient nullement sur les alignements approuvés, sous le prétexte que le constructeur avait négligé de demander son alignement individuel. Elle commet une erreur de même nature en décidant que les travaux faits sans autorisation à un mur frappé de la servitude de reculement doivent être détruits, alors même qu'ils ne présenteraient aucun

caractère confortatif, et par suite ne seraient pas de nature à prolonger la durée de l'édifice ; elle va même jusqu'à approuver cette destruction ordonnée, alors même que l'arrêté refusant l'autorisation de faire ces travaux a été annulé par le Conseil d'État parce que ces travaux ne seraient pas confortatifs (Crim. 2 août 1907, D. P. 1910. 1. 433, et la note) ; ce qui est un abus évident.

Le Conseil d'État n'est jamais tombé dans ces erreurs. Il n'ordonne de destructions que si cette mesure est nécessaire pour rétablir l'intégrité du domaine public (V. l'analyse de cette jurisprudence dans Laferrière, t. 2, p. 667 et suiv.).

S'il n'y a pas eu empiétement sur le domaine public, mais dégradation à un ouvrage public, il n'y aura plus à exercer une action en restitution, mais une action en *réparation pécuniaire* du dommage causé. Ce n'est plus ici, en effet, le contrevenant qui devra faire disparaître le dommage ; c'est l'Administration, maîtresse et gardienne du domaine public, qui devra effectuer les réparations necessaires. En vue de ces dépenses, elle demandera une indemnité pécuniaire.

Le Conseil d'État admet, à tort selon nous, que cette action présente un caractère domanial, comme l'action en restitution du sol usurpé, et, par suite, qu'elle est imprescriptible comme le domaine public lui-même. Nous préférons dire, comme le fait la Cour de cassation en matière de petite voirie, que l'action en réparation pécuniaire est prescriptible. En effet, il s'agit ici, non d'une action en restitution, portant sur un objet imprescriptible, mais d'une action purement personnelle, portant sur un droit de créance qui, lui, est susceptible de s'éteindre par prescription.

Le délai de cette prescription sera le même que celui de l'action publique (art. 2 et 640 C. instr. crim.).

Enfin le prévenu reconnu coupable devra être condamné aux frais du procès-verbal. Cette condamnation ne pourra être prononcée que s'il y a contravention, et comme accessoire de la condamnation. La partie acquittée est relaxée sans dépens (L. 22 juill. 1889, art. 63).

368. Prescription de l'action publique. — En matière de grande voirie, aucun texte général ne fixe le délai de la prescription. Le Conseil d'État, les assimilant à des contraventions de simple police, leur applique la prescription d'un an prévue par l'article 640 du Code d'instruction criminelle (Cons. d'Ét. 8 août 1894, *Argeliés*, D. P. 95. 3. 79). En matière de contravention à la police du roulage, le délai de la prescription de l'action publique est de six mois (L. 30 mai 1851, art. 26) et celui de la prescription de la peine, d'une année (art. 27). La Cour de cassation au contraire, dans les cas où exceptionnellement elle a été appelée à se prononcer sur ce point, a appliqué le délai de trois ans, qui est celui de la prescription des délits : le minimum général de l'amende, qui est de 16 francs en cette matière, est, en effet, supérieur au taux du maximum des amendes de simple police (Req. 18 mars 1895, *Solvay*, D. P. 95. 1. 156). Cette jurisprudence nous paraît plus juridique.

Le point de départ du délai de la prescription est le jour même où la contravention a été commise, et non le jour où elle a été constatée. On s'est demandé si, lorsque la contravention consiste dans un empiétement, elle ne constitue pas une infraction continue, se perpétuant tant que l'empiètement subsiste, de sorte que la prescription ne commencerait à courir qu'à partir de la cessation de l'empiétement. La jurisprudence décide, à bon droit, que la contravention est consommée par le fait même de l'empiétement ; c'est à partir de ce moment que court la prescription (Cons. d'Ét. 11 févr. 1881, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 202).

Comme en matière de contraventions ordinaires, la rédaction d'un procès-verbal, de simples actes de poursuite, sont insuffisants pour interrompre la prescription ; mais le délai serait suspendu si le juge de la contravention avait été obligé de surseoir jusqu'au jugement d'une question préjudicielle. Il s'agit ici, malgré certaines expressions inexactes qu'on rencontre dans les arrêts, d'une simple suspension et non d'une interruption : le seul acte d'interruption prévu par l'article 640

du Code d'instruction criminelle est un jugement de condamnation.

Le Conseil d'État décide que, pourvu que ce jugement de condamnation soit intervenu dans le délai d'un an, l'appel formé par le prévenu condamné ne peut pas avoir pour effet de faire courir en sa faveur une nouvelle prescription d'une année ; le Conseil d'État saisi de cet appel peut se prononcer à toute époque, sans que la prescription soit encourue (Cons. d'Ét. 28 nov. 1924, D. H. 1925. 29). Dans cette espèce, le Conseil d'État a même fait produire l'effet interruptif de prescription à un arrêté du conseil de préfecture annulé par lui pour vice de forme, ce qui est assez remarquable.

Lorsque l'appel est formé par le ministère public, au contraire, le Conseil d'État décide, par une jurisprudence assez pratique, mais tout à fait prétorienne, qu'une nouvelle prescription d'un an court en faveur du prévenu, à dater du jour où le recours de l'Administration au Conseil d'État lui a été dénoncé (V. Laferrière, t. 2, p. 679 et suiv.).

369. Procédure. — Les poursuites ont pour point de départ un procès-verbal rédigé : soit par des agents ayant une compétence générale (officiers de police judiciaire, art. 8 et suiv. C. instr. crim. ; agents énumérés par l'art. 2 de la loi du 29 flor. an 10 : maires ou adjoints, ingénieurs et conducteurs des ponts et chaussées, agents de la navigation, commissaires de police, gendarmes ; préposés des contributions directes et des octrois, Décr. 18 août 1810, art. 1er ; gardes champêtres, Décr. 16 déc. 1811 ; cantonniers chefs et autres agents secondaires des ponts et chaussées commissionnés et assermentés, L. 23 mars 1842, art. 2) ; soit par des agents spécialement qualifiés pour la surveillance de certains ouvrages déterminés (pour les ports et le domaine maritime, les officiers et maîtres de ports, les syndics des gens de mer, les gardes maritimes et gendarmes de la marine, Décr. 21 févr. 1852, art. 4 ; pour les chemins de fer, les ingénieurs des mines, les gardes-mines, les

agents de surveillance et gardes nommés ou agréés par l'Administration, et assermentés, L. 15 juill. 1845, art. 2 et 23 ; — pour les autres dépendances du domaine public, V. la liste dans Laferrière, t. 2, p. 657).

En général, ces procès-verbaux doivent être affirmés par leurs auteurs, dans le délai de trois jours, devant un magistrat, juge de paix ou maire (Décr. 18 août 1810, art. 2 ; L. 30 mai 1851, art. 18). Ils ne font foi que jusqu'à preuve contraire, sauf dispositions spéciales de la loi. Ils sont le préliminaire obligé de la poursuite, de sorte qu'aucune condamnation ne peut intervenir en l'absence de procès-verbal ou en présence d'un procès-verbal frappé de nullité. Mais les énonciations du procès-verbal peuvent être complétées par la preuve testimoniale.

La procédure suivie devant les conseils de préfecture en matière de contraventions de grande voirie diffère peu de la procédure ordinaire. Elle est réglée par l'article 10 de la loi du 22 juillet 1889. En matière de contraventions à la police du roulage, la procédure devant les conseils de préfecture est organisée par les articles 23 et suivants de la loi du 30 mai 1851 (V. aussi les dispositions exceptionnelles des décrets des 6 et 26 septembre 1926). Les dispositions de loi applicables doivent être non seulement visées, mais textuellement rapportées, à peine de nullité, dans l'arrêté du conseil de préfecture (Cons. d'Ét. 28 nov. 1924, *Guillermy*, D. H. 1925. 29).

La partie poursuivie et l'Administration peuvent se pourvoir au Conseil d'État dans le délai ordinaire de deux mois. Le recours du prévenu est dispensé du ministère d'avocat et de tous frais, même de papier timbré. Il peut être déposé, soit au secrétariat du contentieux au Conseil d'État, soit à la préfecture, soit à la sous-préfecture. Le délai du pourvoi court de la date de la notification au condamné.

Le ministre seul, et non ses subordonnés, peut se pourvoir au nom de l'Administration. A son égard, le délai court de la date même de l'arrêté rendu par le conseil de préfecture.

Les parties intéressées, auxquelles la contravention

causerait un dommage, peuvent intervenir devant le conseil de préfecture pour en demander réparation. Telles sont, par exemple, les compagnies de chemins de fer, en cas de dégradations commises sur les dépendances de la voie ferrée, les communes en cas de dommages causés aux quais des fleuves et rivières navigables ou flottables. Les intervenants peuvent, bien entendu, dans les formes et délais ordinaires, faire appel de la décision devant le Conseil d'État, si elle ne les satisfait pas.

VERIFICAT
1987

TABLE DES MATIÈRES

TABLE DES MATIÈRES

(Les chiffres renvoient aux pages du volume.)

Pages

AVANT-PROPOS v

LIVRE PREMIER. — PRINCIPES GÉNÉRAUX
(Nos 1 à 51)

INTRODUCTION (nos 1 à 6). 1

CHAPITRE Ier. — Le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires (nos 7 à 22). 16

CHAPITRE II. — Sanctions du principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires. — Les conflits (nos 23 à 46). 50

CHAPITRE III. — Séparation de l'Administration active et de la juridiction administrative (nos 47 à 51) 85

LIVRE II. — LA COMPÉTENCE ADMINISTRATIVE
(Nos 52 à 166)

CHAPITRE Ier. — Règles générales de compétence (nos 52 à 72). . 99

CHAPITRE II. — Compétence en matière d'état, de capacité et de droits individuels (nos 73 à 78). 140

CHAPITRE III. — Compétence en matière de propriété (nos 79 à 98). 152

Section I. — Principes généraux (nos 79 à 84). 152
Section II. — Compétence en matière d'expropriation (nos 85 à 89). 161
Section III. — Compétence en matière de mines (nos 90 à 93). 172
Section IV. — Compétence en matière de propriété industrielle (nos 94 à 95). 177
Section V. — Compétence en matière d'offices ministériels (nos 96 à 98). 180

Pages.

CHAPITRE IV. — Compétence en matière de contrats (nos 99 à 121). 185

Section I. — Contrats relatifs à des opérations de personne privée (nos 100 à 104). 186
Section II. — Contrats faits en vue des services publics (nos 105 à 115). 197
Section III. — Des actes de puissance publique à apparence contractuelle (nos 116 à 121). 216

CHAPITRE V. — Compétence sur les poursuites dirigées contre les fonctionnaires publics (nos 122 à 138). 227

Section I. — Poursuites dirigées par les particuliers contre les fonctionnaires publics autres que les ministres (nos 123 à 130). 228
Section II. — Poursuites dirigées contre les ministres (nos 131 à 133). 245
Section III. — Poursuites dirigées au nom de l'État, des départements et des communes contre leurs fonctionnaires (nos 134 à 138). 250

CHAPITRE VI. — Compétence sur les actions en responsabilité extracontractuelle intentées contre l'Administration (nos 139 à 144). 261

CHAPITRE VII. — De la partie du contentieux administratif réservée à l'autorité judiciaire (nos 145 à 151). . . . 271

CHAPITRE VIII. — Des actes qui échappent au contentieux administratif (nos 152 à 166). 280

Section I. — Des actes législatifs et parlementaires (nos 152 à 156). 280
Section II. — Des actes de gouvernement (nos 157 à 165). . 287
Section III. — Des actes judiciaires (no 166). 304

LIVRE III. — LES JURIDICTIONS ET LA PROCÉDURE (Nos 167 à 203)

INTRODUCTION. — Les divers juges administratifs (nos 167 à 168). 307

CHAPITRE Ier. — Le Conseil d'État (nos 169 à 187). 312

Section I. — Organisation du Conseil d'État au contentieux (nos 169 à 174). 312
Section II. — Attributions contentieuses du Conseil d'État (nos 175 à 179). 317
Section III. — Procédure devant le Conseil d'État (nos 180 à 187). 323

CHAPITRE II. — Les conseils de préfecture (nos 188 à 200). . . . 340

Section I. — Organisation des conseils de préfecture (nos 188 à 189). 340

Pages.

Section II. — Attribution des conseils de préfecture (nos 190 à 191). 349
Section III. — Procédure devant les conseils de préfecture (nos 192 à 200). 355

Chapitre III. — Les conseils du contentieux des colonies (nos 201 à 203). 366

LIVRE IV. — Les actions et les recours

(Nos 204 à 369)

Introduction. — Règles générales. Liaison du contentieux. Mémoire préalable (nos 204 à 208). 371

Chapitre Ier. — Le contentieux de pleine juridiction (nos 209 à 285). 380

Section I. — Le contentieux des contrats (nos 209 à 217). . . 380
Section II. — Les actions pour fautes et risques extracontractuels (nos 218 à 242). 401
Section III. — Les différends d'ordre pécuniaire entre l'Administration et ses fonctionnaires ou pensionnés (nos 243 à 251). 453
Section IV. — Du règlement des dettes de l'État (nos 252 à 261). 467
Section V. — Le contentieux des impôts (nos 262 à 273). . . 478
Section VI. — Le contentieux électoral (nos 274 à 285). . . 502

Chapitre II. — Le contentieux de l'annulation (nos 286 à 356). . 525

Section — I. Le recours pour excès de pouvoir (nos 287 à 354). 527

§ 1er. — Historique (nos 289 à 292) 530
§ 2. — Conditions de recevabilité du recours (nos 293 à 324). 535
§ 3. — Vices constitutifs de l'excès de pouvoir (nos 325 à 348). 591
§ 4. — Instruction et jugement des recours. Effets de la décision (nos 349 à 354). 632

Section II. — Les recours en cassation (nos 355 à 356). . . 644

Chapitre III. — Le contentieux de l'interprétation (nos 357 à 362). 543

Section I. — Recours en interprétation proprement dit (nos 358 à 360). 644
Section II. — Recours préjudiciel en appréciation de validité (nos 361 à 362) 650

Chapitre IV. — Le contentieux de la répression (nos 363 à 369). . 653

TABLE ALPHABÉTIQUE

Les chiffres renvoient aux numéros de l'ouvrage. — Les nombres en caractères gras indiquent la partie du livre où la matière est traitée principalement. — La lettre *s.*, après un chiffre, signifie : « et suivants ».

A

Acquiescement. V. *Excès de pouvoir.*

Actes administratifs, 52.
Actes administratifs proprement dits, 53.
Actes de tutelle administrative, 54.
Actes illégaux, 55, 128.
Les tribunaux ne peuvent en faire, 11.

Actes de commerce accomplis par l'Administration, **104** s.

Actes de gestion, 52, **58.**

Actes de gouvernement, 157 s.
Actes diplomatiques, 162.
Décrets de grâce, 161.
Définition, 156.
État de siège, 160.
Faits de guerre, 163.
Indemnités, 165.
Rapports du Gouvernement avec les Chambres, 159.
Rapports internationaux, 162.
Sûreté intérieure de l'État, 160.

Actes judiciaires, 166, 296.

Actes parlementaires, 156.

Actes de puissance publique, 52 s.
Actes à apparence contractuelle, **116** s.
Affectations domaniales, 119.
Concessions sur le domaine public, 117.
Concessions de terres coloniales, 118.
Nomination et révocation de fonctionnaires, 120.

Actes réglementaires, 56 s.
Appréciation de leur légalité, 56.
Interprétation, 56.

Administrateurs. Responsabilité (V. *Fonctionnaires et employés*).

Affectation, 84, **119.**
Domaine public, compétence, 84.

Alsace et Lorraine, 65.

Aptitude administrative, Affouage, 78.
Compétence sur ces questions, 78.

Arbitrage, 211.

Astreinte pénale, 213, 227.

Avocats au Conseil d'État. V. *Conseil d'Etat.*

B

Baux. V. *Contrats administratifs.*

Brevets d'invention. V. *Propriété.*

C

Cadastre. V. *Impôts directs.*

Cahiers des charges. Leur autorité légale, 210.

Capacité civile. V. *Droits individuels, État et capacité des personnes.*

Cassation (Recours en), 178, **355** s.
Différences avec le recours pour excès de pouvoir, 286.

Cession amiable, 85.

Changement de noms. V. *Nom patronymique.*

Chose jugée.
Doit être respectée par chacun des deux ordres de juridiction, 72.

Colonies.
Conseils du contentieux des colonies (V. ce mot).
Recours contre les décrets légiférant pour les colonies, 153.

Commune. V. *Départements, communes, établissements publics.*
Recours exercés par les contribuables, 309.
Responsabilité en cas de troubles collectifs, 143, **241.**

Compétence administrative, 52 s.
Actes échappant au contentieux administratif, 152 s.
Contrats, 99 s.
État, capacité civile, droits individuels, 73 s.
Partie du contentieux administratif réservé à l'autorité judiciaire, 145 s.
Poursuites contre les fonctionnaires, 122 s.
Propriété, 79 s.
Règles générales, 52 s.
Responsabilité de la puissance publique, 139 s.

Concessions de services publics, 106, 214.

Concessions de travaux publics, 212, 213.

Concessions sur le domaine public, 117.

Conflits, 24 s.
Arrêté de conflit, 34 s.
Conflit devant le Conseil d'État, 24, 46.
Conflit négatif, 42 s.
Conflit positif, 24 s.
Conseils de prud'hommes, 29.
Cours d'appel, 26, 35 *bis.*
Cours d'assises, 28.
Cour de cassation, 31.
Déclinatoire, 33.
Dépens, 40.
Enregistrement, 41.
Formes, 32.
Jury d'expropriation, 29.
Justices de paix, 29.
Matière criminelle, 28.
Préfet, 30.
Procédure, 39.
Référés, 26, 31.
Tribunal des conflits, 37.
Tribunaux civils, 26.
Tribunaux de commerce, 29.
Tribunaux correctionnels, 27.
Tribunaux de simple police, 29.

Conseils du contentieux des colonies, 201 s.
Attributions, 202.
Organisation, 201.
Procédure, 203.

Conseil d'État au contentieux, **169** s.
Arrêts, 186 s.
Assemblée publique du contentieux, 172.
Attributions, 175 s.
Avocats aux conseils, 181.
Caractères de cette juridiction, 175.
Comités d'instruction, 173.
Commissaires du Gouvernement, 174.
Compétence d'attribution, 176 s.
Compétence de droit commun, 179.
Instruction des recours, 183.
Organisation, 169 s.
Procédure, 180 s.
Procédure de jugement, 184.
Section du contentieux, 170.
Section spéciale, 171.
Voies de recours, 185.

Conseils de préfecture, 188 s.
Appel, 190.
Attributions, 190 s.
Avocats, 194.
Dépens, 199.

Exécution des décisions, 198.
Expertise, 196.
Incidents, 197.
Introduction des instances, 193.
Jugement des causes, 198.
Mesures d'instruction, 196.
Opposition, 200.
Organisation, 188 s.
Procédure, 192 s.
Représentation des parties, 194.
Référé administratif, 195.
Voies de recours, 200.

Contentieux administratif, 1 s.
Caractère prétorien de la jurisprudence administrative, 6.
Contentieux de pleine juridiction, 17, **209** s.
Contentieux de l'annulation, 18, **286** s.
Contentieux de l'interprétation, 19, **357** s.
Contentieux de la répression, 20, **363** s.
Définition, 1.
Les quatre groupes du contentieux, 16 s.
Traits généraux du système français, 3.
Valeur du système français, 4.

Contrats administratifs, 99 s. 106.
Actes de puissance publique à apparence contractuelle 116 s.
Actes de commerce, 104.
Assurances, 109, 121.
Baux de pêche, 101.
Baux de sources minérales, 102, 217.
Compétence, 61 s., **99** s.
Contrats de droit commun, 113.
Conventions financières avec les chemins de fer, 209.
Faits en vue des services publics, 105 s.
Forêts de l'État (Contrats relatifs aux), 101.
Marchés de fournitures, 111.
Octrois municipaux, 115.
Offres de concours, 110.
Opérations de personne privée, 100.
Ravitaillement civil, 108.
Tiers (Litiges avec les), 114.
Travaux publics (Marchés de), 209 s.
Ventes domaniales, 103.

Contraventions. V. *Répression des contraventions de grande voirie.*

Contributions directes. V. *Impôts directs.*

Contributions indirectes. V. *Impôts indirects.*

Créances de l'État. V. *Contrats administratifs, Fonctionnaires et employés, Ministres.*

D

Déchéance quinquennale, 258 s.
Causes d'interruption, 259.
Contentieux de la déchéance, 261.
Nature de la déchéance, 258.
Quels droits sont frappés de déchéance, 260.

Délimitation. V. *Domaine public.*

Demandes incidentes et reconventionnelles (Compétence sur les), **70.**
Demande en garantie, 70.

Départements, communes, établissements publics.
Les règles de la compétence administrative leur sont applicables, **60**, 112, 235.
Dettes, 252.
Emprunts, 257.
Responsabilité, 143, 235.

Département. V. *Départements, communes, établissements publics.*

Détournement de pouvoir. V. *Excès de pouvoir.*

Dettes de l'État, 252 s.
Déchéance quinquennale, **258** s.
Emprunts publics, 257.
Liquidation, 254.
Ordonnancement, 255.
Paiement, 256.
Règlement, compétence, 253.

Domaine public. Actions possessoires, 82.
Affectation, 84.
Délimitation abusive, 87.
Litiges sur la propriété, 84.

Dommages causés par les travaux publics, 219 s.
Accidents de personnes, **229** s.
Compétence, 219.
Contre qui peut-on agir? 226.
Défaut d'entretien, 222.
Distinction avec l'expropriation, 223.
Faits d'exploitation, 221, 229.
Nature de l'action, 227.
Occupations temporaires, 224.
Ouvriers, 229.
Prescription, 227.
Plus-value, 228.
Procédure, 227.
Qualités du dommage réparable, 225.
Travaux irréguliers, 220.

Droits individuels, 75, 76.
Liberté individuelle, 75.
Protection des droits individuels par la juridiction administrative, 5.

E

Élections, 274 s.
Compétence, 274.
Conseils de l'ordre des avocats, 150.
Conseils de prud'hommes, 150.
Contrôle numérique des votes par le juge, 279.
Délais de jugement, 283.
Eligibilité, 78, 276.
Enquêtes électorales, 283.
Formes et délais des réclamations, 282.
Jugement des réclamations, 283.
Liste électorale (Contentieux de la), 275.
Manœuvres électorales, 280.
Maires et adjoints (Élection des), 285.
Opérations électorales (Contentieux des), 278 s.
Qualité pour réclamer, 281.
Questions préjudicielles, 277.
Sectionnement irrégulier, 275, 278.
Tribunaux de commerce, 150.
Voies de recours, 284.

Énergie électrique (Distribution d'), 89.

Engagement militaire, 116.

Établissements dangereux, incommodes ou insalubres, 17.

Établissement public. V. *Départements, communes, établissements publics.*

État et capacité des personnes, Compétence, **73** s.
Domicile, 73, 78.
État civil, 73.
Nationalité, 74.
Naturalisation, 74.

Excès de pouvoir (Recours pour), **287** s.
Acquiescement, 319.
Acte devenu définitif, 318.
Actes discrétionnaires, 298 *bis.*
Actes de gouvernement, 298.
Actes judiciaires, 296.
Actes législatifs, 297.
Assistance judiciaire (Effets de la demande d'), 316.
Conditions de recevabilité, 293 s.
Décisions annulées ou rapportées, 300.
Décisions exécutoires ou non, 299.
Détournement de pouvoir, 343 s.
Différences avec le recours en cassation, 286.
Distinction avec les autres recours en annulation, 288.
Effet de la décision, 352.
Erreur de fait, 342.
Exécution de l'arrêt du Conseil d'État, 354.
Formes et délais du recours, 311 s.
Historique, 289.
Intérêt pour agir, 305.
Intervention, 350.
Moyens d'annulation, 325 s.
Nature de l'acte attaqué, 294.
Qualité pour agir, 305.

Recours des contribuables, 308, 309.
Recours hiérarchique antérieur, 317.
Recours parallèle, 320 s.
Règlements d'administration publique, 295.
Silence de l'Administration, 301 s.
Usurpation de pouvoir, 327.
Vices constitutifs de l'excès de pouvoir, 325 s.
Voies de recours, 353.
Violation des formes, 330 s.
Violation de la loi, 337 s.

Exécution administrative, 76, 128. — V. *Voies d'exécution.*

Exécution provisoire. Sursis, 182.

Expropriation pour cause d'utilité publique, **85** s.
Distinction avec les dommages, 223.
Expropriation directe, 85.
Expropriation indirecte, 86.
Expropriation par délimitation abusive du domaine public, 87.

F

Fait personnel du fonctionnaire, 126.
Faits de guerre. V. *Actes de gouvernement.*
Faute du service. V. *Responsabilité de la puissance publique.*
Fonctionnaires et employés, 120, **243** s.
Auxiliaires, 120.
Communication du dossier en cas de peines disciplinaires, 332.
Demandes en indemnité pour révocation injuste ou irrégulière, 246.
Litiges avec l'État, 243 s.
Nomination et révocation, 120.
Nature de leurs rapports avec l'État, 243.
Préposés et employés des manufactures privées de l'État, 104.
Responsabilité, **122** s.
Responsabilité des faits personnels, 126.
Services industriels de l'Administration, 121.
Soldes et traitements, contentieux, 245.

Forces hydrauliques, 89.

Fournitures (Marchés de). V. *Marchés de fournitures.*

I

Impôts directs, 262 s.
Cadastre, évaluation, recours, 267.
Compétence sur le contentieux, 262, 263.
Dégrèvement (Demandes en), 264.
Expertise, 270.
Inscription au rôle (Demande d'), 266.
Mutation de cote, 265.
Percepteurs (Réclamations des), 269.
Poursuites (Contestations relatives aux), 268.
Réclamations contre les évaluations foncières, 267.
Recours au Conseil d'État, 271.
Remise ou modération, 262.
Taxes assimilées, 272.
Transfert de patente, 265.
Vérifications administratives, 270.

Impôts indirects. Compétence judiciaire, 146.
Octrois, 148.
Taxe sur le chiffre d'affaires, 273.
Taxes municipales, 148.

Imprévision (Théorie de l'), **212.**

Interprétation préjudicielle des actes administratifs, **358** s.
Compétence, 359.
Conditions d'exercice du recours, 358.
Effets de la décision interprétative, 360.

Intervention devant le Conseil d'État, 350.

J

Juridiction administrative, 14 s.
Amovibilité des magistrats, 15.
Caractères généraux, 15.
Chose jugée, 15.
Domaine propre, 15.
Double degré de juridiction, 15.
Justice déléguée, 15.
Ministère public, 15 (V. *Tribunaux administratifs*).

Justice retenue, 48, 50.

L

Liaison du contentieux, **204**.
Cas où une décision préalable est nécessaire, 205.
Cas où elle est inutile, 206.
Mémoire préalable, **207**.

Lois, actes parlementaires, 156.
Les dommages spéciaux causés par la loi donnent-ils lieu à indemnité, 155.
Les lois échappent au contentieux administratif, 152, 297.
Décrets approuvés par le Parlement, 154.
Lois inconstitutionnelles, pas de recours, 153.
Matière coloniale, 153.
Pas de recours contre la loi, 151.

M

Marchés de fournitures, 111, **214** s.
Pouvoirs de la juridiction administrative, 216.
Procédure des litiges, 215.
Transports, 111.

Marchés de travaux publics. V. *Travaux publics*.

Mémoire préalable, 207.

Mines, 90 s.
Concessions temporaires, 93.
Déchéance de la concession, 92.
Evolution de la législation, 90.
Période antérieure à la concession, 91.
Période postérieure à la concession, 92.

Ministres. Ne sont pas des juges administratifs, **49**, 168.
Responsabilité, **131** s.
Responsabilité civile envers l'État, 133.

N

Nom patronymique. Changement de noms, 77.

O

Occupations temporaires en vue des travaux publics, 224.

Octrois, 148.

Offices ministériels, **96** s.

Offres de concours en vue des travaux publics, 110.

Opérations administratives. Compétence sur leur contentieux, **64**.

P

Pensions. Admission à la retraite, 248.
Contentieux des pensions, **247** s.
Liquidation et concession de la pension, 249.
Nature des rapports entre l'Administration et les pensionnés, 244.
Pensions départementales et communales, 250.
Pensions de guerre, 251.

Poursuites contre les fonctionnaires. V. *Fonctionnaires et employés, Responsabilité des fonctionnaires*.

Poursuites contre les ministres. V. *Ministres*.

Prises maritimes, 50.

Propriété. Brevets d'invention, 94 s.
Compétence en matière de propriété, **79** s.
Domaine public, 82, 84, 87.
Droits réels immobiliers, 81.
Expropriation directe, 85.
Expropriation indirecte, 86, 87.
Offices ministériels, 96.
Possession, 82.
Propriété industrielle, 94 s.
Réquisitions militaires, 88.

Q

Questions préjudicielles, 66 s.
Au profit de l'autorité judiciaire, 71.
Conditions pour qu'il y ait lieu à sursis, 67.
Contraventions de grande voirie, 365.
État et capacité (Questions d'), 69.
Matière criminelle, 69.

R

Recours de l'art. 40 du décret du 22 juill. 1806, 50, **288.**

Recours en cassation. V. *Cassation.*

Recours hiérarchique ou gracieux, 17, **21** s , 317.

Recours parallèle, 16. V. *Excès de pouvoir.*

Recours pour excès de pouvoir. V. *Excès de pouvoir.*

Référés, 12, 26, 31.
Référé administratif, 195.

Règlements. V. *Actes réglementaires.*

Représentation en justice des administrations publiques, 208.

Répression des contraventions de grande voirie, **363** s.
Amendes, 366.
Compétence, 364.
Frais des procès-verbaux, 367.
Nomenclature des infractions, 363.
Prescription, 368.
Procédure, 369.
Réparations civiles, 367.

Réquisitions militaires, 88.

Responsabilité des fonctionnaires publics, 122 s.
Actes illégaux, 128.
Comptables et assimilés, 134.
Cumul avec la responsabilité de l'Administration, 236.
Fait personnel, 126 s.
Faute de service, 126 s.
Garantie constitutionnelle abrogée, 125.
Garanties maintenues, 124.
Historique, 123.
Ministres, 131 s.
Ordonnateurs, 136, 138.
Responsabilité envers l'État, **134** s.
Responsabilité envers les communes, 137.

Responsabilité de la puissance publique, 139 s., **218** s., **232** s.
Actes de personne privée, 144, 218, 238.
Coexistence avec la responsabilité du fonctionnaire, 236.
Compétence, 139 s.
Compétence exceptionnelle des tribunaux judiciaires, 144.
Départements, communes, etc., 143.
Faute du service public, 218, 238.
Fondement de la responsabilité, 218.
Inapplicabilité de l'art. 1384 c. civ., 140, 233.
L'État n'est pas civilement responsable des délits des fonctionnaires, 142.
Responsabilité des communes en cas de troubles collectifs, 241.
Responsabilité sans faute, 218, 239.
Risque social, 218.
Transports automobiles, 240.

Travaux publics (Dommages causés par les), **219** s.

Révision (Recours en), 185.

S

Séparation des autorités administratives et judiciaires, 7 s.
Conséquences, 10.
Historique, 7.
Interdiction aux tribunaux d'entraver l'Administration, 13.
Justification, 9.
Portée du principe, 9.
Sanctions, 23 s.

Séparation de l'Administration active et de la juridiction, 47 s.
Historique, 48.
Justice retenue, 50.
Les ministres ne sont pas des juges administratifs, **49**, 168.
Limitation des pouvoirs de la juridiction administrative à l'égard de l'Administration active, 51, 213.

Séparation des pouvoirs, 7 s.

Service public, 59.
Importance de cette notion dans le contentieux, 2, **59**, 105.

Silence de l'Administration (Recours contre le), 204, 301.

Souscriptions publiques, 217.

T

Taxes assimilées aux contributions directes. V. *Impôts directs.*

Taxe sur le chiffre d'affaires, 273.

Théâtres nationaux. Constituent-ils un service public? 105.

Travaux publics. Cahiers des charges, 210.
Contentieux des dommages, **219** s.
Contentieux des marchés, **209** s.
Contrats mixtes ou complexes, 209.
Distinction entre l'expropriation et les dommages, 223.
Dommages, **219** s.
Dommages aux personnes, **229** s.
Entretien de l'ouvrage (Défaut d'), 222.
Faits d'exploitation, 221, 229.
Imprévision (Théorie de l'), 212.
Occupations temporaires, 224.
Plus-value, 228.
Sanctions des obligations, 213.
Travaux irrégulièrement engagés, compétence, 209, 220.

Tribunaux administratifs, 167 s.
Commission de classement pour la taxe sur le chiffre d'affaires, 167.
Commission supérieure des bénéfices de guerre, 167.
Conseil d'État, 169 s.
Conseil des prises, 167.
Conseils de préfecture, 188 s.
Conseils de revision, 167.
Conseil supérieur de l'Instruction publique, 167.
Conseils de revision, 167.
Cours régionales des pensions, 167.
Tribunaux de dommages de guerre, 167.
Tribunaux départementaux des pensions, 167.

Tribunaux de commerce.
Compétence à l'égard de l'Administration, 104.
Élections, 150.

Tunisie. Contentieux administratif, 149.

Tutelle administrative (Actes de). V. *Actes administratifs.*

U

Usurpation de pouvoirs, 55, **327.**

V

Validité des actes administratifs (Contentieux préjudiciel de la), **361** s.
Compétence, 362.
Différences avec le recours pour excès de pouvoir, 361.
Effets du recours, 362.

Ventes domaniales, 103, 217.

Vices de forme. V. *Excès de pouvoir.*

Voies d'exécution, 187.
Contre les administrations publiques, 187.
Contre des départements et communes, 187.
Contre l'État commerçant, 104.
Contre les particuliers, 187.

Voirie (Grande). V. *Répression des contraventions de grande voirie.*

Voirie (Petite). Compétence judiciaire, 151.

VERIFICAT 1987

BIBLIOTECA CENTRALĂ UNIVERSITARĂ BUCUREȘTI

VERIFICAT 2007

IMPRIMERIE DE LA JURISPRUDENCE GÉNÉRALE DALLOZ