

## NOTES DE JURISPRUDENCE

---

SOMMAIRE. — I. 1. De l'utilité pratique des études théoriques de jurisprudence. Rôle du théoricien dans l'examen des arrêts des tribunaux. — 2. Du retrait de l'acte-condition régulier. — 3. La suppression d'un service public et les conséquences juridiques de cette suppression.

II. — *Analyse de notes de jurisprudence.*

### § 1

*De l'utilité pratique des études théoriques de jurisprudence pour l'élaboration et le développement de la science du droit public. Rôle du théoricien dans l'examen des arrêts des tribunaux.*

L'étude attentive, continue, de tous les arrêts de la jurisprudence s'impose à quiconque a l'ambition de dégager, des lois, règlements, pratiques administratives et arrêts des tribunaux, les *principes juridiques* qui dominent l'ensemble des institutions du Droit administratif français : moyens de la technique juridique (situations juridiques, actes juridiques, théorie des nullités, retrait des actes juridiques, autorité de la chose jugée, etc.); théorie du procédé du service public, par opposition au procédé du droit privé; théorie générale de la fonction publique; théorie générale du domaine; moyens juridiques pour assurer la création, l'organisation, le fonctionnement régulier des services publics (recours, théorie de la responsabilité, etc.).

En effet, la plupart de ces principes ne sont formulés nulle part en termes exprès; il n'y a point — fort heureusement

pour le développement du droit public français — de Code administratif. Les arrêts de la jurisprudence et, en particulier, les décisions du Conseil d'Etat ou du Tribunal des Conflits appliquent ces principes latents, sans les proclamer expressément. Le laconisme des arrêts du Conseil d'Etat a une réputation bien méritée. A tort ou à raison, le Conseil d'Etat se borne le plus souvent à donner au litige porté devant lui une solution, d'ordinaire excellente, sans la justifier longuement; il affirme plus qu'il ne discute. D'une manière générale, le Conseil d'Etat juge très bien; peu de tribunaux au monde rivalisent avec notre haut tribunal administratif pour l'impartialité de ses décisions et la prudente hardiesse de ses innovations. Et peut-être cette hardiesse n'est-elle possible que parce que le Conseil d'Etat, en s'abstenant de donner à ses solutions la base d'une théorie générale, se réserve de changer sa jurisprudence, de la retoucher, si l'expérience fait apparaître des dangers ou des inconvénients.

Quoi qu'il en soit, il n'y a pas, actuellement, d'étude théorique possible sans un examen approfondi de la jurisprudence administrative. Voilà pourquoi les arrêts du Conseil d'Etat et les décisions du Tribunal des Conflits doivent former la base sinon exclusive, du moins prépondérante, de toute théorie de droit public. Il faut dire quelle collaboration précieuse apportent au théoricien les admirables dissertations juridiques écrites, sous la forme modeste de conclusions, par les commissaires du gouvernement près le Conseil d'Etat. Pour ma part, je veux reconnaître ce que je dois à ces savants jurisconsultes, et, pour ne citer que quelques-uns de ceux qui ne concluent plus, à MM. Laferrière, Romieu, Teissier.

## I

Le Droit d'un pays est l'ensemble des règles — qu'on les juge bonnes ou mauvaises, utiles ou néfastes — qui, à un moment donné, dans un pays donné, sont *effectivement* appliquées par les *praticiens* et par les *tribunaux*. Tout exposé théorique qui s'écarte de cette définition est, à mon avis, très critiquable : c'est une œuvre d'imagination, un roman écrit par un juriste, — le pire dans le genre ennuyeux, monument d'orgueil, et d'inutilité certaine. Au lieu de *règles ayant une valeur et une force sociale*, on y trouve des préceptes qui n'ont

d'autre appui que les préférences personnelles de celui qui les formule, d'autre fondement que son sentiment subjectif de la justice.

Il n'y a pas de justice absolue ; il faut donc éviter d'en parler comme d'une chose connaissable et connue. Le *droit naturel absolu* est une chimère. La justice est ce que les hommes *d'une époque donnée, dans un pays donné*, croient juste. Vérité en deçà des Pyrénées, erreur au delà. Dans un pays donné, à une époque donnée, le *Droit* est donc l'ensemble des règles de conduite sociale que la majorité des hommes de ce pays et de cette époque estiment justes et socialement utiles.

Un ouvrage de droit doit contenir l'exposé des règles que le législateur, l'opinion publique des juristes et, en particulier, l'opinion des tribunaux, déclarent, dans un pays donné, à un moment donné, être justes et utiles. Le rôle du théoricien est, *avant tout*, quel que soit son avis personnel, de dégager ces règles, de les classer, de leur donner une forme claire et précise. Il doit aussi expliquer leurs origines, montrer leur développement historique sous la pression des faits sociaux, économiques, politiques. Toute théorie juridique qui n'a pas pour point de départ l'observation minutieuse, attentive des faits, des arrêts, et qui n'en est pas la synthèse exacte et adéquate est dénuée de valeur. La parfaite conformité aux faits est le critérium des théories. Voilà pourquoi les théories doivent se transformer avec les changements qui se produisent dans la mentalité des hommes, dans la technique industrielle, dans l'organisation des forces politiques ou sociales. C'est un point qui ne doit jamais être perdu de vue, que le Droit n'est pas un recueil de formules pour la solution de problèmes de mathématiques et de logique pure. Le théoricien ne doit jamais oublier que le Droit sert à résoudre des problèmes sociaux, économiques, politiques, et c'est la vie qui les pose. Il n'a pas à imaginer des espèces. C'est la vie qui les lui apporte avec toute la complexité, avec tous les conflits d'intérêts, de passions qui forment la trame des sociétés humaines.

## II

Est-ce à dire que le théoricien n'ait pas autre chose à faire qu'à recueillir des faits, des arrêts, à les classer, à les expli-

quer ? Je ne le crois pas. C'est une partie essentielle, capitale de sa besogne. Ce n'est pas la seule.

Il reste à faire la *synthèse critique*. J'entends par là qu'il appartient au théoricien non seulement de montrer, sous l'apparente diversité des solutions de détail, les *principes* dont ils ne sont, en réalité, que des applications, mais encore de rechercher dans quelle mesure tel ou tel principe pratiqué dans un pays donné, à un moment donné, est en conformité avec les autres principes juridiques, et correspond au sentiment de justice *relative* de l'époque et du milieu, aux besoins sociaux, économiques, politiques.

Cette *synthèse critique* est une partie très délicate de la tâche du théoricien ; c'est celle pour laquelle les chances d'erreur sont infiniment grandes : on verse facilement dans l'apologétique béate ou dans le dénigrement systématique, hargneux et passionné. La tentation est grande d'affirmer comme besoins véritables, réels du pays, comme expression de l'idée relative de justice, des sentiments purement subjectifs, personnels, des préjugés de classe. C'est, dans toute construction juridique, la partie faible. Nul ouvrage n'échappe complètement à cet écueil redoutable, et nul, malgré ses efforts, ne peut avoir l'outrecuidance d'affirmer qu'il y échappe absolument.

Quels que soient ses risques, cette besogne de synthèse critique doit être faite ; elle est très *suggestive*. Les erreurs commises ne sont pas sans profit : en les corrigeant, souvent un autre théoricien se rapprochera de la vérité, je veux dire d'une appréciation plus correcte de l'idée *relative* de justice et de l'utilité sociale, économique, politique du moment et du milieu.

### III

A tous ces points de vue, la mission du théoricien vient compléter celle du praticien. Sans doute, la théorie est d'abord la systématisation des données de la pratique. Il n'y a pas, il ne peut pas y avoir d'opposition entre la théorie et la pratique : encore une fois, toute théorie qui ne cadre pas avec les faits porte en elle-même sa condamnation, son germe de mort.

Mais dans ce travail de systématisation, l'avantage du théo-

ricien sur le praticien paraît certain. Le théoricien a l'esprit plus libre, il a plus de loisirs, il a aussi plus de moyens scientifiques, plus d'expérience, pour connaître un plus grand nombre de faits, pour les analyser plus exactement, pour rechercher leur influence et déterminer leur importance véritable.

Le travail du juge et du praticien n'est pas systématique : il est forcément fragmentaire et décousu : ils ont à décider sur des foules d'espèces différentes ; c'est le hasard qui les porte devant eux ; faute de temps, il leur est très difficile de faire un classement méthodique, de tenter des rapprochements nécessaires et féconds. Sans doute, comme le théoricien, ils subissent l'influence du milieu social, économique et politique ; mais il leur est plus difficile de connaître dans quelle mesure il convient d'y céder.

Le savant, au contraire, en recherchant les origines d'une règle sociale, en suivant l'interprétation qu'elle a reçue au cours des temps, en déterminant exactement les causes qui ont influé sur la règle et en ont amené la modification, peut, mieux que le juge, mieux que le praticien, dégager le sens dans lequel s'oriente et doit s'orienter tel ou tel principe juridique. De plus, le théoricien est conduit à revêtir les idées qui sont « dans l'air » de formules plus précises et plus exactes ; cela peut contribuer à donner à ces idées une force, une énergie, une efficacité nouvelles ou, au contraire, à en accuser la faiblesse et à en hâter la disparition.

La démonstration la plus manifeste du rôle du théoricien qui s'appuie sur l'observation des faits et l'étude des arrêts de jurisprudence, et de son influence sur la formation et le développement du Droit nous est fournie en France par l'exemple du grand jurisconsulte Edouard Laferrière. C'est une stupéfaction et un émerveillement !

Que l'on considère ce qu'était le Droit administratif français avant que Laferrière eût écrit son *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* (1<sup>re</sup> édition, 1886). Sans exagération aucune, c'était, pour la partie juridique proprement dite, le chaos, un amas plus ou moins confus de solutions incohérentes, arbitraires, de pratiques empiriques, souvent injustifiables et injustifiées. Ceux qui les connaissaient étaient rares, et ils s'enorgueillissaient de leur savoir. Orgueil déplacé : lorsqu'ils se sont hasardés à écrire un livre pour exposer ces solutions, leur ouvrage —

quel que fût le nombre des volumes, — a apparu comme un recueil indigeste, un fatras vide d'idées et de faits. Ainsi s'est établie, dans les esprits de ceux qui ont étudié le droit administratif avant les années 1890, une conviction difficile à détruire : c'est que le Droit administratif est une branche du droit, obscure, dont la connaissance suppose plus de mémoire que d'intelligence, sur laquelle on ne peut écrire qu'à coup de textes (1).

Enfin Laferrière vint, et le premier, en France, essaya d'apporter de l'ordre et de la méthode, d'expliquer les solutions de la pratique ; son immense mérite a été de chercher les *idées générales*, les *principes généraux* qui se trouvent derrière toutes ces solutions. Le grave défaut de Laferrière a été de faire l'*apologétique* des principes, plutôt que d'en présenter l'explication impartiale.

Laferrière a eu de nombreux disciples, dont les travaux remarquables ont, en quelques années, fait réaliser à la science du Droit administratif français des progrès prodigieux. C'est à Laferrière qu'il faut reporter l'honneur d'avoir provoqué les traités vraiment scientifiques dont la France actuelle peut être justement fière.

Et voilà démontrée par les faits la grande utilité des études de jurisprudence.

Comme il arrive souvent aux précurseurs, Laferrière a été rapidement dépassé. De son admirable livre, bien peu de chapitres ont été respectés par l'évolution des idées et ont résisté à la critique. Ceci fait que, malgré la grande originalité de ce livre, il a été impossible de le remettre au point et d'en publier plus qu'une deuxième édition (2), rapidement épuisée.

Mais le prestige de Laferrière, aujourd'hui encore, reste éclatant. Le Conseil d'Etat ne jure que par Laferrière, même lorsqu'il s'écarte de ses idées. On pourrait citer des cas dans lesquels des commissaires du gouvernement, en invoquant l'autorité de Laferrière, ont demandé au Conseil

(1) Encore en 1913, la Faculté de droit de Paris adoptait un rapport sur les compositions écrites dans les examens de licence, concluant à l'exclusion du Droit administratif, par le motif qu'il est impossible de faire une dissertation sur cette matière sans un recueil de textes !

(2) Deuxième édition, 1896.



d'Etat de consacrer des solutions en opposition absolue avec les idées développées par le savant juriste. Touchant hommage à une mémoire illustre dont le nom restera toujours lié à l'histoire de notre haut tribunal administratif dont il inspira la jurisprudence et qu'il présida pendant de longues années!

C'est l'étude attentive de la jurisprudence du Conseil d'Etat qui a amené les théoriciens à abandonner les théories de Laferrière.

#### IV

Trois idées maîtresses dominaient la jurisprudence administrative française à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, et c'est le très grand mérite de Laferrière de les avoir nettement dégagées de la masse des arrêts du Conseil d'Etat, d'avoir trouvé les formules lapidaires qui les exprimaient.

C'était d'abord la distinction des actes administratifs en *actes d'autorité ou de puissance publique et actes de gestion*.

C'était ensuite le principe de *l'irresponsabilité de l'Etat en tant que souverain ou faisant des actes de puissance publiques*.

C'était enfin le principe de *l'indépendance de l'administration active vis-à-vis des tribunaux*, non seulement des tribunaux judiciaires, mais même vis-à-vis des tribunaux administratifs.

Le jour où, grâce à la synthèse faite par E. Laferrière des arrêts des tribunaux, ces trois grandes idées ont été bien connues, où l'on en a bien compris toute l'importance pratique, il a été possible de les soumettre à une analyse minutieuse, de leur faire subir l'assaut d'une critique pénétrante. Le résultat ne leur a pas été favorable. Toutes trois sont sorties vaincues ou diminuées de la redoutable épreuve.

A l'examen, ces trois dogmes, appliqués quotidiennement par les tribunaux et dont E. Laferrière avait fait l'apologie sans les discuter très sérieusement, ont paru aux théoriciens injustifiables. Ils s'expliquent historiquement; en particulier, le premier et le troisième ont été amenés plus ou moins directement par les événements politiques de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle et du début du XIX<sup>e</sup> siècle. Mais ils paraissent en contradiction absolue avec l'état politique, social, éco-

nomique de la France du début du xx<sup>e</sup> siècle. C'est l'honneur des théoriciens et du Conseil d'Etat, tribunal administratif, de l'avoir compris et d'avoir éliminé peu à peu ces dogmes.

A l'heure actuelle (1914), la théorie des actes d'autorité et des actes de gestion a vécu, et nous assistons aux dernières convulsions du dogme de l'irresponsabilité de l'Etat en tant que puissance publique.

Les théoriciens ont peu à peu démoli et le Conseil d'Etat est en train de ruiner le troisième principe : celui de l'indépendance de l'administration active vis-à-vis des tribunaux. Cette superstition séculaire, explicable dans un régime politique autoritaire, est trop contraire à l'idéal démocratique du règne de la loi, pour durer plus longtemps. La tradition est ancienne et puissante ; aussi le préjugé a-t-il la vie dure. Il faudra toute la science, toute l'application, toute l'habileté, toute la dextérité et la légèreté de main des magistrats rapporteurs et des commissaires du gouvernement près le grand tribunal administratif pour en venir à bout. Mais l'on est en bon chemin. L'œuvre admirable déjà accomplie est le gage des progrès prochains.

## V

Aux dogmes périmés, la jurisprudence du Conseil d'Etat a substitué la notion fondamentale, — essentielle aujourd'hui — du *service public*. Les théoriciens s'attachent à édifier tout le droit public moderne sur cette notion (1).

C'est une révolution véritable.

Le service public est, aujourd'hui, la pierre angulaire du Droit administratif français. Cette notion sert à remodeler toutes les institutions du droit public. La collaboration du Conseil d'Etat et des théoriciens a donné des résultats remarquables dans cette direction ; nul doute que ces efforts parallèles n'aboutissent, en quelques années, à construire un édifice admirable.

Il conviendrait maintenant, pour exprimer ces idées nouvelles, de renoncer à la terminologie courante. Ceci doit, à mon avis, faire l'objet de tous les efforts des théoriciens.

(1) Voyez l'étude du prof. DUGUIT, *Les transformations du Droit public*, 1913.



La terminologie usitée a été empruntée tout entière au droit privé. Cela s'explique. Pendant très longtemps et jusqu'à ces dernières années, le Droit public a consisté en des adaptations de théories civilistes. En d'autres termes, on croyait pouvoir résoudre les problèmes du droit public par les solutions juridiques imaginées pour résoudre les relations entre particuliers. C'était naturel. Qu'on se rappelle qu'en France les problèmes de droit public ont, jusqu'à ces dernières années, été étudiés par des juristes dont la formation juridique intellectuelle avait été exclusivement faite par l'étude du droit privé romain et du droit civil.

On s'en tenait aux apparences : un traité international est un *contrat* ; la concession de service public est un *contrat* ; la nomination d'un fonctionnaire public est un *contrat* ; le fonctionnaire public est le *mandataire* de l'Etat qui est une personne morale. La compétence des agents publics est l'exercice des *droits de puissance publique* qui appartiennent aux personnes morales publiques, etc., etc. On appliquait donc les théories du *contrat civil*, du *mandat civil*, etc., s'en apercevoir qu'en réalité les problèmes de droit public à résoudre étaient tout différents. On s'efforçait de calculer toutes les surfaces (celle du cercle, du triangle, etc.) avec la formule qui donne la surface du carré. Naturellement, les faits résistaient à ces formules : imperturbables, les juristes imbus de théories civilistes imaginaient force fictions, force exceptions à leurs prétendues règles générales tirées du droit civil. Les plus consciencieux complétaient les termes du droit civil par des adjectifs, par des épithètes destinées à faire apparaître que les choses ne se passaient pas identiquement en droit privé et en droit public. Et c'est ainsi que l'on parle encore aujourd'hui de *contrat administratif*, de *mandat de droit public*, de tutelle *administrative*, de propriété *publique*, de *droits de puissance publique*, de l'état de *minorité* des communes et établissements publics, etc.

A cet égard, il y a de sérieux progrès à réaliser. Maintenant que l'on est de plus en plus convaincu qu'à des problèmes *entièrement* différents de ceux du droit civil correspondent et doivent correspondre des théories différentes de celles du droit privé, il conviendrait d'adopter une terminologie moins défectueuse. Il faudrait renoncer à ces expressions de *contrat administratif*, de *mandat de droit public*, de tutelle

administrative, de droits de puissance publique, de propriété publique, etc., puisqu'il est bien entendu que le prétendu contrat administratif ou de droit public diffère essentiellement du contrat de droit privé (1), que le prétendu mandat

(1) Voici un exemple caractéristique. Dans l'affaire *Winkel* jugée le 7 août 1909 par le Conseil d'Etat (*Rec.*, p. 1302), le commissaire du gouvernement M. TARDIEU explique longuement, à propos de la nomination d'un fonctionnaire public, ce qu'on entend par *contrat de droit public* ou *contrat de fonction publique*. Comme on va le voir, les éléments essentiels du contrat font défaut. « Assurément, dit-il, ce n'est pas là purement et simplement le contrat de travail du Code civil. *A la différence de ce qui se passe en droit privé*, les parties ne traitent pas sur un pied d'égalité. L'Etat fixe à son gré, et en vue d'un meilleur fonctionnement possible du service public, les diverses clauses du contrat. Il détermine *seul, sans discussion et sans entente préalable* avec les candidats fonctionnaires, les devoirs et obligations qu'il impose à chaque agent. Il fixe également les avantages qu'il leur accorde, le taux de leurs traitements, les conditions et les qualités de leurs pensions, les règles suivant lesquelles leurs écarts seront réprimés, les peines disciplinaires qu'ils peuvent encourir et la procédure suivant laquelle ces peines seront prononcées, enfin les garanties qui les protégeront contre l'arbitraire. *Non seulement l'Etat fixe seul ces conditions, mais encore il se réserve le droit de les modifier en cours d'exécution. Enfin il reste toujours libre de supprimer le service et, par suite, l'emploi...* C'est cet accord de volontés qui se produit lors de la nomination acceptée par le fonctionnaire, accord générateur d'obligations réciproques, qui constitue ce que l'on appelle le contrat de fonction publique ».

On reste confondu. Comment ! il y a là un *contrat*, alors qu'on prend soin de dire qu'il n'y a *entente préalable sur rien du tout* ! Comment ! il y a accord de volontés *génératrice d'obligations réciproques*, alors qu'on insiste justement sur cette idée fondamentale que tous les pouvoirs et devoirs attachés à la fonction publique sont créés *non pas* par l'accord de volontés, mais par *les lois ou les règlements* qui organisent la fonction ! La vérité, c'est qu'il n'y a pas *contrat*. La mauvaise terminologie s'explique par le souvenir du droit civil : le fonctionnaire ressemble à l'employé de l'industrie privée. Les civilistes qui, les premiers, ont étudié la fonction publique s'en sont tenus à cette apparence, et ils ont voulu appliquer les règles du contrat de louage de services. Cela a donné des solutions déplorables, manifestement mauvaises. Au lieu de renoncer à une adaptation d'une théorie civiliste, au lieu de procéder à une analyse précise permettant de dégager les éléments essentiels du problème juridique, on a persisté à parler du contrat de louage de services, tout en reconnaissant qu'aucune des règles essentielles de ce contrat ne subsiste ! L'emploi du terme contrat n'a certainement pas été étranger aux erreurs commises.

de droit public diffère essentiellement du mandat de droit privé, etc.

Cette terminologie vicieuse est pleine d'inconvénients. Les mots ont une puissance. Ils évoquent des idées. Dans l'esprit du juriste, le mot contrat, par exemple, évoque, par lui seul, toute une série de conséquences; or, il *ne faut pas* les appliquer à l'acte juridique improprement qualifié contrat administratif ou de droit public. On voit les efforts qu'on est obligé de faire pour écarter les confusions et les erreurs que cela amène. Pour réaliser de nouveaux progrès dans la science du droit administratif, il importe de trouver des termes précis, ne prêtant pas à l'équivoque. C'est la condition indispensable des analyses juridiques approfondies sans lesquelles il ne peut y avoir de solution satisfaisante.

C'est aux théoriciens que revient cette tâche.

## § 2

### *Nouvelle contribution à la théorie du retrait des actes juridiques réguliers. Du retrait de l'acte-condition régulier (1).*

De précédentes études (2) ont été consacrées à la question de savoir si un acte juridique qui a appliqué *régulièrement* à un individu un status légal (nomination, révocation d'un fonctionnaire public) peut être *rapporté, retiré*, et quelle est la signification de cette mesure?

Il s'agit aujourd'hui d'élargir le problème et de rechercher si les solutions qui prévalent touchant les actes de nomination, de révocation, d'admission à la retraite, de mise en réforme, etc., doivent être généralisées; *si elles s'appliquent à tous les actes-conditions qui investissent un individu d'un status légal ou réglementaire; si elles s'appliquent à tous les actes-conditions faisant partie d'une opération juridique complexe.*

(1) V. cette *Revue*, 1913, p. 225 et s.

(2) Voyez cette *Revue*, 1908, p. 249 et s.; 1910, p. 52 et s.; 1911, p. 61 et s.; 1913, pages 271 à 279.

## I

*Dans quelle mesure un acte-condition qui investit un individu d'un status légal ou réglementaire peut-il être retiré ?*

Ces actes sont très nombreux. Fréquentes sont, en effet, en droit public français, les hypothèses dans lesquelles l'administration est appelée à donner des *autorisations*, des *permissions*, condition pour qu'une activité individuelle puisse régulièrement s'exercer : autorisation de bâtir, autorisation pour ouvrir, exploiter un établissement dangereux, incommode ou insalubre, autorisation pour ouvrir un bureau de placement payant, autorisation pour fonder un établissement d'aliénés, autorisation de faire une inhumation dans une propriété privée, permis de chasse, etc. Ces cas étaient autrefois encore plus nombreux : autorisation pour publier un journal, pour fonder une imprimerie, pour exercer la profession de colporteur, pour tenir une réunion publique, pour former une association de plus de vingt personnes, pour ouvrir un débit de boissons, etc. (1).

Toutes ces *autorisations*, *permissions*, *concessions*, *licences*, — quel que soit le nom que la pratique leur donne, — sont des actes-conditions dont le mécanisme est très facile à comprendre.

Il est des circonstances de fait, où, d'après les idées du moment, la libre activité d'un individu ou d'un groupe d'individus est considérée comme de nature à compromettre gravement la sécurité, la tranquillité, la salubrité publiques, ou, d'une manière plus générale, à constituer un péril social, selon les conditions dans lesquelles cette activité s'exercera. C'est pourquoi, avant toute manifestation de cette activité, les agents publics sont appelés par la loi à examiner les conditions dans lesquelles cette activité va se produire et l'influence probable de cette activité sur la sécurité, la tranquil-

(1) Je laisse de côté les *autorisations d'occupation temporaire du domaine public*. Il est très probable que ce ne sont pas des actes-conditions ; ces autorisations n'investissent le bénéficiaire d'aucun *status* légal ou réglementaire ; il semble bien que ce soient des actes *unilatéraux créateurs* de situation juridique *individuelle* : l'individu bénéficiaire est créancier d'une *obligation de faire* ou de *ne pas faire*, à la charge d'un patrimoine administratif.

lité, la salubrité publiques, ou, d'une manière plus générale, sur le corps social.

Ceci posé, le mécanisme juridique est le suivant (1) :

1° Une interdiction générale est adressée aux individus d'exercer leur activité dans un certain sens : interdiction de chasser, interdiction d'inhumer dans les propriétés particulières, interdiction d'exploiter des établissements dangereux, incommodes ou insalubres, interdiction d'ouvrir un bureau de placement payant, etc., etc.

2° Toutefois, les agents publics reçoivent le pouvoir de lever cette interdiction, après avoir constaté que le corps social ne court aucun danger dans le cas particulier, ou moyennant l'observation de certaines précautions prises dans le cas particulier.

L'*autorisation*, *permission*, *concession*, *licence*, délivrée par les agents publics, est donc la *condition* pour qu'un individu soit soustrait au régime juridique *impersonnel* de l'*interdiction* d'activité et placé sous le régime juridique *impersonnel* de la *liberté* d'agir. Ce sont des *actes-conditions*.

Les individus qui ont obtenu la permission, l'autorisation, la concession, la licence, sont investis d'un *status légal* : ils ont la *liberté générale, impersonnelle* d'agir *comme si l'interdiction n'existait pas*. Ils ne sont pas dans une situation juridique *individuelle* : encore une fois, l'autorisation ne crée pas de situation juridique *individuelle* : elle *applique* à un individu un *status légal*. *L'autorisation ne crée rien par elle-même*. Pour l'individu qui l'a obtenue, l'effet juridique produit est le suivant : au régime *légal* de l'*interdiction* est substitué le régime *légal* de la *liberté*. De l'autorisation découle donc simplement la *possibilité* d'agir, de se livrer à une certaine exploitation.

Le fait que cette possibilité d'agir peut s'évaluer en argent, a une valeur pécuniaire, ne change pas la nature juridique de l'autorisation : c'est un *acte-condition*.

Appliquons maintenant à ces actes-conditions les solutions exposées plus haut, pour les nominations, révocations, etc., touchant les actes qui *retiennent, rapportent* l'acte-condition régulièrement accompli, l'autorisation, la permission, la licence, la concession *régulièrement* accordée. En réalité, quel

(1) Cpr. *ma* note dans cette *Revue* 1904, p. 270 et s.



que soit le nom donné à *l'acte de retrait*, la manifestation de volonté qui rapporte l'autorisation est un acte qui prétend désinvestir l'individu du *status légal* que l'autorisation lui avait appliqué. Il suit de là :

*1<sup>re</sup> conséquence.* — L'acte de retrait d'autorisation doit être accompli par les agents, dans les conditions, dans les formes etc., déterminés par les lois et règlements pour désinvestir l'individu du genre de *status* qui lui avait été appliqué par l'autorisation. Il se peut que ces agents, conditions, formes, etc., soient les mêmes que pour l'autorisation ; il se peut aussi qu'ils ne soient pas les mêmes. *Et le plus souvent, ils ne seront pas les mêmes* ; en effet, le bénéfice du *status* exceptionnel une fois obtenu par l'autorisation, l'individu ne manquera pas de faire des dépenses, parfois considérables : construction d'une maison, ouverture d'une usine, etc. On comprend dès lors que le législateur entoure de garanties l'acte qui va remplacer l'individu dans le régime juridique de l'interdiction et qui, par suite, va peut-être rendre inutiles les dépenses faites.

Prenons des exemples.

*1<sup>er</sup> exemple. Retrait d'un permis de chasse.* — Un permis de chasse a été délivré *régulièrement* à un individu. L'acte de retrait du permis de chasse n'est pas autre chose qu'un acte plaçant *obligatoirement* un individu sous le régime juridique général de l'interdiction de chasser. Or la loi du 3 mai 1844 (art. 5, 6, 7, 8, 18) énumère limitativement les cas dans lesquels un individu est *obligatoirement* soumis au régime juridique de l'interdiction de chasser ou peut être maintenu sous ce régime, et ce sont les préfets et sous-préfets, les tribunaux répressifs qui, selon les cas, prennent la décision. Donc sera juridiquement valable tout acte de retrait d'un permis de chasse se produisant dans les cas et conditions limitativement énumérés où la loi permet ou ordonne aux agents publics de refuser le permis de chasse. En dehors de ces cas et conditions, l'acte de retrait serait nul.

*2<sup>e</sup> exemple. Retrait de l'autorisation d'ouvrir, d'exploiter un établissement dangereux, incommodé ou insalubre.* — Un arrêté préfectoral a donné, dans les formes légales, l'autorisation d'ouvrir un établissement dangereux (Décret du 25 mars 1852). Le préfet peut-il ultérieurement *retirer, rapporter* l'acte d'autorisation ? L'acte de *retrait* n'est pas autre chose qu'un acte



ordonnant la *fermeture définitive* de l'établissement, la *cessation définitive* de l'exploitation. Or, aux termes de l'art. 12 du décret-loi du 15 octobre 1810, « en cas de graves inconvénients pour la salubrité publique, la culture ou l'intérêt général, les fabriques et ateliers de première classe pourront être *supprimés* en vertu d'un *décret rendu en notre Conseil d'Etat*, après avoir entendu la police locale, pris l'avis des préfets, *reçu la défense des manufacturiers ou fabricants* ». Serait donc nul un arrêté *préfectoral retirant, rapportant* l'autorisation accordée (1).

2<sup>e</sup> *conséquence*. — En supposant que l'acte de retrait de l'autorisation soit régulier, son effet juridique ne se produit que *pour l'avenir* : l'individu cesse, *pour l'avenir*, d'être investi du status de la libre activité ; c'est *pour l'avenir seulement* qu'il est replacé sous le régime de l'interdiction. En conséquence, les actes, agissements accomplis par le bénéficiaire d'une autorisation jusqu'au jour de la notification de l'acte de retrait sont réguliers ; les situations juridiques créées ou amenées par ces actes sont des situations régulièrement créées ou amenées. L'acte de retrait ne peut pas les toucher, les modifier *dans le passé*. Prenons des exemples :

1<sup>er</sup> *exemple*. — Un individu a obtenu l'autorisation d'ouvrir un établissement dangereux. De fait, il a construit une usine, a exploité, embauché des ouvriers, passé des marchés avec les tiers. Ultérieurement l'autorisation est retirée. L'effet du retrait sera de rendre *illicite, pour l'avenir*, l'exploitation de l'industrie. L'exploitation, jusqu'à ce moment, a été *licite* ; *désormais* elle devient illicite. *A partir de l'acte de retrait, l'usine devra donc être fermée, l'exploitation devra cesser*.

(1) C. d'E. 26 décembre 1891, *Sohier, Rec.*, p. 787 : « Si cet établissement... pouvait être supprimé, cette suppression, aux termes de l'art. 12 du décret du 15 octobre 1810, ne pouvait être prononcée que par un décret rendu en C. d'E. ; le préfet... n'a donc pu, sans excéder la limite de ses pouvoirs, prononcer cette fermeture à titre définitif... ». C. d'E. 16 février 1912, *Plantain, Rec.*, p. 217 : « En cas d'inexécution des conditions imposées pour le fonctionnement d'un établissement insalubre, le droit du préfet se borne, après avoir mis en demeure l'industriel d'avoir à se conformer aux clauses de l'acte d'autorisation, à lui enjoindre de suspendre *provisoirement* son exploitation, tant qu'il n'aura pas satisfait ou qu'il ne se sera pas engagé à satisfaire aux dites conditions. Par l'arrêté attaqué, le préfet... a entendu prononcer, *à titre définitif*, la fermeture de l'établissement... ; en cela il a excédé ses pouvoirs... »

Insistons sur ce point. Il ne faut pas dire que, l'acte de retrait n'ayant d'effet que pour l'avenir, puisque l'usine a été ouverte *régulièrement*, l'industriel peut continuer l'*exploitation existante* qui a été régulièrement ouverte, et que le retrait de l'autorisation empêche seulement l'industriel *d'étendre* son exploitation, d'ouvrir de *nouveaux* bâtiments, etc. Le retrait de l'autorisation désinvestit *pour l'avenir* l'industriel du status de la libre activité ; il le replace, *pour l'avenir*, sous le régime de *l'interdiction d'exploiter* : cette interdiction s'applique *évidemment* aux établissements industriels régulièrement créés et ouverts. Ce sont là des conséquences très graves, sans doute : et c'est justement pour ce motif que l'acte juridique de retrait de l'autorisation ne doit pas être pris à la légère, mais doit être entouré de garanties. Ces formalités ont pour objet de faire apparaître la nécessité, pour le corps social, de mettre fin à une exploitation dangereuse. Lorsque le retrait est intervenu dans les formes légales et suivant la procédure légale, la présomption est que l'intérêt général exige le sacrifice de l'intérêt particulier de l'industriel : il ne peut pas y avoir d'hésitation sur les conséquences juridiques à déduire de l'acte de retrait. L'établissement, bien que régulièrement ouvert, doit *pour l'avenir* cesser de fonctionner.

2° *exemple*. — Un permis de chasse a été délivré. Ultérieurement, le permis est retiré, rapporté. *Désormais*, l'individu est remplacé sous le régime de l'interdiction de chasser. *Pour l'avenir*, il lui est interdit de chasser ; mais il est bien évident que les faits de chasse accomplis avant le retrait sont licites, et que le retrait du permis n'a pas pour effet de rendre illicites les faits de chasse accomplis antérieurement.

## II

*Dans quelle mesure un acte-condition faisant partie d'une opération juridique complexe peut-il être retiré ?*

Il arrive très souvent qu'un acte-condition fasse partie d'une opération juridique complexe. Par exemple, la délibération du conseil municipal autorisant le maire à passer un contrat, l'arrêté préfectoral approuvant cette délibération, sont des actes-conditions faisant partie d'une même opération juridique complexe.

L'acte-condition, *régulièrement accompli par un agent administratif* au cours d'une opération juridique complexe, peut-il être *retiré, rapporté* ?

Quelle est la signification de cette mesure, *dans l'esprit de son auteur* ?

La volonté de l'agent administratif qui retire, qui rapporte l'acte-condition est de *remettre les choses en l'état comme si l'acte-condition n'avait jamais été accompli*. Dans l'exemple qui précède, le conseil municipal qui retire, qui rapporte la délibération autorisant le maire à passer le contrat, le préfet qui retire, qui rapporte l'arrêté d'approbation, ont la volonté que le contrat ne puisse pas être passé, ou, s'il a été passé, qu'il ne puisse pas être exécuté. Cela est-il *juridiquement* possible ?

I. — Pour résoudre la question, il faut rechercher quel est, au moment du retrait, l'effet juridique *déjà* amené par l'acte-condition faisant partie d'une opération juridique complexe. L'acte-condition faisant partie d'une opération juridique complexe a pour effet juridique *immédiat* de rendre *régulier* l'exercice, dans tel cas particulier, d'une compétence générale dont un individu est déjà investi. La délibération du conseil municipal, l'arrêté préfectoral, l'approbation rendent régulier l'exercice, *dans tel cas particulier*, de la compétence générale, dont le maire est investi par la loi, de passer tel contrat pour le compte de la commune : ces actes-conditions se distinguent des actes-conditions tels qu'une nomination, une révocation, lesquels investissent un *individu d'un status général, d'une compétence générale*. Mais si tel est l'effet juridique *immédiat*, l'acte-condition a d'autres conséquences qui ont été voulues. L'acte-condition a rendu possible l'exercice, dans tel cas particulier, de la compétence. Il se peut donc qu'à la suite de l'acte-condition, un acte juridique ait été accompli en exercice de la compétence, et que cet acte ait créé une situation juridique, ait investi un individu d'une situation juridique. A partir du moment où *cette situation juridique a été créée ou amenée par ce second acte juridique*, le problème n'est plus le même.

En d'autres termes, tant qu'une situation juridique n'a pas été créée ou amenée il n'y a pas de raison pour que l'acte-condition ne puisse pas être privé d'effet pour l'avenir, ou, comme l'on dit, ne puisse pas être retiré ou rapporté. La

décision qui le rapporte, qui le retire ne supprime, ne modifie aucune situation juridique existante. L'acte juridique rendait juridiquement possible, *dans tel cas particulier*, l'exercice d'une compétence générale. L'acte qui retire ou qui rapporte l'acte-condition fait disparaître cet effet *pour l'avenir* : la compétence ne pourra donc plus être exercée *dans le cas particulier*.

Non seulement cette solution est *logique*, mais encore elle n'a que des *avantages pratiques*. Après coup, en effet, l'agent administratif peut s'apercevoir qu'il s'est trompé ; ou bien les circonstances ont changé, et la mesure qui était opportune devient détestable.

Encore une fois, puisque, par hypothèse, *aucune situation juridique* n'a encore été créée ou amenée, il n'y a personne qui légalement puisse se prétendre lésé. Il faut donc admettre la faculté de retirer, de rapporter l'acte-condition faisant partie d'une opération juridique complexe, *tant qu'une situation juridique n'a pas été créée ou amenée*.

Au contraire, lorsqu'à la suite de l'acte-condition, et comme conséquence même de l'acte-condition, la compétence a été exercée dans tel cas particulier, une situation juridique a été créée ou amenée. Ici le retrait de l'acte-condition n'aurait plus uniquement pour conséquence *de rendre impossible l'exercice* d'une compétence ; on toucherait à une situation juridique déjà créée ou amenée. Et, dans ce cas, le bénéficiaire de la situation juridique créée ou amenée est fondé à exiger que cette situation ait la stabilité prévue par les lois et règlements, qu'elle ne puisse être modifiée par le simple retrait de l'acte-condition. La loi ayant assuré à cette situation une certaine stabilité, le bénéficiaire a le pouvoir d'exiger qu'il n'y soit touché que dans les cas, dans les conditions, dans les formes, par les agents prévus par les lois et règlements. Comme le dit incorrectement le Conseil d'Etat, le bénéficiaire de la situation juridique créée ou amenée par l'exercice de la compétence a un « *droit acquis* » au maintien de la situation.

En résumé, le retrait *pur et simple* de l'acte-condition faisant partie d'une opération juridique complexe est juridiquement impossible, *à partir du moment où une situation juridique a été créée ou amenée* (1).

(1) Voici les conclusions du commissaire du gouvernement DAVID dans l'af-

II. — La jurisprudence du Conseil d'Etat a fait des applications très variées de ces idées générales.

Voici quelles conséquences il y a lieu, à mon avis, de tirer des principes dégagés plus haut.

*1<sup>re</sup> idée. Possibilité de retirer, de rapporter purement et simplement les actes-conditions tant qu'aucune situation juridique n'a été créée ou amenée.*

1<sup>o</sup> Tant que le maire n'a pas passé le contrat, le conseil municipal peut très certainement *rapporter* la délibération autorisant le maire à passer le contrat, le préfet peut rapporter l'arrêté approuvant la délibération du conseil municipal.

2<sup>o</sup> Si l'acte-condition régulièrement accompli est lui-même suivi d'un second acte-condition régulier qui lui-même n'amène aucune situation juridique et ne fait que rendre possible dans tel cas particulier l'exercice d'une compétence générale, le premier acte-condition peut être valablement rapporté, retiré tant qu'une situation juridique n'aura pas été créée ou amenée. Par exemple, le conseil municipal a autorisé le maire à passer un contrat, le préfet a approuvé la délibération du conseil municipal. Tant que le contrat n'a pas été passé par le maire, le conseil municipal peut retirer, rapporter sa délibération, *nonobstant l'arrêté préfectoral d'approbation*. Et de même, le préfet peut, *tant que le contrat n'a pas été passé*, rapporter, retirer l'arrêté d'approbation.

*2<sup>e</sup> idée. Impossibilité juridique de retirer, de rapporter purement et simplement l'acte-condition faisant partie d'une opération juridique complexe, à partir du moment où une situation juridique a été créée ou amenée.*

Les applications faites de cette idée par le Conseil d'Etat sont très variées.

*1<sup>re</sup> application.* — Le conseil municipal a, par une délibération régulière, autorisé le maire à passer un contrat. Le contrat est régulièrement passé par le maire. Le conseil municipal ne peut plus rapporter sa délibération.

faire *Institut catholique de Lille* (C. d'E. 2 mars 1877, *Rec.*, p. 221) : « Le principe de la révocabilité des actes de tutelle administrative comme de tous les autres actes administratifs en général, *pour exister ab initio*, n'est pas illimité dans son application. Il s'arrête naturellement à l'exécution même de ces actes devant les droits qui en sont sortis, alors surtout que ces droits ressortissent soit de l'autorité judiciaire, soit d'une juridiction spéciale dans l'ordre administratif ».



2<sup>e</sup> application. — Le conseil municipal a, *par délibération régulière*, autorisé le maire à passer un contrat. Le préfet a, *par arrêté régulier*, approuvé la délibération. Le maire a passé régulièrement le contrat. Le préfet ne peut plus retirer, rapporter son arrêté d'approbation (1).

3<sup>e</sup> application. — Le Ministre de l'instruction publique, *par une décision régulière*, accorde à un étudiant la dispense de plusieurs inscriptions. Il ne peut pas, ultérieurement, rapporter, retirer cette décision. Le status dont a été investi l'étudiant ne pouvait lui être enlevé que par la procédure spéciale prévue par les lois et règlements (2).

(1) C. d'E. 16 février 1912, *abbé Blanc, Rec.*, p. 224 : « Par l'arrêté attaqué (du 7 mai 1909) le préfet... a rapporté son précédent arrêté du 10 avril 1907, portant approbation de la délibération du conseil municipal de V... et du bail intervenu en exécution de cette délibération, non par le motif que cet arrêté aurait été entaché d'illégalité, mais par la raison qu'il avait été pris par suite d'une inexacte interprétation des clauses du contrat. Le dit arrêté du 10 avril 1907 qui a approuvé, conformément à l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 2 janvier 1907, le bail passé entre l'abbé Blanc et la commune de V. pour la location du presbytère, a créé au profit des parties contractantes des droits auxquels l'autorité administrative ne pouvait porter atteinte. S'il appartenait au préfet de faire connaître, par un arrêté interprétatif, que l'approbation précédemment donnée, sans l'intervention du conseil de préfecture, ne pouvait s'étendre à un bail d'une durée supérieure à 18 années, il n'a pu, sans méconnaître des droits acquis, revenir, par un retrait pur et simple, sur une approbation régulièrement intervenue, en tant qu'elle s'appliquait à un bail n'excédant pas 18 ans ».

C. d'E. 24 février 1912, *Pech, Rec.*, p. 251 : « Le préfet... par ses arrêtés du 25 et du 29 août 1905, a approuvé la délibération du conseil municipal et le traité passé pour une période de 4 années avec le docteur Pech (pour procurer aux habitants les soins médicaux dont ils étaient privés). En limitant, par l'arrêté attaqué, à une année seulement l'effet de son approbation, il a porté atteinte à des droits acquis. Ainsi le dit arrêté est entaché d'excès de pouvoir ». Sur tous ces points la jurisprudence est constante et bien établie. Voyez des arrêts anciens : C. d'E. 4 avril 1861, *Gourrand, Rec.*, p. 236 ; 6 juillet 1863, *Delriol, Rec.*, p. 510 ; 28 juillet 1864, *Baudy de Nalèche, Rec.*, p. 693, et les articles de Aucoc sur ces arrêts dans *l'Ecole des communes*, 1864, p. 80 et 230 ; 1865, p. 113 et 252.

(2) C. d'E. 26 juillet 1912, *Vallanet, Rec.*, p. 888 : « Par décision en date du 20 avril 1909, le ministre de l'Instruction publique a concédé au sieur V., étudiant en médecine, pourvu de huit inscriptions d'officiat, dont les quatre dernières étaient périmées, sa réintégration en cours d'études et l'a dispensé, à titre onéreux, de la scolarité afférente aux 5<sup>e</sup>, 6<sup>e</sup>, 7<sup>e</sup> et 8<sup>e</sup> inscriptions.



*4<sup>e</sup> application.* — Lorsqu'un agent administratif subordonné soumis au pouvoir hiérarchique a, par un acte régulier, définitif, de sa compétence, investi un individu d'un status, l'autorité supérieure ne peut pas juridiquement rapporter, par l'exercice de son pouvoir d'annulation hiérarchique, l'acte régulièrement accompli par le subordonné (1).

Pour rapporter cette décision, le ministre s'est fondé sur ce que le sieur V. avait été, à deux reprises, l'objet de poursuites et de condamnations de la part de l'autorité judiciaire, pour exercice illégal de la médecine. Il résulte de l'instruction qu'à la suite de la première de ces condamnations, le requérant a été frappé, par le Conseil de l'Université, le 31 janvier 1910, de la peine de l'exclusion de toutes les facultés et écoles d'enseignement supérieur publiques et libres, jusqu'au 1<sup>er</sup> novembre 1910. Si, par application des dispositions du décret du 21 juillet 1897, relatif à la discipline des Universités, il appartenait à l'autorité universitaire de déférer à nouveau le sieur V. au conseil de l'Université à raison des nouveaux faits qui étaient susceptibles de lui être reprochés, le ministre ne pouvait lui retirer le bénéfice d'une dispense qui, du jour où elle avait été accordée au requérant, constituait pour lui un droit acquis... »

(1) Le C. d'Etat a fait des applications remarquables de cette idée :

1<sup>o</sup> C. d'E. 14 juin 1912, *Wulliet, Rec.*, p. 659 : « Par décision du 4 mai 1909, le général commandant la 6<sup>e</sup> brigade d'infanterie coloniale, agissant par délégation du ministre, a délivré, après avis favorable du conseil du régiment, une commission de sous-officier au sieur W. Pour annuler cette décision, le ministre de la guerre s'est fondé sur ce qu'elle serait intervenue contrairement à l'engagement souscrit par le requérant de se faire rayer des contrôles à la date du 9 juillet 1909. Cet engagement n'a pu modifier les pouvoirs attribués au général, dont la décision n'était entachée d'aucune illégalité, la dite décision a créé, au profit du sieur W., des droits auxquels l'autorité supérieure ne pouvait porter atteinte que sous les conditions et dans les formes prescrites par l'art. 67 de la loi du 21 mars 1905. S'il appartenait au ministre, par application de cette disposition législative, d'admettre d'office le requérant à la retraite ou de prononcer sa révocation, après l'avis d'un conseil d'enquête, il n'a pu, sans méconnaître des droits acquis, revenir, par une annulation pure et simple, sur une décision régulièrement prise. Dès lors, le sieur W. est fondé à soutenir que la décision attaquée est entachée d'excès de pouvoir ».

2<sup>o</sup> C. d'E. 2 mars 1877, *Institut catholique de Lille, Rec.*, p. 221 (avec les conclusions du commissaire du gouvernement M. DAVID). La commission administrative des hospices de Lille décide de passer un traité avec l'Institut catholique du Nord pour l'installation, dans un hôpital, des cliniques médicales et chirurgicales du dit Institut. Le préfet autorise la décision ; en conséquence, la convention est passée entre l'administration des

## § 3

*La suppression d'un service public et les conséquences juridiques de cette suppression.*

*Supprimer* un service public, c'est décider que le procédé du service public ne s'appliquera plus pour la satisfaction d'un besoin d'intérêt général. Le service public supprimé, ou bien les autorités administratives pourront donner satisfaction à ce besoin par le *procédé du droit privé* ; ou bien elles s'en remettent à l'*initiative privée* ; ou bien il leur est absolument interdit de pourvoir à ce besoin.

L'exemple le plus remarquable est celui des cultes en France. La loi du 9 décembre 1905, sur la séparation des Eglises et de l'Etat, a déclaré solennellement que la satisfaction du besoin religieux ne pourrait plus être assurée par les autorités publiques, et cela *ni par le procédé du service public, ni par le procédé du droit privé*. « La République ne reconnaît, ne salarie, ni ne subventionne aucun culte. En conséquence, à partir du 1<sup>er</sup> janvier qui suivra la promulgation de la présente loi seront supprimées des budgets de l'Etat, des départements et des communes, toutes dépenses relatives à l'exer-

hospices de Lille et l'Institut catholique. Le préfet approuve la convention. Ultérieurement, alors que la convention avait reçu un commencement d'exécution, le ministre de l'Intérieur, *invokant son pouvoir hiérarchique*, annule les arrêtés préfectoraux d'approbation. Le Conseil d'Etat, saisi d'un recours pour excès de pouvoir contre les décisions du ministre, a déclaré : « Le traité avait créé tant au profit de l'Institut catholique du Nord qu'à celui des hospices de Lille, des *droits* auxquels l'autorité administrative ne pouvait porter atteinte ». Dès lors, en annulant les arrêtés préfectoraux d'autorisation et d'approbation, le ministre a excédé ses pouvoirs.

3<sup>o</sup> Rapprochez C. d'E. 14 février 1913, *Lapeyre, Rec.*, p. 199. En 1906, un conseil municipal prend *régulièrement* une délibération portant engagement de verser *pendant six années* une subvention à un médecin. En 1906, le préfet prend un arrêté d'approbation de cette délibération. En 1909, le préfet retire son approbation et y substitue une approbation de la subvention pour une durée de *une année* seulement. Le C. d'E. a annulé le deuxième arrêté préfectoral : « Le préfet, en limitant à une année, par un nouvel arrêté, ... l'effet de l'approbation précédemment donnée, a porté *atteinte à des droits acquis*, et, par suite, le requérant est fondé à soutenir que ce dernier arrêté est entaché d'excès de pouvoir ».

cice des cultes. — Les *établissements publics* du culte sont supprimés... » (art. 2 § 1 et § 3).

Ainsi, la loi de 1905 non seulement supprime le *service public* du culte, mais encore interdit l'allocation de *subventions*, les *affectations* gratuites, à tout service ou établissement privé s'occupant de satisfaire au besoin religieux. Il y a là un des exemples les plus certains et les plus importants de la suppression d'un service public.

Les conséquences juridiques qui découlent de cette suppression ne sont pas douteuses. Voici les principes :

1° Aucun agent ecclésiastique n'a le caractère d'*agent public*, au sens technique. Les décisions des agents ecclésiastiques ne peuvent *jamais* être considérées comme des *actes administratifs*, au sens technique. Le régime juridique auquel sont soumis le personnel ecclésiastique et les actes juridiques accomplis par ce personnel n'est point celui qui régit les agents publics et les actes accomplis, en leur qualité officielle, par les agents publics. Il faudra appliquer les règles du droit privé, et les règles spéciales qui pourront être édictées par le Parlement (1).

2° Les choses affectées au culte et qui avaient le caractère de dépendances du domaine public cessent d'être soumises au régime juridique du domaine public (2) ; elles sont régies par les règles du droit privé et par les règles spécialement édictées pour ces choses (3).

3° Les procédés du *travail public*, de l'*expropriation pour cause d'utilité publique* ne peuvent plus être employés pour la construction ou la réparation d'un édifice du culte (église, temple, etc.).

4° Les *deniers pour le service du culte* n'ont plus, à aucun titre, le caractère de deniers publics.

Bien mieux, les agents publics ne peuvent plus même

(1) A raison de l'existence *certaine* du besoin religieux dans une partie importante de la population française, la nécessité de ces règles spéciales est manifeste. Ex. : régime pénal spécial pour les ministres du culte ; protection spéciale accordée aux ministres du culte, art. 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35 de la loi du 9 décembre 1905.

(2) Cpr. toutefois HAURIOU, *Droit adm.*, 7<sup>e</sup> éd., p. 542.

(3) La nécessité de ces règles spéciales est évidente. Ex. : régime juridique des églises, l. 1905, art. 12 et s., 24 ; loi du 2 janvier 1907, art. 5.

encourager, par des subventions, affectations, les œuvres ou établissements privés s'occupant des cultes.

La suppression d'un service public soulève trois problèmes principaux :

1<sup>o</sup> Quelle est l'autorité publique compétente pour décider la suppression d'un service public ?

2<sup>o</sup> Comment se fait la liquidation du patrimoine spécial qui a pu être affecté au service public supprimé ?

3<sup>o</sup> Quelle est la situation du *personnel* atteint par la suppression ?

#### I. — *Autorité compétente pour décider la suppression d'un service public.*

L'acte de suppression d'un service public est, par nature, une *loi matérielle*. D'autre part, cet acte aboutit à l'abrogation de la règle qui avait créé le service public, règle qui émanait du Parlement. Dès lors, la *seule* autorité compétente en France pour supprimer un service public est le *Parlement*. L'acte de suppression est à la fois une *loi matérielle* et une *loi formelle*.

#### I

En France, sauf les services institués par les *lois constitutionnelles de 1875*, le Parlement n'est astreint à aucune limitation juridique touchant la suppression d'un service public. Il apprécie discrétionnairement les circonstances de fait, les conditions économiques, sociales ou politiques, qui conduisent à cette solution ou qui y sont contraires. Il faut ici distinguer soigneusement le point de vue *politique* et le point de vue *juridique*. Une décision *impolitique* peut être parfaitement correcte au point de vue *juridique*.

C'est d'après cette distinction qu'il convient, à mon avis, de résoudre la question soulevée par le vote de la loi du 9 décembre 1905, sur la séparation des Eglises et de l'Etat. En termes plus ou moins passionnés, on a soutenu que le service public du culte *catholique* en France ne pouvait pas être supprimé par le Parlement *sans le consentement du Pape*. En effet, a-t-on dit, le 26 messidor de l'an IX, a été signé un *Concordat* entre le Premier Consul et le Pape Pie VII. Ce con-

cordat détermine les conditions dans lesquelles fonctionnera en France le *service public* du culte catholique. Il y a là un *contrat synallagmatique* ; il fait la loi des parties, tant que les deux contractants ne se sont pas mis d'accord pour le modifier. En 1905, le Pape ne voulait pas abroger le concordat ; le Parlement français ne pouvait donc pas, de sa seule volonté, par la loi du 9 décembre 1905, supprimer le service public du culte catholique (1).

Cette thèse me paraît inadmissible (2). Le pouvoir de modifier l'organisation d'un service public ne peut pas être lié, par quelque acte que ce soit (3). Les générations futures ne

(1) Motion préjudicielle du sénateur Ponthier de Chamaillard, 19 novembre 1905, *J. O., Sénat, Débats*, p. 1285 : « Le Sénat, considérant que le Concordat constitue au plus haut chef un contrat synallagmatique ; que le Concordat n'ayant été ni régulièrement dénoncé, ni amiablement résilié, la loi que le Sénat est appelé à voter ne pourra être exécutoire ; dit qu'il n'y a pas lieu de passer à la discussion. »

(2) Je crois inutile de discuter sérieusement l'opinion soutenue par certains, et d'après laquelle les concordats sont des traités qui ne peuvent prendre fin que *par la volonté du Pape seul* ou *par le consentement mutuel du Pape et du Gouvernement* qui a signé le Concordat. Voyez E. OLLIVIER, *Manuel de Droit ecclésiastique*, p. 503 et 505.

(3) Le Concordat est-il, comme on l'a dit, un *contrat* ? Il n'y a pas lieu de discuter longuement cette question. Le Concordat est certainement un *accord de volontés* ; mais tout accord de volontés n'est pas un contrat ; il faudrait, pour déterminer la nature du Concordat, analyser *une à une* les dispositions contenues dans ce document, et rechercher leur *contenu juridique*. On arriverait à cette conclusion que le Concordat est un *acte complexe* : à certains égards, une *loi* ; à d'autres égards, un *acte-condition* ; à d'autres égards peut-être, un *contrat*. Cette analyse est inutile pour la question que j'examine au texte.

Il en est de même de la question de savoir si le Concordat est un *traité international*. Cpr. sur ce point les justes observations du prof. HAURIOU, *Principes de droit public, op. cit.*, p. 391 et s. : « L'analogie de la situation concordataire avec celle du traité international est trompeuse. Les traités internationaux ont pour objet des relations extérieures à chaque Etat. Les concordats ont pour objet des relations qui sont, dans une large mesure, intérieures, puisqu'ils règlent les rapports des fidèles catholiques avec leur Gouvernement ; sans doute, en la forme, les relations sont avec le Saint-Siège ; mais au fond, le Saint-Siège représente les fidèles ; et, d'une certaine façon, le Concordat est un pacte que le Gouvernement passe avec une partie de ses sujets par l'intermédiaire du Saint-Siège. Cette situation est fautive



peuvent pas avoir été enchaînées par les gouvernants d'une époque à un culte déterminé, à une certaine organisation religieuse. Toute génération a le pouvoir *imprescriptible* de rejeter toute organisation qui ne convient pas à son idéal. La solution est la même, qu'il s'agisse de culte ou d'organisation de chemins de fer, de tramways, de distribution d'eau, de gaz, d'électricité, etc. L'objet du service public ne change pas le principe fondamental qui est à la base. La caractéristique essentielle de tout service public, *quel qu'il soit*, est de pouvoir être modifié, supprimé, *à tout instant*. La clause de modification et de suppression *unilatérale* du Concordat était donc sous-entendue ; *juridiquement, elle n'aurait pas pu être écartée par les signataires du Concordat* (1).

Juridiquement, le Concordat *devait-il* être *dénoncé* ? La dénonciation d'un acte est la signification de la volonté *unilatérale* d'écarter cet acte. D'après certains, le Concordat aurait dû être dénoncé un an ou 6 mois à l'avance, de façon à permettre au Pape de prendre les mesures destinées à sauvegarder en France les institutions religieuses dont il a la charge. De son côté, le Gouvernement français a affirmé que cette dénonciation était rendue inutile à raison de la violation par

dans un Etat centralisé, car il y paraît inadmissible que le Gouvernement accorde des capitulations spéciales à une partie de ses sujets. »

(1) Dans son rapport à la Chambre des députés (4 mars 1905, *J. O., Chambre, Doc.* p. 254 et s.), M. Briand écrivait : « L'abrogation du Concordat pourrait-elle être valablement prononcée par acte unilatéral, et sous quelle forme ? Il faut distinguer entre la loi qui a rendu exécutoire en France le Concordat et la convention elle-même conclue avec le Saint-Siège. La loi peut être abrogée par une autre loi et ne peut l'être autrement. L'acte législatif est libre et le Parlement a toujours le droit de l'accomplir. Le Concordat, convention *sui generis*, est indéniablement un contrat synallagmatique, dont la durée n'a pas été déterminée conventionnellement, qui s'exécute par des actes contenus et successifs, et pour les difficultés d'interprétation ou d'application duquel aucun tribunal ne peut être compétent. *Est-il perpétuel ?* Qu'on le considère comme un traité diplomatique, ou comme de droit privé, *s'il portait clause de perpétuité, celle-ci, en vertu de notre droit moderne, devrait être considérée comme non écrite*. Les Etats ne peuvent, pas plus que les individus, obliger indéfiniment leurs successeurs et les lier par des liens indissolubles. » — Sous réserve de la terminologie (contrat synallagmatique) et des formules trop générales, la thèse, dans l'essentiel, me paraît exacte.



le Saint-Siège de certains articles du Concordat. Le Concordat, a-t-il dit, s'est trouvé résolu par le fait même de cette violation. Il n'y a pas à entrer dans l'examen des faits allégués par le Gouvernement français. *Juridiquement*, l'obligation de dénoncer une année à l'avance est très raisonnable. Elle concilie tous les intérêts en présence. Mais il faut le remarquer, l'obligation de dénoncer n'équivalait pas du tout à l'impossibilité pour le Parlement français de supprimer le service public du culte catholique sans le consentement du Pape. Seule, la responsabilité pécuniaire de l'Etat français aurait pu être engagée pour le préjudice causé par une *faute délictuelle* (violation d'une règle du droit public : inobservation du délai de prévenance).

D'ailleurs, à mon avis, l'Etat français ne devait, de ce chef, absolument rien. La loi de 1905, en prescrivant que les dispositions du nouveau régime n'entreraient en vigueur qu'un certain délai après la promulgation de la loi (art. 4, 13, 14), a accordé au Saint-Siège le délai habituellement usité dans une matière voisine : celle de la dénonciation des traités internationaux. Toute la question revient donc à se demander s'il y a eu non pas une incorrection *juridique* (il n'y en pas eu, à mon avis), mais une incorrection *politique*, une procédure *peu courtoise* (1). Ceci n'est pas une question de droit.

Dans sa protestation contre la loi de 1905, le pape Pie X invoque surtout des considérations sentimentales, d'ordre religieux, sur lesquelles je n'ai pas à me prononcer. Malgré l'appel au Droit qui y est contenu, la protestation pontificale n'a, à mon avis, aucun caractère juridique : « C'est pourquoi, porte l'encyclique *Vehementer Nos* du 11 février 1906, nous réprouvons et condamnons la loi votée en France sur la séparation de l'Eglise et de l'Etat comme profondément injurieuse vis-à-vis de Dieu, qu'elle renie officiellement en posant en principe que la République ne reconnaît aucun culte. Nous la réprouvons et condamnons comme violant le Droit naturel, le Droit des gens... Nous protestons solennellement et de toutes

(1) DUGUIT, *Tr. Dr. Const.*, I, p. 446 : « Il n'est pas douteux que le Gouvernement français, en adoptant la suppression du budget des cultes et la séparation d'avec Eglise catholique avant d'avoir dénoncé le Concordat suivant les formalités diplomatiques, a commis une *incorrection grave au point de vue diplomatique* ».

nos forces contre le vote et contre la promulgation de cette loi, déclarant qu'elle ne pourra jamais être alléguée contre les droits imprescriptibles et immuables de l'Eglise pour les infirmer ».

Lorsque le Pape réserve les droits de l'Eglise catholique, il remplit ce qu'il estime être sa mission politique et religieuse de chef de l'Eglise. Le juriste, même s'il partage les convictions religieuses du Pape, est tenu, de son côté, de réserver le droit des générations futures de s'organiser à leur guise (1).

Juridiquement, les gouvernants d'une époque ne pouvaient pas décider que *toujours* il y aurait en France un service public du culte catholique, pas plus qu'ils ne pourraient aujourd'hui décider qu'il n'y aura *jamais* plus en France de service public

(1) C'est ce que, au cours de la discussion de la loi de 1905, ont reconnu plus ou moins explicitement, la majorité des orateurs hostiles à la séparation. Le professeur et député BEAUREGARD disait, à la 2<sup>e</sup> séance du 13 avril 1905 (*J. O., Chambre, Débats*, p. 1384) : « Dans le Concordat, vous avez en réalité deux contrats : *vous avez un contrat qui est évidemment revisable*, un contrat qui régleme les rapports entre l'Eglise et l'Etat. Il est très concevable que ce règlement, à un moment donné, il y ait lieu de le reviser ; *il est essentiellement temporaire* ». La partie du Concordat qui, d'après le prof. BEAUREGARD, avait un caractère perpétuel est celle relative aux biens, aux allocations pécuniaires à verser au clergé. — De même, le député LEROLLE, à la séance du 3 juillet 1905 (*J. O. Chambre, Débats*, p. 2673), tout en protestant contre la thèse d'après laquelle « l'Etat ne peut jamais s'engager indéfiniment pour ses successeurs », reconnaissait qu'il y avait, dans cette affirmation, une « parcelle de vérité » : « Il n'y a rien d'éternel dans les choses humaines ; les circonstances se modifient, et tel traité qui est utile aujourd'hui peut devenir plus tard sans objet. Est-ce à dire qu'un changement de circonstances suffit à annuler de plein droit un traité ? Est-il loisible à un Etat contractant, juge en sa propre cause, de décider que, les circonstances étant modifiées, il n'exécutera plus les engagements qu'il avait contractés avec une autre puissance ? *Non, il faut, au moins, que le contrat soit dénoncé par voie diplomatique...* » — Ainsi, toute la critique du député LEROLLE aboutit à une *question de procédure*, bien mieux à une simple formalité. Tout aurait été régulier si le Gouvernement français avait manifesté solennellement au Pape sa volonté d'écarter le Concordat. Cette formalité était la condition nécessaire et suffisante.

Et telle semble bien aussi être la thèse du sénateur Ponthier de Chamaillard. En se plaignant que « le Concordat *n'ait été ni régulièrement dénoncé, ni amiablement résilié...* », le sénateur catholique paraît reconnaître le pouvoir du gouvernement français d'écarter le Concordat, *à tout moment*, par une manifestation de volonté *unilatérale*.

du culte catholique. Cette organisation du culte catholique, il appartient à chaque génération de l'établir, de la modifier, de l'écarter selon son idéal religieux. Le juriste impartial ne connaît ni la « *divine* constitution de l'Eglise, ni les droits *sacrés* de l'Eglise », ni les « droits *immuables* du pontife romain et des évêques ». Pour le juriste, le service public du culte catholique n'était qu'un procédé juridique pour donner satisfaction à un besoin général. Lorsque les autorités publiques compétentes ont décidé que ce procédé devait être écarté parce qu'il ne convenait plus aux conditions sociales du moment, le juriste doit s'incliner. Ceux qui *politiquement* estiment que la solution adoptée par les gouvernants ne vaut rien ont, dans un pays libre, le pouvoir de s'organiser légalement en vue d'agir sur l'opinion publique par les procédés légaux, et d'amener ainsi le législateur à établir un nouveau régime juridique, conforme à leur idéal religieux. Mais ce qui est inadmissible, c'est qu'un groupe d'hommes, affirmant être en possession de la vérité, prétendent lier les autres hommes *et à jamais* à une certaine organisation religieuse. Cette atteinte intolérable à l'un des principes essentiels du droit public a sa meilleure sanction dans l'impossibilité pratique de la réaliser.

## II

Il arrive souvent qu'une loi du Parlement autorise d'une manière générale la création d'un service public déterminé et laisse à une autorité administrative déterminée le soin de décider si le service public fonctionnera ou non dans *telle localité*. Il est évident que l'autorité administrative, après avoir décidé qu'il y avait lieu d'organiser le service public dans telle localité, peut estimer qu'il n'y a pas lieu de le maintenir.

Par exemple, la loi du 9 avril 1898 sur les chambres de commerce déclare qu'« il y a *au moins* une chambre de commerce par département » (art. 1<sup>er</sup>), et que « les chambres de commerce sont instituées par décrets rendus dans la forme des règlements d'administration publique, sur la proposition du ministre du commerce, etc. ». Bien que la loi n'en parle pas, il n'est pas douteux que le Président de la République, par décret en Conseil d'Etat, sur la proposition du ministre du commerce, etc., peut supprimer une chambre de commerce,

à la condition d'en laisser subsister une dans le département.

De même, la loi du 27 mars 1907 sur les conseils de prud'hommes, après avoir créé, en termes généraux, ce service public, décide que « les conseils de prud'hommes sont établis par décrets rendus en la forme des règlements d'administration publique, sur la proposition du ministre de la justice et du ministre du travail, ... *dans les villes où l'importance de l'industrie ou du commerce en démontre la nécessité* ». L'article 54 *in fine* de la loi prévoit que, *dans telle localité*, « les conseils de prud'hommes peuvent être également supprimés par décret rendu en la forme des règlements d'administration publique sur la proposition du ministre de la justice et du ministre du travail ».

Dans tous ces cas, *ce n'est pas le service public qui est supprimé d'une manière générale* ; il n'y a suppression du service public que dans une localité : le Président de la République décide par exemple que, dans telle localité, le service public de la chambre de commerce, du conseil de prud'hommes ne fonctionnera plus, parce que, à raison de modifications dans les conditions économiques de la région, l'importance de l'industrie ou du commerce n'en démontre plus la nécessité.

L'acte de suppression du service public dans la localité n'est que l'exécution, par le Président de la République, de la règle formulée par la loi que, les conditions économiques prévues par la loi n'existant plus, le service public créé et organisé par la loi ne doit plus fonctionner dans telle localité.

Il faut dire la même chose de tous les services publics locaux, en particulier des services municipaux. L'autorisation *générale* donnée par le Parlement aux municipalités d'instituer, dans telle ou telle ville, tel service public, contient implicitement le pouvoir, pour les autorités municipales, de le supprimer, dès qu'elles estiment que le service public n'est plus le meilleur procédé. Un exemple bien connu est celui de la police rurale. La loi municipale du 5 avril 1884, art. 102, décide que « toute commune peut avoir un ou plusieurs gardes champêtres ». Le conseil municipal, après avoir usé de cette autorisation et créé un service public de police rurale avec garde champêtre, peut supprimer ce service (1).

(1) Il faut que cette *suppression du service* n'ait pas pour unique objet de révoquer *l'individu* titulaire de la fonction. Dans ce cas, l'acte du conseil

On fera le même raisonnement pour la suppression d'une *association syndicale de propriétaires* ou d'un *syndicat de communes*.

La loi du 21 juin 1865 autorise, d'une manière générale, la création des *associations syndicales forcées ou autorisées* pour l'exécution de certains travaux. L'acte particulier qui constitue telle ou telle association de ce genre ne doit pas être confondu avec la loi créant *impersonnellement* le service public ; de même, l'acte particulier qui supprime telle ou telle association ne doit pas être confondu avec la loi qui interdirait d'une manière générale l'emploi du procédé du service public pour l'exécution des travaux dont s'occupent ces associations syndicales (1).

Il faut en dire autant pour les *syndicats de communes*. Il ne faut pas confondre la loi générale et impersonnelle (loi 22 mars 1890) qui autorise d'une manière générale la constitution des syndicats de communes avec les actes constituant un syndicat entre les communes *x, y, z*, etc. (décret en Conseil d'Etat, sur les délibérations concordantes des conseils municipaux des communes intéressées) ; le pouvoir général accordé aux autorités administratives de constituer un syndicat de communes implique le pouvoir de supprimer le syndicat, lorsque cela paraît nécessaire. Au surplus, la loi le dit expressément (art 179, l. 5 avril 1884 modifiée par la loi de 1890) (2).

municipal serait non pas un acte de suppression du service public de police rurale, mais un *acte de révocation* du garde champêtre. Or cette révocation ne peut émaner que du préfet (art. 102, l. 1884). Cpr. sur cette question et sur la jurisprudence du C. d'E. en cette matière, l'étude du prof. HAUMIER, parue dans la *Rev. de Sc. et de lég. fin.*, 1903, p. 499 et s. Compléter cette étude par C. d'E. 7 décembre 1906, *commune de Plasne, Rec.*, p. 896 ; 3 août 1907, *commune d'Auzay, Rec.*, p. 772 ; 23 juillet 1909, *commune de Gotignac, Rec.*, p. 727.

(1) Voyez la loi du 21 juin 1865 et le décret du 9 mars 1894, art. 71.

(2) Art. 179 : « Le syndicat est formé soit à perpétuité, soit pour une durée déterminée par le décret d'institution. — Il est dissous, soit de plein droit par l'expiration du temps pour lequel il a été formé ou par la consommation de l'opération qu'il avait pour objet, soit par le consentement de tous les conseils municipaux intéressés. Il peut être dissous, soit par décret sur la demande motivée de la majorité desdits conseils, soit d'office par un décret rendu sur l'avis conforme du Conseil d'Etat ».



En somme, la suppression d'un service public résulte toujours *directement* ou *indirectement* d'une loi du *Parlement* (1). Lorsque la loi du Parlement a *créé* directement un *service public déterminé*, par exemple a créé un *établissement public déterminé*, la suppression de ce service public ne pourra être opérée que par le Parlement. Lorsque la loi du Parlement n'a pas créé directement un service public déterminé, mais s'est bornée à dire dans quelles conditions le procédé du service public pourrait être employé dans tel ou tel cas, dans telle ou telle localité, par les agents administratifs, ce sont, *à moins d'un texte formel* réglant autrement la question, ces mêmes agents administratifs, suivant la même procédure, qui seront compétents pour abandonner, dans tel cas ou dans telle localité, le procédé du service public, et sauf possibilité pour elles de l'employer à nouveau (2).

## II. — *Liquidation du patrimoine spécial affecté au service public supprimé* (3).

Supposons qu'un service public soit supprimé, alors qu'il y avait un patrimoine propre affecté au service. Que va devenir ce patrimoine ? Les choses qui y sont comprises vont-elles cesser d'être affectées à la poursuite du but déterminé que

(1) En faisant intervenir la fiction de la personnalité juridique, le prof. MICHOUX (*Th. de la personnalité*, II, p. 384) aboutit à la conclusion suivante touchant les *établissements publics* : « On doit considérer la personne morale comme survivante jusqu'à ce que cette *disparition ait été constatée par une autorité compétente* qui, dans ce cas, prononce la suppression. »

(2) MICHOUX, *Th. de la personnalité morale, op. cit.*, II, p. 408, n° 355 : « En dehors de ces textes spéciaux, on doit admettre en principe que les établissements publics (ce que dit le prof. MICHOUX est vrai de toutes les modalités du procédé du service public) peuvent être supprimés par l'Etat, dans la forme même où ils ont été autorisés. Il faudra donc pour cela une loi dans les cas très nombreux où ils ont été directement créés par la loi. Un simple décret suffira, au contraire, pour les établissements publics, tels que les hospices ou hôpitaux, qui ont été institués par décret. »

(3) Sur ce point MICHOUX, *Th. de la personnalité morale, op. cit.*, II, p. 410 et s., qui développe des idées différentes ; GRUNEBaum BALLIN, *La séparation des Eglises et de l'Etat*, 1905, p. 106 et s. et les nombreux auteurs cités dans ces deux ouvrages.



l'on a décidé de ne plus atteindre par le procédé du service public ?

Dans quel patrimoine vont-elles figurer ?

Les dettes nées du fonctionnement du service et qui n'ont pas encore été acquittées doivent être payées. Avec quelles ressources le seront-elles ?

Ces questions se posent à peu près dans les mêmes termes, lorsque, au lieu de la suppression du service public, il y a abandon de la modalité de l'établissement public et adoption du procédé du *service public pur et simple*, c'est-à-dire sans affectation d'un patrimoine spécial.

La solution de ces problèmes difficiles est dominée, à mon avis, par un certain nombre d'idées générales.

## I

La suppression d'un patrimoine administratif spécialement affecté au fonctionnement d'un service public n'est, *du point de vue juridique*, que l'abandon d'un *procédé technique*. Pour satisfaire un besoin d'intérêt général, un certain procédé juridique (établissement public) avait été choisi. On renonce à ce procédé, parce que les gouvernants estiment soit qu'il n'y a plus lieu d'employer du tout le procédé du service public (suppression radicale du service public), soit qu'il convient d'adopter une autre modalité du service public (service public pur et simple).

Ceci posé, les motifs qui conduisent les gouvernants à choisir tel procédé ou telle modalité d'un procédé sont d'ordre *politique, économique et social*, et non d'ordre *juridique*.

Les individus que ce changement contrarie ou même lèse peuvent bien, du point de vue *politique, économique ou social*, critiquer la solution adoptée, démontrer que les gouvernants se sont lourdement trompés, qu'ils ont pris une mesure de mauvaise administration, dangereuse pour la paix sociale ou pour la prospérité économique, qu'ils ont fait une mauvaise besogne politique. A mon avis, il ne peuvent diriger aucune objection *juridique* contre le choix qui a été fait, pourvu qu'il émane de l'autorité compétente agissant dans le cercle de ses pouvoirs légaux. En d'autres termes, *juridiquement*, la suppression d'un patrimoine administratif spécial est une pure

question d'*opportunité* : ce n'est pas, en soi, une question *juridique*.

Prenons des exemples :

Voici un *hôpital* avec patrimoine propre (*établissement public*). Les autorités compétentes, dans les formes légales, décident la suppression de cet établissement public. Désormais, les secours médicaux aux indigents seront donnés par le procédé du service public non personnifié. Les indigents de la commune peuvent bien critiquer *politiquement* la solution adoptée ; démontrer qu'elle est détestable, que ses conséquences seront déplorables, que l'on découragera, par exemple, les libéralités, etc. Tous ces arguments sont d'ordre politique, social. *Juridiquement*, la solution est d'une correction irréprochable.

Voici encore les établissements publics du culte. Les gouvernants, dans les formes légales, décident que le culte ne sera plus du tout un service public, et suppriment radicalement les établissements publics cultuels. Les fidèles du culte touché peuvent bien formuler des objections d'ordre politique, montrer que la paix publique peut être compromise par cette mesure, insister sur les dangers sociaux qui résulteront de la décision prise, de l'offense faite à la divinité, etc., etc. *Le juriste ne peut s'arrêter à ces objections*. Elles sont de même nature que les arguments invoqués par ceux qui ont fait adopter la suppression du service public des cultes et des patrimoines administratifs spéciaux affectés aux cultes : eux aussi, ils ont invoqué la paix publique, les dangers sociaux qui peuvent résulter du maintien du service public des cultes, la nécessité de faire respecter la liberté de conscience, etc. Des deux côtés, ce qu'on met ainsi en avant, ce sont des arguments *politiques* et non des arguments *juridiques*. Evidemment, pour les besoins de l'argumentation, il est plus impressionnant de dire qu'il y a violation ou application « des principes les plus élémentaires du Droit ». Et c'est ce que l'on ne manque jamais d'affirmer. Mais ce sont là de purs artifices de langage, des figures de rhétorique qui ne peuvent pas tromper le juriste averti.

En résumé, il faut dire que, juridiquement, *la suppression d'un patrimoine administratif spécial est toujours possible*.

## II

La suppression d'un patrimoine administratif spécial (*établissement public*) a une conséquence immédiate et nécessaire : *les choses comprises dans le patrimoine administratif spécial tombent dans un patrimoine administratif général (Etat, départements, communes, colonies)*. En effet, l'établissement public n'était pas autre chose qu'une combinaison financière et juridique consistant à prendre dans un patrimoine administratif général certaines choses pour les affecter d'une certaine manière à la réalisation d'un certain but. *La suppression de l'établissement public met fin à cette combinaison*. D'une manière plus précise, une chose comprise dans le patrimoine administratif spécial d'un établissement public a deux caractères : 1° elle fait partie de l'ensemble des moyens économiques avec lesquels les agents publics s'acquittent de leur mission ; 2° elle est affectée à *tel* service public. La suppression de l'établissement public fait disparaître le second caractère, mais laisse subsister le premier. Il ne faut donc pas dire que, l'établissement public supprimé, les choses qui faisaient partie du patrimoine de cet établissement sont des « choses sans maître », des « biens vacants ». Ces choses *continuent* à faire partie de l'ensemble des moyens économiques avec lesquels les agents publics s'acquittent de leur mission (1).

(1) Certains soutiennent que la suppression d'un établissement public donne lieu à l'application de la règle inscrite au Code civil dans les art. 539 et 713. Art. 539 : « Tous les biens vacants et sans maître et ceux des personnes qui décèdent sans héritiers ou dont les successions sont abandonnées appartiennent au domaine public. » — Art. 713 : « Les biens qui n'ont pas de maître appartiennent à l'Etat. » — En principe, disent-ils, et sauf texte contraire, les biens des établissements publics supprimés tombent dans le *patrimoine administratif général de l'Etat*. — Cette solution me paraît inacceptable. Les art. 539 et 713 n'ont rien à faire ici. Les biens d'établissements publics supprimés ne sont pas « des biens qui n'ont pas de maître ». Ce sont des biens de patrimoines administratifs.

La solution que je repousse fait apparaître l'un des nombreux inconvénients de la théorie de la personnalité morale. Lorsqu'on a affirmé qu'un établissement public est une *personne morale, propriétaire de certains biens*, il est logique de dire que si l'établissement public vient à être supprimé, les biens de cet établissement sont « des biens sans maître », ou encore qu'il s'agit de régler le sort des biens d'une personne décédée sans

Ceci posé, les agents publics compétents pour décider de l'affectation des choses comprises dans le patrimoine administratif *général*, ont-ils, *juridiquement*, un pouvoir discrétionnaire touchant l'affectation, au fonctionnement d'autres services publics ou d'autres œuvres d'intérêt général, des choses jusqu'alors comprises dans le patrimoine administratif *spécial* supprimé ?

Je ne recherche pas ce que *politiquement, économiquement, socialement*, ils doivent faire pour accomplir de la bonne besogne *politique, administrative*. Je me place uniquement au point de vue *juridique*. En supposant qu'il y ait eu un changement d'affectation, les individus qui sont plus ou moins directement touchés par ce changement d'affectation qui rend plus difficile ou même impossible la satisfaction d'un certain besoin d'intérêt général ont-ils à leur disposition, pour critiquer la décision prise, des arguments et des moyens *juridiques* ? ou bien n'ont-ils que des arguments et des moyens *politiques* ?

Certains raisonnent comme si une affectation de biens ayant été décidée *à un certain moment* par les gouvernants, cette affectation devait être maintenue *indéfiniment, quoi qu'il arrive*. Ils en viennent ainsi à dire soit que « le But est propriétaire des biens », soit que « les biens sont grevés d'une affectation en faveur d'un certain but ». — Dès lors, la suppression de l'établissement public peut bien aboutir à faire tomber les biens dans un patrimoine administratif général ; *elle laisse subsister l'affectation*. Il y a là une *obligation juridique* pour les gouvernants : ou bien tout en maintenant les choses dans le patrimoine administratif général, ils *doivent* les affecter à l'œuvre ancienne ; ou bien ils *doivent* organiser un patrimoine *privé* (fondation), affecté au but dont la poursuite n'est plus un service public ; ou bien encore ils *doivent* les attribuer à un patrimoine privé existant (fondation), affecté à un but identique (1).

héritiers, en d'autres termes d'appliquer les art. 539 et 713 du Code civil. Pour écarter cette solution logique, simpliste et peu satisfaisante, on est contraint d'imaginer de nouvelles fictions, et l'on est dans le domaine de la fantaisie.

(1) Le professeur Michoud, partant de l'idée de *personnalité morale*, et croyant à l'existence *réelle* des personnes morales, repousse cependant l'ap-

A mon avis, cette thèse est inadmissible ; elle est beaucoup trop absolue. Tout d'abord, elle n'admet pas que l'affectation des biens soit simplement un procédé technique, une combinaison juridique et financière, pour atteindre un certain but, combinaison utile à un certain moment, mauvaise à tel autre. A mon avis, lorsque les gouvernants estiment qu'une œuvre n'est plus d'intérêt général, ils ont le devoir *politique* d'abandonner la combinaison adoptée, de changer l'affectation ; ils ne doivent pas gaspiller les richesses économiques mises à leur disposition. Au contraire, il importe de concentrer toutes les richesses économiques dont ils disposent au développement des œuvres qui leur paraissent présenter l'utilité publique la plus grande.

Ce n'est pas à dire toutefois que les agents publics aient *toujours* toute liberté pour opérer les changements d'affectation des choses comprises dans les patrimoines administratifs généraux.

Il faut, je crois, tenir compte de leur origine ; il faut rechercher si ces choses proviennent ou non de la *libéralité d'un particulier*. Juridiquement, l'origine des biens doit avoir

plication de l'art. 713 du Code civil, et donne la solution suivante (*Personnalité morale*, II, p. 428) : « Lorsque l'Etat cessera de reconnaître le caractère de service public à la gestion des intérêts auxquels pourvoyait l'établissement public supprimé, *il n'aura pas droit à s'emparer de ses biens*. Le groupe intéressé subsiste ; et l'Etat, qui n'assure plus le service..., *doit mettre les biens au service de ce groupe d'une manière ou de l'autre*, soit en lui permettant de s'organiser pour prendre en mains lui-même la gestion en association privée, soit en considérant comme fondation privée l'établissement qui jusque-là avait un caractère public, et en prenant les mesures de contrôle nécessaires pour que les biens conservent leur destination. Si l'Etat, par exemple, cessait de considérer l'assistance comme un service public, il n'aurait pas pour cela *le droit* de s'emparer du patrimoine des établissements publics d'assistance. Ce patrimoine *devrait* rester ce qu'il est maintenant, le « bien des pauvres » ; la mesure par laquelle l'Etat déclarerait se désintéresser dorénavant de cet objet *devrait* avoir simplement comme corollaire un nouveau mode de gestion de ces biens, que l'on confierait soit à des associations charitables, soit à des organismes analogues aux organismes supprimés, mais *devant* dorénavant administrer les biens suivant les règles de la gestion privée, et non suivant celles de la gestion publique. Le contrôle de l'Etat diminuerait et se bornerait désormais au contrôle normal des personnes privées, destiné à assurer le maintien de l'affectation et à empêcher l'accroissement excessif de la mainmorte ».



son influence sur la liquidation du patrimoine administratif supprimé.

*1<sup>er</sup> cas. Biens de l'établissement public supprimé ne provenant pas d'une libéralité d'un particulier.* — Dans ce cas, il faut reconnaître aux agents publics toute liberté *juridique*. La création de l'établissement public avait abouti à soustraire certains biens du patrimoine administratif général à la règle de la non-affectation des recettes. La suppression de l'établissement public est un retour à la règle générale, à savoir l'absorption dans la masse des biens des patrimoines administratifs généraux et la mise à la disposition des agents publics. Le Parlement ou l'autorité administrative désignée par le Parlement statuera *discrétionnairement* sur le sort de ces biens. Naturellement, il y a des arguments politiques, économiques ou sociaux pour que l'affectation se fasse d'une certaine manière. Mais ces arguments n'ont pas une valeur *décisive*. Il y a là une question de *politique générale*, dont la solution dépend d'une foule de circonstances dont l'appréciation devra être faite par *les hommes d'Etat*, mais qui ne rentre pas dans la mission des *juristes* (1).

Il est un cas toutefois où le juriste devra prendre en considération ces arguments économiques ou sociaux. C'est lorsque le Parlement n'aura pas donné une solution précise. Le juriste, *ayant à découvrir la volonté du Parlement*, présume que cette volonté, étant donnés tels arguments politiques, économiques ou sociaux, est que l'attribution des biens de l'établissement supprimé soit faite de telle et telle manière.

A cet égard, *et en supposant que le Parlement ou l'autorité administrative désignée par le Parlement n'ait pas réglé expressément le sort des biens*, il sera important de connaître le

(1) Les considérations *politiques* développées par le prof. MICHOUX (*supra*, p. 347 note) seront *le plus souvent* très raisonnables, et le Parlement *fera bien* d'adopter les conseils *politiques* qui lui sont ainsi donnés. Mais il n'y a pas là une obligation *juridique*. Encore une fois, les raisons développées par le prof. MICHOUX sont des arguments purement *politiques*. On peut imaginer telles circonstances où le Parlement, pour faire de la bonne besogne *politique*, devra non pas encourager, mais au contraire combattre énergiquement la réalisation d'un certain but, considéré autrefois comme d'utilité publique. Dans ce cas, le Parlement fera de *la bonne administration* en ne suivant pas les indications exposées plus haut.

caractère *national, départemental, communal* ou *colonial* de l'établissement public supprimé. Si au procédé de l'établissement public est substitué le procédé du service public pur et simple, le juriste devra présumer que la volonté du Parlement a été que les biens de l'établissement public supprimé aillent au patrimoine administratif *général* (Etat, département, commune, colonie), qui, désormais, aura la charge du service public maintenu. Si, au contraire, le procédé du service public est complètement abandonné, en particulier s'il est décidé que l'administration ne donnera plus satisfaction à tel besoin d'intérêt général, alors la difficulté devient très grande pour le *juriste*. Il présumera que la volonté du Parlement a été que les biens qui, avant d'être affectés à l'établissement public supprimé, figuraient déjà dans un patrimoine administratif général, retournent à ce patrimoine général. Pour les biens qui ne proviennent pas de libéralités et qui pourtant n'appartenaient pas auparavant à un patrimoine administratif général, — par exemple, pour les biens qui ont été acquis avec des économies ou avec le produit de taxes, de redevances, etc., — la même solution ne s'impose pas. Il est raisonnable de présumer que le Parlement a voulu que ces biens aillent au patrimoine administratif *général* qui fournissait les plus grosses contributions à l'établissement public supprimé.

Etant donné les difficultés de la liquidation, il faut souhaiter que cette question soit expressément résolue par l'autorité publique. Et comme, en définitive, il s'agit de décider quelle affectation nouvelle, directe ou indirecte, des biens de l'établissement public supprimé sera la meilleure pour l'ensemble des services publics du pays, c'est au *Parlement* que doit revenir la décision à prendre touchant cette attribution (1).

(1) Parfois, le Parlement décide à l'avance que l'attribution des biens sera faite par une autorité administrative. Tel est le cas pour les syndicats de communes, établissement public créé en vertu de la loi de 1890. Supposons qu'un syndicat de communes soit supprimé. La liquidation des biens compris dans le patrimoine du syndicat est très difficile ; en effet, ces biens proviennent soit des patrimoines administratifs généraux des communes membres du syndicat, soit d'acquisitions faites avec les contributions des communes associées, avec le revenu des biens du syndicat, avec des subventions de l'Etat, des départements, des communes, etc. La loi de 1890 (art. 179

Encore une fois, — j'y insiste parce que l'opinion contraire compte beaucoup de partisans, — la détermination des patrimoines administratifs — généraux ou spéciaux — ou même des patrimoines particuliers, qui, *dans cette première hypothèse*, bénéficieront de cette attribution n'est pas une question *juridique*. Le Parlement prendra sa décision en tenant compte des intérêts politiques, économiques ou sociaux en présence. Il s'agit pour lui de dire quelles œuvres d'intérêt général il faut encourager par des attributions de biens, en particulier s'il convient ou non d'en faire bénéficier des œuvres ou établissements privés qui étaient les auxiliaires du service public supprimé ou qui se sont créés pour donner satisfaction au besoin d'intérêt général dont l'administration ne doit plus se charger. Ceci est essentiellement une question *politique*; ce n'est pas un problème *juridique*.

La question a été longuement et passionnément discutée lorsqu'a été votée la loi de 1905 sur la séparation des Eglises et de l'Etat (1). Il y avait une foule d'établissements publics (fabriques, menses, chapitres, séminaires, etc.), par conséquent une foule de patrimoines administratifs spécialement affectés au service public du culte. Il y avait des églises, des presbytères pris dans les patrimoines administratifs généraux de l'Etat, des départements, des communes, et qui avaient été affectés au culte. Lorsque les établissements publics cultuels ont été supprimés et que les cultes ont cessé d'être un service public, il a fallu régler le sort de tous ces biens. A quels patrimoines — administratifs ou particuliers — allait-on attribuer ces biens, les églises, les presbytères, les archevêchés, les évêchés, les bâtiments des séminaires, etc. ?

On a voulu discuter *en droit* les solutions proposées au Parlement. Les différents partis politiques ont prétendu que les « principes généraux du droit public » conduisaient à telle

de la loi municipale) décide que l'attribution des biens du patrimoine du syndicat sera faite par *décret du Président de la République*.

(1) V. GRUNEBaum BALLIN *la Séparation*, *op. cit.*, 1905, p. 106 et s.; MICHOD, *Personnalité morale*, *op. cit.*, II, p. 470 et s.; ESMEIN, *Dr. Constitutionnel*, 5<sup>e</sup> éd., p. 1085 et s.; DUGUIT, *Tr. droit Const.*, II, p. 125 et s. (Voyez la bibliographie donnée à la page 128); HAURIOU, *Dr. administ.*, 7<sup>e</sup> éd., 1911, p. 532 et s. (bibliographie, p. 533 en note); HAURIOU, *Principes de Droit public*, p. 395 et s.

ou telle solution ; et naturellement cette solution variait avec les opinions *politiques* de ceux qui les proposaient. De même, on a voulu critiquer, *au point de vue du droit*, les affectations qui ont été faites par les lois du 9 décembre 1905, du 2 janvier 1907 et du 13 avril 1908. Par exemple, la loi de 1905, art. 5, § 1, décide que « ceux des biens désignés à l'article précédent (*biens mobiliers et immobiliers des menses, fabriques, conseils presbytéraux, consistoires et autres établissements publics du culte*), qui proviennent de l'Etat et qui ne sont pas grevés d'une fondation pieuse créée postérieurement à la loi du 18 germinal an X, feront retour à l'Etat ». De même, la loi du 2 janvier 1907 décide que « dès la promulgation de la présente loi, l'Etat, les départements et les communes recouvreront, à titre définitif, la libre disposition des archevêchés, évêchés, presbytères et séminaires *qui sont leur propriété* et dont la jouissance n'a pas été réclamée par une association » cultuelle (art. 1<sup>er</sup>). « Les biens des établissements (publics) ecclésiastiques qui n'ont pas été réclamés par des associations (cultuelles)... seront attribués à titre définitif... aux établissements communaux d'assistance ou de bienfaisance... » (art 2). « A défaut d'associations cultuelles, les édifices affectés à l'exercice du culte, ainsi que les meubles les garnissant, continueront, sauf désaffectation dans les cas prévus par la loi du 9 décembre 1905, à être laissés à la disposition des fidèles et des ministres du culte pour la pratique de leur religion » (art 5). On a dit que « c'était une chose grave, *au point de vue du respect des engagements, des contrats*, que de prendre ces biens ; ils n'appartiennent pas à l'Etat ; *ils appartiennent à la destination qu'ils ont reçue...* » ; « ils ne peuvent être détournés de leur destination à moins d'une nécessité évidente, ou à moins d'impossibilité de maintenir leur affectation... (1) ». Certains ont même parlé de « spoliation », en entendant ce terme au sens juridique (2).

Quelque opinion politique ou religieuse que l'on professe, il me paraît impossible de reconnaître un *caractère juridique*

(1) M. RIBOT, à la Chambre des députés, 21 décembre 1906, *J. O., Chambre, Débats*, p. 3392.

(2) M. RAIBERTI, Chambre des députés, 21 déc. 1906, *J. O., Débats*, p. 3389 ; M. DE LAS CASES, M. DE LAMARZELLE, Sénat, 28 déc. 1906, *J. O., Débats*, p. 1219, 1222.

à ces déclarations. Les lois de 1905 et de 1907 sont parfaitement correctes *au point de vue du droit*. Je n'ai pas à les apprécier *au point de vue politique*. Le juriste n'a pas à rechercher si la dévolution des biens adoptée par la loi est celle qui convenait le mieux au maintien de la paix sociale. Ceci c'est le rôle de l'homme d'Etat ; ce n'est pas du ressort des juristes. Sur le terrain strictement *juridique*, en tant qu'il s'agissait des choses provenant des patrimoines administratifs généraux (Etat, départements, communes), en particulier en tant qu'il s'agissait des Eglises affectées au culte, le Parlement avait *juridiquement* un pouvoir discrétionnaire d'attribution, d'affectation. En *droit*, il aurait pu correctement décider que les églises figurant dans les patrimoines administratifs de l'Etat, des départements, des communes seraient *absolument fermées*, que leur affectation à l'exercice du culte *cesserait purement et simplement* et qu'elles recevraient telle autre affectation, par exemple seraient affectées à des établissements publics charitables ou scolaires. Quelque critiquable que puisse être au point de vue *politique* une désaffectation complète, quant à ses conséquences pour la paix sociale, elle aurait été *juridiquement* correcte (1).

En résumé, pour résoudre le problème, le *juriste* doit faire abstraction de l'*objet* du service public supprimé. Pour le juriste, la situation est la suivante : un service public disparaît ; *en droit*, rien ne s'oppose à ce que les choses affectées à ce service public supprimé *et ne provenant pas de libéralités* soient ou bien affectées à tout autre service public, ou bien affectées à des œuvres ou établissements privés s'occupant d'un service d'intérêt général qui a cessé d'être service public. Les deux solutions, *juridiquement*, sont correctes.

C'est parce qu'on a confondu le point de vue *politique* et le

(1) Dans son rapport, M. BRIAND a donné, à propos de l'art. 5, § 1<sup>er</sup> de la loi de 1905, l'explication exacte, à mon avis, touchant la *situation juridique* : « Ces biens ont été non pas aliénés, mais *concedés par l'Etat pour un service public*. Le service public disparaissant, l'Etat n'a plus les mêmes obligations : il a le *droit* de considérer ses concessions comme sans objet ; il reprend ses dotations, pour leur donner une autre destination *publique* ». Ceci, c'est le *droit*. Encore une fois, je ne recherche pas si, en agissant ainsi, le Parlement a fait de la bonne *politique*. Ceci est une tout autre question.



point de vue *juridique* (1), parce qu'on n'a pas pu faire abstraction des passions politiques ou religieuses, que tant de thèses extraordinaires ont été mises en avant, dans lesquelles on invoque des principes *juridiques* pour justifier telle ou telle solution, alors qu'en réalité il s'agissait uniquement de considérations de haute *politique* (2).

(1) Très justement, à mon avis, le prof. HAURIU écrit (*Principes de Droit public*, p. 409) : « Cette suppression (*de la dotation matérielle des édifices du culte et de l'entretien des objets du culte*) a suscité les plus énergiques protestations et se produit, en effet, dans des conditions insolites. Il faut, pour s'en rendre compte, distinguer entre deux sortes de considérations qui ont souvent été confondues soit par les adversaires de la loi, soit par ses défenseurs ; il s'agit moins de savoir si l'Etat, en rayant de ses budgets les traitements ecclésiastiques et les subventions, sans constituer à titre de compensation une dotation suffisante, manque à une *dette juridique véritable*, que de savoir s'il manque à une obligation de *haute politique et d'équité*. Adversaires et partisans de la loi se sont volontiers placés sur le terrain de la dette juridique, et *les avocats de la loi n'ont pas eu de peine à en démontrer la non-existence*. Mais le droit n'est pas tout... ». — La distinction faite par le professeur HAURIU est très exacte. Il est certain que, dans cette crise de la séparation des Eglises et de l'Etat, les problèmes juridiques n'occupent, en réalité, qu'une *place tout à fait secondaire*. Mais c'est justement ce qu'il faut bien mettre en relief, parce que adversaires et partisans de la loi de 1905 ont cru ou paru croire qu'il y avait là des problèmes que l'on pouvait résoudre plus ou moins facilement par l'application des principes généraux du droit public. En réalité, comme le dit exactement le prof. HAURIU, il y avait là surtout un problème de « haute politique et d'équité » ; il s'agissait de trouver non pas ce qui s'imposait juridiquement, mais « ce qui était *politiquement* convenable ».

(2) Je ne puis approuver le professeur MICHOUX, *Person. morale, op. cit.*, t. II, p. 486 et 487, lorsqu'il écrit : « Le résultat final (*des lois de séparation touchant la dévolution des biens des établissements ecclésiastiques*) est évidemment contraire *aux principes juridiques* et à l'équité. La faute en est au défaut d'entente entre l'Etat et l'Eglise, qui a transformé cette législation en une législation de combat, et n'a pas permis l'application sereine des *règles du droit* ».

Voici un autre exemple de raisonnement dans lequel on mélange les considérations *politiques* et les arguments *juridiques* : « On aurait pu, écrivait M. BRIAND, à la suppression de leurs propriétaires actuels, considérer les biens ecclésiastiques comme des biens vacants. D'après le *droit commun*, l'Etat les aurait recueillis et en aurait disposé suivant les règles à déterminer. Votre commission n'a pas cru que ce principe et cette méthode fussent *équitable*s. Une partie des biens qui sont en possession des établissements

2<sup>e</sup> cas. *Biens de l'établissement public supprimé provenant d'une libéralité.* — Le problème est ici beaucoup plus difficile. La solution *juridique* découle, à mon avis, de la combinaison de plusieurs principes juridiques fondamentaux, dont les conséquences sont parfois contradictoires.

1<sup>er</sup> Principe. — Lorsqu'un particulier fait à un établissement public une libéralité, cela signifie *nécessairement* — qu'on l'ait dit ou non — que les biens *devront* être affectés à la satisfaction du besoin d'intérêt général, pour laquelle a été créé l'établissement public. Cette affectation est manifestement la condition même de la libéralité ; sans cette affectation, la libéralité n'aurait certainement pas été faite. Il paraît donc logique et utile (1) que, l'établissement public étant supprimé, les biens donnés sous la condition expresse ou implicite d'une certaine affectation conservent leur affectation. La suppression de l'établissement public a bien pour résultat de faire tomber les biens donnés dans un patrimoine administratif *général* (2). Mais ces biens devront conserver l'affectation au but visé par le disposant (3).

publics du culte ont été constitués par des fidèles pour le culte ; la Commission a estimé qu'en *droit naturel* leur *propriétaire réel* était la communauté des fidèles. Cette collectivité est *personnalisée* aujourd'hui par les Eglises ; elle le sera demain par les associations cultuelles » (Rapport de M. BRIAND, fait au nom de la Commission de la Ch. des députés, *J. O.*, p. 294). Moins incorrecte, *au point de vue juridique*, est la thèse soutenue plus tard par M. Briand (Sénat, séance du 28 décembre 1906, *J. O., Débats*, p. 1230) : « Le projet de loi, dit-on, est odieux... Il ne faut pas exagérer... Ne parlez pas de spoliation. Quels étaient ces biens d'église ? étaient-ils la propriété de telle ou telle personne ? Non, ils étaient la *propriété* de la collectivité (des fidèles)... C'était une *propriété collective* gérée et contrôlée par des établissements publics du culte. Ceux-ci disparaissant, il fallait que cette propriété, pour rester à la disposition de la collectivité des fidèles, passât à de nouveaux organes de gestion et de contrôle ».

(1) En vue d'encourager les individus à faire des libéralités aux établissements publics.

(2) *Supra*, p. 345 et s.

(3) Le Conseil d'Etat, en 1903, sur les conclusions conformes du commissaire du gouvernement ROMIEU, a donné son sentiment, dans une question tout à fait voisine, en faveur du maintien de l'affectation voulue par le disposant (C. d'E., 22 mai 1903, *Caisse des écoles, Rec.*, p. 394) : « Il va sans dire, déclarait M. Romieu, que nous réservons absolument le cas des « fondations », c'est-à-dire des legs que les Caisses des écoles auraient, antérieu-

Si cette affectation est maintenue, ni l'auteur de la libéralité ni ses ayants droit n'ont aucune objection à diriger contre la modification résultant de la suppression de l'établissement public ; en particulier, il importe peu que la chose donnée continue à figurer dans un patrimoine administratif ou soit attribuée, par affectation gratuite, à une œuvre ou établissement privé (1). En effet, l'essentiel de la volonté du disposant est respecté.

Au cas de changement d'affectation, au contraire, le disposant ou ses ayants droit pourront faire révoquer la libéralité pour cause d'inexécution des conditions dans lesquelles elle a été faite.

J'ai supposé jusqu'ici que l'acte de libéralité ne contient aucune *clause de retour* (2).

rement à la loi du 30 octobre 1886, été autorisées à accepter avec affectation spéciale aux enfants pauvres fréquentant les écoles libres. *Il s'agissait, en effet, dans cette hypothèse, de la conservation d'un droit acquis*, auquel les modifications apportées par la législation à la capacité de l'établissement légataire ne devaient pas porter atteinte. C'est ainsi que la section de l'intérieur du C. d'E., dans deux avis des 2 mars 1893 et 6 juillet 1893, a admis qu'un établissement de bienfaisance et une fabrique, régulièrement autorisés, sous la législation antérieure, à accepter un legs avec obligation de subventionner une école privée, devaient pouvoir, *en raison de l'irrévocabilité des actes intervenus*, continuer à assurer le service de la fondation, même après la loi du 30 octobre 1886. Nous pensons donc que les Caisses des écoles pourraient, par application de la même jurisprudence, continuer actuellement à distribuer des secours aux enfants des écoles privées à titre exceptionnel, en tant qu'il s'agirait de l'exécution d'une fondation, précédemment acceptée, et ayant un caractère définitif. » — Dans son arrêt, le C. d'E. affirme : « Les Caisses des écoles... ne peuvent plus, comme établissements publis scolaires, concourir qu'au service de l'enseignement primaire public..., *cela toutefois sans préjudicier à l'exercice des droits auxquels pourraient donner ouverture des fondations autorisées dans des conditions particulières antérieures à la loi de 1886* » (Rec., p. 400).

(1) Une difficulté pourra se présenter pour le cas d'attribution à un établissement privé *non confessionnel*, alors que l'établissement public supprimé avait un caractère confessionnel, *et réciproquement*. Je laisse de côté cette question afin de ne pas compliquer le problème général.

(2) Le professeur MICHOUX écrit, à ce sujet (*Personnalité morale*, II, p. 454) : « Quand il n'y a pas eu stipulation du droit de retour, nous ne pensons pas qu'il y ait lieu de l'admettre de plein droit comme principe général. Mais nous pensons que le législateur fera bien de l'admettre toutes les

Supposons que le donateur ait inscrit, dans la libéralité, une clause de retour. Il semble que cette clause doive être tenue pour obligatoire juridiquement, *en tant qu'elle prévoit le retour au donateur*. La libéralité a été acceptée avec la clause de retour; il n'y a pas de raison pour ne pas exécuter la clause (1).

Toutefois, s'il faut considérer comme juridiquement valable la clause de retour *au profit du donateur lui-même*, la question est plus douteuse pour le cas où la clause de retour a été stipulée aussi *au profit des héritiers du donateur*. A mon avis, cette clause ne peut pas avoir *une valeur indéfinie* (2) : elle

fois qu'il apparaît comme conforme aux intentions des disposants. Il y a là pour lui *sinon une obligation*, du moins une conduite dictée par des raisons de *haute convenance* et aussi de *politique*. Il fait preuve de bonne foi en suppléant, dans les actes de libéralités, une clause qui s'y serait trouvée probablement si le disposant avait prévu le cas de suppression. Il échappe en outre, ou, suivant les cas, fait échapper le pouvoir administratif, au soupçon d'avoir été guidé par le désir d'enrichir l'Etat ou les œuvres d'Etat. Il évite enfin d'aller directement à l'encontre des idées de ceux qui sont restés fidèles à l'esprit des disposants, et de les exaspérer en ajoutant, à la peine que leur cause la suppression, celle de voir les biens consacrés à un but peu conforme, parfois contraire, à cet esprit. Ce sont là des avantages indiscutables qui expliquent les textes nombreux où le droit de retour a été introduit ».

On remarquera, avec le professeur MICHOU, qu'il s'agit là de considérations d'ordre *politique*, de nature à faire adopter telle solution par le Parlement, mais ces considérations n'ont pas de valeur *juridique*. Elles ne peuvent pas décider le *juriste* à dire que le droit de retour est *sous-entendu*.

(1) En sens contraire, GRUNEBaum BALLIN, *la Séparation des Eglises et de l'Etat. op. cit.*, p. 167. La raison donnée par cet auteur à l'appui de son opinion est le *caractère public* de la fondation. V. *infra*, p. 357.

(2) En sens contraire, le prof. MICHOU, *Personnalité morale, op. cit.* t. II, p. 453 : Au cas de stipulation expresse, « cette stipulation doit être observée, parce qu'elle constitue une condition apposée par le donateur *avant* l'entrée des biens dans le patrimoine de l'être moral, et que cette condition a été acceptée par l'autorité publique qui a approuvé le don. Loin que l'intervention de l'Etat au moment de la fondation ou de la libéralité puisse être le fondement de son droit à la détruire et à infirmer les clauses qu'il a autorisées, il est clair qu'elle est un puissant argument en sens contraire. *Cet argument ne tomberait que si la clause entraînait, de la part de l'Etat, renonciation à un droit auquel il n'a pas le pouvoir de renoncer*. Mais ce n'est pas le cas. L'Etat, sans doute, ne pourrait pas renoncer au droit de supprimer la fondation ou de la transformer, mais il peut renoncer au droit d'attribuer

méconnaît un principe fondamental du régime de la propriété, à savoir l'impossibilité juridique pour un propriétaire de donner à sa chose une affectation perpétuelle (*infra*, p. 359).

Une théorie plus radicale a été soutenue. On a nié la possibilité pour le disposant de stipuler valablement un droit de retour, pour lui, ou pour ses héritiers. Les libéralités faites aux personnes morales, de durée illimitée, a-t-on dit (1), diffèrent totalement des dons et legs faits à des personnes physiques. Cette différence donne « la raison décisive qui doit faire refuser aux particuliers — *aux bienfaiteurs comme à leurs héritiers* — toute action en reprise du bien donné ou légué, en cas de transformation profonde ou de suppression de la personne morale gratifiée. Cette raison, c'est le *caractère public* de la fondation, caractère qui exige l'intervention des autorités publiques (centrales ou locales) au moment où la fondation se constitue. Ces autorités apparaissent, tantôt pour autoriser d'abord et accepter ensuite la libéralité, tantôt pour l'accepter seulement en vertu d'une autorisation générale donnée d'avance par la loi. Mais en accomplissant l'un ou l'autre de ces actes administratifs, elles ne font réellement rien de comparable à l'acceptation d'un don ou d'un legs par un particulier : car elles agissent au nom de personnes morales qui ne jouissent pas de l'émolument d'un legs comme le ferait une personne physique, mais affectent cet émolument à un but d'utilité générale. Dès le premier jour, la fondation est un bien public soustrait à l'action des particuliers. Contrairement aux règles du droit privé qui prohibent l'indisponibilité perpétuelle des biens, la Nation, sous la forme de l'Etat, du département, de la commune, de l'établissement public, recueille le don ou le legs qu'un citoyen

à la fondation transformée, ou à la personne morale qui lui succède, les biens qui avaient été donnés à cette fondation dans un but que l'opération empêche de remplir ; il peut, en vue de cette hypothèse, s'obliger à restituer les biens au fondateur ou à ses héritiers. C'est une renonciation d'un caractère patrimonial qui n'intéresse pas la puissance publique ».

Cette argumentation me paraît très forte, mais trop absolue. Elle fait abstraction de l'impossibilité, pour un propriétaire, de donner à sa chose une *affectation perpétuelle*. Le droit de retour perpétuel est la sanction de cette affectation perpétuelle. Si cette affectation perpétuelle est interdite, la sanction est aussi interdite. V. *infra*, p. 359.

(1) GRUNBAUM BALLIN, *La séparation*, *op. cit.*, p. 167 et s.



généreux a volontairement détaché de son patrimoine, et, dans un intérêt public, elle l'affecte à perpétuité à l'emploi indiqué par le bienfaiteur. Mais elle se réserve le droit imprescriptible de modifier un jour, en vue de ce même intérêt, les conditions d'affectation de la libéralité. La perpétuité de l'emploi qu'elle avait admise, elle ne la garantit pas éternellement, car il n'y a pas de perpétuité absolue. La loi de l'évolution gouverne tout, dans l'ordre social, comme dans l'ordre naturel. Les Conventionnels proclamaient déjà, en adoptant une belle formule de Condorcet, la temporanéité des lois et des constitutions : *Un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa constitution ; une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures* (art. 28 de la Déclaration des droits de 1793). Comment reconnaître aux dispositions testamentaires des particuliers, ces lois minuscules, le pouvoir de régir indéfiniment, à travers les siècles, le sort des biens de la communauté humaine ».

A mon avis, il y a, dans cette argumentation, une grande part de vérité ; mais la thèse est trop absolue. Tout d'abord, il me paraît arbitraire d'attribuer à l'intervention de l'autorité publique (acceptation de la libéralité) la signification qu'on lui donne. Il y a là une affirmation sans preuve (1). Par contre, je crois qu'il est impossible au disposant de stipuler un droit de retour *illimité dans le temps* au profit de ses héritiers : ceci me paraît contraire au régime moderne de la propriété (2). Mais le droit de retour *non perpétuel*, limité au disposant et à la première génération de ses héritiers par exemple, me paraît concilier tous les principes juridiques et aussi tous les intérêts en cause. D'une part, la volonté du disposant est respectée dans la mesure du possible ; d'autre part, on écarte la sanction d'une affectation perpétuelle qui, à mon avis, est contraire aux principes du droit français moderne (3).

2° *Principe.* — Lorsque le but auquel le bien donné a été

(1) C'est à tort que l'on argumente de la possibilité de modifier à tout instant les lois. Les testaments ne sont pas des lois *minuscules*. Ce sont des actes juridiques tout à fait différents. Ce sont des actes-conditions.

(2) *Infra*, p. 359.

(3) V. *infra*, p. 359. Cpr. sur ce point GRUNEBaum BALLIN et H. LÉVY ULLMANN, *Essai sur les fondations*, dans la *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1904, p. 22 et s.

affecté par le donateur ou testateur devient *impossible* à atteindre ou *illicite*, la désaffectation est possible, sans qu'il y ait, au profit du donateur ou de ses ayants droit, ni ouverture du droit de retour, ni pouvoir de demander la révocation pour inexécution des conditions (1).

3<sup>e</sup> Principe. — Le pouvoir de propriété ne confère pas à son titulaire le pouvoir d'imposer à une chose, d'une manière *indéfinie*, *perpétuelle*, une certaine affectation, *même à un but licite*. Ceci est contraire au régime moderne de la propriété. La propriété n'est pas, comme on le répète trop volontiers, un droit *absolu*, *perpétuel*. Chaque individu peut, en principe, assigner aux choses dont il est proprié-

(1) Dans l'article *Fondations* de l'*Encyclopédie*, Turgot donnait, comme exemple d'un but qui serait *impossible* à atteindre, la donation de biens faite autrefois avec affectation à une léproserie ; or, il n'y a plus aujourd'hui de lépreux. Le prof. Michoud (*op. cit.*, t. II, p. 435 et s.), reprenant cet exemple, déclare : « Il sera tout à fait *désirable* que l'Etat en fasse profiter des œuvres approximativement similaires, pour se rapprocher autant que possible des intentions du fondateur. Mais ce ne peut être pour lui une *obligation juridique*, si le groupe des intéressés que ce dernier avait en vue a réellement disparu ». Le professeur Michoud examine ensuite le cas des donations avec affectation à un but devenu *illicite*. « La même solution, dit-il, serait applicable si le groupement visé par le fondateur devenait légalement un groupement *illicite*, par suite de ce fait que le législateur considère désormais comme *illicite* le genre de besoin que la fondation devait satisfaire. Il en serait ainsi pour une fondation religieuse en faveur d'une secte dont l'Etat considérerait les principes comme contraires à l'ordre public. Dans ce cas encore, on peut dire que le groupe intéressé a disparu, parce que légalement il ne peut pas exister ; *les biens se trouvent alors vacants, et l'Etat peut s'en emparer*. Inutile d'ajouter qu'il y a là un droit dont l'Etat ne peut user sans tyrannie que pour des motifs très sérieux ». — A mon avis, l'Etat ne s'empare jamais des biens d'un établissement public supprimé comme *biens vacants*. Les biens d'un patrimoine administratif ne sont jamais *vacants* et *sans maître*. Le jour où ils ont commencé à faire partie d'un patrimoine administratif, ils ont cessé de *pouvoir être* vacants et sans maître (V. *supra*, p. 345). Leur attribution à un établissement public n'est, en réalité, qu'une *affectation* dans l'intérêt public. La suppression de l'établissement public n'est qu'une *désaffectation* ; la chose tombe de plein droit dans le patrimoine administratif général ; elle est soumise de plein droit à la règle de la non assignation des recettes, à la règle de la non affectation, d'après laquelle toutes les choses des patrimoines administratifs forment une masse de moyens économiques à la disposition *discretionnaire* des agents publics.

taire l'affectation qu'il veut, *pendant sa vie*. Mais après son décès, et à mesure que le temps s'écoule, l'affectation qu'il a faite ne peut plus avoir la même efficacité. Il vient un moment où elle ne s'impose plus du tout. Il n'y a pas en France, depuis la Révolution, « liberté de créer des droits *perpétuels*, parce que la prohibition des droits de ce genre se trouve en dehors et au-dessus de la législation des contrats ; elle résulte de l'organisation du régime de la propriété foncière, telle que l'organisation est issue de la Révolution, et des lois qui ont assuré l'affranchissement des terres, et, par ailleurs, l'affranchissement de leurs propriétaires » (1). Comme l'écrivait Turgot dans l'*Encyclopédie* : « l'utilité publique est la loi suprême et ne doit être balancée ni par un respect superstitieux, pour ce qu'on appelle l'*intention des bienfaiteurs*, comme si des particuliers ignorants et bornés avaient eu le droit d'enchaîner à leurs volontés supérieures les générations qui n'étaient point encore... Concluons qu'aucun ouvrage des hommes n'est fait pour l'immortalité... Si tous les hommes qui ont vécu avaient eu un tombeau, il aurait bien fallu, pour trouver des terres à cultiver, renverser ces monuments stériles et remuer les cendres des morts pour nourrir les vivants » (2).

Les partisans les plus convaincus de l'affectation perpétuelle, comme conséquence du droit *absolu et perpétuel* de propriété, sont forcés de reconnaître, dans certains cas, le pouvoir du Parlement de modifier l'affectation des biens donnés, toutes les fois que, pour une œuvre d'intérêt général déterminée, il y a une masse exagérée de biens affectés,

(1) PLANIOL, note dans DALLOZ, 1907. 1. 249 sous Cassation, 5 décembre 1906. Le prof. PLANIOL écrivait aussi à propos de la prohibition des substitutions : « Il paraît aussi d'une bonne législation d'empêcher les générations mortes de faire la loi aux générations futures » (Daloz, 1892. 2. 513). Cpr. DUGUIT, *les Transformations générales du Droit privé depuis le Code Napoléon*, 1912, p. 147 et s.

(2) M. GRUNEBaum BALLIN (*op. cit.*, p. 171), après avoir reproduit en entier la magnifique page de Turgot, rappelle que la même pensée a été exprimée de nos jours par ANATOLE FRANCE, *les Juges intègres* (dans *Crainquebille* (1904) : « Ce qui est écrit par les morts sera biffé par les vivants : sans quoi, la volonté de ceux qui ne sont plus s'imposerait à ceux qui sont encore, et ce sont les morts qui seraient les vivants, et ce sont les vivants qui seraient les morts ».

une « disproportion manifeste » entre l'œuvre diminuée et les biens affectés à son usage (1).

La conséquence logique de ce principe fondamental est, à mon avis, que la libéralité à un établissement public ne rend pas à *jamais* impossible la désaffectation du bien donné; la faculté pour les ayants droit du donateur de demander, au cas de désaffectation, la révocation de la libéralité pour inexécution des conditions n'est pas perpétuelle (2).

(1) Le prof. MICHOUX. *Th. de la personnalité morale, op. cit.*, II, p. 477, examine l'hypothèse d'une scission dans une Eglise, ou d'abandon du *credo* de cette Eglise par une portion considérable de ses fidèles. En principe, dit-il, les dissidents ne peuvent pas réclamer une partie des biens. L'Eglise, même diminuée en nombre, doit conserver l'ensemble de ses biens. « On doit cependant, si le nombre des fidèles restants est tout à fait en disproportion avec l'importance des biens, réserver à l'Etat le droit d'intervenir pour réduire le patrimoine à la mesure des besoins largement entendus de cette Eglise diminuée, et d'employer le surplus en faveur des dissidents, c'est-à-dire de lui conserver sinon l'affectation au même *credo*, au moins l'affectation aux besoins religieux de l'ensemble du groupe primitif. L'intervention de l'Etat repose ici sur une nécessité politique, celle de maintenir l'ordre juridique en harmonie avec les grandes transformations de la croyance. Il n'est pas admissible qu'une religion puisse se survivre à elle-même, en conservant des biens pour un culte qui n'a plus de sectateurs, ou qui n'en garde que par désir même de profiter de ces biens. Mais, de sa nature même, l'intervention de l'Etat doit ici rester exceptionnelle, et ne s'exercer qu'en cas de disproportion manifeste entre le groupe diminué et les biens affectés à son usage ». — Cette exception acceptée par le prof. MICHOUX me paraît être la condamnation même de la thèse de l'affectation perpétuelle. Si les affectations perpétuelles sont licites, si la volonté du disposant doit être maintenue à tout *jamais*, l'exception admise par le prof. MICHOUX est injustifiable. On ne peut pas ici parler de la volonté présumée du disposant de changer cette affectation. D'abord, nous sommes en pleine fantaisie. De plus, c'est un fait bien connu que les haines religieuses sont les plus fortes et que le disposant, s'il eût vécu, n'aurait pas voulu que ses biens allassent à un culte autre que celui qu'il professait. C'est, d'ailleurs, ce que semble admettre le prof. MICHOUX qui invoque seulement comme argument « la nécessité politique, celle de maintenir l'ordre juridique en harmonie avec les grandes transformations de la croyance ». Que l'on généralise la formule du prof. MICHOUX, — et il n'y a aucune raison pour ne pas le faire, — et l'on arrivera à reconnaître que les *affectations perpétuelles* sont *juridiquement* impossibles.

(2) Il s'agit ici non pas du délai pendant lequel l'action en révocation peut être intentée à *partir de la désaffectation*, mais du délai après lequel la désaffectation ne peut plus donner lieu à une action en révocation.

Voilà les différents principes à combiner.

Le législateur français a négligé de faire lui-même, *d'une manière générale*, la conciliation ; il n'a pas fixé de délai passé lequel les actions en révocation, en reprise, en retour ne pourront plus être intentées au cas de désaffectation. Et cela laisse un large pouvoir d'appréciation au juge : celui-ci a à rechercher si l'obligation *juridique* de maintenir l'affectation subsiste toujours ou n'est pas éteinte.

Le juge aura ici à résoudre une question analogue à celle qui lui est posée lorsqu'il y a *clause d'inaliénabilité* d'un bien, inscrite dans une convention ou dans un testament. La jurisprudence admet la validité de cette clause, mais à la double condition qu'elle se justifie par un intérêt légitime et qu'elle ne soit pas *stipulée à perpétuité*, ni pour un *temps trop long* (1).

Des applications de ces idées ont été faites par le Parlement au moment de la séparation des Eglises et de l'Etat.

Tout d'abord, la loi du 9 décembre 1905, après avoir supprimé les établissements publics du culte, s'est préoccupée de maintenir l'affectation de ces biens conformément à la volonté des donateurs. La loi a distingué les biens donnés avec *charge d'affectation cultuelle*, et les biens donnés avec *charge non cultuelle* (affectation charitable, par exemple).

a) Les biens mobiliers ou immobiliers grevés d'une affectation *étrangère à l'exercice du culte* ont été attribués aux services ou établissements publics ou d'utilité publique, dont la destination est conforme à celle desdits biens (art. 7, l. 1905). Afin de supprimer toute difficulté juridique sur le pouvoir d'agir en révocation et aussi dans un esprit d'équité, la loi de 1905 décide que ce pouvoir existe, mais que « toute action en reprise ou en revendication devra être exercée dans un délai de six mois à partir de la publication de l'acte d'attribution. L'action ne pourra être intentée qu'en raison de

(1) A. COLIN et CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, I, 1914, p. 759 et 760. La jurisprudence ne paraît pas avoir de critérium fixe pour la détermination de ce temps. « Cette incertitude, déclarent les prof. Colin et Capitant, est d'autant plus fâcheuse que la Cour de cassation ne possède pas sur ce point le droit de contrôle, l'appréciation de la légitimité du motif et de la mesure du délai permis rentrant dans les pouvoirs souverains des juges du fond ».



donations ou de legs *et seulement par les auteurs et leurs héritiers en ligne directe* ».

b) Les biens donnés par des particuliers avec une *affectation cultuelle* et pour lesquels l'affectation cultuelle ne peut pas être maintenue à raison de l'absence d'association cultuelle (1) sont désaffectés : ils sont attribués par décret aux établissements communaux d'assistance ou de bienfaisance (art. 9, l. 1905). Encore ici, la loi de 1905, modifiée par la loi du 13 avril 1908 (2), précise les conditions dans lesquelles le donateur ou ses ayants droits pourront agir en révocation de la libéralité pour inexécution de la condition d'affectation. « Toute action en reprise, qu'elle soit qualifiée en revendication, en révocation ou en résolution, doit être introduite dans le délai ci-après déterminé (six mois à compter de la publication de la liste des biens attribués ou à attribuer avec les charges auxquelles lesdits biens seront soumis). Elle ne peut être exercée qu'en raison de donations, de legs ou de fondations pieuses, *et seulement par les auteurs et les héritiers en ligne directe*... Aucune action d'aucune sorte ne pourra être inventée à raison de fondations pieuses *antérieures à la loi du 18 germinal an X* ».

Du point de vue *politique*, on peut critiquer la solution adoptée en 1908 (3). Du point de vue *juridique*, elle me paraît correcte.

(1) Le Pape a interdit formellement la constitution des associations cultuelles prévues par la loi de 1905 et auxquelles devaient être attribués les biens avec affectation cultuelle.

(2) Sur les difficultés soulevées par la loi du 13 avril 1908, voyez cette *Revue*, 1908, p. 456 et s.

(3) Le prof. DUGUIT, *Tr. Droit Const.*, II, p. 137, écrit : « L'opération qui a consisté à enlever à tous les anciens établissements ecclésiastiques tous leurs biens, même ceux grevés de fondations pieuses, à les transmettre à l'Etat, aux départements et aux communes, aux établissements publics, *est bien près d'avoir le caractère d'une véritable spoliation*, et l'on comprend aisément les protestations du Pape dans la lettre *Encore une fois* du 6 janvier 1907. Il est vrai que l'on peut dire que si l'Eglise de France s'est vue dépouiller de ses biens, c'est qu'elle n'a pas voulu accepter la loi qui lui était légitimement imposée. Reste à savoir si, en effet, elle lui était légitimement imposée. Nous n'avons rien trouvé dans la loi, malgré les affirmations du Pape, qui fût contraire au principe de la hiérarchie ecclésiastique... ». Toute cette critique est d'ordre *purement politique*.

## III

La liquidation d'un établissement public supprimé soulève une nouvelle question : celle des *dettes qui grevaient le patrimoine administratif spécial supprimé*.

I. — Le principe général est que les biens du patrimoine supprimé ne peuvent passer dans un autre patrimoine qu'après acquittement des dettes ou à la charge d'acquitter les dettes. Il n'y a d'actif que l'actif *net*, c'est-à-dire les dettes une fois payées. Un patrimoine administratif spécial avait été créé pour défrayer les dépenses entraînées par un service public. Il est logique que, le service public une fois supprimé, on emploie tout ou partie des biens du patrimoine disparu à acquitter les dettes qu'a fait naître ce service.

II. — Les dettes doivent-elles être payées *avant* que les biens passent à un nouveau patrimoine, ou, au contraire, les biens passent-ils immédiatement à un nouveau patrimoine à charge pour lui de payer les dettes ?

1<sup>o</sup> Cette question ne présente pas d'intérêt pour le cas où les biens de l'établissement public supprimé tombent dans un patrimoine administratif général, ce qui est le cas normal. Dans ce cas, les créanciers deviennent les créanciers du patrimoine administratif général, lequel est solvable.

C'est l'acte qui prononce la suppression de l'établissement public qui doit faire la liquidation du passif. Naturellement, cette liquidation doit respecter complètement les droits des créanciers. Sous aucun prétexte, ces droits ne peuvent être touchés. Cette solution est donnée expressément par la loi municipale de 1884 et par la loi de 1890 sur les syndicats de communes.

La loi municipale du 5 avril 1884, art. 7 § 5, charge l'*autorité qui prononce la suppression d'une commune* (réunion à une autre commune), c'est-à-dire le Parlement ou le Président de la République, de procéder à la liquidation du passif (1). La loi du 22 mars 1890 sur les syndicats de communes charge le Président de la République de déterminer, par le décret de dissolution, les conditions dans lesquelles s'opérera la liquidation du syndicat (art. 179 *in fine*,

(1) « Les actes qui prononcent des réunions... de communes en déterminent *expressément* toutes les autres conditions ».

1. 1884 modifiée par la loi du 1890) (1). La loi de 1890 réserve expressément les droits des tiers, ce que ne fait pas la loi de 1884, mais cette réserve est implicite.

2° Au cas d'attribution des biens à une œuvre privée (établissement d'utilité publique), il est préférable que la liquidation des dettes *précède* la transmission des biens. Il n'y a d'actif que l'*actif net*. L'intérêt des créanciers est qu'il y ait séparation des patrimoines.

La loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des Eglises et de l'Etat règle expressément la difficulté en stipulant dans son art. 6 : « Les associations attributaires des biens des établissements (*publics*) ecclésiastiques supprimés seront tenus des dettes de ces établissements ainsi que de leurs emprunts... Le revenu global desdits biens reste affecté au paiement du reliquat des dettes régulières et légales de l'établissement public supprimé, lorsqu'il ne se sera formé aucune association cultuelle apte à recueillir le patrimoine de cet établissement... »

### III. — *Situation des agents d'un service public supprimé.*

La situation des agents ne peut être un obstacle ni à la *réorganisation* d'un service public, ni à sa *suppression*. Les agents congédiés n'ont que le pouvoir de réclamer l'allocation d'une *indemnité de licenciement*. Parmi les dettes qui grèvent le patrimoine de l'établissement public supprimé, il faut ranger les indemnités de licenciement du personnel *congédié*.

*En l'absence de toute stipulation réglementaire ou contractuelle*, les agents qui, à la suite de la suppression de l'établissement public, sont licenciés, pourront exiger non pas la continuation du paiement de leur traitement, ni une pension viagère, mais *simplement* une *indemnité de licenciement*, dont le quantum doit être fixé par le juge (2) de façon à « leur permettre de chercher une situation nouvelle » (3).

Non seulement les agents licenciés n'ont pas droit à pen-

(1) « Le décret de dissolution détermine, sous la réserve des droits des tiers, les conditions dans lesquelles s'opère la liquidation du syndicat ».

(2) Le juge compétent est le Conseil d'Etat, juge de droit commun en matière administrative.

(3) Voir les conclusions de M. TEISSIER, sous C. d'E. 11 décembre 1903, *Villenave, Rec.*, p. 767. Cpr. cette *Revue*, 1907, p. 236 et s.

sion, mais encore, *le plus souvent*, ils ne pourront pas réclamer le *remboursement des retenues opérées sur leur traitement en vue de la constitution d'une pension de retraite*. La loi du 9 juin 1853 sur les pensions civiles dispose, en effet, dans son article 5, que les fonctionnaires de l'Etat « supportent..., *sans pouvoir les répéter dans aucun cas*, les retenues... ». Beaucoup de règlements *départementaux* ou *municipaux* sur les caisses de retraite reproduisent cette clause. La jurisprudence du Conseil d'Etat applique strictement la règle ainsi établie (1). La solution, très dure pour les agents licenciés, surtout lorsque les retenues ont été nombreuses, est *certaine*. Il conviendrait de modifier la loi et les règlements sur ce point.

La solution n'est pas tout à fait la même lorsque l'agent licencié peut invoquer une situation juridique spéciale. Par exemple, un individu est lié au service public *pour une certaine durée*. Ex. : engagement, rengagement d'un sous-officier, caporal ou soldat pour un certain nombre d'années. La suppression du service public avant l'expiration de ce délai est juridiquement possible ; cette suppression a pour effet nécessaire la résiliation de l'engagement avant le terme convenu. L'agent, licencié *dans ces conditions*, éprouve un préjudice *spécial* dont il lui est dû réparation ; le montant de l'indemnité sera ici non pas ce qui est nécessaire à l'agent pour lui permettre de se retourner, mais *quelque chose de plus* ; l'agent licencié comptait rester au service pendant un certain temps et il était *tenu* d'y rester. Le juge devra tenir compte de cet élément dans le calcul de l'indemnité (2).

(1) C. d'E., 11 décembre 1903, *Villenave, Rec.*, p. 770 : « *En ce qui concerne la demande en remboursement des retenues opérées sur le traitement du sieur V... au profit de la caisse municipale des retraites : Des dispositions combinées des articles 4 et 13 du règlement susvisé (de la caisse des retraites), il résulte que depuis 1884, époque à laquelle a commencé le fonctionnement de cette caisse, les retenues versées ne sont plus, même au cas de suppression d'emploi, sujettes à répétition (Rejet)* ».

(2) Cette solution a été appliquée par le C. d'E. (19 novembre 1909, *Zeïlabadine, Rec.*, p. 894, avec les conclusions de M. TARDIEU, et aussi voyez S. 1910-3-1 la note du prof. HAURIU) dans l'affaire suivante : Un décret du 17 mars 1907 a licencié le corps des cipahis. Un ancien cipahi qui, au jour du licenciement de son corps, se trouvait lié au service par un engagement dont la durée devait se prolonger pendant une certaine période de temps, s'est plaint du préjudice à lui causé par la suppression du corps des cipahis.

Naturellement, le Parlement, en ordonnant la suppression d'un établissement public ou d'un service public, peut prescrire des allocations supérieures à celles qui découlent de l'application des principes généraux. Dans ce cas, les agents licenciés pourront *exiger* ces allocations spéciales. Mais pour qu'il en soit ainsi, *il faut qu'elles aient été expressément prévues*.

Par exemple, la loi de finances du 17 avril 1906, art. 67, porte : « Toute demande de suppression d'octroi portant création de taxe de remplacement devra être précédée d'une stipulation au profit des agents atteints par une mesure de licenciement ». Ce texte n'accorde aux agents licenciés aucun pouvoir de réclamer une indemnité *spéciale*. Il formule simplement une règle de procédure. Les autorités municipales qui demanderont au Parlement la suppression de leur octroi sont averties que les Chambres désirent que la situation des agents menacés de licenciement soit réglée *généreusement* par ces autorités municipales ; faute de quoi, le Parlement manifeste l'intention de ne pas donner suite à la demande. Si le Parlement décide la suppression d'un octroi sans tenir la main à ce qu'il ait été statué sur le sort des agents licenciés, ces derniers ne pourront pas invoquer, devant les tribunaux, l'art. 67 de la loi de 1906 comme organisant à leur

« Lié par un rengagement, disait-il, j'étais en droit de compter qu'il me serait possible d'arriver jusqu'à 25 ans de services et d'obtenir ainsi une pension d'ancienneté réversible sur la tête de ma veuve ou de mes orphelins. En vertu de l'engagement, je suis tenu de rester au service pour la durée convenue ; il est juste que, de son côté, l'administration acquitte les prestations pécuniaires en vue desquelles je me suis engagé. » Le commissaire du Gouvernement a affirmé d'abord que l'acte de rengagement, *non plus que le fait que l'agent rengagé avait un « état »*, c'est-à-dire des garanties de stabilité dans sa fonction, ne faisaient obstacle à la suppression du corps des cipahis. Dès lors, le décret de suppression du corps est parfaitement légal. Ceci posé, le C. d'E. a ajouté, dans son arrêt, que l'agent licencié avait droit à réparation pour le préjudice à lui causé. « La légalité du décret du 17 mars 1907 ne peut être contestée. Si son application a eu pour effet de résilier le rengagement du requérant avant le terme convenu, *ce dernier est fondé à soutenir qu'il a subi, du fait de l'Etat, un préjudice dont il lui est dû réparation* ». Le requérant lui réclamait une *pension d'ancienneté*. Le C. d'E. la lui a refusée, parce que *les pensions d'ancienneté sont exclusivement fixées par les lois et règlements* ; mais le C. d'E. a reconnu le droit du requérant à une indemnité spéciale.



profit le pouvoir d'exiger une indemnité autre que l'indemnité de licenciement ordinaire consacrée par la jurisprudence.

Comme exemple d'*indemnité spéciale*, il faut citer la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des Eglises et de l'Etat. En l'absence de toute loi spéciale réglant leur situation, les ecclésiastiques privés de leur traitement n'auraient-ils pu exiger que des indemnités de licenciement ?

La question a été très discutée. C'est qu'en effet, pour le service public des cultes, il y avait déjà des *textes spéciaux* ; dès lors, on pouvait soutenir que le régime juridique général applicable au cas de suppression d'un service public n'était pas applicable au service public des cultes, en particulier au service public du culte catholique. Ces textes spéciaux sont le décret du 2 novembre 1789, le décret du 20 avril 1790, la Constitution de 1791 et le Concordat (1).

On a beaucoup bataillé sur la signification de ces textes, les uns soutenant qu'ils faisaient naître une *dette juridique* à la charge du patrimoine administratif de l'Etat (2), les autres

(1) Décret du 2 novembre 1789 : « L'A. N. constituante déclare que tous les biens ecclésiastiques sont à la disposition de la nation, à la charge de pourvoir d'une manière convenable aux frais du culte, à l'entretien de ses ministres et au soulagement des pauvres. »

Art. 5 du décret du 20 avril 1790 : « Dans l'état des dépenses publiques de chaque année, il sera porté une somme suffisante pour fournir aux frais du culte et de la religion catholiques..., à l'entretien des ministres, des autels, au soulagement des pauvres et aux pensions ecclésiastiques, de manière que les biens mentionnés au premier article (biens du clergé) puissent être dégagés de toutes les charges et employés par le Corps législatif aux plus grands et aux plus pressants besoins de l'Etat. »

Const. de 1791, titre V, art. 2 : « Sous aucun prétexte, les fonds nécessaires à l'acquittement de la dette nationale... ne pourront être ni refusés ni suspendus. Le traitement des ministres du culte catholique, pensionnés, conservés, élus ou nommés en vertu des décrets de l'Assemblée nationale constituante, fait partie de la dette nationale. »

Concordat, art. 14 : « Le gouvernement assurera un traitement convenable aux évêques et aux curés dont les diocèses et les paroisses seront compris dans la circonscription nouvelle. »

(2) En ce sens voyez les discours du député GROUSSAU (27 mars 1905, *J. O., Ch., Débats*, p. 1090), du prof. député BEAUREGARD (2<sup>e</sup> séance du 13 avril 1905, *J. O., Ch., Débats*, p. 1383), du sénateur DE LAMARZELLE (16 nov. 1905, *J. O., Sénat, Débats*, p. 1420).

affirmant qu'il n'en était rien (1). Il faut rechercher quelle a été exactement la volonté des gouvernants, en 1789, en 1790, en 1791, en 1803. Leur volonté a-t-elle été de faire naître une *dette juridique* à la charge du patrimoine administratif de l'Etat ?

Tel n'est pas mon avis : une dette *juridique* suppose un *quantum* déterminé ou dont on a précisé les éléments de calcul, et des ayants droit faciles à désigner. Or à ces deux points de vue, les textes sont conçus en termes très généraux. Touchant le *quantum*, il est dit que la nation « pourvoiera d'une manière convenable... ». Quant aux ayants droit, il est parlé de l'entretien des *ministres* et du soulagement des *pauvres*.

(1) En particulier, le rapporteur de la loi, M. BRIAND, a déclaré (Chambre, 2<sup>e</sup> séance du 6 avril 1905, *J. O., Débats*, p. 1238) : « Il faut constater tout d'abord qu'il n'y a pas eu de contrat. C'est une simple déclaration par laquelle l'Assemblée décide de remettre entre les mains de la nation les biens ecclésiastiques, et ajoute libéralement qu'elle prend à sa charge les frais du culte, l'entretien des ministres et le soulagement des pauvres... L'Assemblée... entendait seulement restituer à la nation propriétaire l'administration et l'usufruit des biens ecclésiastiques dont l'Eglise jouissait... Mais la Constituante estimait que l'exercice de la religion et de la charité constituaient des nécessités sociales qui devaient faire l'objet de services publics. Reprenant à ceux qui étaient chargés de ce service les biens qui leur permettaient de vivre, elle inscrivait au budget général des crédits pour rémunérer leurs fonctions jugées indispensables. » La preuve, c'est que l'art. 6 du décret du 20 avril 1790 porte : « Il n'y aura aucune distinction entre cet objet du service public et les autres dépenses nationales. Les contributions publiques seront proportionnées de manière à y pourvoir, et la répartition sera faite sur la généralité des contribuables du royaume... ». Il n'y avait donc là qu'un traitement comme celui des autres fonctionnaires et pouvant subir les mêmes vicissitudes ». — Comme deuxième argument, M. Briand déclarait (Chambre, 27 mars 1905, *J. O., Débats*, p. 1091) : « En admettant même cette erreur certaine que le budget des cultes a eu le caractère d'indemnité, il y aurait lieu d'apprécier si le total des indemnités payées à ce jour n'a pas suffi à compenser le préjudice subi... Pour l'Eglise elle-même, le budget des cultes, de 4 millions en 1803, a atteint sous le Second Empire le chiffre de 50 millions. Il est aujourd'hui de près de 40 millions. Que l'on calcule ce qui a été payé par la nation à l'Eglise catholique depuis la Constituante..., et l'on ne sera pas éloigné de conclure que, loin d'être spoliée, l'Eglise se trouverait, dans un pareil règlement de compte, débitrice de la République. Celle-ci lui a assuré depuis assez longtemps une assez riche dotation pour pouvoir supprimer le budget des cultes en toute sérénité. »

Mais quel est le nombre des *ministres* ayants droit ? quel est le nombre des pauvres ayants droit ? A tous ces points de vue, la charge assumée est tout à fait incertaine. De plus, une dette véritable, de nature *perpétuelle*, pourrait-elle ainsi naître ?

Voilà bien des raisons pour faire douter que la volonté des gouvernants de la période révolutionnaire ait été de créer une dette *juridique* véritable. Pour ma part, je crois qu'il faut voir, dans les textes invoqués, la promesse d'organiser le service des cultes en *service public*, à la charge de l'Etat (1).

(1) A ce point de vue, l'argumentation de M. Briand me paraît décisive. Mais certains des arguments *juridiques* invoqués par lui sont sans valeur. Ces arguments sont au nombre de deux :

1<sup>o</sup> Il n'y a pas eu *contrat* ; il n'y a eu qu'une *déclaration*. — Mais un *contrat* n'est pas indispensable pour faire naître une dette juridique, une situation juridique individuelle. Une *déclaration unilatérale* de volonté peut créer cette dette.

2<sup>o</sup> L'Etat, depuis 1803, a versé à l'Eglise un nombre considérable de millions. Si l'on faisait le compte de ce que l'Eglise a dû abandonner à l'Etat et de ce qu'elle a reçu de lui, l'Eglise se trouverait débitrice de la République. — L'argument n'a pas de valeur juridique. La question n'est pas de savoir si l'Etat a assumé une lourde dette. Il s'agit de savoir si les actes des gouvernants de la Révolution ont créé ou non une dette juridique à la charge de l'Etat. Peu importe en droit, si l'acquittement de cette dette entraîne le versement de grosses ou de petites sommes.

Le prof. DUGUIT, *Tr. de Droit Const.*, II, p. 117, déclare aussi sans valeur juridique les deux arguments de M. BRIAND. Mais le savant professeur semble croire qu'il y avait dette juridique de l'Etat.

Le prof. HAURIOU (*Principes de droit public*, p. 409) me paraît donner la solution exacte : « Cette suppression (de la dotation personnelle relative aux traitements et aux logements des ministres du culte) a suscité les plus énergiques protestations et se produit en effet dans des conditions insolites. Il faut, pour s'en rendre compte, distinguer entre deux ordres de considérations qui ont souvent été confondus soit par les adversaires de la loi, soit par ses défenseurs ; il s'agit moins de savoir si l'Etat, en rayant de ses budgets les traitements ecclésiastiques et les subventions, sans constituer à titre de compensation une dotation suffisante, manque à une dette juridique véritable, que de savoir s'il manque à une obligation de haute politique et d'équité. *Adversaires et partisans de la loi se sont volontiers placés sur le terrain de la dette juridique et les avocats de la loi n'ont pas eu de peine à en démontrer la non-existence* ».

Cp. GRUNEBaum BALLIN, *La séparation. op. cit.*, p. 58 à 79 et les nombreuses autorités citées aux notes 1 et 2 de la page 60. La démonstration faite par M. GRUNEBaum BALLIN de la volonté des hommes de la Révolution me paraît décisive.

Mais s'il en est ainsi, le service public du culte catholique est régi par les mêmes règles que les autres services publics. Dès lors, en 1905, lors de la suppression de ce service public, le seul pouvoir *juridique* du clergé séculier catholique était de réclamer une indemnité de licenciement.

La loi du 9 décembre 1905 s'est montrée plus généreuse. *Par équité et pour des raisons politiques*, elle a accordé aux ecclésiastiques des *allocations et pensions spéciales* (1). La loi de 1905 organise un pouvoir spécial que les ecclésiastiques exerceront pour faire naître à leur profit une *créance véritable* contre le patrimoine administratif général de l'Etat ; au cas de contestation, les tribunaux pourront être saisis et prononcer des condamnations contre l'Etat. Mais les tribunaux devront, pour juger ces contestations, s'en tenir uniquement aux textes *spéciaux* qui prévoient ces allocations et pensions : *c'est un régime particulier*, exorbitant du droit commun, qui se suffit à lui-même (2).

GASTON JÈZE.

(1) Les ministres des cultes âgés de plus de 60 ans et ayant rempli pendant 30 ans au moins des fonctions ecclésiastiques rémunérées par l'Etat recevront une *pension* annuelle et viagère, égale aux trois quarts de leur traitement. Pour ceux qui seront âgés de plus de 45 ans et qui auront 20 ans de services, la pension sera égale à la moitié du traitement. En aucun cas, les pensions ne peuvent dépasser 1.500 francs. Ces pensions seront réversibles dans certaines conditions. — Les ministres des cultes qui ne seront pas dans les conditions pour avoir droit à une pension recevront, pendant quatre ans, une allocation égale à la totalité de leur traitement pour la première année, aux deux tiers pour la deuxième, aux deux tiers pour la troisième, au tiers pour la quatrième, etc.

(2) Ce régime est particulier quant *aux conditions requises* pour avoir droit à l'allocation, quant au *quantum* de l'allocation, quant à la *durée* de l'allocation, quant aux *causes de suspension et de déchéance*, quant au *caractère incessible et insaisissable*, quant à l'*interdiction du cumul*, etc.

---