

# 1/ Hauriou & Duguit. La controverse sur le critère du droit administratif : puissance publique ou service public ?

## Présentation

Commençons... par le commencement. Ou presque. L'époque où le droit administratif devient une discipline juridique autonome qu'il s'agit de conceptualiser. Nous sommes au crépuscule du XIX<sup>ème</sup> siècle. Le droit administratif existe, il est enseigné et fait même l'objet de lourds volumes. Mais ces derniers, à en croire Hauriou en 1892, restent marqués par une logique de « divulgation ». Il est alors grand temps de trouver « l'ossature vraiment permanente du droit » administratif, ossature dont le substrat est l'objet. Plus encore, une nécessité pratique commande de déterminer le critère du droit administratif : la répartition des compétences juridictionnelles. Enfin, la conceptualisation de l'objet du droit administratif à travers la recherche d'un critère ne doit pas être déconnectée de la recherche, à la même époque, d'une théorie de l'État, nationale, qui serait autre que celle développée par la pensée allemande. Deux visions vont alors s'opposer. La vision subjectiviste, classique dans la tradition juridique occidentale, va permettre de fonder une théorie de l'État personnifié, investi d'une volonté particulière qui traduit la puissance souveraine. On aura reconnu Michoud, mais aussi Hauriou. Dès lors, si c'est la puissance qui marque la particularité de l'État, alors c'est la puissance publique qui, une fois « mise[e] à nu l'assise du pouvoir exécutif » par la séparation des pouvoirs, caractérise l'action de l'administration et fonde le droit administratif qui la régit. Hauriou le dit clairement dans sa préface de la 11<sup>e</sup> édition de son *Précis de droit administratif et de droit public* : « Le droit traditionnel [...] place les pouvoirs de volonté, qui sont les moyens d'action, avant les buts ». Il répond alors à la réaction objectiviste qui s'est développée à travers les écrits de Duguit, Bonnard ou Jèze. Dénonçant le « fatras métaphysique » de la théorie de la personnalité morale de l'État, les objectivistes, Duguit en tête, entendent fonder le droit sur les faits sociaux, objectivement observables. Or, ces faits convergent vers la solidarité sociale dont le droit ne doit être que le réceptacle et l'État l'organe de sanction. L'État ne s'autolimité plus dans sa puissance, il est domestiqué par les forces sociales. Ce n'est donc plus à travers les moyens de puissance que se donne à voir l'action administrative, mais la recherche de sa finalité sociale, le service public, érigé en critère du droit administratif. Sans doute cette controverse est-elle infinie. On la retrouvera, sous d'autres plumes, parfois dépassée, parfois apaisée.

## Textes

- L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. 1, Hachette, rééd. 2018.
- M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Dalloz, rééd. 2010.

## Pour aller plus loin

- J. RIVERO, « Existe-t-il un critère du droit administratif ? », *Pages de doctrine*, n° 1, 1980, p. 187.
- R. CHAPUS, « Le service public et la puissance publique », *RDP*, 1968, p. 235.

## 2/ Chenot & Rivero. La controverse sur l'existentialisme et le conceptualisme en droit administratif

### Présentation

Notre deuxième controverse prend place à une période charnière du droit administratif, celle de sa « crise ». Ce thème de la crise du droit administratif est en effet particulièrement présent dans la littérature de l'immédiat après-guerre. Pour s'en convaincre, il n'y a qu'à mentionner les thèses de Roland Drago, en 1948, sur la crise de la notion d'établissement public, de Jean-Louis de Corail, en 1954, sur celle de la notion de service public, ou encore la célèbre chronique d'André de Laubadère au *Dalloz* 1952 intitulée « Réflexions sur la crise du droit administratif français ». Et pour cause, les murailles édifiées au « temps des cathédrales » se fissurent de plus en plus dangereusement au gré des arrêts du Conseil d'État ou du Tribunal des conflits. Tantôt apprend-t-on qu'il existe des services publics soumis pour majeure partie à un régime de droit privé, c'est le couple *Bac d'Eloka-Société générale d'armement*, tantôt fracasse-t-on l'élément organique du service public, c'est le couple *Établissements Vézia-Caisse primaire aide et protection*, tantôt enfin nous dit-on que l'acte unilatéral n'est pas l'apanage des personnes publiques, c'est le couple *Monpeurt-Bouguen*. C'est dans ce contexte que Bernard Chenot, pas encore Garde des Sceaux, moins encore vice-Président du Conseil d'État, conclut en 1950 sur un arrêt *Gicquel*. L'incise est nette à l'endroit des « faiseurs de système » et leurs catégories juridiques qui, selon lui, ne disent plus rien de la jurisprudence du Conseil d'État, particulièrement s'agissant du service public. Au fond, il rejette les catégories juridiques, essence du droit, pour une conception existentialiste de celui-ci, développée trois ans plus tard dans un article à la *RFSP*. Mais, entre-temps, la doctrine avait répondu par la voix de Jean Rivero, faisant au *Dalloz* 1951 son « apologie pour les faiseurs de systèmes ». Il y rappelle, dans un exposé de la méthode juridique implacable que « parce que la règle de droit est générale et ne peut pas ne pas l'être, il faut bien qu'elle soit abstraite ». Si la controverse a peut-être davantage ouvert la doctrine administrative à l'empirisme, il reste que l'existentialisme de Chenot ne trouvera guère d'écho. Le « flirt imprévu » entre le Palais-Royal et le quartier Saint-Germain-des-Prés n'aura alors duré qu'un été.

### Textes

- B. CHENOT, « L'Existentialisme et le droit », *RFSP*, n° 1, 1953, p. 57.
- J. RIVERO, « Apologie pour les “fiseurs de systèmes” », in *Pages de doctrine*, n° 1, 1980, p. 3.

### Pour aller plus loin

- B. CHENOT, concl. sur CE, 10 fév. 1950, *Sieur Gicquel*, *Lebon*, p. 100.
- M. WALINE, « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? », *Mél. Jean Dabin*, t. I, Sirey, 1963, p. 359
- Th. FORTSAKIS, *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, LGDJ, 1987, préf. J. RIVERO.

### **3/ Vedel & Eisenmann. La controverse sur les bases constitutionnelles du droit administratif.**

#### **Présentation**

La crise du droit administratif n'engendre pas seulement la controverse épistémologique que nous venons de présenter. En tant que crise du service public, elle est aussi une « crise de l'école du service public ». Subitement, la « théorie qui prétendait construire tout le droit administratif » n'y pouvait plus pourvoir. Tel est le constat dressé par Georges Vedel en 1954 dans un article paru aux *Études et documents du Conseil d'État* intitulé « Les bases constitutionnelles du droit administratif ». Dans une réactivation qui se veut fondamentalement assise sur le droit positif du critère de la puissance publique, Vedel affirme que « le droit administratif est le corps de règles spéciales applicables à l'activité du pouvoir exécutif en tant qu'il use de la puissance publique ». Or, le pouvoir exécutif se trouve expressément consacré par la Constitution et, lorsque ce ne sont pas les lois qui investissent une autorité administrative d'une compétence et d'un pouvoir, la jurisprudence les recherche dans la Constitution. Tel est, pour Vedel, l'apport des arrêts *Heyriès* et *Labonne*, le considérant phare du premier étant à ce titre éloquent en ce qu'il s'arrime à l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 conférant au Président de la République la charge de l'exécution des lois. L'avènement de la Constitution de 1958, et la rédaction de son article 37, donnera l'occasion au doyen Vedel de proposer une seconde formulation, plus enthousiaste encore, de sa théorie, exposée dans son précis de *Droit administratif*, particulièrement dans la 4<sup>e</sup> édition de 1968. La controverse naît d'un article de Charles Eisenmann de près de cent pages, publié à la *RDP* 1972. L'auteur y fustige les notions d'administration et le « régime administratif » qui la fonderait, que le doyen Vedel avait découvertes dans la Constitution : « Il ne peut en vérité être produit aucune donnée de la Constitution de 1958 susceptible de fonder cette définition de l'administration ». Plus encore, il conteste la « présomption de domaine administratif » que Vedel décèle dans l'article 37, estimant finalement que « l'idée même que le droit positif puisse apporter ou receler la définition, quelle qu'elle soit, de la notion-base [...] de la discipline "Droit administratif" constitue une erreur – et une illusion ». Il faudra attendre la 7<sup>e</sup> édition du précis de Vedel de 1980 – à laquelle se joint Pierre Delvolvé – pour qu'il lui réponde, dans une préface en la forme d'un « examen de conscience » où le président du Conseil constitutionnel amende sa théorie, non sans la réaffirmer.

#### **Textes**

- G. VEDEL, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *Pages de doctrine*, 1980, p. 129.
- Ch. EISENMANN, « La théorie des "bases constitutionnelles du droit administratif" », *RDP*, 1972, p. 1345.
- G. VEDEL, « Préface », *Droit administratif*, Thémis, 7<sup>e</sup> éd. 1980, in *Les grands discours de la culture juridique*, n° 80.

#### **Pour aller plus loin**

- P. DELVOLVÉ, « L'actualité de la théorie des bases constitutionnelles... », *RFDA*, 2014, p. 1211.

## 4/ GAJA & GAPJA. La controverse sur la portée politique de la jurisprudence administrative

### Présentation

La dernière controverse possède une double dimension. La première, ancienne, tient à la question du rôle politique du juge administratif, particulièrement du Conseil d'État. Longtemps évidente, comme l'écho du temps de la justice retenue (parlant du pouvoir, Hauriou disait encore, en 1926, que « la juridiction administrative [...] était encore une part de lui-même »), elle a, semble-t-il, progressivement été occultée, sans doute du fait du tournant techniciste de la doctrine administrativiste. Les années 1950 allaient lui donner une nouvelle vigueur, notamment à travers la chronique de Jean Rivero au *Daloz* 1951 : « Le juge administratif : un juge qui gouverne », ou l'article de Prosper Weil aux *Annales de la faculté de droit d'Aix* 1959 : « Le Conseil d'État statuant au contentieux : politique jurisprudentielle ou jurisprudence politique ? », avant que les réflexions ne se poursuivent, voire s'intensifient, deux décennies plus tard, particulièrement à travers la thèse de Danièle Lochak ou les travaux du mouvement Critique du droit. La seconde est davantage d'ordre méthodologique et interroge la nature du discours doctrinal sur la jurisprudence administrative. Doit-il être un discours de pure technique – ou technologie – juridique, « objectif » ?, peut-on lire dans la préface à la première édition du *GAJA* de 1956, et ne pouvant être replacé que dans un seul récit, celui de l'« Histoire de notre droit administratif, vu sous l'angle contentieux » ? Ou doit-il changer de perspective, faire un pas de côté, en un mot, éviter toute « stratégie d'euphémisation du politique », comme on peut le lire, cette fois, dans la présentation de la première édition du *GAPJA* de 2019 (et à ce jour encore la seule) sous la plume de Jacques Caillosse ? Sans doute les deux approches nourrissent-elles la réflexion des juristes. Aussi n'est-il pas pêché de gourmandise qu'après avoir lu le commentaire de tel arrêt au *GAJA*, on soit tenté de lire son pendant au *GAPJA*. Mais sans doute aussi doit-on se dire : « encore la jurisprudence ? », et s'interroger sur la place de celle-ci dans notre conception du droit administratif.

### Textes

- M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ, B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 23<sup>e</sup> éd. 2021.
- T. PERROUD, J. CAILLOSSE, J. CHEVALLIER, D. LOCHAK [dir.], *Les grands arrêts politiques de la jurisprudence administrative*, LGDJ, 2019.

### Pour aller plus loin

- J. RIVERO, « Le juge administratif : un juge qui gouverne », *Pages de doctrine*, n° 1, 1980, p. 303.
- P. WEIL, « Le Conseil d'État statuant au contentieux : politique jurisprudentielle ou jurisprudence politique ? », *Annales de la faculté de droit d'Aix*, 1959, p. 281.
- D. LOCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, LGDJ, réed. 2015, coll. Anthologie du droit.