

partie, considérable, des
ion délimitatrice de la
s normal — l'attention
coup plus largement —
te étatique, même ceux

caractère inadmissible
me exprimant le droit
depuis 1958, règle attri-
e universel sur les actes
s rares et très mineures,
ction ou aux actes des
tique ou gouvernant.
ent muet sur les bases
arce qu'il est tout à fait
ident.

« Droit administratif »
discipline le service que

n, les bases vedéliennes
f, ni dans le droit juris-
ent étrangères au droit

ition du Droit adminis-
e régime administratif,
ques, que ne peut que
ut à la pratique scienti-
e de façon décisive en
a comme base et cadre

ités et actes de cette
t d'un régime de droit
t administratif « auto-

Charles EISENMANN
ur à l'Université de Paris I.

APPENDICES

APPENDICE I

SUR LA STRUCTURE DES DEUX DÉFINITIONS VEDÉLIENNES DE L'ADMINISTRATION ET LA NATURE DE LEURS ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS

Pour examiner convenablement la question énoncée par cet intitulé (il s'agit bien en réalité d'une question, parce que les deux points qu'il indique ne peuvent en fait pas être dissociés) en ce qui concerne la notion 1958 ou actuelle, il est indispensable de commencer par l'examiner pour la notion cependant périmée 1875-1958, parce que, comme on l'a noté (cf. *supra*, n° 5, n. 3), Georges Vedel lui-même part en quelque sorte de cette ancienne notion pour exposer, ensuite seulement, la modification de certains de ses éléments qu'appellent selon lui — et c'est incontestable —, les articles 37 — et — 34 de la Constitution de 1958, conduisant ainsi à la notion actuelle.

A. — La notion 1875-1958.

I. — Voici donc comment se présente, d'une façon, à notre sentiment, certaine, parce qu'immédiatement apparente, la notion 1875-1958.

Elle est formée de trois éléments ressortissant à deux, sinon même à trois ordres différents :

(1) Le premier de ces éléments est d'ordre organique, c'est-à-dire se rapporte aux agents de l'action : l'administration est caractérisée comme une activité d'un groupe déterminé d'agents ou organes étatiques, qui est d'ailleurs désigné de façon très concrète : le « pouvoir exécutif », c'est-à-dire le « Gouvernement-Administration » ; toute activité administrative est le fait d'organes de cet appareil. Seuls sont, seuls peuvent être actes administratifs des actes (on dit bien : *des* actes, et non pas : *les* actes) ayant pour auteur un ou plusieurs d'entre eux.

(2) Le second et le troisième élément ont en commun ce caractère de se rapporter à l'action elle-même (ils sont, diront volontiers nombre de publicistes, de caractère objectif, et non plus subjectif). Mais au-delà de ce trait commun, eux aussi ressortissent en fin de compte à deux ordres assez différents :

(a) Le second élément est proprement d'ordre fonctionnel et finaliste ; il assigne à l'action administrative un certain but et un certain objet ou

contenu, définis d'ailleurs de façon purement juridique, c'est-à-dire purement normative : l'administration est tout entière à cette époque action tendant à cette fin d'assurer l'exécution des lois, — de lois ordinaires. Ceci définit, en même temps que la finalité et l'objet juridiques de l'action — son objectif et son objet —, du même coup sa base juridique, — notamment, pour les actes juridiques, le rapport des actes et normes administratifs aux actes et normes législatifs, rapport de conditionnement, de limitation et d'infériorité hiérarchique des premiers aux seconds (1).

(b) Le troisième élément a trait, lui, au régime juridique de cette action qui est caractérisée dans le second en elle-même, — entendez : par un trait relatif à son contenu ; il porte sur la nature des procédés employés dans l'action exécutive : « procédés de puissance publique » ou, plus rarement, « de droit public ».

C'est donc à une définition complexe — c'est-à-dire formée de plusieurs éléments associés — et mixte — ces éléments sont d'un ordre différent — que l'on a affaire.

2. — Si cette analyse nous semble personnellement d'une incontestable évidence, elle s'écarte sensiblement des explications qui ressortent de l'exposé de l'auteur lui-même ; il faut donc rapporter et discuter ses vues.

Quelle image Georges Vedel se fait-il et présente-t-il de l'anatomie (si l'on nous permet ce terme bref et synthétique) de sa définition 1875-1958 ?

Il nous semble qu'en réalité il oscille entre deux images au moins.

A) La première — qui ne diffère de celle que nous avons présentée que par une modalité qu'elle introduit, mais qui la modifie en vérité profondément — s'exprime dans la formule suivante de l'article de 1954, qui tendait à justifier la définition sur le plan des principes : « Il est impossible de construire le droit administratif sur une notion principalement *matérielle*, alors que notre droit constitutionnel, fondement de l'ordre juridique et source des pouvoirs des gouvernants, recourt à peu près exclusivement à des notions et à des critères *formels* ou *organiques* » (E. D. C. E., p. 26, n° 12) (2).

Et un passage du *Droit administratif*, donc écrit postérieurement à la Constitution de 1958, reprend et confirme la même vue, cette fois-ci comme valant aussi bien pour la notion de la période actuelle que pour celle de la période précédente : « Aujourd'hui comme hier, l'administration ne peut pas être définie de façon principalement *fonctionnelle*, c'est-à-dire *matérielle*. On ne peut pas par exemple la définir comme l'*activité de service public* ou l'*activité de maintien de l'ordre public* » (40-41) (3).

(1) Il est clair que l'idée qu'un acte donné est un acte d'exécution ou exécutif de quelque règle ou norme a bien trait au fond de cet acte ; mais, en même temps que, considérée d'un point de vue très formel (au regard de la logique), elle le caractérise, non pas de façon purement intrinsèque, mais par sa relation avec cette donnée à lui extérieure qu'est la règle ou bien la norme d'espèce (ceci intéresse tout particulièrement les cas où il s'agit d'un « acte matériel » de réalisation d'une norme, par exemple d'une décision juridictionnelle) par lui « exécutée » et dont il suppose donc l'existence préalable.

(2) Italiques du texte.

(3) Italiques du texte.

Il s'agirait donc b
— si elle comporte
deux au total —, et
gènes : si la notion e
exclusivement ou en
tionnel » ou « maté
serait selon lui qu
ne voit pas bien p
ses idées à leur exp
la définition consti
palement organique

3. — Cette premi

a) D'abord à une

L'idée que, de p
pourrait être « princ
en soi inacceptable.
formule qui exprime
par hypothèse, une
et en ce sens au mêm
riser l'essence de l'ob
accessoires, c'est qu
mais seulement, sans
que la définition où
abondance, si l'on
superflus, donc de
correcte, aucun élém
autre (Il ne faut pa

(4) Quoi qu'il en soi
conceptions que se ra
le plan des idées (et no
comme fondamental e
31, n° 19 ; 33, n° 24 ; 3
cipalement matérielle
sivement ou purement
de conséquence, le dro
nence au point de vue
matériel ne doivent-ils
sidiaire ». Et ceci serai
sur la base du service
va même jusqu'à parl
(français) et la concept
public » : le système d
mentales et le climat r
profonde de la crise qu
la notion de service pu
droit administratif ».

lique, c'est-à-dire purement
ette époque action tendant
ois ordinaires. Ceci définit,
s de l'action — son objectif
e, — notamment, pour les
administratifs aux actes et
e limitation et d'infériorité

le juridique de cette action
— entendez : par un trait
es procédés employés dans
lique » ou, plus rarement,

-à-dire formée de plusieurs
ont d'un ordre différent —

lement d'une incontestable
as qui ressortent de l'exposé
discuter ses vues.

sente-t-il de l'anatomie (si
le sa définition 1875-1958 ?
eux images au moins.

nous avons présentée que
difie en vérité profondément
de 1954, qui tendait à
est impossible de construire
ement *matérielle*, alors que
re juridique et source des
exclusivement à des notions
C. E., p. 26, n° 12) (2).

écrit postérieurement à la
ne vue, cette fois-ci comme
ctuelle que pour celle de la
r, l'administration ne peut
nelle, c'est-à-dire *matérielle*.
activité de service public ou
3).

acte d'exécution ou exécutif
t acte ; mais, en même temps
d de la logique), elle le caracté-
sa relation avec cette donnée
pèce (ceci intéresse tout parti-
» de réalisation d'une norme,
exécutée » et dont il suppose

Il s'agirait donc bien, comme nous l'avons indiqué, d'une notion complexe — si elle comporte un élément principal, c'est qu'elle en comporte au moins deux au total —, et ces deux éléments (au minimum) seraient bien hétérogènes : si la notion est « principalement organique », c'est qu'elle ne l'est pas exclusivement ou entièrement, mais comprend au moins un élément « fonctionnel » ou « matériel » (selon les idées de l'auteur), mais cet élément ne serait selon lui que secondaire ou subalterne. Notons en passant que l'on ne voit pas bien pourquoi l'auteur a préféré une formulation négative de ses idées à leur expression positive et directe, qui eût été incontestablement : la définition constitutionnelle de l'administration est une définition principalement organique ou formelle (4).

3. — Cette première image se heurte à plusieurs séries d'objections.

a) D'abord à une objection de logique formelle élémentaire :

L'idée que, de plusieurs éléments constitutifs d'une définition, l'un pourrait être « principal », avoir une manière de priorité sur les autres, est en soi inacceptable. Tous les éléments d'une définition — c'est-à-dire « d'une formule qui exprime l'essentiel de l'essence d'un sujet » (Aristote) — ont, par hypothèse, une égale importance, tous sont également indispensables et en ce sens au même rang, parce qu'ils contribuent tous également à caractériser l'essence de l'objet ou concept ; si l'on déclare certains secondaires ou accessoires, c'est qu'ils n'ont en vérité pas leur place dans la définition — mais seulement, sans doute, dans des explications s'y rapportant —, c'est que la définition où on les inscrit est structurellement défectueuse, par surabondance, si l'on peut dire, c'est-à-dire comme contenant des éléments superflus, donc de présence injustifiée. Dans une définition parfaitement correcte, aucun élément n'est plus décisif, aucun moins décisif, qu'aucun autre (Il ne faut pas confondre l'ordre d'énumération des éléments, leur

(4) Quoi qu'il en soit, c'est à cette première façon de voir et analyser ses propres conceptions que se rattache le chef de condamnation intrinsèque, c'est-à-dire sur le plan des idées (et non plus de la terminologie des textes) que Georges Vedel retient comme fondamental contre la doctrine du service public (E. D. C. E., 27, n° 13 ; 31, n° 19 ; 33, n° 24 ; 34, n° 26) : la notion de service public serait une notion « principalement matérielle », « essentiellement matérielle », — il ne dit donc pas : exclusivement ou purement matérielle ; or le droit constitutionnel français, et, par voie de conséquence, le droit administratif positif « donnent une incontestable prééminence au point de vue *formel* ; (sans doute) les critères et les notions de caractère matériel ne doivent-ils pas être négligés, mais (ils) (n')ont (qu')un caractère subsidiaire ». Et ceci serait la raison pourquoi « la construction du droit administratif sur la base du service public... cadre(rait) mal avec notre droit positif » : l'auteur va même jusqu'à parler du « divorce profond entre les principes constitutionnels (français) et la conception du droit administratif adoptée par l'« école du service public » : le système du service public serait « en rupture avec les notions fondamentales et le climat même de notre droit constitutionnel » ; telle serait « la raison profonde de la crise qui l'a frappé », — c'est-à-dire la raison profonde pour laquelle la notion de service public ne saurait être « la notion fondamentale et suprême du droit administratif ».

ordre de succession dans la formule de définition, avec un ordre d'importance décroissante : cet ordre est lié à de tout autres facteurs, — qu'il n'y a pas lieu de préciser ici).

Il n'est donc pas légitime, il n'est pas rationnellement admissible de parler de définitions ou de notions « principalement formelles » ou « principalement matérielles » (pour nous en tenir ici à ce couple classique en doctrine) ; l'idée vraie, dans le cadre où nous raisonnons, c'est que certaines définitions ou notions sont — exclusivement — formelles, ou — plus spécialement — exclusivement organiques ; d'autres au contraire sont — exclusivement — matérielles ; ce sont là les deux sortes de définitions qualitativement simples (selon les conceptions traditionnelles, que Georges Vedel partage (cf. *infra*, n° 9) ; mais à côté d'elles existe une troisième sorte, ou un second genre : ce sont les définitions ou notions mixtes ou composites, pour partie matérielles, pour partie formelles (on dira, de façon assez courante, parce que brève : mi-formelles mi-matérielles). Mais, dans ce dernier type, si la définition satisfait à l'exigence qui vient d'être rappelée, les deux éléments sont d'un rang parfaitement égal.

b) En second lieu, elle introduit dans la pensée de l'auteur une forte contradiction : d'abord définissant, en cours de route, ses prémisses et ses visées, l'auteur proclame en somme (D. A., 40) qu'en matière de typologie des actes étatiques, seules sont valables, parce que seules « fonctionnelles », les analyses, classification et définition des classes d'après le régime des actes, c'est-à-dire d'après les règles qui les régissent.

Comment peut-il, dans le même temps, affirmer que dans ses deux notions successives de l'administration c'est un élément organique ou formel qui est le principal ? Et non l'élément, ou un élément de régime ? N'est-ce pas un singulier paradoxe ? Les deux idées ne sont-elles pas « inaccordables » ? N'est-il pas clair qu'une notion de régime ne peut pas être définie de façon accessoire seulement par un élément de régime ?

Il faut même aller beaucoup plus loin : en vérité, une définition de régime ne peut — par hypothèse — se composer que d'éléments de régime exclusivement. On ne peut pas admettre l'idée d'une définition de régime de caractère mixte, c'est-à-dire mi-organique mi-régime. Comment les éléments ne seraient-ils pas homogènes au tout ?

En second lieu, si l'élément organique ou formel — il s'agit d'actes émanant d'un élément de l'appareil appelé « pouvoir exécutif » — était principal, sinon même décisif, on comprendrait mal — que ce soit d'ailleurs pour 1875-1958 ou pour la période actuelle — le corollaire primordial — théoriquement et pratiquement — de la définition de l'administration « par rapport au régime administratif », selon l'expression même de l'auteur, à savoir l'affirmation du caractère non-administratif de la gestion privée (laissons de côté les « actes de gouvernement », pour lesquels la même observation vaudrait cependant), alors que, dans au minimum une partie considérable du domaine de cette « gestion privée », on ne songera pas réellement à contester que ses agents fassent partie de l'appareil administratif des personnes publiques (cf. *supra*, 26).

En vérité, c'est-à-dire en fait, c'est donc — en accord, sinon avec ses commentaires, du moins avec ses véritables prémisses — sur l'élément régime

de l'action que l'auteur agent de l'action (5) (6)

Et ceci n'est pas vr également pour celles public — législation, ju (cf. *supra*, n° 10).

4. — B) Beaucoup p définition que donne G radicale que celle-ci, el mellement, que cette d d'un seul et unique élé « formel ou organique fonctionnels ou matéri de définition, à côté et en par ce dernier, dépende en somme réductibles.

Dépendance ou inhérence de rapport quelque peu de l'auteur qui, dans ses les considérant donc co même conclusion : l'élé élément de la définition c'est-à-dire à l'élément en vérité l'unique élém

Sans doute, explique ce terme) (car il paraît c tiquement fonctionnel, d l'élément « procédé de publique est « indispen (E. D. C. E., 41, titre e Mais, en l'ajoutant à l'élé le Gouvernement — au exactement, préciser « la

(5) Voir par exemple co — et, ajoute-t-il, qu'il res règlements et des actes ad calement différent de cel (des) autorités judiciaires

(6) D'ailleurs, s'il ne s'a « Les juridictions admini et d'appliquer le droit adm être tranchés par le Conseil tratif » ne peut évidemmen nistration, puisqu'en droit ne songerait à le contester nistratifs selon cette dern sur la base soit de législati privé.

de l'action que l'auteur met l'accent le plus fort, — et nullement sur l'élément agent de l'action (5) (6).

Et ceci n'est pas vrai seulement pour la notion d'administration, mais également pour celles des autres « activités » étatiques à régime de droit public — législation, juridiction, actes de gouvernement — qu'il en distingue (cf. *supra*, n° 10).

4. — B) Beaucoup plus surprenante est la seconde vision de sa propre définition que donne Georges Vedel côte à côte avec la première. Bien plus radicale que celle-ci, elle tend à établir, même si elle ne le déclare pas formellement, que cette définition donne une notion simple, c'est-à-dire formée d'un seul et unique élément, ... cet élément étant, bien entendu, l'élément « formel ou organique ». Et en effet, soutient alors l'auteur, les éléments fonctionnels ou matériels, qui sans doute sont explicités dans la formule de définition, à côté et en plus de l'élément organique, ou bien sont commandés par ce dernier, dépendent de lui, ou bien même y sont inhérents, c'est-à-dire en somme réductibles.

Dépendance ou inhérence, ce sont, nous semble-t-il, deux formules et types de rapport quelque peu différents ; mais tel ne paraît pas être le sentiment de l'auteur qui, dans ses explications, passe continuellement de l'une à l'autre, les considérant donc comme interchangeable, au service toutes deux de la même conclusion : l'élément fonctionnel ou de régime n'est pas un second élément de la définition qui viendrait, distinct de lui, s'ajouter au premier, c'est-à-dire à l'élément organique ; celui-ci resterait donc bien finalement en vérité l'unique élément de la définition.

Sans doute, explique l'auteur, l'élément fonctionnel (en un sens large de ce terme) (car il paraît oublier ici l'autre élément fonctionnel, le plus authentiquement fonctionnel, de sa définition, — l'« activité d'exécution des lois »), l'élément « procédé de puissance publique » ou exercice de la puissance publique est « indispensable dans la construction du droit administratif » (E. D. C. E., 41, titre et n° 39 ; 40, n. 39 ; 40, n. 3 ; 44, 1^{er} alinéa ; 45 sq.). Mais, en l'ajoutant à l'élément organique — le « pouvoir exécutif » (c'est-à-dire le Gouvernement — au sens large —), on ne ferait que « compléter, ou, plus exactement, préciser « la notion de pouvoir exécutif » (*ib.*), que « confirmer

(5) Voir par exemple cette proposition que le régime des lois était avant 1958 — et, ajoute-t-il, qu'il reste depuis 1958 — « séparé par un abîme (de celui) des règlements et des actes administratifs en général », comme il est par ailleurs « radicalement différent de celui des activités juridictionnelles, notamment de celles (des) autorités judiciaires » (D. A., 37 et 41).

(6) D'ailleurs, s'il ne s'attachait pas à cet élément-là, il ne pourrait pas écrire : « Les juridictions administratives ont pour mission de juger les litiges administratifs et d'appliquer le droit administratif... Tous les procès administratifs sont ou peuvent être tranchés par le Conseil d'État » (D. A., p. 11¹ et 11², italiques de nous) « Administratif » ne peut évidemment pas signifier ici intéressant ou mettant en cause l'Administration, puisqu'en droit positif commun, c'est-à-dire jurisprudentiel — personne ne songerait à le contester ou à le méconnaître — toute une partie des litiges administratifs selon cette dernière acception sont jugés par les tribunaux judiciaires sur la base soit de législations de droit administratif, soit même de règles du droit privé.

(la) définition (organique, c'est-à-dire par l'élément « pouvoir exécutif ») et en préciser l'application ; et, par conséquent, tout en paraissant s'ajouter à la donnée organique, « le critère de la puissance publique ne serait en vérité et au fond rien de plus qu'un simple corollaire, un corollaire nécessaire du critère « pouvoir exécutif », où il serait inclus ; il ne s'agirait en réalité que de deux « aspects » (cf. *ib.*, 49, nos 58 et 59 : « le premier aspect », « le second aspect ») d'un seul et même critère : il n'y a donc pas, quand on dépasse les apparences, appel à deux critères, mais bien à un seul et unique, — le critère organique.

Citons encore : « ... L'utilisation de l'idée de puissance publique cumulativement avec celle de pouvoir exécutif ne fait pas appel à deux critères, mais à un seul. En effet, la notion de puissance publique ne s'ajoute pas à celle de pouvoir exécutif comme une condition supplémentaire ; elle n'est que l'explication et le prolongement de l'idée de pouvoir exécutif » (7).

L'administration et le droit administratif sont donc bien définis par « une idée unique » (E. D. C. E., 46, n° 51) (8).

5. — Nous nous avouons incapable d'engager une discussion sur des notions ou termes aussi peu précis que ceux qui sont utilisés pour « démontrer » que deux ou trois éléments d'ordre hétérogène n'en font finalement qu'un seul. Est-elle vraiment recevable — au sens de la procédure — l'idée qu'une notion organique ou formelle — c'est ici celle de « pouvoir exécutif », au sens institutionnel naturellement — pourrait receler dans ses flancs des éléments fonctionnels ou matériels — but et moyens de l'action de ce « pou-

(7) Cf. cette curieuse formule où les deux « images » que nous distinguons dans la pensée de l'auteur sont curieusement mêlées : « l'administration, le droit administratif et la compétence du juge administratif se définissent principalement d'un point de vue formel, et, par une précision complémentaire, d'un point de vue matériel », et surtout ces autres phrases qui nous feraient penser à une sorte de manipulation alchimique : lorsqu'ils agissent en gestion privée, « le contenu de l'activité (des organes rattachés au pouvoir exécutif) est le *signe* » qui permet de reconnaître si, dans ce cas, leur qualité d'organe(s) du pouvoir exécutif (au sens de la Constitution) subsiste... Le point de vue matériel vient ici au secours du point de vue formel, à titre subsidiaire, comme « *un moyen de reconnaissance* » (E. D. C. E., 46, n° 52 ; mots en italiques dans le texte). N'est-ce pas une bien étrange idée que celle d'un critère (c'est le mot employé par l'auteur pour ce qui est en vérité problème de définition) qui aurait besoin d'un « signe » jouant le rôle de « moyen de reconnaissance » ... de sa propre présence, — ce qui revient à dire : l'idée d'un critère... du critère ?

(8) Il paraît bien difficile de concilier cette proposition avec cette profession de foi catégorique : pour demeurer fidèle aux prémisses constitutionnelles qui le fondent « notre droit administratif doit se construire sur les notions de pouvoir exécutif et de puissance publique » (21, n° 1 ; italiques de nous) et qui est reprise dans le *Droit administratif* (46) : « Sous l'empire de la Constitution de 1875 et de la Constitution de 1946, l'Administration pouvait être définie par référence à la loi et à l'aide des notions de pouvoir exécutif et de puissance publique ». Citons enfin cette formule qui est le plus flagrant démenti à toutes les tentatives de réduction à l'unité : avant 1958, « on pouvait... définir l'administration comme l'exercice du pouvoir exécutif sous un régime de puissance publique » (D. A., 21-4°).

voir » —, qu'un ac
à la lumière du jour

En vérité, l'auteur
d'idées impossibles,
d'une foi organicienn
cipalement » à l'« ex

... A quoi est ven
« critère unique »
mais il n'importe)

élément, et — symét
complexe, c'est-à-din

En vérité, un crit
ne l'est un critère sin

6. — La preuve
le fonctionnel dans
en effet déjà la thè
objection d'ordre ra
des deux éléments
applicabilité à cet a
faite conscience du
c'est-à-dire du fait d
d'actes de l'appareil
Georges Vedel vers l
fût condamnée sans
corrélation l'était dé
avis un peu nébuleu
laquelle on cédait.

Comment la défini
élément organique,
agents de cette acti
incontestable et écla
donnée comme le fo
décide pas à lui seu
laisse possible leur s
— régime administr
En d'autres termes, l
gouvernemental-adm
signifie pas que cet a
être fondé à souten
de l'appareil Gouv
administratif. Mais
ressort pleinement d
ses positions, surtou
à la thèse de la co
Georges Vedel, c'est
coïncide pas avec l'a
il s'en faut ; ou inve
signifie absolument p

ent « pouvoir exécutif »)
out en paraissant s'ajouter
ublique ne serait en vérité
un corollaire nécessaire du
ne s'agirait en réalité que
« premier aspect », « le second
pas, quand on dépasse les
eul et unique, — le critère

issance publique cumulati-
appel à deux critères, mais
ue ne s'ajoute pas à celle
émentaire ; elle n'est que
ir exécutif » (7).

onc bien définis par « une

une discussion sur des
utilisés pour « démontrer »
en font finalement qu'un
procédure — l'idée qu'une
« pouvoir exécutif », au
récler dans ses flancs des
ns de l'action de ce « pou-

que nous distinguons dans
« l'administration, le droit
e définissent principalement
mentaire, d'un point de vue
ient penser à une sorte de
ivée, « le contenu de l'activité
» qui permet de reconnaître
cutif (au sens de la Consti-
u secours du point de vue
naissance » (E. D. C. E., 46,
e bien étrange idée que celle
qui est en vérité problème
rôle de « moyen de recon-
à dire : l'idée d'un critère...

ition avec cette profession
es constitutionnelles qui le
sur les notions de pouvoir
de nous) et qui est reprise
onstitution de 1875 et de la
finie par référence à la loi
ce publique ». Citons enfin
les tentatives de réduction
ation comme l'exercice du
» (D. A., 21-4°).

voir » —, qu'un accouchement sans douleur permettrait de faire accéder à la lumière du jour ?

En vérité, l'auteur n'aurait pas été irrésistiblement poussé vers ce monde d'idées impossibles, s'il n'avait cédé — dans les passages cités — à l'appel d'une foi organicienne pure et dure, — ainsi s'explique son passage du « principalement » à l'« exclusivement ».

... A quoi est venu s'ajouter le fait qu'il paraît avoir identifié ici l'idée de « critère unique » (pour nous, il s'agit, plus profondément, de définition, mais il n'importe) et celle de critère simple, c'est-à-dire formé d'un seul élément, et — symétriquement — celle de « critère double » et celle de critère complexe, c'est-à-dire formé de l'adjonction de deux ou plusieurs éléments.

En vérité, un critère complexe n'est pas moins un « critère unique » que ne l'est un critère simple.

6. — La preuve concrète la plus décisive de cette impossibilité d'inclure le fonctionnel dans l'organique résulte du droit positif. Celui-ci condamne en effet déjà la thèse plus modérée et qui ne se heurterait, elle, à aucune objection d'ordre rationnel, de la corrélation ou concomitance constantes des deux éléments qualité d'organe administratif de l'auteur d'un acte et applicabilité à cet acte du régime administratif. On peut penser que la parfaite conscience du flagrant désaccord de cette thèse avec le droit positif, c'est-à-dire du fait de la pluralité des régimes applicables à diverses catégories d'actes de l'appareil Gouvernement-Administration, a contribué à pousser Georges Vedel vers la thèse bien plus extrême de l'« inclusion », bien qu'elle fût condamnée sans appel *a priori* du seul fait que la thèse modérée de la corrélation l'était déjà, — mais le recours à des formules et termes à notre avis un peu nébuleux empêchait de sentir cette manière de fuite en avant à laquelle on cédait.

Comment la définition de l'administration pourrait-elle se réduire au seul élément organique, c'est-à-dire à la seule indication ou qualification des agents de cette activité, alors que le droit positif fait apparaître de façon incontestable et éclatante — il va de soi que Georges Vedel enregistre cette donnée comme le font tous les administrativistes — que cet élément ne décide pas à lui seul du régime applicable aux actes de ces agents, mais laisse possible leur soumission soit à l'un soit à l'autre de plusieurs régimes — régime administratif, régime d'acte de gouvernement, gestion privée ? En d'autres termes, le seul fait que l'auteur d'un acte appartienne à l'appareil gouvernemental-administratif n'entraîne pas de plein droit, et donc ne signifie pas que cet acte relève du régime administratif. L'auteur était peut-être fondé à soutenir que seuls *des* actes ou actions émanant d'un organe de l'appareil Gouvernement-Administration étaient assignés au régime administratif. Mais d'une condition nécessaire, il n'était pas fondé — cela ressort pleinement de ses propres développements et de l'essence même de ses positions, surtout de celle qui concerne la gestion privée — à passer à la thèse de la condition suffisante. L'action administrative au sens de Georges Vedel, c'est-à-dire l'action soumise au régime administratif, ne coïncide pas avec l'action de l'Administration, du « pouvoir exécutif », — il s'en faut ; ou inversement, si l'on préfère : action de l'Administration ne signifie absolument pas action soumise au « droit proprement administratif » ;

en ce sens, qui paraît bien celui qu'adopte l'auteur, tout en ne s'en expliquant pas de façon formelle et catégorique, l'élément action de l'administration n'est nullement « spécifique de l'administration », — définie toujours comme on vient de le rappeler (9). La donnée régime ne découle nullement de façon automatique, pour ainsi dire, de la donnée auteur de l'acte.

Il n'était donc pas, il ne pouvait pas être question, en l'état incontesté du droit positif dans la période antérieure à 1958, que la donnée organique pût être considérée comme l'élément unique et décisif de la définition de l'administration en vertu des lois constitutionnelles de 1875 ni de la Constitution de 1946, dès lors que les actes de l'appareil Administration, ou, pour préciser : Gouvernement-Administration, ne se voyaient pas soumettre tous, *ipso facto* et comme d'office et de plein droit, au régime administratif : cette donnée, qui était strictement de droit positif, suffisait à établir — en termes formels — que le régime des actes des organes étatiques de ce groupe, de lui en tout cas, n'était absolument pas déterminé par le fait qu'ils étaient précisément actes de ces organes, qu'ils les avaient pour agents ou auteurs. Qualité de l'organe et régime de ses actes étaient deux données indépendantes l'une de l'autre, non-corrélatives.

7. — A l'ensemble des arguments précédents, on pourrait d'ailleurs ajouter cette autre réflexion toute simple, qui serait décisive à elle seule, que s'il était vrai que la définition 1875-1958 avait eu une base et un contenu d'ordre simplement et purement organique, on ne voit pas ce qui aurait pu en imposer l'abandon en 1958 ; tous les administrativistes pensent et enseignent que ce fut l'innovation des articles 37 et 34 en tant qu'elle touchait les pouvoirs normateurs du Gouvernement, donc une règle sur son action, et nullement une ou plusieurs règles nouvelles portant sur la structure ou l'organisation de ce Gouvernement.

B. — La notion 1958.

8. — C'est une bien autre et plus forte surprise que réserve au lecteur du *Droit administratif* la définition relative à la Constitution de 1958.

En s'y reportant (cf. *supra*, Titre I, Section II, n° 8) on constatera :

- qu'il s'agit d'une définition simple, — par un seul élément (on expliquera et justifiera cette assertion dans un instant) ;
- et que cet élément est un élément de régime.

(9) Il ressort du texte qui a été cité comme base de cette discussion que, pour l'auteur, ce terme « spécifique » ne signifie pas simplement que seuls des actes du Gouvernement-Administration présentaient dans cette période un caractère administratif, parce que seuls des actes de ces organes relevaient du régime administratif, — thèse qui était soutenable et vraie en tout cas à peu de chose près, et qui d'ailleurs le resterait aujourd'hui (comme on le verra par la suite), mais bien, ce qui va beaucoup plus loin, que cette donnée des auteurs de l'acte suffisait à caractériser à elle seule les actes d'administration, c'est-à-dire à en déterminer la qualité.

L'élément org
à l'action, bien e
(Gouvernement
relevait d'un ce
éliminé ! En ce s
nistration n'est
étatiques, à cet
contraire, on l'a
s'étendre à l'act
concerne que le
organes nationa

L'Administrat
nistration. La r
l'administration
agents de l'Adm
Telle est la d
1958 de la défini
de la « théorie

C'est bien à ce
qui, en réalité, à
— définissent to
nistration et le d
tration, — le rég

Conclusion, ou
de ses explicatio
comme valables
première éviden

Aux citations
celle-ci qui vise
de 1958 (mais il

« Aujourd'hui
principalement
de l'administrati
le fait que, d'un
confiée au Présid
et organes qu'ils

D'après cette
pas envisager u
et avant tout d
nement-Adminis
donc être actes a

(10) Cf. encore
de (ses) devanciè
mentale... » (*ib.*)
que l'auteur veut
s'orientant ainsi v
la malheureuse dér

ur, tout en ne s'en expliquant
at action de l'administration
», — définie toujours comme
ne découle nullement de façon
teur de l'acte.

question, en l'état incontesté
1958, que la donnée organique
et décisif de la définition de
elles de 1875 ni de la Consti-
reil Administration, ou, pour
voaient pas soumettre tous,
u régime administratif : cette
ffisait à établir — en termes
s étatiques de ce groupe, de
iné par le fait qu'ils étaient
ient pour agents ou auteurs.
deux données indépendantes

ents, on pourrait d'ailleurs
i serait décisive à elle seule,
ait eu une base et un contenu
ne voit pas ce qui aurait pu
strativistes pensent et ensei-
t 34 en tant qu'elle touchait
nc une règle sur son action,
portant sur la structure ou

prise que réserve au lecteur
Constitution de 1958.

II, n° 8) on constatera :

n seul élément (on expliquera

me.

de cette discussion que, pour
lement que seuls des actes du
te période un caractère admi-
relevaient du régime adminis-
cas à peu de chose près, et qui
ra par la suite), mais bien, ce
urs de l'acte suffisait à caracté-
re à en déterminer la qualité.

L'élément organique, — celui qui commençait par limiter l'administration à l'action, bien entendu : à une partie de l'action, de la seule Administration (Gouvernement compris, en tant qu'autorité administrative), celle qui relevait d'un certain régime — n'y figure même plus : il a disparu, il est éliminé ! En ce sens qu'au regard de cette « formule 1958 » la notion d'administration n'est plus réservée à ce seul groupe, à cette seule espèce d'organes étatiques, à cette seule branche de l'appareil gouvernant, mais s'étend au contraire, on l'a vu, ou tout au moins est présentée comme susceptible de s'étendre à l'activité de tous les organes étatiques (en fait, la question ne concerne que les seuls organes de l'État au sens restreint, c'est-à-dire les organes nationaux).

L'Administration a donc cessé d'être l'agent exclusif et unique de l'admini-
stration. La relevance du régime administratif — qui définit vraiment
l'administration (selon l'auteur) — n'est plus limitée aux seuls organes ou
agents de l'Administration.

Telle est la donnée essentielle qui différencie, à cet égard, la définition
1958 de la définition 1875-1958, au terme de la « Synthèse » qui clôt l'exposé
de la « théorie des bases constitutionnelles du droit administratif ».

C'est bien à cette conclusion que conduisent ces formules finales, — celles
qui, en réalité, à notre avis, — mais qui n'est pas le point de vue de l'auteur
— définissent tout ensemble, sans les séparer, et la notion essentielle d'admini-
stration et le domaine d'application du régime définitif de cette adminis-
tration, — le régime administratif.

Conclusion, ou plutôt constatation, surprenantes ? Certes ; car, au seuil
de ses explications, l'auteur avait présenté ses « affirmations organiciennes »
comme valables après 1958 aussi bien qu'avant. Elles demeuraient vérité
première évidente et fondamentale selon le droit public français.

Aux citations faites précédemment (v. *supra*, n° 4 A)), ajoutons simplement
celle-ci qui vise plus spécialement l'état des choses depuis la Constitution
de 1958 (mais il faut reprendre la phrase déjà citée qui la précède) :

« Aujourd'hui comme hier, l'administration ne peut être définie de façon
principalement fonctionnelle, c'est-à-dire matérielle... Ce qui est spécifique
de l'administration, ce n'est pas le *contenu* des tâches qu'elle implique, mais
le fait que, d'un point de vue *formel* ou *organique*, il s'agit d'une activité
confiée au Président de la République ou au Premier Ministre et aux autorités
et organes qu'ils dirigent ou contrôlent » (D. A., 40 A) (10).

D'après cette déclaration de principe, on ne pouvait certes absolument
pas envisager un seul instant l'idée que des actes quelconques d'organes
et avant tout d'autorités étatiques n'appartenant pas à l'appareil Gouver-
nement-Administration pourraient être soumis au régime administratif, et
donc être actes administratifs.

(10) Cf. encore : « ... sous l'empire de la Constitution actuelle comme sous celui
de (ses) devancières, l'administration est une activité exclusivement gouverne-
mentale... » (*ib.*) (il est vrai que la suite de la phrase et du passage fait ressortir
que l'auteur veut opposer ici les actes d'après leur fond, et non par leur auteur,
s'orientant ainsi vers la confusion d'idées qui a inspiré il y a quelque trente ans
la malheureuse dénomination d'« actes mixtes » pour les actes dits de gouvernement).

Et voici qu'au terme du parcours, l'auteur vient déclarer qu'en principe et de droit commun, c'est-à-dire sauf dérogation résultant d'une disposition expresse, le régime administratif peut prétendre à l'empire sur tous les actes de tous les organes, — disons, en nous référant aux conceptions classiques des publicistes de droit positif : sur tous les actes de toutes les espèces, de tous les groupes d'organes étatiques, même des organes « non-administratifs ».

Il est donc bien vrai que la qualité organiquement administrative des agents auteurs des actes — juridiques ou « matériels », il n'importe — ne rentre plus, selon Georges Vedel, dans la définition 1958 de l'administration, dans la détermination du domaine d'application du régime administratif, selon notre façon de voir.

Et par conséquent, si cette position finale de l'auteur a ce grand mérite de se retrouver d'accord avec cette vue élémentaire et fondamentale qu'une notion ou définition de régime ne peut être constituée que de données relatives à ce régime — et par conséquent de se retrouver d'accord avec la visée initiale de l'auteur (cf. *supra*, n° 3, b) —, il n'empêche qu'elle est absolument antithétique à ses professions de foi organiciennes, elle les contredit, elle les dément et les annule purement et simplement, sans que l'auteur paraisse s'en douter ; répétons-le, car la surprise est de taille, à peine croyable pour le lecteur un peu... pressé : dans la définition 1958, l'élément organique ne figure absolument pas, en tant que permettant d'individualiser l'administration au sein du genre activités étatiques.

9. — C'est donc bien à tort que Georges Vedel affirme que, dans sa définition de 1958, comme dans celle qui l'avait précédée (puisque, pour lui, il s'agit de la définition, et non du critère), la caractéristique de l'administration se réduirait à un seul élément, — l'élément d'ordre organique, ou qu'en tout cas cet élément y demeurerait prépondérant et primordial ; comme on l'a dit, et au sens que l'on a précisé, cet élément n'y figure même plus ; il ne joue plus aucun rôle, du moins apparemment (... car, comme cela était inévitable, il est réintroduit sous le manteau des prétendues dérogations au principe).

Ce sont ses propres formules sur l'administration qui sont incompatibles avec son affirmation première que l'élément organique — le fait qu'elle serait l'activité (au plan global d'une imputation) du Gouvernement-Administration — serait « spécifique de l'administration ».

10. — Comment un juriste aussi avisé que Georges Vedel a-t-il pu être induit à schématiser l'image de l'une comme de l'autre de ses deux définitions successives de l'administration d'une façon qui en oublie en fait l'intention essentielle et en déforme pareillement la véritable figure ? Il paraît intéressant de se poser la question, parce qu'elle met en cause des idées importantes. On suggérera — à titre d'hypothèse plausible, simplement — que ce serait par l'emprise concurrente de deux idées d'ailleurs extrêmement répandues chez les publicistes, et cependant tout à fait erronées à notre avis, — deux idées qu'il faut donc énoncer et dénoncer :

1^o La majorité des publicistes ne veut distinguer en matière d'actes étatiques, comme d'ailleurs d'actes juridiques en général, que deux types ou en tout cas que deux types simples de définitions et notions : d'une part,

celles qui s'attachent de l'acte ; procédure contraire à des éléments fonctionnels — : for le « point de vue form les deux seuls, du ch en la matière. D'où écart, pour un con pour « matérielle », « formelle », comme on est inévitablement

Cette façon de voir sième terme d'altern a déclaré opter et po ce sont les « définition simple à fixer qu'on po des actes et la déterm les « actes juridiques » juridique — sont assu de leur régime juridique comme des données s sinon secondaire, pour mine ce qu'ils pouvaie de saisir l'idée vedéli drons par régime juri l'« autorité » (comme l' Or, le « régime juridi voudraient les assertio retenir — un élément élément « matériel », a

(11) Cependant, Marce normes juridictionnelles

(12) Quand Georges Ve par rapport aux autres a renciée par son contenu, ment à un contenu d'ordr publics ; c'est dans cette 18², 41¹, notamment), qu juridiction à l'une d'entre aux deux, mais il n'impo

Ajoutons cependant qu comme firent ou font ce parfaitement légitime s'ils général ou théorie de l'Éta il s'en faut que ceci soit le non plus, en tant qu'il s'ag juridiques, sur le caractèr caractère ne peut, bien év à-dire poseurs de normes,

ur vient déclarer qu'en principe
tion résultant d'une disposition
dre à l'empire sur tous les actes
rant aux conceptions classiques
actes de toutes les espèces, de
es organes « non-administratifs ».
ement administrative des agents
els », il n'importe — ne rentre
1958 de l'administration, dans
du régime administratif, selon

e de l'auteur a ce grand mérite
entaire et fondamentale qu'une
stituée que de données relatives
er d'accord avec la visée initiale
qu'elle est absolument anti-
nes, elle les contredit, elle les
ent, sans que l'auteur paraisse
de taille, à peine croyable pour
n 1958, l'élément organique ne
nt d'individualiser l'administra-

vedel affirme que, dans sa défi-
t précédée (puisque, pour lui,
caractéristique de l'administra-
nt d'ordre organique, ou qu'en
rant et primordial ; comme on
ment n'y figure même plus ; il
ment (... car, comme cela était
u des prétendues dérogations

tration qui sont incompatibles
organique — le fait qu'elle
tion) du Gouvernement-Admi-
nation ».

e Georges Vedel a-t-il pu être
e l'autre de ses deux définitions
ni en oublie en fait l'intention
le figure ? Il paraît intéressant
cause des idées importantes.
e, simplement — que ce serait
leurs extrêmement répandues
erronées à notre avis, — deux

inguer en matière d'actes éta-
a général, que deux types ou
tions et notions : d'une part,

celles qui s'attachent à des éléments organiques ou formels — organe-auteur de l'acte ; procédure de l'acte — ; d'autre part, celles qui s'attachent au contraire à des éléments matériels ou — appellation plus rarement employée — fonctionnels — : fond, contenu, nature de l'acte ; constamment, on oppose le « point de vue formel » et le « point de vue matériel » comme les deux termes, les deux seuls, du choix du principe de définition et du type de concepts en la matière. D'où s'ensuivrait bien évidemment que si l'on pense devoir écarter, pour un concept et un terme donnés, une définition que l'on tient pour « matérielle », c'est nécessairement que l'on accepte une définition « formelle », comme inversement, si l'on rejette une définition « formelle », on est inévitablement rejeté vers une définition « matérielle ».

Cette façon de voir ne nous paraît pas exacte : en vérité, il existe un troisième terme d'alternative, — celui précisément pour lequel Georges Vedel a déclaré opter et pour lequel il a bien opté en fait d'une façon générale : ce sont les « définitions de régime » ; à vrai dire, la notion n'en est pas aussi simple à fixer qu'on pourrait le croire à première vue ; et en effet, la procédure des actes et la détermination de leur fond, possible ou obligatoire, — pour les « actes juridiques » : la détermination des normes qui en seront la substance juridique — sont assurément objet de règles de droit qui sont des éléments de leur régime juridique (c'est une erreur d'optique que de penser ces éléments comme des données saisissables directement dans les actes, sans référence, sinon secondaire, pour le cas de contentieux, à une réglementation qui détermine ce qu'ils pouvaient ou devaient être). Disons simplement — cela permet de saisir l'idée vedélienne — mais très approximativement que nous entendons par régime juridique les règles qui fixent la « valeur », la « force », l'« autorité » (comme l'auteur dit de préférence) attachées aux normes posées. Or, le « régime juridique » ainsi défini n'est certainement pas — comme le voudraient les assertions de Georges Vedel sur la nature des « critères » à retenir — un élément d'ordre formel (11) ; mais il n'est pas davantage un élément « matériel », au sens qu'il donne à cet adjectif (12). C'est tout autre

(11) Cependant, Marcel Waline lui aussi donne l'autorité de chose jugée des normes juridictionnelles comme un critère purement « formel » (*Précis*, p. 11, n° 5).

(12) Quand Georges Vedel écrit que l'administration ne peut pas être caractérisée par rapport aux autres activités étatiques, c'est-à-dire ne peut pas en être différenciée par son contenu, par son fond, matériellement, il songe en fait essentiellement à un contenu d'ordre « politico-social » : tâches de police, et tâches de services publics ; c'est dans cette perspective-là qu'il souligne, à très juste titre (D. A., 18², 41¹, notamment), que la législation concourt elle aussi à ces deux tâches, et la juridiction à l'une d'entre elles en tout cas, — sans doute pourrait-on dire justement : aux deux, mais il n'importe ici de prendre parti.

Ajoutons cependant qu'il va de soi pour l'auteur — qui ne construit pas en l'air, comme firent ou font certains « théoriciens supra-positifs » (leur position serait parfaitement légitime s'ils se plaçaient délibérément au point de vue du droit public général ou théorie de l'État, — et non au point de vue du seul droit français, mais il s'en faut que ceci soit le cas pour tous) — que la différenciation ne se fonde pas non plus, en tant qu'il s'agit de ces actes de première importance que sont les actes juridiques, sur le caractère individuel — ou particulier — des normes posées (Ce caractère ne peut, bien évidemment, concerner que les seuls actes juridiques, c'est-à-dire poseurs de normes, et non les « actes matériels », catégorie « fourre-tout »

chose que d'affirmer cette évidence que le régime juridique des actes contient des règles sur la forme et des règles sur le fond ; mais il en contient également un autre groupe qui n'a trait ni à l'un ni à l'autre objet, et c'est ce groupe qui joue précisément le rôle capital dans l'analyse vedélienne des régimes d'actes étatiques, en particulier du « régime administratif ».

Ainsi donc, contrairement à ce que Georges Vedel a certainement pensé, de ce qu'il rejetait — très justement — l'idée que, d'après les données fondamentales sur le terrain du droit administratif français — corps de règles ou science —, l'administration pût être définie « matériellement », par le fond des « activités » ou actes à y assigner (qu'il s'agisse du fond proprement normatif ou du fond politico-social), il ne s'ensuivait nullement que la définition qu'il allait opposer à de telles notions « matérielles » fût par là même nécessairement une définition « organique ou formelle », soit purement et exclusivement, soit même principalement et d'abord, — négligeons ici ces variantes.

II. — 2^o L'erreur pourrait bien avoir pour seconde source un fait plus grave que le précédent : la confusion, ou en tout cas l'oubli ou négligence d'une distinction capitale, celle des définitions et des critères.

Ce trait se rencontre bien chez nombre de juristes d'hier comme d'aujourd'hui, jusque parmi les plus éminents. C'est lui qui est à l'origine de cette affirmation déjà évoquée, si fréquemment avancée et reprise dans la doctrine de droit public, que les critères formels, plus précisément encore : les critères organiques ont toujours et depuis toujours en droit public français une importance primordiale, que tout le droit public français, et d'abord le droit constitutionnel, sont à base de notions formelles, que « tout y procède du point de vue formel », en ce qui concerne le système des fonctions et des actes étatiques, des sources de règles et normes juridiques, et leur hiérarchie, — et toutes autres formules semblables.

C'est dans cette ligne de pensée que Georges Vedel croit pouvoir présenter sa définition de l'administration comme reposant d'abord et principalement — au minimum — sur une donnée « formelle et organique ». Nous avons eu déjà l'occasion d'exprimer à plusieurs reprises l'opinion que cette analyse de ses propres vues n'était certainement pas exacte, que, conformément à son intention déclarée, ce qu'il propose vraiment est bien une classification et définition des grandes catégories d'actes juridiques d'après et sur la base de leur régime juridique, donnée qui n'a certainement rien d'organique ou même, plus largement, de formel, au sens où l'on prend couramment, et lui-même, ces qualificatifs. La vue contraire de Georges Vedel provient pour une large part de ce qu'il ne distingue, en fait, pas comme il convient, la question de la définition de l'acte administratif, élément de la classification générale des actes étatiques juridiques, genre dont il est l'une des espèces qu'il faut caractériser par rapport aux autres espèces du genre, et la question du critère de cet acte ou de ces diverses catégories d'actes que l'on croit devoir opposer et juxtaposer dans le cadre du genre.

où la doctrine rassemble tous les actes qui ne sont pas « juridiques », au sens ci-dessus rappelé. Il faut cependant, à ce niveau de synthèse, penser aussi à ces actes matériels, même s'il est incontestable que les actes juridiques sont les plus intéressants pour la « dogmatique juridique ».

Nous voudrions ici sur les problèmes présentés — sommairement — d'une époque antérieure à Carré de Malberg, auteurs de premier plan, particulièrement intéressants pour la physionomie propre

1. — Voici un des points de vue à la théorie générale de la fonction juridique des fonctions sur le terrain de l'administration, sous-titre de l'ouvrage d'après les données de la doctrine, posait une définition des bases et les éléments de la III^e partie.

Ainsi, dans l'idée de la doctrine, en tout cas, les matières administratives (comme les matières administratives) comme un devancier de

2. — Car il y a une question que nous ne pouvons retenir ici qui sont l'objet de cette

En premier lieu, Carré de Malberg, Georges Vedel, à savoir les principes fondamentaux du « régime administratif » et corrélativement les juridictions. En somme, dessus tout est absolument visé essentiellement à ces mêmes et les unes par le régime juridique tel qu'il

juridique des actes contient
mais il en contient également
le objet, et c'est ce groupe
se vedélienne des régimes
administratif ».

vedel a certainement pensé,
e, d'après les données fon-
français — corps de règles
« matériellement », par le
agisse du fond proprement
suivait nullement que la
« matérielles » fût par là
formelle », soit purement
d'abord, — négligeons ici

seconde source un fait plus
et cas l'oubli ou négligence
des critères.

des d'hier comme d'aujourd'hui
qui est à l'origine de cette
et reprise dans la doctrine
sément encore : les critères
public français une impor-
et d'abord le droit consti-
tout y procède du point de
tions et des actes étatiques,
r hiérarchie, — et toutes

vedel croit pouvoir présenter
d'abord et principalement
organique ». Nous avons eu
opinion que cette analyse
acte, que, conformément
est bien une classification
ques d'après et sur la base
inement rien d'organique
u l'on prend couramment,
le Georges Vedel provient
it, pas comme il convient,
élément de la classification
nt il est l'une des espèces
es du genre, et la question
ies d'actes que l'on croit
re.

juridiques », au sens ci-dessus
er aussi à ces actes matériels,
et les plus intéressants pour la

APPENDICE II

CONFRONTATIONS

Nous voudrions ici situer, c'est-à-dire caractériser le système vedélien sur les problèmes premiers de la discipline Droit administratif en le confrontant — sommairement — aux systèmes ou thèses de trois autres auteurs d'une époque antérieure, classiques eux aussi pour le publiciste : Raymond Carré de Malberg ; Gaston Jèze ; Maurice Hauriou. Le choix de ces auteurs de premier plan s'explique par les similitudes et les différences particulièrement intéressantes à relever et à souligner, car elles font mieux ressortir la physionomie propre du système enseigné par Georges Vedel.

1^o — Carré de Malberg.

1. — Voici un demi-siècle environ que, dans sa magistrale *Contribution à la théorie générale de l'État* (1920-1921), au Livre qu'il consacrait à la théorie juridique des fonctions de l'État, et dans lequel, se plaçant essentiellement sur le terrain de l'analyse du droit positif français (comme l'affirmait le sous-titre de l'ouvrage, qu'il ne faut jamais perdre de vue : « ... Spécialement d'après les données du droit constitutionnel français »), Carré de Malberg posait une définition de la fonction administrative dont il pensait que les bases et les éléments se trouvaient dans les lois constitutionnelles de 1875, c'est-à-dire de la III^e République.

Ainsi, dans l'idée de demander au droit constitutionnel la définition, ou en tout cas, les matériaux pour la définition de l'administration, de la fonction administrative (comme il disait de préférence), Carré de Malberg apparaît comme un devancier de Georges Vedel, du moins à première vue.

2. — Car il y a quand même entre les positions des deux auteurs (dont nous ne pouvons retenir que ce qui est essentiel du point de vue des problèmes qui sont l'objet de cette étude) des différences vraiment majeures :

En premier lieu, Carré de Malberg ne poursuivait pas du tout l'objectif suprême qui commande, en dernière analyse, la pensée et le système de Georges Vedel, à savoir de déterminer à l'aide du droit constitutionnel les principes fondamentaux qui fixent : 1^o les domaines d'application respectifs du « régime administratif » et du « régime de droit privé » à l'Administration ; 2^o et corrélativement les sphères de compétence respectives des deux ordres de juridictions. En somme, le problème dont notre auteur se soucie par-dessus tout est absolument étranger à l'esprit de Carré de Malberg. Celui-ci vise essentiellement à définir les grandes fonctions étatiques, et en elles-mêmes et les unes par rapport aux autres, mais indépendamment de leur régime juridique tel que le pense avant tout Georges Vedel.

Et c'est sans doute ce trait qui explique — en deuxième lieu — la différence de fond entre leurs deux définitions de l'administration, selon la Constitution de 1875 (et, pour Georges Vedel, selon celle de 1946 pareillement) : pour Carré de Malberg, il résultait de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, qui chargeait le Gouvernement — au sens large — d'« assurer l'exécution des lois », que la fonction administrative se définissait comme l'action d'exécution des lois, — purement et simplement. Autrement dit, à la différence de Georges Vedel quelque trente ans plus tard, il ignore complètement la restriction par l'élément concernant les moyens juridiques de l'action exécutive, — « procédés » ou « prérogatives de puissance publique », ou « régime de droit public », ou « gestion publique », devenus aujourd'hui « régime administratif ». Action *secundum legem* et *intra legem*, c'était pour Carré de Malberg, toute la caractéristique de l'administration selon le droit constitutionnel et public français de son temps.

Nous avons dit que c'est la position de Carré de Malberg qui nous paraît seule juste, celle de Georges Vedel ne trouvant, pensons-nous, aucune base dans les textes constitutionnels qu'il invoque (cf. *supra*, Titre II, Section I, § 1).

2° — Gaston Jèze.

3. — C'est vers des perspectives tout autres que conduit la confrontation du système de Georges Vedel avec celui de Gaston Jèze.

L'article du premier en 1954 s'ouvrait par une critique très radicale de la « doctrine du service public » que professa et illustra sur le plan du droit administratif l'éminent auteur que fut le second. Cette critique constituait même tout près de la moitié de l'étude ; elle est reprise en plus bref dans le *Droit administratif* (pp. 80-82).

La notion-clé et maîtresse du droit administratif — et d'ailleurs du droit public tout entier — est la notion de service public, enseignait Jèze ; le droit administratif est le droit des services publics. L'idée de service public est l'assise du système du droit administratif, et aussi la source intellectuelle, l'idée-mère de ses règles. Qu'est-ce donc qu'un service public ? C'est toute activité assurée par les gouvernants ou par leurs agents, les agents publics, ou sous leur contrôle, avec emploi des « procédés de droit public », « exorbitants du droit commun », c'est-à-dire étrangers au droit privé et à ses règles, qui instituent, elles, les « procédés de (ou : du) droit privé », — telle était du moins la plus authentique définition du service public dans sa pureté originelle, à laquelle sans doute Gaston Jèze fut bien loin d'être toujours fidèle, non plus d'ailleurs que ne le fut son maître Léon Duguit (13). Rappelons

(13) On notera au passage que la présence de l'élément organique — les gouvernants et leurs agents — dans cette définition suffit à ruiner la critique si fréquemment avancée, et, malheureusement reprise par Georges Vedel, contre la notion de service public : partant de l'idée que celle-ci signifie tout simplement activité d'intérêt général, on lui objecte que les activités des entrepreneurs privés — et l'on prend volontiers comme exemples parlants le boucher et le boulanger — correspondent elles aussi, en grand nombre en tout cas, à un besoin et donc à un intérêt général.

d'un mot, simplement « *Les Principes des Notes de jurisprudence* » à la jurisprudence définition stricte, indéterministe, soit obligatoire, lui et le « procédé » ainsi désormais pour une certaine l'emploi de droit que la notion de régime (14).

Georges Vedel notion de service rôle extrêmement base ou fondement comme le prétexte de cette négation la notion de service le droit constitutionnel nécessité, ancrer donc pas être de

4. — Entre ces et celles de Georges et en réalité très française que Gaston Jèze public », et c'est régime, que, tout « administration » à la base du système également très fondé moins en fait, par seule présence de administratif » d'élément constitutif

(14) Régime et puissance et célèbre charge d'office comme l'enfant terrible « Puissance publique administrative » — est les « moyens » font

Maurice Hauriou (dont parle l'école du droit public). Mais c'est un « aveu » de Gaston Jèze fougue finaliste international

d'un mot, simplement, que, dans la dernière édition de sa grande œuvre « *Les Principes généraux du Droit administratif* » (comme aussi dans bien des *Notes de jurisprudence* publiées dans cette Revue), voulant s'accorder à la jurisprudence, qui ne permettait manifestement plus de maintenir la définition stricte initialement posée, Gaston Jèze y en substitua une autre, indéterministe, selon laquelle le « procédé de droit public » était employé soit obligatoirement, soit facultativement, les agents ayant le choix entre lui et le « procédé de droit privé », qu'ils pouvaient donc préférer : c'était ainsi désormais la simple possibilité d'employer le procédé de droit public pour une certaine activité qui caractérisait le service public, et non plus l'emploi de droit, exclusif et effectif, de ce procédé. Il n'en reste pas moins que la notion de service public professée par Jèze contient une donnée de régime (14).

Georges Vedel condamne et rejette cette construction ; il admet que la notion de service public joue dans le système du droit administratif un rôle extrêmement important et considérable, mais elle n'est pas pour lui la base ou fondement de ce système, elle n'est pas la notion première et suprême, comme le prétend la « doctrine du service public ». Et la raison principale de cette négation, de ce refus du rang suprême est précisément le fait que la notion de service public n'aurait aucune base dans la Constitution, que le droit constitutionnel, dans lequel il faut, selon Georges Vedel, de toute nécessité, ancrer le droit administratif, ignorerait cette notion, qui ne pourrait donc pas être donnée pour la base constitutionnelle du droit administratif.

4. — Entre ce système d'idées, ces thèses et positions de Gaston Jèze et celles de Georges Vedel, les analogies ou similitudes nous paraissent être en réalité très frappantes et profondes : c'est bien une définition de régime que Gaston Jèze établit, lui aussi, en se référant aux « procédés de droit public », et c'est le concept d'une action ou activité caractérisée par son régime, que, tout en employant très rarement, voire même jamais, le terme « administration » (au sens d'activité) pour la désigner, il mettait, lui aussi, à la base du système du droit administratif. La similitude essentielle est également très forte entre les définitions homologues qui se réfèrent — du moins en fait, pour Gaston Jèze — à l'administration : cela résulte de la seule présence de l'élément « procédés de puissance publique », puis « régime administratif » dans les définitions vedéliennes, — on se souvient que cet élément constitue à lui seul la définition de 1958, qui se rapproche ainsi

(14) Régime et procédés étant en fait synonymes, il s'ensuit que l'allègre, virulente et célèbre charge de Maurice Hauriou contre les écrits de Gaston Jèze, présenté comme l'enfant terrible, c'est-à-dire l'extrémiste, de l'« école du service public » — « Puissance publique et service public » (Préface de la 11^e édition du *Précis de Droit administratif*) — est largement dénuée de fondement ; les « procédés juridiques », les « moyens » font partie de la notion jézienne, accolés au « but » de l'action.

Maurice Hauriou l'avait d'ailleurs bien reconnu : « ... Le procédé de droit public (dont parle l'école du service public) se ramène donc à un certain emploi de la puissance publique ». Mais comme de juste, il voulait voir dans la place faite à ce « moyen » un « aveu » de Gaston Jèze, un moyen de sortir de l'« impasse » dans laquelle sa fougue finaliste intransigeante l'aurait jeté.

considérablement de la conception jézienne, laquelle ne contient, en effet, pas en tout cas explicitement, d'élément de nature organique spécifique (v. sur le sens de cette épithète l'Appendice I, *supra*, p. 1430) — à la différence de la définition vedélienne de 1954. Signifiées par des expressions différentes, la notion jézienne et la notion vedélienne sont-elles tout-à-fait identiques, ou partiellement divergentes ? Il semble difficile de répondre à cette question de façon sûre et catégorique. A première vue, on est tenté de dire que Gaston Jèze, lorsqu'il parlait de « procédés de droit public », ne pensait guère — au nom de l'idée-maîtresse, selon lui, du droit public, fondement inspirateur et justificatif de ses règles : l'idée de la prévalence de l'intérêt public ou général sur les intérêts purement privés — qu'aux prérogatives exorbitantes du droit privé attribuées à l'Administration, alors que Georges Vedel, on le sait, inclut dans le régime administratif aussi bien les « sujétions » pesant sur l'Administration alors qu'elles ne sont pas instituées par le droit privé, c'est-à-dire n'existent pas dans les rapports entre personnes privées. Mais, outre le fait que cette position vedélienne est certainement plus conforme à l'idée qui consiste à caractériser le droit public par le rapport entre le fond de ses règles et celui des règles du droit privé, il paraît bien difficile d'admettre que Gaston Jèze n'ait pas, lui aussi, pensé, en tout cas par la suite et en fait, aux « règles de sujétion », — alors que les trois derniers tomes de ses *Principes généraux du Droit administratif* sont, bien naturellement, consacrés avant tout, aux contrats administratifs, domaine où, à l'époque, les règles « ligotant » l'Administration (pour reprendre l'expression imagée de Jean Rivero) étaient, en matière de conclusion de ces contrats, particulièrement nombreuses et dominantes.

Mais, que ce soit l'un ou que ce soit l'autre, en tout cas le principe de la pensée n'en est pas affecté.

5. — Nous concluons donc que le système vedélien ne diffère pas dans son essence de la « doctrine du service public », telle qu'elle avait vraiment pris forme pour le droit administratif dans l'œuvre de Gaston Jèze.

Et aussi bien, pour l'un comme pour l'autre, le droit administratif est formé exclusivement des règles « autonomes », c'est-à-dire différentes de celles du droit privé, qui s'appliquent aux services publics, disait Jèze, à l'administration et à l'Administration, dit Georges Vedel, à l'exclusion de celles qui sont empruntées au droit privé, ou identiques en fait aux règles de celui-ci.

On objectera peut-être que Jèze n'incluait pas dans sa définition du service public administratif l'idée d'activité d'exécution des lois. A cette objection, on répondrait sans hésiter que, pour lui, ce caractère allait certainement de soi. Mais on admettra volontiers que l'absence de mention expresse de cet élément pourrait bien tenir aussi au fait qu'en définissant le droit administratif comme le droit des services publics sans plus — alors qu'il admettait l'existence d'un « service public législatif » (ou : de la législation) — Gaston Jèze s'interdisait psychologiquement de mettre en relief le caractère exécutif des services publics administratifs. C'est certainement de sa part une erreur que de n'avoir pas distingué, clairement et rigoureusement, parmi les principes ou règles du droit positif qu'il se proposait d'exposer systématiquement, celles qui pouvaient être considérées comme concernant pareille-

ment les tr
administrati
sans distinct
deux de ces
publics adm

Il reste en
public — il
comme notie
référence à u
tionnelles de
inférence. Or
tutionnelle l
cause profon
été son échec
« crise », com
perdue aujour
et sa motiva
Georges Vedel
et une supér
ce que nous
avis il s'agit l
touchant l'un
pèse d'un gra

6. — Si l'o
n'ait pas épr
différences, e
faudra sans d
premier plan
bases constitu
(v. App. I, su
de ses définitio

7. — On s
même clairem
et du critère,
la critique qu
de droit publi

(15) V. cepen
« ... on a quelqu
et « régime de
bien Gaston Jèze

Personnellem
droit public » su
équivoques que
(ces équivoques
notion et de ce
administratives)

ment les trois catégories de services publics admises par lui — législatif, administratifs, juridictionnels — autrement dit tous les services publics sans distinction et celles qui ne pouvaient certainement se rapporter qu'à deux de ces catégories, ou bien à une seule, en particulier aux seuls services publics administratifs.

Il reste enfin que, pour établir le bien-fondé de l'appel à la notion de service public — il aurait dû spécifier : à la notion de service public administratif — comme notion-maîtresse du droit administratif, Gaston Jèze ne faisait pas référence à un texte de droit constitutionnel, à un article des lois constitutionnelles de 1875 où il aurait cru la trouver, au moins implicitement et par inférence. On a dit que Georges Vedel voyait dans ce manque de base constitutionnelle le défaut le plus grave de ce système et la véritable cause, la cause profonde, irrémédiable, suffisante à elle seule, de ce qu'il estime avoir été son échec, rationnellement inévitable (il baptisait cet échec simplement « crise », comme c'était l'habitude à l'époque, et elle n'est pas complètement perdue aujourd'hui malgré son caractère peu satisfaisant). La condamnation et sa motivation sont-elles justes ou non ? La position contraire prise par Georges Vedel constitue-t-elle vraiment, comme il n'en doute pas, un atout et une supériorité pour son système ? Nous avons suffisamment indiqué ce que nous pensons de la réponse à cette question. Il en résulte qu'à notre avis il s'agit là d'une différence d'ordre formel ou méthodologique importante, touchant l'une des prémisses du système vedélien, et que cette différence pèse d'un grand poids sur l'appréciation de la vérité de ce système.

6. — Si l'on veut se demander comment il se fait que Georges Vedel n'ait pas éprouvé le sentiment de la parenté très profonde, en dépit des différences, entre son système et la « doctrine du service public » (15), il faudra sans doute répondre que cela tient d'abord au fait qu'il a placé au premier plan de ses préoccupations le problème, de nature formelle, des bases *constitutionnelles* ; d'autre part à son affirmation erronée à notre avis (v. App. I, *supra*, n° 6) de la nature organique ou principalement organique de ses définitions.

7. — On s'explique mal d'autre part comment, ne distinguant pas lui-même clairement et catégoriquement les deux problèmes de la définition et du critère, Georges Vedel a pu adresser au « système du service public » la critique qu'en disant que « le service public est caractérisé par un régime de droit public », il ne ferait que « répondre à la question par la question »,

(15) V. cependant ce passage qui rend assez singulier le fait relevé au texte : « ... on a quelquefois employé comme synonymes les termes « régime de droit public » et « régime de puissance publique » (E. D. C. E., 63, n° 51) — « On », c'est aussi bien Gaston Jèze que ... Georges Vedel lui-même (en 1954 surtout).

Personnellement, nous donnerions la préférence au « procédé » ou « régime de droit public » sur le « procédé » ou « régime de puissance publique », en raison des équivoques que celui-ci a entraînées chez un juriste aussi lucide que Georges Vedel (ces équivoques se manifestent plus clairement avec l'extension de cette dernière notion et de ce dernier terme des « prérogatives » aux « sujétions » spécifiquement administratives).

puisqu'en effet « on ne demandera généralement si une activité est un service public que pour savoir si elle est soumise à un régime de service public » (E. D. C. E., 23¹, n° 4). La formule « si elle est » est dangereuse, — on le voit ; il aurait été préférable de dire « si elle *doit être* » : le problème n'est en effet pas de constatation — il n'en serait alors pas réellement un —, mais de décision normative, ... pour le juge, en dernière analyse, s'il y a contestation. Quand on a fait cette rectification, il apparaît : 1° que Georges Vedel, lui aussi, donne de l'administration essentiellement, et surtout proclamait vouloir en donner, une « notion de régime » (ce qu'il fait effectivement, on l'a vu, avec sa « définition 1958 ») et 2° que Gaston Jèze, lui, distinguait fort bien et fort correctement nos « deux problèmes », n'ignorait nullement le second, et y proposait une réponse en elle-même parfaitement claire ; il posait en effet la question : mais sur quoi, en cas de doute ou incertitude, du fait de l'état du droit légiféré, le juriste va-t-il se fonder pour décider si une activité relève juridiquement, c'est-à-dire doit être traitée comme relevant du « régime de droit public » ? Et il répondait : c'est l'intention du législateur — à rechercher — qui est, pour le juge (en dernière instance) ou pour l'« homme de doctrine » qui essaie de l'aider et guider — le facteur, et le seul facteur de décision (le seul, ... pour marquer son opposition à la thèse réellement insignifiante d'un pseudo-objectivisme sociologique de Léon Duguit). Telle quelle, cette réponse est dépourvue de la moindre valeur pratique, de façon très générale, — parce que le législateur, ne s'étant pas posé la question en ces termes n'a pas eu, ne peut avoir eu intention ou volonté relative à sa solution. Mais en fait, on s'aperçoit que réellement elle est très proche de ce que la majorité des auteurs nomment le système des « faisceaux d'indices », et qui a du moins une réelle consistance.

En définitive, Gaston Jèze est absolument exempt du péché de solidarisation de deux problèmes différents, successifs, indépendants, que l'on peut au contraire reprocher à Georges Vedel ; il a parfaitement vu, même s'il ne l'a pas posée en termes abstraits, il a en fait appliqué la distinction entre notion essentielle de l'administration, c'est-à-dire — selon lui — des actes et rapports administratifs à régime de droit public, et critère de ces mêmes données.

3° — Maurice Hauriou.

8. — Nous serons beaucoup plus brefs sur cette troisième confrontation, — parce que Georges Vedel se réclame, d'une façon générale, de l'esprit de l'œuvre et des positions de Maurice Hauriou, en tant qu'administrativiste en tout cas.

Nous dirons simplement que ce dernier professait — et il le rappelait tout particulièrement dans la fameuse *Préface* de la 11^e édition de son *Précis de Droit administratif* — « Puissance Publique et service public » — que la première de ces deux notions était la notion vraiment fondamentale du Droit administratif ; mais, avec lucidité et conséquence, très généralement il l'entendait exclusivement comme un ensemble de pouvoirs ou prérogatives appartenant à l'Administration, c'est-à-dire qu'il n'incorporait pas à cette notion les « sujétions » qu'y a incluses Georges Vedel (qui croit adopter sur ce point une idée qu'aurait mise en lumière J. Rivero dans son article « Existe-t-il un

critère du droit a
celui-ci n'a pas acc
— avec raison).

De Maurice Ha
claire : « Il y a ge
ration dans les mêm
aux règles du droi
spéciaux qu'elle tien
est de nous).

Par ce dernier tra
s'écarte donc très s
Maurice Hauriou.
être à son avantage

critère du droit administratif ? » in cette *Revue*, 1953, pp. 279-296, mais celui-ci n'a pas accepté cette interprétation ou cette utilisation de ses vues, — avec raison).

De Maurice Hauriou, il suffira de citer cette proposition parfaitement claire : « Il y a gestion privée lorsque l'Administration accomplit une opération dans les mêmes conditions qu'un simple particulier, en se soumettant aux règles du droit privé, et *en faisant abstraction des droits et prérogatives spéciaux qu'elle tient de la puissance publique* » (12^e éd., p. 1064. — Le souligné est de nous).

Par ce dernier trait, le « système du régime administratif » de Georges Vedel s'écarte donc très sensiblement du « système de la puissance publique » de Maurice Hauriou. Comme nous l'avons expliqué, cela ne nous paraît pas être à son avantage.