

ANNALES

DE

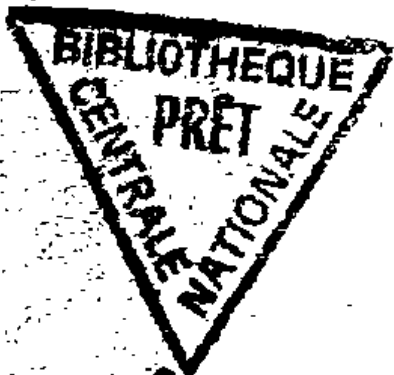
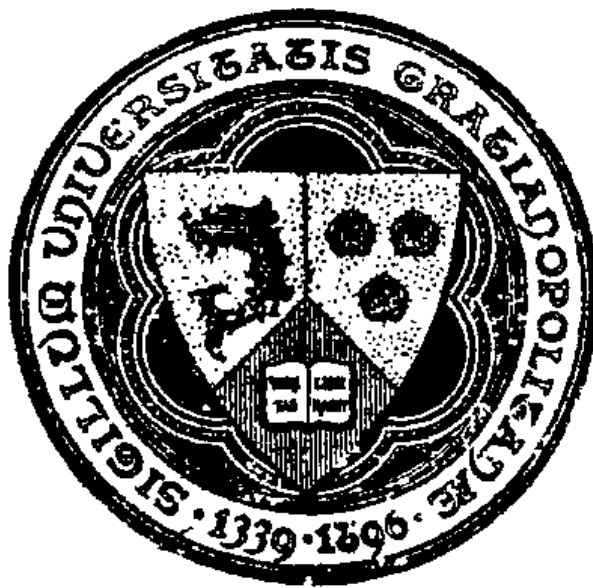
L'UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

TOME XXV. — N° 3

SOMMAIRE :

- MM. MICHOD.** — Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'Administration.
LÉGER. — Essai sur la mise en valeur piscicole des lacs alpins de haute montagne.
— — Élevage intensif de la truite en espace limité.
HOLLANDE. — Valeur nutritive de la chair de quelques poissons exotiques.
TERMIER, KILIAN, LORY et JACOB. — Notice explicative de la feuille Vizille.
VAILLANT. — Sur les méthodes qui utilisent l'électromètre à quadrants à la mesure des résistances liquides.
MAUGAIN. — Giosuè Carducci et la France (3^e article).
Liste des travaux publiés pendant l'année scolaire 1912-1913 par les professeurs de l'Université et par les auxiliaires de l'enseignement.

Les périodiques échangés avec les Annales doivent être adressés
à M. le Bibliothécaire de l'Université de Grenoble



GAUTHIER-VILLARS
Imprimeur-éditeur
PARIS

ALLIER FRÈRES
Imprimeurs-éditeurs
GRENOBLE

1913

BIBLIOTHEQUE NATIONALE DE FRANCE



3 7531 02733522 4

ÉTUDE SUR LE POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE DE L'ADMINISTRATION

Par M. L. MICHOD,

Professeur à la Faculté de Droit.

Le pouvoir discrétionnaire de l'administration n'a jamais fait l'objet d'une étude approfondie dans notre littérature juridique. Nos plus anciens auteurs ont établi très nettement une opposition entre les matières contentieuses, dans lesquelles les décisions prises par l'administration pouvaient être soumises au contrôle des tribunaux administratifs, et les matières non contentieuses ou discrétionnaires dans lesquelles les décisions prises ne peuvent donner lieu qu'à un recours gracieux ou à un recours hiérarchique¹. Mais quand on cherche chez eux un cri-

¹ Cette opposition se retrouve, avec une terminologie d'ailleurs variable, chez presque tous les auteurs qui ont contribué à la formation de notre droit administratif. V. notamment : Cormenin, *Droit administratif*, 5^e éd., t. I (1840), p. 87 et suiv. (Il explique que le rejet des requêtes au Conseil d'Etat est possible pour plusieurs motifs, dont le premier est : parce que la matière n'est pas contentieuse; et les cas qu'il cite, un peu pêle-mêle, à titre d'exemple, sont pour la plupart des cas d'application du pouvoir discrétionnaire); — Chauveau, *Principes de compétence et de juridiction administratives*, t. I (1841), p. 3 et suiv., distingue l'administration active au premier chef, ou pouvoir gracieux, laquelle touche seulement les intérêts des citoyens, et l'administration active au second

Re. 8 44920



térium permettant de déterminer dans quels cas la matière est contentieuse, dans quels cas elle est discrétionnaire, ou l'on ne trouve que des énumérations, ou l'on est réduit à la formule que la matière est contentieuse quand l'administration viole un droit, discrétionnaire quand elle froisse un simple intérêt. Or cette formule (qui ne faisait guère que déplacer la question) n'est plus d'accord avec l'état du droit créé par le développement du recours pour excès de pouvoir, puisque ce recours, aujourd'hui certainement contentieux, ne suppose pas l'existence d'un droit violé. Les auteurs qui ont écrit depuis 1870 ont dû tenir compte de l'évolution. La limite entre les matières contentieuses ou les matières non contentieuses s'en trouve visiblement déplacée. Elle n'est plus (qu'on nous passe l'expression) *au bord* du contentieux de pleine juridiction, mais au bord de ce contentieux infiniment plus large, comprenant dès réclamations provenant de simples intérêts froissés, qui forme le recours

chef, laquelle blesse leurs *droits*, ce qui entraîne un recours contre ses décisions; — Foucart, *Eléments de droit public et administratif*, 3^e éd., t. I (1843), n^{os} 173 et suiv., explique que l'administration, tantôt est revêtue d'un pouvoir discrétionnaire, tantôt est renfermée dans les limites étroites de l'application d'une loi, d'une ordonnance ou d'un contrat; et il montre les deux catégories de recours (recours gracieux, recours contentieux) correspondant à ces deux modes d'action; — Serrigny, *Traité de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative*, t. I (1865), n^{os} 24 et suiv., divise l'autorité administrative en *administration pure* et *administration contentieuse*, cette dernière caractérisée par le fait que ses actes sont limités par la loi et par conséquent sont de nature contentieuse, la première par ce fait que la loi s'en est rapportée entièrement à la sagesse et à l'impartialité de l'administration, ce qui exclut le recours contentieux; — Bouchené-Lefer, *Principes du droit public administratif* (1862), p. 603 et suiv., indique également la distinction en admettant le recours contentieux en matière non-discrétionnaire et en le déclarant en principe irrecevable en matière discrétionnaire. — On peut encore citer le *Répertoire* de Dalloz, v^o *Compétence administrative* (1848), n^{os} 26 et suiv., qui donne la formule suivante : « On peut dire en général que la voie gracieuse est seule ouverte pour attaquer les actes émanés du *pouvoir discrétionnaire* de l'administration et qui dès lors blessent non pas les *droits*, mais seulement les *intérêts* des réclamants; tandis qu'il y a lieu d'agir par la voie contentieuse toutes les fois qu'il est question de faire valoir une réclamation basée sur un véritable *droit*..., ou bien encore lorsque, dans une matière quelconque, le recours contentieux est spécialement autorisé par un texte formel. »

pour excès de pouvoir. Dès lors, c'est à propos de ce recours que la question du pouvoir discrétionnaire devait être abordée, et c'est en effet la place où on la trouve, indiquée plutôt que traitée, dans les auteurs récents.

Le plus éminent théoricien du recours pour excès de pouvoir, Edouard Laferrière¹, n'a pas manqué d'examiner à son occasion les actes discrétionnaires, qu'il appelle de préférence actes de pure administration². Ce sont, dit-il, ceux que l'administration accomplit d'après sa libre appréciation, afin de pourvoir aux intérêts généraux ou particuliers, et non pour satisfaire à des droits ou à la loi : « Tels sont les règlements administratifs faits dans un intérêt général; les mesures de police, spécialement celles qui intéressent la salubrité et la sécurité publiques; les actes de tutelle administrative; les nominations et révocations de fonctionnaires, lorsqu'il n'existe pas de loi qui fixe leur état et leurs droits à l'avancement; les mesures disciplinaires; les suspensions ou dissolutions de corps administratifs; le refus ou le retrait d'autorisations ou de concessions révocables, et un grand nombre d'autres actes, dans lesquels domine également la libre appréciation de l'administrateur. »

La question qu'il se pose à l'égard des actes ainsi définis est celle de savoir s'ils n'échappent pas au recours pour excès de pouvoir, comme les actes de gouvernement, par une fin de non-

¹ *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2^e éd., t. II, p. 423 et suiv. — Aucoc, qui, avant Laferrière, a esquissé la théorie du recours pour excès de pouvoir (*Conférences sur le droit administratif*, 3^e éd., t. I, n^{os} 295 et suiv.), ne se pose pas à son propos la question de l'acte discrétionnaire. Il définit d'ailleurs le domaine du contentieux administratif en y comprenant, comme le *Répertoire* de Dalloz, outre les réclamations élevées contre les actes administratifs qui violent un droit, certaines réclamations élevées contre les actes administratifs qui ne blessent que des intérêts, mais pour lesquels la loi a expressément ouvert un recours par la voie contentieuse (*ibid.* l., n^o 290).

² Laferrière considère les mots *acte discrétionnaire* comme synonymes des mots *acte de pure administration*. « On peut seulement se demander, dit-il à la p. 425, si parmi les actes discrétionnaires et de pure administration il n'en est pas qui... »

recevoir tirée de la nature de l'acte. Il y répond par la négative : ces actes, dit-il, échappent au recours pour excès de pouvoir sur le terrain des droits acquis et de la violation de la loi. Mais on a toujours pu invoquer contre eux les griefs d'incompétence et de vice de forme¹, et on peut aussi les attaquer pour détournement de pouvoir². Ils sont donc soumis aux règles ordinaires du contentieux. Mais il en est parmi eux, ajoute-t-il, qui ont un caractère si général et si impersonnel qu'on a peine à concevoir quelle partie pourrait les attaquer en cas d'excès de pouvoir ; si donc il n'y a pas à leur égard de fin de non-recevoir tirée de la nature de l'acte, il y en a le plus souvent une autre tirée du fait que personne n'a qualité pour attaquer l'acte. Laferrière refuse d'ailleurs de faire une catégorie spéciale pour ceux de ces actes qu'on a désignés parfois sous le nom d'actes de haute administration. C'est seulement en fait qu'ils échappent plus souvent que les autres au recours pour excès de pouvoir.

La doctrine française en est restée à ces explications de Laferrière³. A notre avis, elles ne sont pas entièrement exactes. Nous verrons qu'il y a bien, à l'égard de ces actes, une fin de non-recevoir spéciale tirée non de la nature de l'acte, mais de la nature des griefs invoqués, et que cette fin de non-recevoir découle d'une véritable incompétence des tribunaux administratifs à pénétrer dans le domaine discrétionnaire. D'autre part, la

¹ Cela avait été, en effet, déjà constaté par quelques-uns des anciens auteurs, qui expliquaient le fait en le ramenant à l'idée de droit violé. V. Foucart, *op. cit.*, n° 177 ; Serrigny, *op. cit.*, n°s 29 et suiv. Nous reviendrons sur ce point. V. *infra*, § 3, III.

² V. sur ce point *op. cit.*, p. 425, note 1.

³ Parmi les auteurs récents, il n'en est qu'un petit nombre qui aient traité la question avec quelque développement. V. surtout : Renault, *Des actes discrétionnaires*, thèse, Paris, 1899 ; — Léon Marie, *Le droit positif et la juridiction administrative*, 1903, t. II, p. 362 et suiv. ; — Duguit, *Les transformations du droit public*, 1913, p. 205 et suiv. — Il faut consulter en outre un certain nombre de notes de M. Hauriou dans le *Recueil* de Sirey, et de M. Jéze dans la *Revue du droit public*, qui seront citées plus loin.

V. aussi Ussing, *Le contentieux administratif et la juridiction administrative*, traduction Dareste, 1902, p. 80 à 144.

théorie de Laferrière est visiblement incomplète; elle ne nous renseigne que d'une manière insuffisante sur la raison d'être et les limites du pouvoir discrétionnaire. Sans doute, comme nous le verrons, on ne peut poser à cet égard des règles absolument précises; mais il est possible cependant d'esquisser une théorie générale qui n'est pas sans importance. La jurisprudence, très abondante en cette matière, et dirigée par le tact juridique si affiné de notre Conseil d'Etat, est très propre à nous fournir des jalons; elle-même, nous l'espérons, pourra profiter de cet essai de systématisation qui n'a jamais été tenté. Tous ces motifs nous engagent à entreprendre aujourd'hui cette étude.

Nous avons d'ailleurs été devancé à cet égard par de nombreux travaux publiés à l'étranger sur le pouvoir discrétionnaire. M. Rudolf von Laun notamment a fait paraître sur ce sujet un ouvrage important¹, d'autant plus intéressant pour nous qu'il contient une critique approfondie de la jurisprudence de notre Conseil d'Etat en cette matière. Nous trouverons dans ce livre et dans les controverses qu'il a suscitées des indications précieuses². Mais nous n'oublierons pas que le développement histo-

¹ Rudolf von Laun, *Das freie Ermessen und seine Grenzen*. Leipzig et Vienne, 1910.

² L'ouvrage de Laun a été très vivement critiqué, en Autriche même, par Tezner, qui avait, dès 1888, traité cette même question dans une monographie spéciale : *Zur Lehre von dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörden als Grund der Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte* (Vienne, 1888). — Tezner avait déjà eu à défendre ses conclusions contre Bernatzik, qui avait fait la critique de son ouvrage dans la *Grünhut's Zeitschrift*, t. XVIII, p. 148 et s.; il avait répondu à cette critique par un article publié dans la même revue, t. XIX, p. 327 et suiv. (*Ueber das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden...*). Le livre de Laun a également suscité une réponse de sa part dans *Jahrbuch des öffentlichen Recht*, t. V (1911), p. 67 et suiv. (*Das détournement de pouvoir und die deutsche Rechtsbeschwerde*.)

On doit encore citer sur la question les ouvrages et articles suivants : Walter Jellinek, Compte rendu du livre de Laun dans *Archiv für öffentliches Recht*, t. XXVII, p. 464. — Le même, *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung*, Tübingen, 1913. — Stier-Somlo, *Das freie Ermessen in Rechtssprechung und Verwaltung* (dans *Festgabe für Paul Laband*, 1908, t. II, p. 445 et suiv.). — Fleiner, *Einzelrecht und öffentliches Interesse* (même recueil, t. II, p. 3 et suiv.). — Le même, *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, 2^e éd., 1912, p. 126 et suiv., 231 et suiv.

rique de notre jurisprudence donne à notre haut tribunal administratif une physionomie assez différente de celle des tribunaux supérieurs de l'Autriche et des divers pays allemands, et que notre théorie française doit tenir compte de cette différence ¹.

§ 1. — Notion générale du pouvoir discrétionnaire.

Il y a pouvoir discrétionnaire toutes les fois qu'une autorité agit librement, sans que la conduite à tenir lui soit dictée à l'avance par une règle de droit. En ce sens le pouvoir discrétionnaire se trouve, plus ou moins développé, dans toutes les fonctions de l'Etat. Il existe, au plus haut degré, dans la fonction législative, pour laquelle les Chambres ne sont, en règle générale, liées par aucune norme impérative antérieure. Il existe, comme nous allons le voir, à titre exceptionnel seulement, dans la fonction judiciaire. Il existe enfin, à titre de fait normal et habituel, dans la fonction gouvernementale et administrative, c'est-à-dire dans celle qui est principalement confiée au pouvoir dit exécutif.

Les actes de ce pouvoir contiennent tous une certaine part d'appréciation discrétionnaire. Toutefois ils doivent être distingués en deux catégories.

I. — Dans des cas qui n'ont jamais été rares, qui tendent à devenir de plus en plus fréquents, mais qui malgré tout restent exceptionnels, ce pouvoir, dans l'exercice de sa fonction administrative, prend des décisions qui lui sont à l'avance dictées par la loi elle-même, en sorte qu'il n'a d'autre tâche que d'appliquer la loi au cas particulier qui motive sa décision. Il en est ainsi, par exemple, quand l'administration établit un rôle d'impôt, quand elle liquide une dette de l'Etat, quand elle délivre un

¹ V. aussi Presutti, *I limiti del sindacato di legittimità*, 1911; — Ranelletti, *Principii di diritto amministrativo*, t. I (1912), n^{os} 227 et suiv.

alignement individuel, quand elle accorde ou refuse une autorisation qu'elle n'a le droit de refuser que pour des motifs précisés par la loi (permis d'entrepôt, autorisation demandée par une société de secours mutuels), quand elle donne récépissé d'une déclaration qu'elle n'a pas le droit de refuser (déclaration d'ouverture d'une école libre, déclaration de candidature), quand elle donne à un particulier une injonction qu'elle est obligée de formuler si certaines circonstances sont réunies et qu'elle n'a pas le droit de formuler dans le cas contraire (injonction de démolir une maison qui menace ruine), quand elle prend à l'égard d'un particulier une mesure qui lui imposera certaines obligations ou lui conférera certains droits et qu'elle ne peut prendre que dans des cas précisés par la loi (incorporation d'un conscrit, inscription d'un vieillard sur les listes d'assistance).

Dans les cas de ce genre on ne peut pas dire que le pouvoir discrétionnaire n'existe pas. Mais il n'existe que sur la question très limitée du choix de l'heure sur laquelle nous reviendrons plus loin. Pour le surplus, l'administration est liée par la loi. Cela ne signifie pas d'ailleurs qu'elle n'a aucun pouvoir d'appréciation. Le raisonnement qu'elle fait pour savoir quelle décision elle doit prendre est semblable à celui que fait un juge qui doit appliquer la loi au cas concret qui lui est soumis. C'est un syllogisme dans lequel la règle de droit forme la majeure, le fait débattu la mineure, la décision à prendre étant à l'avance déterminée par ces deux premiers termes¹. Mais, pour préciser chacun de ces deux termes, elle est souvent obligée, comme le juge lui-même, à un examen complexe, dans lequel entrent des pouvoirs d'appréciation très étendus. Dans la détermination de la règle légale, elle rencontre toutes les difficultés d'interpréta-

¹ Sur cette conception du rôle du juge, qui est classique, v. notamment : Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, p. 263 ; — Laband, *Droit public de l'Empire allemand*, éd. française, t. II, p. 514 ; — Ranelletti, *Principii di diritto amministrativo*, n° 169. — Nous reviendrons plus loin (v. les pages suivantes et *infra*, IV) sur les objections qu'elle a soulevées.

tion du droit, et l'on sait combien est délicate ici la tâche du juge; dans la détermination du fait, elle doit résoudre toutes les difficultés de preuve, et celles-ci exigent souvent une appréciation très fine des diverses circonstances du fait. Enfin, quand elle rapproche de la règle de droit le fait qu'elle a constaté, elle doit se demander s'il tombe sous l'empire de cette règle ou s'il est dans le domaine de telle ou telle autre; et là encore sa tâche est fort délicate lorsqu'elle se trouve en présence de concepts légaux ayant une certaine imprécision, tels que le concept de faute lourde, de faute légère, de diligence d'un bon père de famille, d'ordre public, de bonnes mœurs, d'abus du droit, etc., ou encore en présence de concepts dont l'application exige certaines connaissances techniques : matériaux de la meilleure qualité, dangers d'inondation ou de ruine, maladie contractée dans le service, etc.

Les questions d'une appréciation délicate qui se trouvent dans le domaine du juge, et aussi dans celui de l'administrateur quand il fait un acte d'application de la loi, sont tellement complexes et difficiles qu'il est impossible que les appréciations concordent toujours. En fait, la personnalité subjective du juge ou de l'administrateur, sa tournure d'esprit, ses tendances politiques et sociales, la subtilité plus ou moins grande de son intelligence, l'étendue de sa culture influenceront consciemment ou inconsciemment sur sa décision : tel administrateur tranchera la question autrement que tel autre et, si elle est ensuite soumise à un juge, celui-ci la tranchera encore d'une manière différente, sans qu'à aucun d'eux on puisse reprocher une faute. Nous ne sommes pourtant pas dans le domaine du pouvoir discrétionnaire : *en théorie, il n'existe qu'une seule solution exacte*¹; toute autre repose sur une erreur d'appréciation. Il s'agit seulement de dégager la véritable règle de droit et de l'appliquer à un fait. La divergence possible des solutions a pour cause unique l'in-

¹ V. sur ce point les excellents développements de Laun, p. 59-60.

suffisance, l'incertitude des jugements humains. Il en résulte que les décisions administratives rentrant dans cette catégorie tombent de plein droit sous le contrôle des tribunaux administratifs, lesquels ont été créés précisément pour garantir l'application des règles de droit par l'administration.

Même dans cette première catégorie d'actes cependant, il ne faudrait pas croire que la tâche de l'administration soit la même que celle du juge. Elle en diffère profondément *par son but*¹. Le but de l'administration dans les actes de ce genre est d'accomplir, au nom de l'Etat, les tâches diverses qui lui incombent dans l'intérêt général : lever les impôts, conserver l'intégrité de la voie publique, maintenir l'hygiène ou la tranquillité publique, etc. Elle doit le faire sans violer la justice, cela est bien entendu, mais son but n'est pas de faire régner la justice ; il est de réaliser, de la manière tracée par la loi, quelque'une des autres fins de l'Etat. Aussi n'agit-elle pas dans le même esprit que l'autorité judiciaire, et cela est loin d'être indifférent.

Il en résulte, en effet, tout d'abord qu'elle interprétera la loi, en cas de doute sur l'une ou l'autre des prémisses du syllogisme, dans le sens de l'intérêt public qu'elle a pour but de réaliser. En faisant cela, elle fait, au nom de l'Etat, ce que fait un particulier qui se demande, avant d'agir ou de s'abstenir, s'il est bien dans son droit. En cas de doute sérieux, ce particulier agira de la manière la plus conforme à ses intérêts, à moins que des motifs de prudence ne le portent à abandonner ce qu'il croit être son droit. Peut-être des motifs analogues (prudence politique, souci de la paix publique) porteront-ils aussi l'administrateur à abandonner, parce qu'il y a doute, ce qu'il croit être le droit de l'Etat. Mais, en principe, il ne doit pas le faire. Il a

¹ Cpr. pour les explications suivantes : Artur, *Séparation des pouvoirs...*, p. 24 et suiv. ; — Fleiner, *Institutionen...*, p. 7 ; — Ranelletti, *Principii*, n° 176, p. 268 et suiv. — Les objections faites à cette idée par Laun, p. 25 et suiv., ne nous paraissent pas décisives. Les différences pratiques que nous signalons entre la mission du juge et celle de l'administrateur subsistent dans les hypothèses qu'il cite.

le devoir d'agir au mieux des intérêts dont il a la charge, en respectant les limites légales là où elles sont nettement fixées, et en défendant la thèse la plus favorable à ces intérêts, là où elles ne le sont pas ¹. S'il se trompe, les tribunaux compétents le diront; ils devront, eux, au contraire, juger entre l'Etat et le particulier qui réclame en n'ayant en vue *qu'un seul* des intérêts de l'Etat, celui de la justice, ou, d'une manière plus précise, de l'application de la règle de droit qui est la traduction dans le droit positif de l'idée de justice. Ils doivent être « la logique indifférente appliquant la loi telle qu'elle est sans jamais modifier le principe et sans faire acception de personne ² »; ils referont le syllogisme que l'administrateur s'est fait à lui-même avant d'agir pour savoir si son acte est légal, mais ils le referont dans un autre esprit, sans avoir la pensée que leur devoir soit de faire prévaloir l'intérêt de l'Etat ou même l'intérêt public représenté par l'Etat. C'est précisément pour cela qu'ils existent; c'est pour que l'administré ait la garantie d'un débat devant un organe n'ayant d'autre mission que celle de dire le droit, sans autre préoccupation, même d'intérêt général.

¹ Les administrations fiscales se placent constamment à ce point de vue, et il serait injuste de leur reprocher à cet égard un excès de fiscalité. Elles ne font que leur devoir en défendant les droits de l'Etat qu'elles représentent. Que l'on songe, d'autre part, à la situation du ministre répondant à une demande d'indemnité dirigée contre l'Etat, ou du conseil municipal à une demande d'indemnité dirigée contre la commune. Ils sont liés par le droit, assurément, et doivent faire (implicitement) le raisonnement syllogistique. Soutiendra-t-on cependant qu'ils doivent le faire dans le même esprit que le Conseil d'Etat qui aura plus tard à connaître de la réclamation si l'intéressé n'accepte pas leur décision. Ce serait de leur part trahir les intérêts qu'ils représentent et qui sont ceux des contribuables. A eux de défendre ces intérêts, au Conseil d'Etat de juger équitablement la contestation s'il y a doute, soit sur la règle de droit à appliquer, soit sur les faits, tels que l'existence d'une faute ou l'existence d'un dommage. L'ancienne théorie du ministre-juge méconnaissait cette vérité, et c'est au fond la vraie raison pour laquelle elle devait disparaître.

Les administrations qui exercent les droits de police de l'Etat ou de la commune doivent en fait être souvent plus réservées, parce qu'un excès de zèle de leur part est plus dangereux pour les droits privés qu'un excès de zèle fiscal. Mais au fond leur devoir est très souvent d'agir, même en cas d'incertitude sur le droit, sauf aux intéressés à réclamer devant les tribunaux compétents.

² Jules Simon, *La liberté*, t. II, p. 150.

Il résulte, d'autre part, de la même idée que, même en ce qui concerne les actes dont nous parlons, l'administration a presque toujours une faculté qui appartient déjà au domaine discrétionnaire, celle *de choisir son heure*. Les tribunaux de tous ordres, une fois saisis, ne peuvent pas ne pas statuer et ne peuvent pas se dispenser de statuer suivant la loi. Mais l'administration, qui n'a pas besoin d'être saisie, a, sauf peut-être dans certains cas où elle se trouve en présence d'un droit privé qui demande satisfaction¹, le droit de choisir son heure, même pour l'application d'une loi impérative. Si, par exemple, elle a à faire rentrer une dette de l'Etat, elle pourra user de ménagements envers le débiteur et ne le poursuivre que lorsque le moment lui paraîtra opportun. Elle pourra même laisser sommeiller une loi impérative d'ordre public, comme elle l'a fait par exemple longtemps pour les lois prohibitives des associations². Elle pourra le faire à raison des difficultés d'application qu'elle trouve devant elle : « L'administration, disait déjà Vivien³, manquerait à ses premiers devoirs si tous ne pesaient pas du même poids dans sa balance; mais elle n'est pas tenue, dans tous les cas, à toutes les époques, de déployer la même sévérité. Il lui appartient d'user de tempéraments, par exemple lorsque la loi est nouvelle et que ceux qu'elle concerne la connaissent mal et n'ont pas encore contracté les habitudes qu'elle doit créer. L'administration peut donner d'abord des avertissements amiables et ne provoquer de poursuites que dans le cas où ses conseils sont méprisés. C'est entrer dans les vues du législateur que de chercher avant tout le but qu'il s'est proposé et de ne jamais faire

¹ Nous verrons plus loin (§ 4, I) que, même dans ces cas, il subsiste d'ordinaire une certaine liberté du choix de l'heure, se traduisant notamment par ce fait que l'exécution des obligations de l'Etat ou des autres personnes morales administratives ne peut être poursuivie par les voies judiciaires.

² Les tempéraments dont l'administration a usé au début de l'application de la loi des retraites ouvrières sont également un bon exemple de la liberté relative qui lui appartient ici.

³ *Etudes administratives*, 1852, t. II, p. 331.

sortir de ses prescriptions d'inutiles rigueurs¹. » Au fond, c'est déjà le pouvoir discrétionnaire que nous trouvons ici; ce pouvoir existe au profit de l'administration même dans les cas où elle est liée par la loi. Elle ne l'est pas, même dans ces cas, tout à fait comme le juge, parce qu'elle a d'autres motifs à ses actions que la solution des difficultés juridiques. Mais, du moins, le pouvoir discrétionnaire dans cette première catégorie d'actes est tout à fait limité. Il ne porte pas sur la substance de l'acte, mais seulement sur le choix de l'heure.

II. — Dans la plupart des cas, l'administration a au contraire un pouvoir discrétionnaire bien plus étendu. La loi ne lui indique pas à l'avance la conduite à tenir et lui laisse le choix de la décision à prendre en fixant seulement à ce choix certaines conditions préalables (compétence et formes à observer) et certaines limites en dehors desquelles la décision deviendrait illégale (règles de fond à observer). Sous ces conditions et dans ces limites, l'administration aura à choisir elle-même entre plusieurs solutions possibles *toutes aussi légales les unes que les autres*, et elle fera ce choix non par des motifs de droit, mais par des motifs d'opportunité ou de bonne administration. Les limites entre lesquelles elle pourra se mouvoir sont d'ailleurs très variables. Dans certains cas, la loi ne lui trace que des règles de compétence et de forme sans lui imposer aucune limite

¹ Cpr. sur ce point les excellents développements de M. Barthélemy à propos de l'application de la loi sur le repos hebdomadaire, sous ce titre : De la liberté du gouvernement à l'égard des lois dont il est chargé d'assurer l'application (*Revue du droit public*, 1907, p. 295 et suiv.). Après avoir cité de nombreux et intéressants exemples en Angleterre, en Allemagne et en France, notre savant collègue conclut en ces termes : « L'obligation du gouvernement d'appliquer la loi n'est pas du tout de même nature que celle du juge; il doit examiner dans chaque hypothèse s'il y a plus d'inconvénients à laisser violer la loi qu'à la faire appliquer. Les besoins de la vie d'un Etat sont beaucoup trop complexes, beaucoup trop variés pour qu'il puisse y être donné satisfaction par des mesures rigoureusement prévues et réglées à l'avance. C'est la tâche du gouvernement d'examiner comment, dans quelle mesure, avec quels tempéraments la loi doit être appliquée; l'art de gouverner exigera même parfois que la loi ne soit pas appliquée du tout. »

au fond : déclaration d'utilité publique d'un travail à exécuter, dissolution d'une congrégation religieuse, dissolution d'un conseil municipal, etc. Nous verrons d'ailleurs que, même dans ce cas, elle rencontre une limite générale dans la théorie du détournement de pouvoir. Dans d'autres cas, la loi précise des règles que l'administration devra respecter : pour la nomination de la plupart des fonctionnaires, par exemple, elle sera obligée de choisir un candidat présentant certaines garanties fixées à l'avance par la loi. En outre, toutes les fois que ses actes seront susceptibles de blesser un droit subjectif, l'existence de ce droit sera pour elle une limite. Sa liberté sera donc parfois très restreinte dans son étendue ; mais elle n'en sera pas moins toujours de même nature : que l'administration, pour une nomination à une fonction publique, n'ait le droit de choisir qu'entre deux candidats, ou qu'elle puisse choisir entre mille, elle fera toujours ce choix, dans la limite où il existe légalement, pour des motifs d'opportunité et de bonne administration et non pour des motifs d'ordre juridique.

Il ne faut pas croire d'ailleurs que ce pouvoir discrétionnaire soit pour l'administration un pouvoir arbitraire. Le pouvoir arbitraire serait, pour une autorité, le pouvoir d'agir suivant sa volonté personnelle, suivant son caprice et son humeur. C'est celui que Montesquieu indiquait déjà comme le signe caractéristique du despotisme¹. Il n'existe pas dans l'Etat moderne. Le pouvoir discrétionnaire en diffère en ce que, s'il n'est soumis à aucune limitation légale particulière, il reste lié par la règle générale des services publics, qui est de n'agir *qu'en vue de l'intérêt général* : « Dans l'exercice de ces pouvoirs, disait Vivien en parlant des autorisations discrétionnaires², l'administration

¹ Montesquieu, *Esprit des lois*, l. II, chap. I. Le despote « sans loi et sans règle entraîne tout par sa volonté et son caprice ».

² Vivien, *Etudes administratives*, t. I, p. 333. L'opposition entre le pouvoir discrétionnaire et le pouvoir arbitraire est très bien mise en lumière dans l'ouvrage de Laun, p. 1 et suiv., p. 65 et suiv.

est investie d'une pleine autorité; elle peut accorder ou refuser. La loi s'en est entièrement remise à sa sagesse. Mais il faut bien se garder de confondre le pouvoir discrétionnaire dont elle jouit avec le pouvoir arbitraire. Le premier est soumis à des conditions et à des règles. Quand la loi, qui ne peut tout prévoir et tout régler, délègue son droit à un appréciateur plus flexible, plus rapproché des citoyens, mieux constitué pour ne négliger aucun élément de solution, elle entend qu'il n'écoute que la justice et l'utilité publique. » La violation de ce devoir, qui s'impose à l'administration, serait toujours sanctionnée au moins, à l'intérieur de l'administration elle-même, par voie disciplinaire: responsabilité du fonctionnaire vis-à-vis de ses chefs, influence sur son avancement, condamnations disciplinaires qui peuvent être provoquées contre lui, etc. Nous verrons en outre qu'au contentieux elle peut constituer un cas de détournement de pouvoir.

Il résulte de ces explications que le pouvoir discrétionnaire existe, mais à un degré différent, dans *tous* les actes de l'administration, et que dans *tous* il est soumis à certaines restrictions. Il est donc très exact de dire avec M. Hauriou¹ : « Il n'y a pas d'acte discrétionnaire. Il y a un certain pouvoir discrétionnaire qui se retrouve dans tous les actes et qui est essentiellement le pouvoir d'apprécier l'opportunité des mesures administratives. »

C'est là ce que nos anciens auteurs et notre ancienne jurisprudence avaient trop perdu de vue quand ils faisaient des actes discrétionnaires une catégorie distincte, soustraite en principe au contentieux²; et cette conception était des plus dangereuses

¹ Note sous l'arrêt *Grazietti* du 31 janvier 1902. Sirey, 1903.3.113.

² On peut voir sur ce point les citations d'anciens auteurs réunies dans la thèse de M. Renault et les arrêts cités par M. Marie (*Le droit positif et la juridiction administrative*, t. II, p. 388 et suiv.). Cette jurisprudence consiste essentiellement à déclarer que ce sont les *actes* eux-mêmes qui sont soustraits au recours contentieux en tant qu'actes de pure administration. V. notamment : C. d'Etat, 30 août 1845, C^{ie} La Minerve, D. 46.3.35; 12 mai 1846, hospice de Tonnerre, D. 46.3.168; 12 mai 1846, Peigné, D. 47.3.19; 26 avril

parce qu'elle conduisait à soustraire au contentieux non pas seulement certains côtés de l'acte, mais l'acte tout entier. Elle est aujourd'hui très généralement abandonnée. Laferrière, comme nous l'avons vu, admettait déjà que les actes discrétionnaires sont soumis au contentieux au point de vue de l'incompétence, du vice de forme et du détournement de pouvoir. M. Duguit, dans son dernier ouvrage¹, a pu dire qu'en France l'acte discrétionnaire appartient au passé et qu'il n'en existe plus dans le droit d'aujourd'hui. Si cela n'est pas encore tout à fait vrai en jurisprudence², c'est du moins la conviction de presque tous les auteurs récents, et il est à croire que cette conviction finira par s'imposer au Conseil d'Etat d'une manière absolue.

III. — A la conception générale du pouvoir discrétionnaire, telle que nous venons de l'exposer, on a fait une objection que nous ne pouvons passer sous silence. Cette objection a été développée notamment, avec beaucoup d'ingéniosité, par Tezner³. Il n'est pas vrai, dit cet auteur, que l'administration ait jamais, même dans les actes qui paraissent les plus libres, une véritable liberté dans le choix de la décision à prendre; son choix ne ressemble point à celui de l'amateur qui choisit des fleurs pour

1855, Bobée, D. 55.3.60. — Certains auteurs, conscients du danger, cherchaient à y échapper en déclarant que certains vices (tels que l'incompétence ou le vice de forme) faisaient passer l'acte de pure administration dans la catégorie des actes soumis au contentieux. Mais il est clair que c'est là une construction vicieuse. Plusieurs auteurs et notamment M. Marie (*op. cit.*, p. 366) conservent le mot « acte discrétionnaire », mais en faisant remarquer que l'acte n'est jamais discrétionnaire que dans une certaine mesure. Il vaut mieux abandonner le mot, puisque *tous* les actes de l'administration renferment un élément discrétionnaire.

¹ *Les transformations du droit public* (1913), p. 206.

² Nous verrons plus loin que, pour certain nombre d'actes administratifs, le Conseil d'Etat *paraît* admettre encore l'impossibilité de baser un recours sur le détournement de pouvoir (v. *infra*, § 6, V). M. Duguit (*op. cit.*, p. 213) appuie son affirmation sur le témoignage de M. le commissaire du gouvernement Heilbronner dans ses conclusions sur l'affaire Bouteyre (*Rec. Lebon*, 1912, p. 554); mais il suffit de lire le passage *in extenso* pour voir que M. Heilbronner est beaucoup moins absolu que M. Duguit.

³ Tezner, *Das détournement de pouvoir...*, p. 81 et suiv.

en composer un bouquet, ou du consommateur qui choisit des mets sur la carte d'un restaurant. Le fait (admis de tous et que nous avons déjà indiqué plus haut) qu'elle est astreinte à toujours agir au mieux de l'intérêt général la soumet à une véritable norme juridique, celle *du plus grand bien* de l'Etat et de la collectivité. Elle *doit* faire ce qui objectivement répond *le mieux* à l'intérêt général, et, en conséquence, si son acte touche à la sphère juridique d'un particulier, il n'y a pas de raison de refuser à ce dernier la protection de la juridiction administrative. Sans doute, il y a des actes qui, bien que manquant à l'obligation d'agir au mieux de l'intérêt général, échappent au contrôle des tribunaux administratifs; mais cela tient uniquement à ce qu'en fait ils ne touchent pas la sphère juridique des particuliers. En fait, ces actes n'en sont pas moins des actes liés par le droit; car c'est bien à une obligation d'ordre juridique qu'a manqué le fonctionnaire quand il n'a pas réalisé au mieux l'intérêt général. La preuve, c'est que le fait peut donner lieu contre lui à des poursuites disciplinaires et même parfois à des poursuites pénales.

Cette thèse entraîne une double conséquence : d'une part, il ne peut y avoir d'autre critérium pour délimiter la compétence des tribunaux administratifs vis-à-vis de l'administration active que celui de l'atteinte portée à la sphère juridique d'un particulier, c'est-à-dire à un droit subjectif; d'autre part, quand il y a droit subjectif invoqué, les tribunaux administratifs sont toujours compétents pour examiner si l'administrateur a fait un bon usage de son pouvoir, ce qui rend inutile notre théorie française du détournement de pouvoir. Nous reviendrons plus loin sur l'une et l'autre de ces conséquences¹. Nous nous bornerons ici à examiner la thèse en elle-même.

Elle fait de *l'intérêt général*, du *plus grand bien de la collectivité*, un critérium juridique analogue à tout autre et capable d'être normalement soumis à l'approbation des tribunaux. Nous

¹ V. *infra*, § 3, III, et § 6, III.

croyons au contraire que lorsque la loi donne à l'administration l'ordre d'agir dans l'intérêt général, sans préciser davantage sa mission, elle lui donne un blanc-seing, et que son ordre équivaut simplement à lui dire : fais ce que *toi-même* estimes le plus conforme à l'intérêt général¹. La raison en est qu'il y a des cas où le législateur juge *préférable* de donner ce blanc-seing, parce qu'il estime que l'administration est *plus apte* à juger qu'il ne l'est lui-même au moment où il pose la règle, et que ne le seraient les tribunaux si on leur permettait de reviser l'appréciation administrative. Nous développerons un peu plus loin cette idée qui nous paraît incontestable et dont la limite d'application seule peut être discutée. Il en résulte que l'administration peut avoir un pouvoir discrétionnaire même dans des hypothèses où elle touche à la sphère juridique des particuliers.

Il est vrai d'ailleurs que l'administrateur, même en restant dans les limites de ce pouvoir discrétionnaire, engage parfois sa responsabilité vis-à-vis de l'administration dont il dépend, et peut être exposé à des poursuites disciplinaires pour avoir mal apprécié l'intérêt général. Il est vrai aussi que l'obligation dont la violation donne lieu à poursuite disciplinaire est une obligation d'ordre juridique. Mais il n'y a pas là, comme le veut Tezner, une contradiction. C'est qu'en réalité cette obligation n'existe pour l'agent que *vis-à-vis de la personne morale dont il dépend*; c'est une obligation d'ordre intérieur administratif; elle n'existe pas, à la charge de la personne morale, vis-à-vis des tiers intéressés; elle ne peut donc motiver de leur part un recours contentieux. Ce n'est pas un fait exceptionnel, dans le droit, qu'une obligation n'existant que vis-à-vis de certaines personnes seulement.

IV. — Plusieurs auteurs, d'autre part, ont contesté la différence fondamentale que nous avons relevée entre la mission du

¹ Bernatzik, *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, p. 46. « Tue was du glaubst, dass es durch das öffentliche Wohl bedingt ist. »

juge et celle de l'administrateur. M. Jèze, notamment dans une de ses intéressantes notes de la *Revue du droit public*, fait remarquer que le sous-préfet qui accorde ou refuse un permis de chasse, le maire qui accorde ou refuse un permis d'entrepôt, le préfet qui rend exécutoire un rôle de contribution directe, font, tout comme le juge, le raisonnement syllogistique qui a la loi comme point de départ. Il en conclut que là n'est pas la caractéristique du pouvoir juridictionnel¹. M. Otto Mayer² fait la même objection et montre d'autre part que l'on trouve des actes de libre appréciation même dans les décisions de la justice civile. Il ajoute que la justice administrative comporte des actes de ce genre dans une mesure infiniment plus large, et raille agréablement les auteurs qui, en cette matière, aiment à partir d'une définition énergique et vigoureuse pour glisser ensuite dans des concessions par lesquelles ils annulent tranquillement tout ce qu'ils ont établi.

Nous croyons avoir déjà répondu à la première objection, en montrant que, même lorsque l'administration est liée par la loi, son acte diffère de celui du juge par son but³. Quant à la seconde, elle est exacte en elle-même, mais elle n'est que la constatation d'un fait évident qui est le suivant : les tribunaux ne font pas uniquement des actes juridictionnels; ils sont souvent

¹ *Revue du droit public*, 1909, p. 673-674. Répondant à M. Duguit (p. 673, note 1), M. Jèze reproche en outre au critérium dont il s'agit d'être un critérium *formel*, parce qu'il est basé sur la *forme* syllogistique du raisonnement. Mais il nous paraît évident qu'il y a ici un malentendu. La forme syllogistique n'a d'importance, dans l'opinion que nous soutenons, que parce qu'on peut y ramener par la pensée la mission que le juge doit remplir. Le vrai sens du critérium proposé, c'est que le jugement doit être la *conséquence nécessaire* de la constatation du fait rapprochée de la règle de droit, alors que l'acte administratif échappe à cette nécessité. C'est bien là un critérium *matériel*, puisqu'il s'agit d'une différence intrinsèque entre la mission du juge et celle de l'administrateur. Le critérium formel serait celui qui serait basé sur les formes de la procédure ou sur la qualité de l'auteur de l'acte.

² Otto Mayer, *Le droit administratif allemand*, éd. française, t. I, p. 213 et suiv.

³ V. ci-dessus, I.

chargés, pour des motifs divers, d'accomplir des actes rentrant dans la fonction administrative. Ce n'est pas là une raison d'abandonner toute distinction matérielle entre la fonction du juge et celle de l'administrateur¹. Le législateur, lui aussi, fait souvent des actes administratifs, sans qu'on doive abandonner pour cela la distinction, au sens matériel, entre la loi et l'acte administratif. Il est trop évident que le principe de la séparation des pouvoirs ne peut être entendu d'une manière absolue et que chacun des trois pouvoirs prend certaines décisions qui rentrent dans la définition théorique de l'un des deux autres. Il y aurait cependant danger à abandonner à cet égard tout critérium objectif et à s'en tenir à des critères purement subjectifs et formels, parce que ce serait tendre à la confusion absolue entre les pouvoirs. Nous reviendrons plus loin sur ce point en ce qui concerne les rapports du pouvoir administratif et du pouvoir judiciaire².

Les auteurs qui, sans vouloir aboutir à un critérium purement subjectif, repoussent celui que nous avons admis, cherchent la caractéristique du pouvoir judiciaire dans l'élément *contestation*. C'est notamment la solution admise par M. Hauriou³ dans ses recherches sur les *Eléments du contentieux* : après avoir démontré que la caractéristique du contentieux ne se trouve pas

¹ C'est à ce résultat qu'arrive Otto Mayer, au moins en ce qui concerne la justice administrative (*cod. op.*, p. 216 et suiv.). Pour lui « la justice administrative n'est pas une question de fond, mais une question de forme ». Il voit sa caractéristique (par comparaison avec l'administration active) dans ce qu'il appelle le « droit de partie » (*Parteirecht*), c'est-à-dire le droit pour les intéressés d'être parties en cause, et dans l'autorité de chose jugée qui s'attache au jugement (v. p. 221-222). En réalité, ce critérium, comme tout critérium formel, ne résout pas la question. Les caractères indiqués ne sont que des *conséquences* du caractère juridictionnel, là où il existe. Mais quand doit-on admettre l'existence de ce caractère? C'est une question à laquelle on ne peut répondre qu'en recherchant les différences entre la *mission* du juge et celle de l'administrateur, entre le *contenu* du jugement et celui de l'acte administratif.

² V. ci-dessous, § 2.

³ Les éléments du contentieux, dans le *Recueil de législation de Toulouse*, 1905, p. 41.

dans le maintien du droit subjectif violé, il ajoute : « Quant à moi, je ne vois pas la nécessité de déterminer l'objet antérieur sur lequel roule la contestation. Une contestation appelle un juge, par cela même qu'elle est portée à un certain degré d'acuité et qu'elle est susceptible de dégénérer en voie de fait. » Et il cite comme exemple les contestations internationales soumises à la Cour de La Haye, les querelles soumises à un jury d'honneur, les contestations entre la commission départementale et le préfet soumises à la décision du conseil général. Il en conclut qu'il faut éviter de dissenter sur ce qu'on appelait autrefois « la matière contentieuse », et que toute situation qui n'est pas incontestable peut devenir matière contentieuse.

Mais c'est là un critérium manifestement insuffisant. D'une part, les administrateurs statuent souvent après une contestation, et même une contestation juridiquement organisée, comme cela se voit dans tous les cas où ils statuent à la suite d'une enquête *de commodo et incommodo*; d'autre part, si devant un juge il y a toujours une contestation *possible*, il se peut qu'aucune contestation ne se produise en fait; c'est ce qui se passe notamment en matière répressive quand l'inculpé ne conteste rien des faits qui lui sont reprochés. Ne voir que l'élément contestation c'est donc ne voir que le côté extérieur du problème. Le motif profond pour lequel on a organisé des tribunaux, avec toutes les garanties qu'ils offrent aux plaideurs, c'est qu'on a voulu assurer l'application impartiale de la règle de droit. Le jugement au contentieux n'a donc de raison d'être que lorsqu'il s'agit d'appliquer une règle de droit, ce qui nous ramène à notre critérium. Dans plusieurs des exemples cités par M. Hauriou, il n'y a pas de tribunal: les jurys d'honneur et le conseil général ne présentent pas ce caractère. Quant à la Cour de La Haye, elle est bien un tribunal, mais elle ne peut vraiment en jouer le rôle que dans les cas où il s'agit, entre nations, de l'application d'une règle de droit international. Dans cette limite seulement, les traités d'arbitrage peuvent être utiles. Ce serait une utopie que de vouloir étendre

la compétence de la Cour de La Haye à toute contestation entre Etats ¹.

M. Jèze, dans une note que nous avons déjà citée ², présente un critérium complexe, qui tient à la fois de celui d'Otto Mayer et de celui de M. Hauriou et qui y ajoute des éléments nouveaux. Pour lui, l'acte n'est juridictionnel que s'il renferme les éléments suivants : 1° une constatation ; 2° une constatation que le législateur tient comme ayant force de vérité légale ; 3° une constatation portant sur une chose contestée ou contestable ; 4° une constatation portant sur une chose qui n'est pas susceptible de se modifier d'un instant à l'autre. En insistant sur le caractère de *constatation* que l'on trouve dans tout jugement, M. Jèze a pour but d'exclure de la notion de juridiction les *décisions* que le tribunal prendra en vertu des constatations par lui faites. C'est là un point de vue particulier à l'auteur et que nous ne voulons pas discuter ici complètement ; il ne nous paraît pas exact parce que nous considérons les décisions prises par le tribunal comme étant précisément l'essentiel de sa mission ; cette mission consiste non à constater des faits, mais à rapprocher les faits constatés de la règle de droit et à tirer de ce rapprochement les conséquences voulues par la loi. D'autre part, le dernier caractère énuméré par M. Jèze (chose qui n'est pas susceptible de se modifier d'un instant à l'autre) n'est que la conséquence du second (force de vérité légale) et ne fait en réalité qu'un avec lui. Restent donc seulement deux éléments : force de vérité légale, contestation au moins possible. M. Jèze semble bien attacher une importance particulière au premier (qui lui est commun avec Otto Mayer). Il n'est pas vrai, dit-il, que la force de vérité légale découle du caractère juridictionnel de l'acte ; c'est l'inverse qui est vrai ; il y a acte juridictionnel

¹ La plupart des auteurs réduisent effectivement le rôle utile de l'arbitrage aux questions d'ordre juridique. V. Bonfils et Fauchille, *Manuel de droit international*, n°s 946-947 ; Despagnet, *Cours de droit intern. publ.*, n° 372 ; de Louter, *L'avenir du droit international public*, dans *Revue du droit intern. publ.*, 1912, p. 286. V. cep. les observations de M. Mérignhac, *Traité de droit international public*, t. I, p. 486.

² *Revue du droit public*, 1909, p. 666 et suiv.

toutes les fois que le législateur admet en fait qu'il y a force de vérité légale. Mais il est clair que c'est là renoncer à tout critérium rationnel. Ce que nous cherchons, c'est dans quels cas il est normal de considérer un acte comme juridictionnel et par conséquent de le confier à un tribunal. On ne répond pas à la question en cherchant la réponse dans l'une des conséquences de l'acte. Et en définitive le seul élément *matériel* que nous trouvons dans toute cette énumération, c'est l'élément *contestation*, qui, comme nous l'avons démontré plus haut, est radicalement insuffisant.

V. — Avant d'aller plus loin, il y a lieu de se demander si un pouvoir discrétionnaire semblable à celui que nous venons de définir ne peut pas appartenir dans certains cas aux tribunaux judiciaires ou s'il est au contraire l'apanage exclusif de l'autorité administrative.

Il est incontestable que les tribunaux, dans des cas qui sont très nombreux mais qui, dans l'ensemble de leur mission, apparaissent comme exceptionnels ou subordonnés, accomplissent des actes qui n'ont pas le caractère juridictionnel et qui, par leur nature, rentrent dans la fonction administrative. Il en est ainsi notamment pour les actes compris dans ce qu'on appelle — improprement d'ailleurs, car il ne s'agit pas de juridiction au sens technique du mot — la juridiction gracieuse. Lorsqu'un tribunal donne à un mineur ou à une femme dotale l'autorisation d'aliéner un immeuble, il ne dit pas le droit; il dit l'opportunité de la vente à effectuer. Et il en est de même dans beaucoup d'autres cas, notamment quand le juge règle la conduite de l'instance par des considérations d'opportunité et de bonne administration de la justice : ordonnance du président permettant d'assigner à bref délai; jugement ordonnant la remise d'une adjudication; fixation des mesures d'instruction; détermination des personnes à qui elles sont confiées¹, etc. Nous ne pouvons

¹ V. notamment pour le jugement ordonnant la remise d'une adjudication l'article 703 C. pr., qui permet cette remise « pour causes graves et vraiment

entrer ici dans l'examen très délicat des limites de la juridiction gracieuse et des conséquences qu'entraîne le caractère gracieux, une fois reconnu à un acte du juge¹. Ce que nous indiquons seulement, c'est qu'il s'agit, en cette matière, d'actes n'ayant pas le caractère juridictionnel et pour lesquels le juge a le pouvoir discrétionnaire au même sens que l'administrateur, parce que ce sont vraiment des actes d'administration.

Si nous envisageons le rôle des tribunaux dans leur domaine propre, c'est-à-dire dans l'exercice de la *jurisdictio* proprement dite, nous devons constater qu'ils ont bien un certain pouvoir discrétionnaire, mais que ce pouvoir diffère par plusieurs traits de celui de l'administration. Nous n'appelons pas pouvoir discrétionnaire, pas plus pour eux que pour l'administration, le pouvoir d'appréciation qu'ils ont par la force des choses sur les prémisses du syllogisme juridique : constatation du fait, constatation de la règle de droit, ce sont des opérations souvent très délicates et qui mettent en jeu, souvent d'une manière très active, les facultés d'appréciation du juge; mais ce sont toujours de simples constatations qui théoriquement n'ont qu'une seule solution exacte, l'existence du fait ou de la règle de droit ne dépendant aucunement du juge. Pour trouver en matière de jugement un véritable pouvoir discrétionnaire, il faut, comme pour l'administration, trouver des cas où le juge ait, une fois constatés et le fait et la règle de droit, une certaine liberté de décision quant aux conséquences à en tirer. Ces cas ne sont pas rares. C'est par exemple en matière pénale la liberté qui appartient aux juges de fixer la peine dans les limites comprises entre le maximum et le minimum, d'admettre des circonstances atténuantes ou l'application de la loi de sursis. C'est en matière

justifiées ». (V. Cuche, *Précis des voies d'exécution*, p. 256.) Les exemples de ce genre pourraient être aisément multipliés.

¹ On peut voir sur les difficultés innombrables de cette matière les deux intéressants articles de M. Japiot, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1912, p. 771 et suiv., et 1035 et suiv.

civile la liberté qui lui appartient, dans l'action en partage, de fixer comme il le juge le plus convenable la composition des lots, à condition de respecter la règle de l'article 826; c'est le droit qu'il possède en vertu de l'article 645 de concilier, quand il fait un règlement d'eau, les intérêts de l'agriculture avec ceux de l'industrie, etc. Le domaine discrétionnaire du juge chargé de dire le droit est donc très important.

Mais on aurait tort d'en conclure que le juge est placé à cet égard sur la même ligne que l'administrateur et qu'il n'y a entre eux que des différences de degré¹. Pour l'administrateur, le pouvoir discrétionnaire appartient à l'essence même de sa mission; il est *le principe*, parce que l'administrateur est chargé d'agir et que le principe de l'action c'est la liberté; le plus souvent cette liberté existe sans qu'il soit besoin d'un texte pour l'établir; il suffit qu'aucune règle de droit ne la restreigne expressément ou implicitement². Pour le juge, au contraire, le pouvoir discrétionnaire est *l'exception*; il n'existe que lorsque le législateur l'accorde expressément ou implicitement, et seulement dans les limites fixées par lui. Et à cette différence de principe s'ajoutent d'autres différences importantes qui en découlent plus ou moins directement et que nous retrouvons dans toutes les législations. Le juge ne peut statuer que lorsqu'il est saisi et dans les limites des conclusions dont il est saisi; en revanche, il est obligé de statuer sur ces conclusions et n'a jamais le droit de s'abstenir. Son pouvoir discrétionnaire s'arrête devant l'obligation générale de dire le droit et devant l'obligation de ne pas intervenir là où son intervention n'est pas de-

¹ Sur les différences qui suivent, v. notamment : Stier-Sommlo, dans *Festgabe für Paul Laband*, t. II, p. 500 et suiv.

² Comme nous le verrons plus loin, ceci n'est entièrement vrai que pour les *abstentions* de l'administration et pour les *actes de gestion*. Pour les actes positifs *d'autorité*, elle est limitée par la règle générale qui l'empêche d'apporter une restriction aux droits privés en dehors des cas où cela lui est permis par la loi. Mais cela tient à ce que, précisément, il y a, pour cette catégorie d'actes, une règle de droit restreignant son action; cela ne détruit donc pas le principe posé au texte.

mandée¹. L'administrateur, au contraire, a le droit d'agir spontanément et le droit de s'abstenir. L'intervention d'une partie ne le lie que dans les cas exceptionnels où cette partie a un droit précis à faire valoir à l'encontre de l'administration.

§ 2. — Utilité de la notion de pouvoir discrétionnaire.

Le caractère propre du pouvoir discrétionnaire de l'administration, là où il existe et dans la mesure où il existe, est d'échapper au contrôle juridictionnel des tribunaux de tous ordres. Il ne faut pas croire que ce soit là une règle vieillie et appelée à disparaître; nous croyons au contraire qu'il est très nécessaire de la conserver en cherchant seulement à préciser de plus en plus l'étendue de son action. *Il faut* en effet que l'administration ait, dans un certain domaine, liberté d'agir; il serait *mauvais*, et d'ailleurs *impraticable*, que la loi lui traçât à l'avance dans tous les cas la conduite qu'elle doit tenir, et il serait mauvais aussi que, là où elle n'entend pas la lier par une règle de droit, elle soumit cependant ses décisions à un contrôle juridictionnel. Peut-être y aura-t-il avantage en certains cas à le faire exceptionnellement; mais en principe il n'est pas douteux que, si ces exceptions se multipliaient, ce serait au grand détriment et des tribunaux et de l'autorité administrative.

Que cela soit vrai des tribunaux ordinaires, personne sans doute ne le contestera. Mais il est important de montrer que cela est vrai aussi des tribunaux administratifs. L'idée que l'on se fait généralement de ces tribunaux est en effet beaucoup moins précise; mêlés à l'administration par leur origine et par une partie des fonctions de leurs membres, il peut sembler naturel de les considérer parfois comme des administrateurs supérieurs, chargés d'examiner avec des formes particulières, destinées à

¹ Le droit d'évocation de l'article 473 C. pr. c. forme à cette règle une exception qui ne détruit pas le principe.

garantir leur impartialité, les questions d'intérêt général qui ont été examinées d'abord par l'administration active¹.

Ce serait faire fausse route. Le progrès patiemment poursuivi par les générations de juristes qui se sont succédé en France, progrès aujourd'hui presque entièrement réalisé, a consisté à séparer dans l'administration le pouvoir de juger du pouvoir d'administrer. Ce qu'on a voulu, c'est que les corps administratifs chargés de juger soient, comme les tribunaux judiciaires, les représentants de l'impartialité, de l'impassibilité de la loi. C'est pour cela qu'on leur a appliqué les règles générales du pouvoir judiciaire : impossibilité pour le pouvoir central de leur donner des instructions, obligation de statuer quand ils sont saisis, limitation de compétence aux conclusions des parties, obligation de motiver les décisions, publicité des audiences, etc. Or, autant ces caractères sont essentiels à des corps chargés uniquement d'appliquer la règle de droit, autant il serait fâcheux de donner à ces corps le pouvoir d'agir au nom de l'Etat et de représenter les divers intérêts dont il a la garde. Cette mission suppose au contraire la subordination au pouvoir central placé lui-même sous le contrôle des Chambres, la possibilité d'agir sans être saisi, le choix du moment, la prise en considération de tous les éléments d'opportunité, la responsabilité personnelle

¹ On sait qu'en France le caractère des juridictions administratives a pu paraître longtemps douteux et que notamment le recours pour excès de pouvoir a longtemps pu être regardé comme une sorte de recours mixte, tenant à la fois du recours gracieux et du recours contentieux. (V. Jacquelin, *Les principes dominants du contentieux administratif*, p. 227 et suiv.) Nous pensons que, depuis la suppression de justice retenue, ces hésitations n'ont plus de raison d'être et qu'il ne faut pas voir dans le Conseil d'Etat au contentieux une sorte d'organisme hybride tenant à la fois du juge et de l'administrateur, mais bien un véritable tribunal ayant mission de dire le droit. En Allemagne, la conception de tribunaux administratifs ayant contrôle non seulement sur les questions de droit, mais aussi sur les questions d'opportunité et de bonne administration, a été défendue par Gneist, qui empruntait le principe de son système à l'organisation anglaise. V. l'exposé de la doctrine de Gneist dans Ussing, *op. cit.*, p. 133 et suiv.; v. aussi Prazak, dans *Archiv für öffentliches Recht*, t. IV, p. 253.

de l'agent, parfois le secret. Elle ne doit être donnée aux tribunaux ni directement, ni par voie de recours contre les décisions de l'administration active; car, dans ce dernier cas, il y aurait en réalité deux administrations superposées, une administration responsable et, au-dessus d'elle, une administration supérieure irresponsable.

Ce n'est pas d'ailleurs uniquement la bonne administration qui est intéressée dans la question. C'est aussi la justice. La confusion entre le pouvoir de juger et le pouvoir d'administrer, dangereuse pour les droits privés si ces pouvoirs sont réunis entre les mains de l'administrateur, est également périlleuse s'ils sont réunis entre les mains du juge. A chacun son métier, et nos droits seront bien gardés. A être doté trop largement de pouvoirs administratifs, le juge perdrait peu à peu l'état d'esprit que doit avoir un juge : l'impartialité sereine, l'impassibilité dans l'application de la loi. S'il marchait avec le pouvoir, il le transformerait en oppression¹; s'il marchait contre lui, il lui deviendrait bien vite intolérable.

Notre Conseil d'Etat statuant comme tribunal a pu, sans éveiller les susceptibilités du pouvoir exécutif, prendre énergiquement en main la protection du droit dans les relations entre l'administration et les particuliers. Mais s'il a pu le faire, c'est qu'il a su s'en tenir aux questions de légalité, sans pénétrer dans le domaine discrétionnaire. Ce serait lui rendre un bien mauvais service, et à lui-même et aux règles qu'il est chargé de défendre, que de chercher à le pousser dans une autre voie. Réduit aux questions de légalité, il est supporté par le pouvoir exécutif qui trouve à son existence l'avantage d'être protégé contre ses propres tendances à l'arbitraire, et surtout contre les tendances à l'arbitraire de la majorité parlementaire dont il dépend. Le résultat est excellent. Ne le compromettons pas en

¹ Montesquieu, *Esprit des lois*, livre XI, chap. VI : « Si la puissance de juger était jointe à la puissance exécutrice, le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur. »

confondant le domaine du contentieux avec le domaine propre de l'administration et du gouvernement.

Peut-être ces considérations n'ont-elles pas été suffisamment aperçues par les auteurs qui, dans ces dernières années, ont cherché à montrer que le Conseil d'Etat pouvait, grâce à son pouvoir prétorien, sortir des questions de légalité et pénétrer sur le terrain de l'opportunité et de la bonne administration. M. Hauriou, dans diverses notes du recueil de Sirey, M. Le Fur, dans un article de la *Revue générale de l'administration*, M. Rabany, dans une note de la même *Revue*¹, ont cherché notamment à montrer le Conseil d'Etat au contentieux, prenant en mains la tutelle des communes et l'appréciant non seulement au point de vue de la légalité, mais aussi au point de vue de l'opportunité des actes et de la bonne administration communale. Nous montrerons plus loin que les arrêts sur lesquels on se fonde pour soutenir cette thèse sont mal interprétés. En restant pour le moment sur le terrain théorique, nous ne pouvons admettre les considérations que fait valoir M. Le Fur² quand, après avoir cherché à prouver que l'opposition classique entre l'opportunité et la légalité « est aujourd'hui de tous côtés débordée par les faits », il s'efforce de démontrer qu'il y a là un véritable progrès. A ses yeux, notre conception de la séparation des pouvoirs est

¹ Hauriou, notes sous l'arrêt Casanova, S. 1901.3.73, et sous l'arrêt Empis, S. 1911.3.89; — Le Fur, La protection juridique des franchises locales, *Rev. gén. d'administration*, 1911, t. I, p. 385 et suiv.; — Rabany, note sous les arrêts Bontemps et Leguy (7 avril 1911), même *Revue*, 1912, t. I, p. 45 et suiv. — La même tendance est visible dans les conclusions de M. le commissaire du gouvernement Teissier pour l'affaire Marc, 5 juin 1908 (*Rec. Leb.*, p. 622) : « Dans cet ordre d'idées, il faut bien le reconnaître, votre mission apparaît plus comme un contrôle administratif supérieur, exercé *a posteriori* en la forme judiciaire, que comme un contentieux à proprement parler dans le sens ancien et étroit de ce mot. » Elle est également apparente dans la revue de jurisprudence de M. Moye, *Revue critique*, 1913, p. 5 et suiv. — M. Hauriou, dans un de ses plus récents ouvrages, paraît considérer comme une perspective très acceptable celle d'un tribunal suprême prenant un jour la place de l'autorité administrative supérieure (*La souveraineté nationale*, 1912, p. 79). Pour nous, c'est une perspective tout à fait « indésirable ».

² *Loc. cit.*, p. 394 et suiv.

« étriquée et même fausse », parce que le rôle des tribunaux y est entendu d'une manière trop stricte, et il revendique hautement pour eux le droit, « à défaut de loi », de statuer en équité et en opportunité, en tenant compte des besoins sociaux, comme l'eût fait le législateur lui-même.

Ces considérations nous paraissent confondre deux questions qui doivent rester bien distinctes : celle de l'élargissement du rôle du juge en tant qu'interprète du droit, et celle de la participation du juge au domaine discrétionnaire de l'administration. Nous sommes de ceux qui veulent pour le juge une très grande liberté dans l'interprétation du droit; nous admettons notamment que la loi écrite n'est pas un système fermé, qu'elle n'a pas réponse à toutes les questions et que, là où elle se tait, le juge doit suppléer à son silence en dégagant lui-même la règle de droit à appliquer. Mais, d'une part, nous croyons que, lorsqu'il fait cela, il n'en doit pas moins concevoir sa décision, non comme une décision d'opportunité, mais comme l'application d'une règle de droit appelée à régir tous les cas semblables. Ce n'est pas là le véritable pouvoir discrétionnaire, c'est seulement une hypothèse où l'une des prémisses du syllogisme juridique (la règle de droit à appliquer) est particulièrement délicate à découvrir. D'autre part, et alors même qu'il serait vrai que le juge a dans les cas de ce genre un vrai pouvoir discrétionnaire, ce ne serait pas une raison pour lui permettre de reviser et de soumettre à son contrôle le pouvoir discrétionnaire de l'administration. Il est clair en effet que la question est tout à fait différente. En admettant que le Conseil d'Etat, en tant que tribunal administratif, ait le pouvoir discrétionnaire inhérent au rôle du juge, cela ne l'autoriserait pas à pénétrer sur le terrain de l'opportunité administrative. Il n'a pas été créé pour cela, pas plus que les tribunaux judiciaires pour apprécier l'opportunité des actes de l'individu quand il n'est pas allégué que ces actes violent le droit. La liberté d'action de l'administration, dans sa sphère, est aussi respectable que celle de l'individu.

Ce qu'il faut retenir seulement des doutes élevés à ce sujet,

c'est qu'il est moins simple qu'il ne paraît au premier abord de distinguer les questions de légalité des questions d'opportunité, ou, en d'autres termes, de définir et de délimiter le pouvoir discrétionnaire de l'administration. C'est cette question, la plus délicate du sujet, qu'il nous faut maintenant aborder.

§ 3. — Définition du pouvoir discrétionnaire. — Divers critères proposés.

I. — Quand la loi a déterminé d'une façon précise certaines conditions d'action ou d'abstention des autorités administratives, l'existence de ces conditions est une question de légalité dont les tribunaux administratifs doivent être juges. Mais, très souvent aussi, ils doivent être juges dans des hypothèses où les conditions d'action ou d'abstention ont été laissées par le législateur dans un vague laissant une grande part à l'appréciation individuelle. Le législateur a voulu, dans ces cas, non pas que l'administration fasse une appréciation souveraine, en sorte que son acte fût légal quelle que soit la décision prise, mais que son appréciation fût une des conditions de la décision à prendre; en d'autres termes, il a transporté cette appréciation dans les prémisses du syllogisme juridique au lieu de la laisser, comme il aurait pu le faire, dans la conclusion. Prenons comme exemple la question des pouvoirs de l'autorité municipale en matière sanitaire. En vertu de la loi du 15 février 1902, cette autorité peut « fixer les règles de salubrité auxquelles doivent être soumis tous les immeubles, tant dans l'intérêt des habitants de chaque immeuble que dans celui de l'ensemble des citoyens de la commune, et notamment définir les mesures, indiquer les installations jugées nécessaires dans l'intérêt de la santé publique... Les seules restrictions apportées à l'exercice de ces pouvoirs de réglementation sont celles qui résultent de la nécessité de concilier les intérêts primordiaux de la santé publique avec le respect dû

au droit de propriété et à la liberté de l'industrie¹ ». Voilà, certes, au droit d'agir de l'autorité municipale, une limite éminemment imprécise. Comme l'a dit au Conseil d'Etat M. le Commissaire du Gouvernement Teissier dans les conclusions qui ont précédé l'arrêt dont ces lignes sont extraites : « Vous aurez à rechercher si les maires n'ont pas fait un usage abusif des pouvoirs à eux dévolus dans l'intérêt de la santé publique... Fréquemment cette recherche sera chose difficile et nécessitera *un dosage méticuleux* des sacrifices qu'on peut demander aux droits individuels et spécialement à la propriété dans l'intérêt de l'hygiène bien entendue de la collectivité. » Ce *dosage méticuleux* éveille l'idée d'une appréciation de pure opportunité, et cela paraît bien être la pensée de M. Teissier, qui ajoute dans un passage déjà cité plus haut : « Dans cet ordre d'idées, il faut bien le reconnaître, votre mission apparaît plus comme un contrôle administratif supérieur exercé *a posteriori* en la forme judiciaire que comme un contentieux à proprement parler dans le sens ancien et étroit de ce mot². »

Mais il n'y a là qu'une apparence. En réalité, ce dosage reste une des prémisses du syllogisme juridique, parce que la loi l'a voulu ainsi. Il est soumis au contrôle du contentieux, alors que la loi aurait pu l'y soustraire en le considérant comme une libre appréciation de l'administration, à faire *après* la conclusion du syllogisme. Ici donc, comme ailleurs, il faut distinguer la question de droit, dont le Conseil d'Etat peut connaître, des questions de pure opportunité qui s'y trouvent mélangées et sur lesquelles il n'a pas à contrôler l'appréciation administrative. Dans les multiples dispositions prises par le préfet de la Seine et attaquées par la requête, dans l'affaire dont il s'agit, le Conseil d'Etat fait des distinctions : il admet que les unes excèdent les pouvoirs du préfet et que les autres ne l'excèdent pas. Il admet

¹ Ce sont les termes mêmes de l'arrêt Marc. Conseil d'Etat, 5 juin 1908, *Rec. Lebon*, p. 623.

² V. dans le *Rec. Lebon*, p. 622.

par exemple que le préfet a pu, même pour les voies privées, régler les conditions du balayage des trottoirs et de la chaussée, du lavage des ruisseaux, de l'arrosage pendant les chaleurs, de l'enlèvement des neiges; qu'il a pu interdire les dépôts de fumier, ordures et immondices sur les terrains en bordure des voies privées; mais il déclare au contraire que le préfet a excédé ses pouvoirs en étendant cette interdiction aux simples « gravois », parce que ceux-ci ne sont pas dangereux pour la salubrité publique. Ce qu'il cherche à déterminer, c'est donc *la limite* des pouvoirs du préfet, c'est-à-dire essentiellement une question de droit. Quelque délicates que soient les appréciations à faire pour résoudre cette question, elles restent dans les prémisses du syllogisme juridique : « La loi du 2 février 1902 confie au maire le soin de déterminer les prescriptions destinées à assurer la salubrité des habitations et de leurs dépendances, tout en respectant la propriété et la liberté de l'industrie; telle mesure répond à cette formule, donc elle est légale; telle autre n'y répond pas, donc elle est illégale. » La formule dont il s'agit n'est pas entièrement écrite dans la loi; elle en est déduite par voie d'interprétation, en comparant cette loi avec les règles générales qui protègent le droit de propriété et la liberté de l'industrie. De plus, elle reste vague (comme beaucoup de critères juridiques), et la question de savoir si telle mesure concrète y satisfait ou n'y satisfait pas est souvent fort délicate; elle n'en est pas moins conçue comme une règle juridique; lorsque le Conseil d'Etat décide qu'une mesure est conforme à la loi, il entend non pas statuer sur une simple question d'opportunité, sur laquelle il aurait toute liberté, mais appliquer une règle de droit que ses efforts ont tendu à dégager et à préciser pour que dans la suite elle fasse jurisprudence.

Il est clair au contraire qu'*en deçà* de la limite ainsi fixée, il subsiste un domaine dans lequel l'administration peut se mouvoir librement sans avoir à subir le contrôle du haut tribunal administratif : les mesures *qu'elle a le droit* de prendre sont-elles toutes nécessaires dans une ville donnée, à un moment

donné? Ne peut-elle pas, ici ou là, se montrer moins rigoureuse parce que la population est moins dense ou l'air plus salubre? Ne peut-elle même pas renoncer à des mesures qui paraissent utiles parce qu'elles soulèveraient des résistances ou parce qu'elles seraient trop coûteuses et nécessiteraient un effort hors de proportion avec le résultat à obtenir? S'il y a plusieurs moyens légaux d'assurer le balayage, l'arrosage, l'enlèvement des neiges, lequel choisira-t-elle? Voilà le domaine propre du pouvoir discrétionnaire; l'administration n'a pas la prétention d'y prendre des décisions qui seraient des applications d'une règle de droit préexistante, mais simplement de prendre, dans la limite de ces pouvoirs, les mesures les plus propres à atteindre le but qu'elle vise, c'est-à-dire la salubrité publique.

Il résulte de ces explications (qu'on pourrait répéter à propos de presque tous les pouvoirs de police de l'administration) que l'on ne peut voir la limite entre le pouvoir discrétionnaire et le pouvoir lié par la loi *dans la plus ou moins grande difficulté d'appréciation des questions soulevées*. C'est pourtant une idée qui a été souvent émise sous des formes diverses¹, et c'est de

¹ V. notamment Bernatzik, *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, 1886, p. 43 et suiv. « Sur tous les domaines d'activité intellectuelle, il y a une limite au delà de laquelle les tiers ne peuvent plus constater la justesse ou le défaut de justesse des conclusions tirées. Les tiers peuvent être d'une autre opinion, mais ils ne peuvent prétendre que l'opinion des autres soit fausse; s'ils le soutenaient, chacun garderait son opinion et on ne les suivrait pas. Si je soutenais que le firmament est rouge, la grande majorité des hommes affirmerait le contraire et me tiendrait pour fou ou pour daltoniste; mais si j'exprime l'opinion qu'un repas est mauvais, qu'un morceau de musique est ennuyeux, qu'une mélodie est banale, etc., je n'ai, en règle, aucune majorité décidée contre moi, et c'est pour cela que la chose est dans le domaine de mon appréciation... La même chose existe si je juge qu'un établissement est dangereux au point de vue sanitaire, qu'il y a danger d'inondation ou de feu, etc.; seulement ici il y a des règles techniques sur la justesse desquelles un petit nombre d'hommes spéciaux peut émettre un jugement et non le public à qui manque pour cela la formation nécessaire. » L'auteur fait de ces appréciations techniques, et à plus forte raison des appréciations de nature purement individuelle, le domaine du pouvoir discrétionnaire. Il y fait rentrer notamment l'appréciation de *l'intérêt public*; lorsque la loi la confie à un administrateur, elle lui donne par là le

cette idée consciente ou inconsciente que découlent la plupart des difficultés de la matière. Elle contient une part de vérité, que nous chercherons à dégager plus loin; mais on ne peut dire qu'elle soit exacte. Même en droit privé, la loi érige souvent en critérium juridique des notions très vagues et d'appréciation fort délicate, telles, par exemple, que les notions d'ordre public et de bonnes mœurs dans l'article 6 du Code civil. Ce qui est vrai en droit privé est encore plus vrai en droit public où il est beaucoup plus difficile d'établir des critères précis.

II. — Ces explications font toucher du doigt l'insuffisance des formules courantes, telles que celle qui oppose les questions de *légalité* aux questions d'*opportunité*, ou celle qui distingue les *questions de droit* des *questions de fait*. Ces formules ne sont point inexactes; mais leur imprécision peut donner lieu à cer-

droit de faire ce qui, *dans la pensée de cet administrateur*, répond le mieux à l'intérêt public.

Sur ce dernier point, nous sommes entièrement de l'avis de Bernatzik (v. *suprà*, § 1, III); mais, pour le surplus, nous croyons qu'il dépend de la loi de faire un critérium juridique d'une circonstance sur l'appréciation de laquelle il peut y avoir divergence entre les esprits; de plus, nous croyons incontestable que les appréciations *techniques* sont de nature à être soumises aux tribunaux. Ces explications de Bernatzik ont été combattues par Tezner (*Zur Lehre von dem freien Ermessen*, p. 33 et suiv.). Bernatzik, en rendant compte de cet ouvrage de Tezner dans la *Grünhut's Zeitschrift*, t. XVIII, p. 148 et suiv., paraît avoir quelque peu atténué sa doctrine, et Tezner s'en est prévalu lui-même dans sa réplique (même revue, t. XIX, p. 334).

C'est au fond l'idée précédente qui se retrouve, avec une autre formule, dans certains auteurs italiens. Notamment Cammeo (cité par Presutti, *I limiti del sindacato...*, p. 52) admet l'existence d'une discrétionnalité technique lorsqu'il y a appréciation de *faits complexes* (urgence, danger, etc.), par opposition à l'appréciation de faits simples (âge, majorité, sexe, etc.). Presutti, qui combat cette formule comme inexacte et peu claire, lui en substitue une autre (p. 54 et suiv., et *Istituzioni di diritto amministrativo*, 1904, t. I, p. 283), qui appartient au même ordre d'idées. Il y a discrétionnalité technique, suivant lui, lorsqu'il s'agit d'apprécier des faits qui peuvent se présenter dans une mesure variable, susceptible de plus ou de moins, et au contraire pouvoir lié par la loi lorsque le fait à apprécier est de nature telle qu'on peut dire qu'il existe ou n'existe pas, mais non qu'il existe plus ou moins. Il cherche à démontrer (*I limiti...*, p. 92 et suiv.) que ce critérium est d'accord avec la jurisprudence du Conseil d'Etat italien. Il nous semble qu'il est en forme! désaccord avec notre jurisprudence française.

tains malentendus. La première, qui est la plus habituellement employée, est insuffisante, comme nous venons de le voir, parce qu'il peut dépendre de la loi d'ériger en question de légalité une question que l'opinion commune considère comme une question d'opportunité. D'ailleurs, on peut parler d'opportunité, en un certain sens, à propos des décisions proprement juridictionnelles; il n'est pas inexact de dire qu'il y a une opportunité jurisprudentielle comme il y a une opportunité législative. Le droit, dans ses modalités de détail, n'est pas quelque chose d'absolu et d'éternel, mais quelque chose de variable suivant les temps et les lieux, et il est exact de dire que telle règle de droit est à tel moment opportune ou inopportune. Cela est vrai aussi bien des règles de droit dégagées par la jurisprudence que des règles de droit directement posées par le législateur. Mais entre cette opportunité et celle de l'acte discrétionnaire de l'administration, il subsiste toujours la différence que, dans ce dernier cas, il s'agit de l'opportunité d'un acte isolé, alors que dans le premier cas il s'agit de l'opportunité *d'une règle*. Cela suffit à distinguer les questions de légalité des questions d'opportunité administratives. Mais il n'est pas moins vrai que l'opposition entre les deux termes se trouve par là quelque peu obscurcie.

La formule qui oppose les questions de droit aux questions de fait est, elle aussi, insuffisante. Notre collègue M. Jèze, étudiant la question de savoir si le Conseil d'Etat a un contrôle sur la décision ministérielle qui exclut une personne de la liste des candidats à un concours¹, admet ce contrôle sur les motifs de droit invoqués par le ministre et non sur les motifs de fait, et cela est parfaitement exact, mais ne fait qu'exprimer sous une autre forme la règle que le Conseil d'Etat peut contrôler les appréciations administratives basées sur un critérium juridique,

¹ *Revue du droit public*, 1904, p. 258 et suiv., et 1912, p. 453 et suiv. Il s'agit de savoir s'il rentre dans le pouvoir discrétionnaire du ministre d'exclure un ecclésiastique, à raison de sa qualité, de la liste des candidats à un concours d'agrégation.

et ne peut contrôler celles qui sont dans le domaine discrétionnaire. La formule ne nous apprend rien sur ce qu'il faut entendre par motifs de droit et par motifs de fait. M. Jèze voit un motif de droit dans l'exclusion pour cause d'engagement dans l'état ecclésiastique et un motif de fait dans l'exclusion pour cause d'immoralité. Or il faut remarquer, d'une part, que le Conseil d'Etat, à tort ou à raison, a, dans l'espèce visée, considéré la première cause comme rentrant dans les motifs de fait¹, et, d'autre part, que la question d'immoralité qui, dans l'espèce, nous en convenons, aurait certainement été un motif de fait, peut fort bien être érigée par la loi en critérium juridique et par là devenir un motif de droit². Cela seul suffit à montrer que la formule dont il s'agit ne nous fournit pas le fil conducteur que nous recherchons.

III. — Nos anciens auteurs, quand ils essayaient de distinguer les matières contentieuses des matières discrétionnaires, déclaraient, comme nous l'avons vu, que la matière était contentieuse lorsqu'il y avait, de la part de l'administration, violation d'un droit. Foucart, par exemple, admet que le recours contre les actes de l'administration a le caractère contentieux lorsqu'il est fondé sur un droit, et il oppose ce recours au recours gracieux et à la simple pétition qui sont dirigés contre les actes discrétionnaires du pouvoir juridique. Il ajoute seulement que, par exception, la loi a, dans certains cas, admis le recours par la voie contentieuse sans qu'il y ait droit violé à cause de l'importance des intérêts engagés dans la question³. On trouve des ex-

¹ Le Conseil d'Etat, en effet, dans l'arrêt Bouteyre (10 mai 1912, *Rec. Lebon*, p. 553), a considéré que c'était au ministre à apprécier si, *dans l'intérêt du service de l'enseignement secondaire public*, il ne devait pas exclure les ecclésiastiques, *en fait*, de ce service, et par conséquent les exclure du concours qui a pour but unique de le recruter.

² Le Conseil d'Etat, par exemple, admet qu'il a le droit de contrôler les faits qui peuvent motiver l'inscription d'une fille sur les registres de la prostitution (C. d'Et., 8 janvier 1909, D^{11e} Malaval, *Rec. Lebon*, p. 15).

³ Foucart, *Eléments de droit public et administratif*, 3^e édit., 1843, t. III, n^{os} 1788 et suiv. Il cite, comme exemple de recours contentieux admis en dehors

plications analogues dans Chauveau, Serrigny, Dufour¹. A la vérité, le recours pour excès de pouvoir, qui fonctionnait déjà dans les cas d'incompétence et de vice de forme, et qui était traité comme un recours contentieux, créait à cette théorie une difficulté grave, puisqu'il était ouvert, sans condition de droit violé, à tout intéressé. Foucart s'en tire par cette affirmation, assurément audacieuse, et qui en tout cas aurait eu besoin d'explication, que toutes les fois qu'on se plaint de la violation d'une loi on se fonde sur un droit². Serrigny explique que, les formes établies étant des garanties données aux administrés et ces garanties disparaissant par le fait de la violation des formes, il en résulte la lésion d'un droit et non d'un simple intérêt³. Vivien paraît considérer comme identique le critérium basé sur l'atteinte portée à des droits et le critérium basé sur la violation des obligations imposées à l'administration. Il ne semble pas s'apercevoir que ce sont là deux formules assez différentes l'une de l'autre⁴.

d'un droit violé, le recours de l'article 90 du Code forestier (recours contre la décision du Conseil municipal sur la conversion en bois des terrains de pâturage), et celui de l'article 8 du décret du 15 octobre 1810 (recours contre l'autorisation donnée à un établissement industriel dangereux, incommode ou insalubre). Tous les systèmes sont d'ailleurs obligés d'admettre certaines exceptions légales aux principes qu'ils posent. Les exceptions admises par Foucart se trouvent signalées dans plusieurs autres auteurs. V. Chauveau, *Principes de compétence et de juridiction administrative*, n° 14; Bouchené-Lefer, *Principes du droit public administratif*, p. 604, note 1; Aucoc, *Conférences*, 3^e éd., t. I, n° 14.

¹ Chauveau, *op. cit.*, t. I, p. 3, n°s 11 et suiv.; Serrigny, *Traité de l'organism., de la compétence et de la procédure...*, t. I, n° 25; Dufour, *Traité de droit administratif*, 3^e éd., t. I, p. 95 et suiv.

² *Op. cit.*, t. I, n° 177.

³ *Op. cit.*, n° 30. Il paraît donc admettre une sorte de droit subjectif des administrés à l'observation des formes et des compétences. C'est un système que nous retrouverons plus loin.

⁴ *Etudes administratives*, 1852, t. I, p. 125. Il est probable que, dans la pensée de Vivien, toute obligation imposée à l'administration correspond à un droit subjectif des administrés. Mais, si cela est déjà difficile à admettre pour l'observation des formes et des compétences, c'est encore plus inacceptable si on veut l'étendre à toutes les obligations légales de l'administration. Plus récem-

On sait comment les développements successifs de la jurisprudence du Conseil d'Etat ont, d'abord introduit le recours pour détournement de pouvoir, et ensuite rangé dans la catégorie des recours pour excès de pouvoir les recours en annulation pour violation d'un droit subjectif, qui existaient depuis longtemps, mais que nos anciens auteurs classaient en dehors du cercle de l'excès de pouvoir¹. Il y eut dès lors pendant longtemps, dans le recours pour excès de pouvoir, une sorte de dualité qui a beaucoup embarrassé la doctrine. En cas de violation de la loi *caractérisée*, consistant en incompétence, vice de forme ou détournement de pouvoir, le recours était ouvert à toute personne ayant à l'annulation de l'acte un intérêt direct et personnel. En cas de violation de la loi *ordinaire*, consistant dans la violation d'une loi *de fond*, dans l'inobservation d'une norme juridique imposée à une autorité d'ailleurs compétente et agissant dans les formes requises, le recours n'était ouvert qu'aux personnes pouvant invoquer la violation d'un droit subjectif. Les auteurs cherchaient à masquer la contradiction évidente de ces deux solutions, soit en construisant, pour le premier cas, un droit subjectif à l'observation des formes et des compétences², ce qui faisait du recours dans toutes ces branches un recours subjectif; soit en déclarant que la condition d'un droit subjectif violé n'était, dans le second cas, qu'une condition de bien-fondé et non une condition de recevabilité; ce qui sauvait, avec beaucoup de subtilité et d'une manière plus apparente que réelle, le caractère objectif du re-

ment nous trouvons cependant la même confusion se perpétuant dans certains auteurs. V. Ducrocq, *Droit administratif*, 7^e éd., t. II, p. 24; Brémond, *Traité de la compétence administrative*, n° 750.

¹ C'est encore le point de vue d'Aucoc, *Conférences*, t. I, n°s 296 à 298.

² C'est le système développé par M. Barthélemy dans sa thèse : *Essai d'une théorie sur les droits subjectifs des administrés*, Paris, 1899, p. 123 et suiv. Nous ne croyons pas ce système acceptable parce qu'il nous paraît dégrader à l'excès l'idée de droit subjectif en faisant de l'action en justice admise en fait par le législateur non pas la conséquence, mais la source même du droit subjectif. Nous ne croyons pas d'ailleurs que ce soit ici le lieu de le discuter. V. Duguit, *Droit constitutionnel*, t. I, p. 276, 277.

cours dans toutes ses branches¹. Quelle que fût la théorie, il restait vrai qu'un administrateur pouvait violer une loi matérielle sans s'exposer à un recours contentieux, à condition de ne pas toucher à un droit subjectif (par exemple en faisant une nomination de fonctionnaire en dehors des conditions *de fond* exigées par la loi), alors que tout intéressé pouvait attaquer les atteintes par lui portées à une loi de forme ou de compétence.

C'était, croyons-nous, souverainement illogique, et il n'est pas étonnant que la jurisprudence du Conseil d'Etat soit arrivée peu à peu à assimiler les unes aux autres les diverses violations de la loi. Ceci devait amener cela. On peut hésiter en théorie à admettre l'existence d'un recours en justice ouvert à tout intéressé. Mais si on l'admet pour certaines violations du droit objectif, il n'y a pas de raisons sérieuses d'adopter pour d'autres une solution différente.

La jurisprudence est entrée aujourd'hui franchement dans cette voie, d'abord en admettant les fonctionnaires, et même les associations de fonctionnaires, à attaquer les nominations illégales, soit qu'il s'agisse d'une illégalité de forme, soit qu'il s'agisse d'une illégalité de fond²; ensuite, en étendant cette solution à plusieurs autres catégories d'affaires³. A vrai dire, des

¹ C'est le système développé par M. Hauriou, *Droit administratif*, 7^e éd., p. 452 et suiv.

² Pour les nominations de fonctionnaires, l'évolution commence avec les célèbres arrêts Lot et Molinier, 11 décembre 1903 (Sirey, 1904.3.113, note de M. Hauriou); elle se continue et s'affirme dans un grand nombre d'arrêts postérieurs, notamment les arrêts Alcindor, 1^{er} juin 1906, *Lebon*, p. 516, et *Revue du droit public*, 1906, p. 483 (commentaire de M. Jèze). Pour l'attaque par une association de fonctionnaires, v. arrêt du 11 décembre 1908, Assoc. des employés du minist. des colonies, *Lebon*, p. 1016 et S. 1909.3.17, note de M. Hauriou et nombreux arrêts postérieurs. V. aussi l'arrêt Empis, 1^{er} juillet 1910, *Lebon*, p. 544.

³ On peut citer entre autres : les arrêts qui admettent les électeurs d'une commune et la commune elle-même à attaquer les sectionnements électoraux faits en violation de la loi (Monsservin, 10 février 1905; *Lebon*, p. 135); l'arrêt admettant un syndicat de chirurgiens-dentistes à attaquer un arrêté ministériel autorisant des inscriptions cumulatives au profit d'un étudiant (7 août 1909; *Lebon*, p. 830); l'arrêt admettant le contribuable d'une commune à attaquer

essais ont été tentés pour rattacher ces cas à la théorie ancienne. M. Hauriou notamment conserve dans la 7^e édition de son *Précis de droit administratif* (parue en 1911) ses explications antérieures sur l'exigence d'un droit acquis considéré comme condition de fond et non comme condition de recevabilité; mais il y ajoute des développements ayant pour objet de concilier la nouvelle jurisprudence avec la théorie classique¹. Pour lui, l'œuvre du Conseil d'Etat a consisté simplement à assouplir l'expression de *droit acquis*, de manière à y faire entrer les *droits éventuels*, tels que les droits d'un fonctionnaire aux avantages futurs de sa fonction; l'expression *droit acquis* excluait seulement les *droits virtuels*, c'est-à-dire ceux des droits individuels qui supposent un mode d'acquisition et qu'on n'a pas encore acquis, tels que le droit de propriété quand il n'est encore que le droit de devenir propriétaire, le droit d'exercer une industrie tant que cette industrie n'est pas réellement exercée, etc. Mais cette tentative ingénieuse pour sauver l'ancienne théorie nous paraît inacceptable. C'est forcer le sens des mots que de faire entrer les droits éventuels dans l'expression droits acquis. D'ailleurs M. Hauriou ne s'aperçoit pas qu'en faisant cela il enlève toute existence réelle à la condition supplémen-

l'inscription au budget du bureau de bienfaisance d'une somme qui aurait dû être inscrite au budget du bureau d'assistance médicale (Fleury, 3 décembre 1909; *Lebon*, p. 927); les arrêts admettant les fidèles d'une commune à attaquer le décret faisant dévolution de l'église à une association cultuelle schismatique (comm. de Sains-les-Fressins, 28 juillet 1911; *Lebon*, p. 907).

¹ *Droit administratif*, 7^e éd., p. 456. Cependant dans une note du Sirey sur l'arrêt *Empis* (S. 1911.3.89), M. Hauriou ne semble pas éloigné de se rallier à l'opinion que nous soutenons. L'arrêt *Empis* est d'ailleurs, à cet égard, particulièrement caractéristique; il admet une association de fonctionnaires à attaquer une décision du ministre refusant de faire visiter les locaux du ministère (qu'on prétendait insalubres) par l'inspection du travail, et il ne repousse la demande qu'au fond, après avoir démontré que les textes allégués n'imposaient pas cette obligation au ministre. Il paraît ici bien évident que l'action n'était basée que sur une simple violation de la loi et que l'association demanderesse n'avait à faire valoir aucun droit subjectif. D'autre part, M. Hauriou paraît se rattacher à la théorie nouvelle dans sa note sur l'arrêt *Blot* (S. 1913.3.17). V. plus loin notre explication de cet arrêt.

taire imaginée pour le quatrième cas d'excès de pouvoir, et qu'en fait il assimile ce quatrième cas aux trois autres. L'existence d'un droit virtuel au sens où il l'entend n'a jamais suffi pour donner qualité *même dans les trois premières ouvertures du recours*, car cela en aurait fait un recours populaire au vrai sens du mot. Les propriétaires voisins d'une gare, par exemple, pouvaient bien attaquer pour incompétence l'acte administratif déplaçant la gare, mais non pas les personnes ayant le droit virtuel de devenir propriétaires dans le quartier, car cela eût été tout le monde. La vérité est que les quatre cas exigent aujourd'hui comme condition de recevabilité un intérêt de même ordre, et c'est bien ainsi. Pourquoi s'obstiner à défendre la classification de Laferrière sur un des points où elle est le plus contestable? C'est au reste, à l'heure actuelle, l'avis de la majorité des auteurs¹, et plusieurs des arrêts précités marquent, par la manière dont ils sont rédigés, que telle est bien la pensée du Conseil d'Etat². Il y a seulement encore une réserve à faire

¹ En ce sens, Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, p. 248; Berthélemy, *Traité de droit administratif*, 6^e éd., p. 935; 7^e éd., p. 971; *Conclusions* de M. Teissier sur l'aff. Savary, dans Dalloz, 1905.3.74, col. 2 et 3. V. aussi la thèse de M. Tournyol du Clos, *Essai sur le recours pour excès de pouvoir*, p. 70-71 et p. 83 et suiv.; écrivant en 1905, cet auteur présente la doctrine, non comme définitivement admise en jurisprudence, mais comme étant celle à laquelle il faut tendre. V. aussi Laun, *op. cit.*, p. 149 et suiv. — M. Moreau, *Droit administratif*, p. 1169 et suiv., reste fidèle à l'ancienne conception; M. Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, p. 91-92, a employé pour désigner l'intérêt exigé dans la quatrième ouverture du recours pour excès de pouvoir l'expression « intérêt renforcé ». Mais cette expression devient inutile du moment que la même espèce d'intérêt est exigée dans tous les cas.

² L'arrêt du 28 juillet 1911, ci-dessus cité (commune de Sains-les-Fressins), nous paraît à cet égard particulièrement intéressant. La requête (*Lebon*, p. 914), pour démontrer la recevabilité du recours, s'appuyait sur l'idée que les fidèles ont un droit violé quand on ne laisse pas les églises à leur disposition (conformément à l'art. 5, § 1, de la loi du 2 janvier 1907). Le Conseil d'Etat, au lieu de se baser sur cette idée, admet : 1^o que les fidèles ont intérêt à faire reconnaître l'illégalité de l'association cultuelle et celle du décret attributif; 2^o que le décret est entaché d'illégalité, parce que l'association cultuelle ne s'est pas conformée aux règles générales du culte dont elle se proposait d'assurer l'exercice. Il se place donc nettement sur le terrain de la théorie nouvelle, comme l'avait fait d'ailleurs M. Chardenet dans ses conclusions (*Lebon*, p. 910).

en ce qui concerne les refus d'agir ou les abstentions de l'administration. On n'a jamais admis que tout intéressé eût une action en justice pour la forcer par exemple à percevoir un droit de douane ou une contribution directe qu'elle a négligé de faire rentrer. Nous reviendrons plus loin sur cette exception et nous chercherons à en fournir l'explication.

Il importe d'ailleurs de préciser la théorie nouvelle en faisant remarquer qu'elle laisse toujours subsister, comme condition de recevabilité, la notion d'intérêt personnel du requérant (désormais uniformément applicable aux quatre ouvertures du recours), et que de cette condition résulte implicitement l'impossibilité pratique d'attaquer les actes violant *certaines règles de droit*, parce qu'en fait ils ne peuvent froisser aucun intérêt légalement reconnu. Est seul *intérêt personnel*, au sens de la théorie du recours pour excès de pouvoir, l'intérêt que la règle de droit invoqué a eu *pour but* de protéger. Les règles de compétence, par exemple, ont pour objet (en matière administrative) de protéger les intérêts des administrés; leur inobservation permet le recours pour excès de pouvoir *de leur part*, mais non de la part de l'administrateur dont la compétence a été méconnue¹. Or, il y a des règles qui ne sont pas plus écrites dans l'intérêt des administrés que dans celui des administrateurs; ce sont celles qui ont été édictées uniquement dans l'intérêt du service ou, ce qui est la même chose, dans l'intérêt de l'Etat. On a toujours considéré comme étant dans ce cas les règles déterminant, sans augmenter ni diminuer les droits des particuliers, le mode de fonctionnement des services publics. Le Conseil d'Etat a notamment considéré comme n'ayant pas l'intérêt personnel exigé

¹ C'est l'intérêt *de la fonction* qui est en cause, non l'intérêt du fonctionnaire, et la fonction, qui n'est pas personne morale, ne peut pas revendiquer sa compétence, à moins qu'il ne s'agisse d'une compétence appartenant à une personne morale autre que l'Etat. — V. C. d'Et., 6 janvier 1865. Préfet de la Seine, 29 janvier 1886. Maire de Passy. — *Rép. Béquet-Laferrière*, v° *Fonctionnaires publics*, n° 177, et notre *Théorie de la personnalité morale*, t. I, p 306-307.

pour l'exercice du recours les militaires attaquant les actes qui règlent leur uniforme ou les insignes de leur grade¹. C'est la même idée, croyons-nous, qui devait lui faire repousser le recours d'un officier contre une décision du général commandant au Maroc qui avait refusé à son bataillon le tour de service auquel il aurait dû être appelé en vertu de l'article 106 du décret de 1895 sur le service en campagne². Ce n'est pas l'intérêt personnel des officiers et soldats que ce texte avait pour objet de protéger, mais uniquement l'intérêt de l'Etat; ce dernier seul avait donc qualité pour en requérir l'application.

Il résulte de là que nous avons aujourd'hui en France un recours contentieux permettant d'attaquer les actes administratifs en cas de simple violation du droit objectif, et cela non pas d'une manière exceptionnelle, mais dans tous les cas, sous les seules réserves qui viennent d'être indiquées. Nous croyons inutile d'entrer ici à cet égard dans l'exposé des législations étrangères. En Autriche et dans plusieurs pays de l'Empire allemand, on trouve des textes excluant expressément de la compétence des cours de justice administrative les affaires dans lesquelles l'administration est investie d'un pouvoir discrétionnaire. Il semble que les auteurs de ces textes aient entendu par là uniquement les affaires dans lesquelles on ne peut invoquer vis-à-vis de l'administration aucun droit subjectif³.

¹ C. d'Et., 13 novembre 1885. Serrigny. — V. sur les cas de ce genre, Laferrière, 2^e éd., t. II, p. 426, et Hauriou, *Droit administratif*, 7^e éd., p. 439.

² C. d'Et., 26 janvier 1912. Blot (*Lebon*, p. 98). M. Hauriou, en commentant cet arrêt dans une de ses notes (S. 1913.3.17), se demande s'il ne marque pas un recul de la jurisprudence du Conseil d'Etat; il est en effet motivé par l'idée que l'article 106 n'a pas entendu conférer aux officiers un *droit* susceptible d'être revendiqué par une action contentieuse et paraît ainsi revenir, pour la quatrième ouverture du recours, à l'exigence du droit violé. Nous croyons la solution explicable par l'idée indiquée au texte, sans qu'il soit besoin de recourir, comme le fait M. Hauriou, à l'idée dangereuse de lois administratives n'ayant pas, pour l'Administration, le caractère impératif.

³ C'est notamment le cas, semble-t-il, de la loi autrichienne du 22 octobre 1875, § 3, lettre c, qui exclut de la compétence de la Cour de justice administrative « les affaires dans lesquelles l'administration est investie d'un pouvoir

Mais peut-être cela n'empêche-t-il pas, même dans ces législations, la liberté d'un développement doctrinal et jurisprudentiel élargissant la notion de contentieux, et en tout cas cela ne peut avoir pour nous qu'un intérêt de curiosité, puisque chez nous le développement est arrivé à un point où il n'est plus possible de maintenir cette définition. Il y a lieu de faire remarquer d'ailleurs que, malgré la netteté et la simplicité apparentes du système dont on lui a fait un mérite, il est loin de parer à toute difficulté; en réalité, il ne fait que déplacer le problème, car la question alors revient à savoir où se trouve la limite du droit subjectif, et cette limite n'est pas plus facile à préciser que celle du pouvoir discrétionnaire lui-même.

IV. — Rudolf von Laun, dans la monographie que nous avons souvent citée, propose une solution nouvelle, qui a déjà été fort discutée et qu'il y a lieu d'examiner ici avec quelque détail. Il cherche à formuler, pour distinguer le pouvoir discrétionnaire du pouvoir lié par la loi, un critérium rationnel, tiré de la nature des choses et applicable en principe à toute législation, à moins qu'il ne soit écarté par des dispositions formelles de la loi.

Pour lui, le pouvoir *lié par la loi* a seulement à exécuter la volonté du législateur. Quelque complexe que soit cette tâche, elle se ramène toujours à un raisonnement dont le législateur fournit la majeure. L'autorité qui exerce ce pouvoir doit faire non ce qu'elle-même juge opportun ou équitable, mais ce que le législateur lui-même aurait fait si, au lieu de poser une règle

discrétionnaire, dans la mesure où ce pouvoir lui est conféré ». (V. *Ann. de la Soc. de législ. comparée* de 1875, p. 516.) V. sur cette interprétation du texte Lemayer, *Apologetische Studien* (dans *Grünhut's Zeitschrift*, t. XXII, p. 398 et suiv.) et les divers ouvrages de Tezner, notamment son article dans le *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, t. V, p. 67 à 70. Laun admet que c'est bien là l'idée des auteurs de la loi; mais il réserve sur ce point la liberté du développement doctrinal (*op. cit.*, p. 90 et suiv.). Il y a des textes analogues à celui de la loi autrichienne dans divers pays énumérés par Laun, p. 90-91 : loi bavaoise du 8 août 1878, art. 13, § 1, al. 2; loi wurtembergeoise du 16 décembre 1876, art. 13, al. 2; loi badoise du 14 juin 1884, § 4, al. 4; loi espagnole du 13 septembre 1888, art. 4, chiffre 1.

abstraite, il avait lui-même réglé le cas concret¹. Le pouvoir *discrétionnaire*, au contraire, est accordé par le législateur lorsque celui-ci n'est pas lui-même en situation de fixer à l'avance la conduite à tenir. Les buts derniers de l'Etat (sa propre conservation, l'établissement et le maintien d'un certain ordre social, la recherche de la culture, etc.) peuvent être atteints de manières très diverses, et on ne peut pas à l'avance fixer par des règles les buts prochains, immédiats, que l'organe de l'Etat doit se proposer dans tel cas particulier. Le pouvoir discrétionnaire est précisément le pouvoir accordé à l'agent de déterminer lui-même le but prochain, immédiat de son action².

La caractéristique principale de cette définition, celle qui en fait l'originalité, c'est que l'auteur n'admet l'existence du pouvoir discrétionnaire que lorsqu'il y a, au profit de l'agent, *choix du but* et non pas, comme on le dit d'ordinaire, *choix des moyens* en vue d'atteindre un but déterminé par la loi. Si on n'admet pas cette idée, dit-il, il faut renoncer à toute opposition de principe entre le pouvoir discrétionnaire et le pouvoir lié par la loi. En effet, dans tous les cas où le but à atteindre est déterminé à l'avance d'une manière précise, l'agent est obligé d'employer le moyen *le plus apte* à l'y faire parvenir. Il agit en vertu d'un raisonnement juridique dont la majeure (qui est le but à atteindre) lui est fournie par la loi. Il peut y avoir des difficultés plus ou moins grandes à déterminer le moyen à employer, mais il n'y a pas pouvoir discrétionnaire. Au contraire, ce pouvoir existe dans le cas de choix du but parce que, dans ce cas, l'agent détermine lui-même la majeure du syllogisme; la loi ne lui fournit pas de règles, elle lui confie le soin de décider au mieux de l'intérêt général. Il en est ainsi par exemple quand il s'agit

¹ *Op. cit.*, p. 55-56.

² *Id.*, p. 62. Laun, en donnant cette définition, précise que l'agent fera cette détermination en vertu de sa propre opinion et de sa propre volonté, mais à condition que cette opinion et cette volonté soient conformes à son devoir. Cette condition réserve la théorie du détournement de pouvoir que nous examinerons plus loin.

de décider la création et la direction d'une ligne de chemin de fer; l'autorité à qui appartient cette compétence détermine non seulement les meilleurs moyens d'exécution (question technique qui, à elle seule, ne suffirait pas à former la base du pouvoir discrétionnaire), mais le but d'intérêt général qu'il devra faire prédominer : but économique, but fiscal, but stratégique, but de police, etc.¹. L'administration fait ici ce que pourrait faire le législateur qui lui a donné *un blanc-seing*. Aussi, dans bien des cas, la compétence pour les décisions de ce genre est-elle partagée entre le pouvoir législatif et le pouvoir administratif.

L'auteur précise d'ailleurs sa théorie en observant que l'autorité administrative n'a pas de pouvoir discrétionnaire sur les buts fondamentaux de l'Etat, mais seulement sur les buts *prochains*, restant dans le cadre de l'organisation politique existante. Par exemple, ce n'est pas à elle à déterminer si la société s'orientera vers l'Etat féodal ou vers l'Etat démocratique; mais, tout en restant fidèle à la direction générale qui lui est donnée d'en haut, elle aura souvent à faire un choix entre plusieurs buts immédiats.

Tezner,, fidèle aux idées que nous avons discutées plus haut², a combattu la théorie de Laun en niant le principe même d'un pouvoir discrétionnaire conçu comme un blanc-seing donné à l'administration. Pour lui, ce blanc-seing n'existe jamais, l'administration étant toujours liée par l'idée qu'elle doit agir de la manière la plus conforme à l'objet de sa mission. Nous ne croyons pas cette objection fondée; nous avons déjà cherché à

¹ L'auteur donne, p. 66-67, de nombreux exemples d'actes discrétionnaires répondant à sa formule : nomination de fonctionnaires (en dehors d'une disposition législative réservant certaines fonctions à des personnes déterminées); déclaration de guerre; conclusion et promulgation à l'intérieur de traités diplomatiques; expulsion d'étranger pour des motifs politiques; déclaration d'utilité publique d'une expropriation; classement d'une chose parmi les choses publiques; concession administrative; modification du but d'une fondation; marchés de fournitures et de travaux publics; concession de titres, d'ordres, de distinctions de toutes sortes; grâce et amnistie...

² V. ci-dessus, § 1, III.

montrer que l'administration, malgré la règle générale qui la domine, a souvent une véritable liberté dans le choix de son acte. D'autres ont reproché à Laun d'avoir cherché à construire une théorie générale dominant les diverses législations positives et de s'être ainsi proposé une tâche impossible. Sans doute, il faut tenir compte des dispositions formelles de chaque législation, et en pratique c'est bien le législateur lui-même qui assigne sa part au pouvoir discrétionnaire. Les essais comme ceux de Laun n'en sont pas moins utiles, parce qu'ils peuvent servir à guider le législateur lui-même et, sous toutes les législations, à fournir pour les cas douteux un principe d'interprétation.

Le vrai reproche que l'on doit faire à cet auteur, c'est que son critérium restreint à l'excès le domaine du pouvoir discrétionnaire. Nous ne croyons pas qu'on puisse le limiter aux hypothèses dans lesquelles l'administration a le choix du but, à l'exclusion de celles dans lesquelles elle a simplement le choix des moyens à prendre pour atteindre un but déterminé. On peut faire remarquer d'abord que ces termes de moyen et de but ne présentent pas à l'esprit un sens très précis, parce qu'un but ne sera souvent lui-même qu'un moyen en vue d'atteindre un but plus éloigné¹. En outre, un but déterminé peut être atteint le plus souvent par des moyens très divers entre lesquels l'admi-

¹ L'administration, par exemple, interdit à un jour donné la circulation des voitures dans certaines rues à raison d'une fête publique; cette interdiction est un moyen en vue d'un but déterminé, l'organisation de la fête; mais cette fête elle-même n'est qu'un moyen en vue d'atteindre un autre but, par exemple un hommage à un grand homme; cet hommage peut être à son tour un moyen d'exciter un sentiment déterminé, tel que le patriotisme; et ce dernier but peut n'être lui-même pour le gouvernement qu'un moyen en vue d'une fin politique. Toute l'activité administrative s'enchaîne ainsi en actes qui se conditionnent les uns les autres et qui sont à la fois des moyens et des buts. A tous les anneaux de cette chaîne l'acte ou l'abstention de l'administration nous apparaît comme discrétionnaire, à moins que le législateur n'intervienne. S'il intervient au milieu de la série, par exemple pour ordonner la fête publique, peut-on vraiment dire que les mesures d'ordre prises en vue de l'organisation de la fête perdront tout caractère discrétionnaire? Il faudrait pour cela qu'il n'y ait qu'un seul moyen de concevoir une fête publique.

nistration a une option moins étendue sans doute, mais aussi complète que celle qu'elle peut avoir dans le choix du but. Quand elle déclare l'utilité publique d'un chemin de fer, il est exact qu'elle a d'ordinaire le choix du but. Mais alors même qu'elle ne l'aurait pas (par exemple si le législateur lui a assigné expressément un but stratégique), elle aurait encore, dans le choix du tracé, dans le choix des dispositions de détail à arrêter, un pouvoir discrétionnaire incontestable et pour lequel il est bien difficile de concevoir le contrôle d'un tribunal. En fait, on pourrait multiplier les exemples de pouvoir discrétionnaire admis par la jurisprudence, alors qu'il y a seulement choix du moyen. Nous n'insisterons ici que sur un seul, qui nous semble particulièrement important.

Laun est conduit, par le principe général d'où il part, non seulement à déclarer qu'il y a pouvoir discrétionnaire lorsque l'administration est chargée d'agir au mieux de l'intérêt général (ce qui est exact), mais aussi à dire que la catégorie intérêt public ne peut jamais être une catégorie juridique soumise au contrôle des tribunaux. Il dénie toute valeur juridique aux tentatives qui ont été faites pour distinguer plusieurs catégories d'intérêt public¹. En cela il est en contradiction avec notre jurisprudence qui a fait précisément de la distinction entre plusieurs catégories de ce genre la base de sa théorie du détournement de pouvoir. Elle admet que l'administration, à l'intérieur de chacune de ces catégories, a toute liberté d'action, mais qu'elle ne peut employer son pouvoir à un but autre que celui en vue duquel il lui a été conféré. Elle ne peut, par exemple, employer son droit de police des cours d'eau en vue d'un intérêt fiscal ou en vue de rendre la justice entre deux riverains; elle ne peut employer son droit de tutelle administrative en vue de

¹ *Op. cit.*, p. 68 *in fine* et 69, et p. 72. Toute distinction entre intérêt d'Etat, intérêt de commune, intérêt de police, intérêt moral, intérêt fiscal, intérêt stratégique, etc., est pour lui en dehors du domaine juridique et appartient seulement à la science administrative.

peser sur une commune pour l'obliger indirectement à l'exécution d'une loi; elle ne peut employer son droit de police de la circulation en vue de défendre une certaine politique religieuse. En un mot, comme le dit M. Hauriou¹, « l'exercice de chaque pouvoir administratif est étroitement renfermé dans la poursuite de son but propre et ne saurait être employé à d'autres buts même administratifs ». Dans l'exercice de ces divers droits de police, elle n'a donc pas le choix du but; elle a pourtant un réel pouvoir discrétionnaire et Laun admet lui-même cela, puisque, suivant lui, le détournement de pouvoir n'est possible qu'en matière de pouvoir discrétionnaire et qu'il approuve d'ailleurs dans son ensemble notre jurisprudence sur ce point². La contradiction dans laquelle il tombe ici, contradiction qui a déjà été relevée³, fait toucher du doigt l'erreur de son système.

§ 4. — Impossibilité d'un critérium unique. — Idées directrices à retenir.

Pour définir, dans la mesure du possible, les limites du pouvoir discrétionnaire, il faut, croyons-nous, s'abstenir de formuler un critérium *unique* et se placer à un point de vue tout pratique. Pour chaque catégorie d'affaire, il faut se demander s'il est bon, s'il est désirable, s'il est conforme aux besoins généraux de la société, qu'elle puisse être soumise à un tribunal indépendant et irresponsable, jugeant d'après certaines règles fixées à l'avance, ou s'il est préférable d'en laisser la libre solution au pouvoir

¹ Note dans Sirey, 1911.3.33. Nous reviendrons plus loin sur les applications de la théorie; celles que nous indiquons ici ne sont données qu'à titre d'exemple.

² Il compte parmi les limites du pouvoir discrétionnaire l'obligation pour l'autorité de police de ne pas employer son pouvoir de police à un but autre qu'à un but de police (v. *op. cit.*, p. 206-207), et il cite à ce propos avec approbation la jurisprudence française (p. 208).

³ Tezner, dans *Jahrbuch...*, t. V, p. 80, note 10.

chargé de l'action, de l'initiative, et qui est organisé en vue de cet objet. Plusieurs motifs pourront être invoqués dans un sens ou dans l'autre, et ces motifs varieront suivant qu'il s'agira de telle ou telle espèce d'acte administratif. Les deux distinctions qui nous paraissent devoir être retenues à titre d'indication générale sont, d'une part, celle des *actes* et des *abstentions*, d'autre part, celle des *actes d'autorité* et des *actes de gestion*.

I. — Nous avons déjà indiqué que les abstentions sont presque toujours discrétionnaires pour l'administration. Le plus souvent il en est ainsi parce qu'il n'y a, à la charge de l'administration, aucune obligation d'agir : la loi, par exemple, a entendu la laisser juge du point de savoir si tel règlement de police est nécessaire, si tel fonctionnaire doit être puni disciplinairement, si tel conseil municipal doit être dissous. En ces matières, l'acte a des limites légales, l'abstention n'en a pas. Et c'est bien là une règle générale de notre droit administratif. C'est à l'administration à juger elle-même de l'opportunité de ses initiatives.

Mais la question prend un autre aspect lorsque l'administration est légalement obligée d'agir, soit qu'elle soit tenue d'une obligation subjective envers un tiers, soit qu'elle soit simplement liée par une règle objective lui ordonnant d'organiser un service ou de faire un acte dans l'intérêt général. Il semble que, dans ces cas, il soit dans l'esprit de notre droit public d'accorder aux intéressés vis-à-vis de l'administration la contrainte par une voie juridictionnelle. Cependant il n'en est rien. Pour nous rendre compte des règles suivies à cet égard, distinguons les deux cas que nous venons d'indiquer.

1° L'administration est liée, envers une autre personne, par une obligation subjective. Si c'est une obligation pécuniaire, le contentieux peut prononcer contre elle une condamnation directe, mais cette condamnation n'est pas susceptible d'exécution forcée. On justifie cela à l'égard de l'Etat en disant, suivant le mot de Thiers rappelé par Laferrière, que l'Etat doit toujours être réputé solvable et honnête homme, et on ajoute que le

ministre chargé d'ordonnancer ou de demander un crédit n'a pas ici, malgré les apparences, de pouvoir discrétionnaire¹. Il a le devoir juridique de faire effectuer le paiement auquel l'Etat a été condamné, devoir découlant de la formule exécutoire dont est revêtu, même à l'égard du ministre, l'arrêt de condamnation.

Nous ne croyons pas cette analyse complète. Il y a bien là en réalité, pour le ministre, un pouvoir discrétionnaire; c'est celui que nous appelions plus haut le pouvoir discrétionnaire du choix de l'heure. La pensée qui est au fond de cette théorie c'est que le ministre a bien l'obligation juridique d'obéir à un arrêt de condamnation, mais qu'il est utile de lui laisser une certaine latitude sur l'heure de l'exécution, afin qu'il puisse respecter les règles financières qui régissent les paiements de l'Etat. Les considérations budgétaires (c'est-à-dire en somme l'intérêt des contribuables) ont paru suffisantes pour contrebalancer le droit du créancier. L'abus possible a pour sanction unique les règles sur la responsabilité ministérielle².

S'il ne s'agit pas d'une obligation pécuniaire, mais d'une obligation de faire, il y a quelque chose de plus; non seulement aucune exécution forcée n'est possible, mais encore le juge ne peut pas condamner directement l'administration à faire l'acte

¹ Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, 2^e éd., t. I, p. 347-348. Pour les personnes morales administratives autres que l'Etat, l'exécution forcée peut avoir lieu, mais seulement par voie administrative, et le contentieux ne peut pas contraindre l'administration à ordonner cette exécution, qui se fait, suivant les cas, par des voies diverses (inscription d'office au budget, imposition d'office, vente des immeubles). V. loi du 10 août 1871, art. 61; loi du 5 avril 1884, art. 149 et 110, et sur l'impossibilité de contraindre l'administration supérieure à ces mesures d'exécution, Conseil d'Etat, 26 juin 1908, Daraux (*Lebon*, p. 688). Le Conseil d'Etat, dans cet arrêt, renvoie le demandeur devant le ministre pour y être statué, par la voie administrative, sur la suite que sa demande comporte. Par là il proclame l'obligation du ministre, mais lui laisse le choix de l'heure.

² M. Barthélemy, *L'obligation de faire en droit public* (*Revue du droit public*, 1912, p. 509), donne de la règle la même explication que nous : « L'administration doit être libre dans l'aménagement des finances publiques. Et, même si le crédit est voté, il y a des considérations d'opportunité, de temps, de lieu, dont l'administration doit rester seule juge. »

auquel elle est obligée. D'ordinaire, les seules sanctions contentieuses accordées aux particuliers dans cette hypothèse sont : l'annulation des actes administratifs violant leurs droits, et, en cas de dommage éprouvé, une réparation pécuniaire¹. Le motif, ici, est que les tribunaux se considèrent comme empêchés par le principe de la séparation des pouvoirs de donner des injonctions à l'administration. En matière de repos hebdomadaire, par exemple, les patrons ont, dans certaines conditions indiquées par la loi, le droit d'obtenir l'autorisation du repos par roulement ou l'une des autres dérogations prévues par l'article 2 de la loi du 13 juillet 1906². Le Conseil d'Etat, qui ne peut pas donner cette autorisation lui-même, ne peut pas non plus condamner le préfet à la donner. D'après la théorie ancienne du recours pour excès de pouvoir, son droit se bornait à annuler le refus du préfet de délivrer l'autorisation. Il s'est pourtant déterminé, en cette matière, à aller un peu plus loin et à ajouter à ses arrêts une phrase renvoyant l'intéressé devant le préfet « pour la délivrance de l'autorisation à laquelle il a droit³ ». Mais cette formule même ne constitue pas une injonction de faire l'acte, et d'ailleurs elle ne se retrouve pas dans d'autres hypothèses voisines où l'administration refuse d'accomplir des actes auxquels elle est obligée : délivrance d'un alignement individuel, délivrance d'un permis de chasse, délivrance d'un récépissé pour une déclaration, etc. La seule ressource contentieuse ouverte à l'intéressé lorsque l'administration refuse d'accomplir une obligation ainsi constatée, serait une action en indemnité dirigée tantôt contre la personne morale administrative, tantôt contre l'administrateur personnellement, et cette action est souvent hérissée de difficultés qui la rendent peu abordable. Il y a là,

¹ Cpr. Barthélemy, *op. cit.*, p. 511.

² V. sur ce point les conclusions de M. Romieu sur les affaires Durand et autres, 30 novembre 1906, dans Dalloz, 1907.3.2, col. 2.

³ V. les arrêts Durand, Denis et Rage-Roblot, 30 novembre 1906, et les conclusions précitées de M. Romieu, *loc. cit.*, p. 2 et 3, et Lebon, p. 880 et suiv.

dans la protection contentieuse des droits privés, une lacune qui a été souvent signalée¹. Nous croyons qu'il n'y aurait pas empiètement du contentieux sur l'administration active à aller franchement, en cette matière comme en matière pécuniaire, jusqu'à la condamnation à faire un acte. Mais nous pensons aussi que, même si la jurisprudence entraît dans cette voie, il n'y en aurait pas moins, par la force des choses, un pouvoir discrétionnaire accordé à l'administration sur le choix de l'heure. On peut bien la condamner à faire un acte, mais l'y contraindre serait encore chose plus difficile que la contraindre à effectuer un paiement; peut-être le meilleur est-il de s'en tenir à la formule actuelle de renvoi devant l'autorité administrative et de tempérer le pouvoir discrétionnaire qui en résulte au moyen d'une action en indemnité au cas d'abus de ce pouvoir².

2° L'administration a une liberté d'abstention moins contestable dans son principe, lorsque la disposition légale qui l'oblige à faire un acte ne reconnaît aucun droit subjectif à ceux auxquels cet acte peut profiter, en sorte qu'elle n'est liée que par une disposition du droit objectif. Nous avons déjà insisté sur l'idée qu'elle peut, dans ce cas, laisser sommeiller une loi lorsque son application lui paraît inopportune ou dangereuse³. Aussi les intéressés n'ont-ils en principe aucun recours juridictionnel pour faire ordonner soit l'organisation d'un service public voulu par la loi, soit l'allocation d'un crédit pour en assurer le fonctionnement⁴. Ce que nous voyons là encore, c'est ce que

¹ V. notamment Léon Marie, *op. cit.*, t. II, p. 921 et suiv.; Hauriou, note dans Sirey, 1911.3.121; Duguit, *Les transformations du droit public*, p. 215 et suiv.; Barthélemy, L'obligation de faire..., *Revue du droit public*, 1912, p. 511 et suiv.

² C'est la solution que préconise M. Duguit, *op. cit.*, p. 219 à 221. On doit remarquer que la disposition de la loi du 17 juillet 1900 sur le *silence* de l'administration, en assimilant à un acte positif le silence gardé par elle pendant quatre mois sur une réclamation, supprime aujourd'hui le moyen le plus redoutable qu'elle avait pour abuser de son pouvoir d'abstention.

³ Ci-dessus, § 1, I.

⁴ M. Jèze a insisté à juste titre sur cette règle dans une de ses notes de jurisprudence, où il esquisse la théorie du fonctionnement des services publics

nous appelons le pouvoir discrétionnaire du choix de l'heure, et il nous paraît justifié. Les abus possibles relèvent du Parlement.

En fait, la même règle est applicable aux abstentions qui, dans le fonctionnement d'un service, se traduisent par une faveur faite à l'un des intéressés, s'il est impossible de prouver que cette faveur soit de nature à nuire à un tiers. On n'a jamais admis qu'un recours contentieux puisse être dirigé contre l'administration parce qu'elle a négligé de faire rentrer les impôts d'un contribuable, d'appeler un jeune homme au service militaire, de faire dresser une contravention de police, etc. Nous ne pouvons guère voir là qu'une exception à la règle que toute mesure illégale de l'administration donne lieu à un recours contentieux. C'est une lacune véritable dans le réseau des recours contentieux qui assure la légalité dans la marche de l'administration. Mais c'est une lacune qu'il est bien difficile de faire disparaître. Nous n'oserions recommander ici une action populaire dont le résultat serait de permettre, vis-à-vis des particuliers, des initiatives provenant d'animosité personnelle et, vis-à-vis de l'administration, des tracasseries d'origine politique. D'ailleurs un recours contentieux existerait assurément sous forme d'action en indemnité, si la faveur accordée était de nature à nuire à un tiers.

II. — En ce qui concerne les actes positifs, il faut, comme nous l'avons dit, distinguer les actes d'autorité et les actes de gestion. Nous appelons acte de gestion ceux qui n'imposent aux tiers aucune obligation ou restriction de droit en dehors de leur consentement¹. L'administration, à l'égard de ces actes, est en

(*Rev. du droit public*, 1912, p. 28 et suiv.). V. aussi Barthélemy, *id.*, p. 509-510. Lorsque c'est par une personne morale administrative autre que l'Etat que le service doit être organisé, les autorités qui représentent l'Etat peuvent exercer sur elle une contrainte, mais elles ne peuvent y être elles-mêmes forcées par la voie contentieuse.

¹ Nous n'ignorons pas les attaques dirigées contre la distinction des actes d'autorité et des actes de gestion, prise en tant que critérium de la division des compétences entre les tribunaux administratifs et les tribunaux judiciaires.

principe libre de son action comme le serait un particulier. Cette liberté entraîne le caractère discrétionnaire des mesures à prendre tant que la loi n'y apporte pas de limite. Le pouvoir discrétionnaire sera donc ici la règle, et le pouvoir lié par la loi l'exception ¹.

Cela s'applique d'abord aux actes de gestion du patrimoine privé des personnes morales administratives. Est-il opportun de passer un contrat, de construire ou de réparer un immeuble, de le louer à tel locataire plutôt qu'à tel autre, de l'exploiter directement ou par intermédiaire? Toutes ces questions, et autres analogues, ne sont en principe susceptibles d'aucun débat contentieux. L'administration est, à leur égard, l'organe d'une personne morale indépendante dans sa sphère d'action comme le serait un particulier dans la sienne, et le choix qu'elle fait entre les divers partis qu'elle peut prendre est *indifférent au droit*. En donner le contrôle à un tribunal ce serait le sortir de son rôle de juge et lui confier la mission d'un administrateur supérieur ².

Nous ne voulons pas entrer ici dans une discussion à cet égard, et l'exposé que nous faisons, où la distinction dont il s'agit est prise seulement comme point de départ d'une ligne directrice générale pour la solution d'une autre question, n'implique aucune critique contre l'évolution de jurisprudence qui a fini par aboutir à l'abandon de ce critérium. Nous cherchons d'ailleurs à préciser autant que possible la ligne de démarcation entre les deux catégories d'actes.

¹ M. Léon Marie (*Le droit positif et la juridiction administrative*, t. II, p. 371) nie que la distinction entre l'acte d'autorité et l'acte de gestion puisse avoir quelque importance pour la détermination du pouvoir discrétionnaire. Il en donne pour motif que, si l'administration est libre lorsqu'elle passe un contrat, elle ne l'est plus lorsqu'elle l'exécute, étant liée par les clauses de ce contrat. C'est incontestable; mais nous ne disons pas que tout acte de gestion est discrétionnaire; nous disons qu'il est discrétionnaire lorsque la loi ne le limite pas. Or il est évident qu'il y a une limitation à ce caractère discrétionnaire dans le principe du respect des obligations contractées (art. 1134 C. civ.).

² M. Duguit (*L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, p. 305) nie que l'Etat puisse accomplir des actes indifférents au droit: « Tout acte de l'Etat lui est imposé par la règle de droit: il ne peut faire que ce que lui impose la règle de droit, et il doit faire tout ce qu'elle lui impose. » Mais il nous semble contraire aux constatations de fait les plus simples de voir dans l'administrateur un automate dont tous les mouvements seraient réglés à l'avance par le droit. Comme l'individu, il agit librement en vue d'un but. Seulement ce but n'est pas un but individuel, mais un but d'utilité collective; ce qui importe peu à la question, le concept d'utilité collective étant autre que le concept de droit.

Nos lois l'ont fait dans quelques cas, notamment dans l'article 90 du code forestier, qui confie au Conseil de préfecture et, au-dessus de lui, au Conseil d'Etat le droit de statuer (en cas de désaccord entre la commune et l'administration forestière) sur la conversion en bois ou l'aménagement en pâturage de terrains communaux. On peut juger utile d'établir un débat en forme contentieuse dans des cas de ce genre. Mais on doit considérer cela comme exceptionnel. Bien entendu, d'ailleurs, en dehors des exceptions de cette nature, la liberté d'action de l'administration aura les limites légales habituelles (règles de compétence, règles de forme, règles de fond, règle de but); mais, à l'intérieur de ces limites, elle nous paraît en principe indéniable.

La même idée est applicable aux actes de gestion des services publics. Là encore la décision reste, quant au fond et à moins de disposition particulière de la loi, indifférente au droit. Il n'appartient pas à un tribunal de forcer l'administration à faire un contrat ou de lui imposer un contractant. La jurisprudence a fait souvent l'application de cette idée. Elle admet, par exemple, que le cahier des charges d'un marché de travaux publics peut réserver à la commission qui procède à une adjudication le droit d'arrêter discrétionnairement la liste des personnes admises à concourir¹; que les cahiers des clauses et conditions générales peuvent réserver à l'administration supérieure un pouvoir discrétionnaire d'approbation d'une adjudication²; que, lorsque aucun texte n'impose à une commune l'obligation de procéder par adjudication, le Conseil d'Etat n'a pas à apprécier les motifs qui ont pu la porter à traiter de gré à gré³; que les

¹ Décret du 18 novembre 1882, art. 3; Cons. d'Et., 24 juillet 1908, Giraud (*Lebon*, p. 814); 8 avril 1911, Caillonel (*id.*, p. 467); 28 juillet 1911, Rouvroux (*id.*, p. 932). — V. les conclusions de M. Romieu dans *Dalloz*, 1908.3.5, et la note de M. Rabany dans *Revue générale d'administration*, 1913.1.290.

² Cahier des clauses et conditions générales des ponts et chaussées, art. 5; Cons. d'Et., 15 décembre 1884, Laticœre, D. 86.3.84.

³ Cons. d'Et., 5 avril 1900, Agence génér. d'affichage (*Lebon*, p. 311). Il y a des décisions analogues en matière de contrat de concession; l'administration

communes peuvent subordonner l'allocation d'une dépense facultative à telle condition qu'elles jugent utile, pourvu que cette condition ne viole aucune loi ni aucun règlement d'administration publique¹.

En dehors des contrats qu'elle passe, l'administration doit encore être considérée comme faisant acte de gestion publique lorsqu'elle prend, sans toucher au droit d'aucune personne publique ou privée, les mesures nécessaires au fonctionnement des services publics. Dans cette catégorie rentrent notamment : les actes qui réglementent l'organisation de ces services (règlements généraux sur le recrutement du service, le nombre des employés, la division des bureaux, la répartition du travail entre eux, etc.); le développement à donner à ces services et la fixation de leur installation (création d'une école, d'un bureau de poste, d'une caserne, détermination de leur emplacement, affectation à leur usage d'un immeuble appartenant à l'Etat ou à la commune, etc.); le vote des crédits nécessaires au fonctionnement de ces services et la répartition de ces crédits entre les divers points du territoire, etc. Là encore la décision prise est discrétionnaire parce qu'elle est en elle-même indifférente au droit. Le droit ne s'en occupe que pour fixer les formes et les compétences et indiquer exceptionnellement certaines limites à l'action de l'administration; mais, en général, il ne lui fixe pas plus sa conduite qu'il ne l'indique à un particulier ou à une compagnie privée ayant à entreprendre des œuvres analogues. Le Conseil d'Etat considère notamment comme discrétionnaires : la créa-

jouit de l'indépendance dans le choix du concessionnaire, sans que les concurrents évincés puissent discuter ce choix au contentieux. Cons. d'Et., 26 juillet 1854, Malloz (*Lebon*, p. 704).

¹ Cons. d'Et., 13 décembre 1912, comm. de Labassère. Il s'agit de l'allocation de fournitures scolaires aux enfants de l'école publique. Le conseil municipal avait décidé que le mandat pour livres scolaires ne serait délivré par le maire qu'après vérification de l'inscription régulière de ces livres sur la liste départementale. Le Conseil d'Etat considère cette clause, qui ne viole aucune loi, comme rentrant dans le domaine discrétionnaire de l'administration communale.

tion d'une maison d'école et le choix de son emplacement¹; la décision prise par le préfet sur la demande de formation d'une association syndicale²; l'autorisation donnée à une ville par le Ministre de l'Intérieur d'avoir une organisation spéciale en matière d'assistance médicale³; le choix de l'emplacement d'un nouveau cimetière⁴; la création par une commune d'un poste de garde champêtre⁵.

C'est dans cette même catégorie qu'il faut ranger les actes portant nomination de fonctionnaires⁶. En dehors d'un texte spécial, l'administration choisit librement les personnes auxquelles elle confie les fonctions publiques. Le droit est indifférent à la question de savoir si elle choisit telle ou telle personne, car la règle générale, sauf dérogation expresse contenue dans les lois, est que nul n'a droit d'occuper une fonction publique. Cette règle, d'ordre juridique, n'est que l'expression de cette idée, d'ordre pratique, que c'est à ceux qui dirigent une affaire à choisir leur personnel, parce qu'eux seuls peuvent le faire avec la connaissance exacte des besoins auxquels il faut pourvoir, et parce que le sentiment de leur responsabilité reste en principe la plus sérieuse garantie *du meilleur choix*⁷.

Cette règle, qui est restée, sauf de bien rares exceptions, celle

¹ Cons. d'Et., 29 mai 1911, comm. de Coudray (*Lebon*, p. 641), choix de l'emplacement d'une maison d'école; 15 décembre 1911, comm. de Pénestin et Roumagnac (*Lebon*, p. 1203), pouvoir d'appréciation discrétionnaire confié au ministre et au conseil départemental pour l'établissement et le maintien d'une école de hameau. (V. la note de M. Rabany, dans *Revue génér. d'administration*, 1912.3.45.)

² Cons. d'Et., 19 mai 1911, comm. de Tréclun (*Lebon*, p. 594).

³ Cons. d'Et., 14 février 1908, Davéo (*id.*, p. 141).

⁴ Cons. d'Et., 26 janvier 1912, comm. d'Antony (*id.*, p. 103).

⁵ Cons. d'Et., 29 novembre 1912, comm. de Cléry.

⁶ Nous rangeons ces actes parmi les actes de gestion, au sens que nous avons défini, parce qu'ils n'imposent au fonctionnaire nommé aucune obligation en dehors de son consentement. Nous n'avons pas à examiner la question de savoir si l'acte de nomination constitue un contrat ou un acte unilatéral subordonné au consentement du fonctionnaire. On sait que cette dernière opinion est aujourd'hui généralement admise en doctrine.

⁷ V. comme application, Cons. d'Et., 21 juillet 1911, Ariste (*Lebon*, p. 846).

des entreprises privées, a été originairement la règle absolue des services publics. Mais, en ce qui concerne ces derniers, d'autres idées sont intervenues, qui ont amené des restrictions notables aux droits de l'administration. C'est d'abord l'idée de l'égalité admissibilité de tous aux fonctions publiques, « sans autre distinction que celle de leur talent et de leurs vertus¹ », idée qui reste un des principes fondamentaux du droit public moderne. C'est ensuite l'expérience des dangers du gouvernement par les partis, qui a partout tendance à des préférences et à des exclusions contraires à ce principe. C'est encore le sentiment que l'autorité qui nomme a elle-même besoin, pour être fixée sur la valeur des candidats, de s'éclairer par des examens et des concours. C'est enfin le désir d'assurer aux fonctionnaires une carrière suffisamment sûre et attrayante, afin de ne pas écarter des fonctions publiques les hommes les plus aptes à les bien remplir².

De là l'intervention du législateur pour établir des règles juridiques précises sur le recrutement des fonctions publiques, règles consistant notamment dans l'établissement d'examens ou de concours à l'entrée de la carrière, et dans des garanties d'avancement automatique. Mais ces règles très utiles, et qui tendent heureusement à se multiplier, laissent subsister le principe : l'administration compétente conserve la liberté du choix sur tous les points où elle n'est pas limitée par les lois et règlements. La nécessité d'un concours, lorsqu'elle est légalement établie, ne supprime même pas d'une manière absolue cette liberté. D'une part, en effet, les règlements de la plupart des concours réservent au ministre ou au chef de service le droit de déterminer la liste des candidats admis à concourir, et c'est bien là un pouvoir discrétionnaire dont les limites seules peuvent

¹ Déclaration des droits de l'homme de 1789, art. 6.

² Parfois il intervient encore d'autres idées, telles que le désir, en vue du recrutement des sous-officiers, de leur assurer une carrière à leur sortie de l'armée.

faire difficulté¹. D'autre part, presque tous les concours existant en France à l'heure actuelle sont, non pas des concours de nomination, permettant au jury d'introduire lui-même dans les fonctions publiques le candidat de son choix, mais des concours de présentation empêchant seulement l'administration de nommer d'autres candidats que les candidats reçus au concours et ne l'obligeant à faire aucune nomination².

Il faut placer encore dans la même catégorie les actes de pure faveur, c'est-à-dire ceux qui accordent à des particuliers ou à des personnes morales des avantages qui ne sont pas pour ces personnes des droits subjectifs et dont l'octroi ne peut léser aucun droit subjectif dans la personne d'un tiers. Cela comprend notamment ceux qui confèrent une décoration ou un titre honorifique; les décrets de grâce du chef de l'Etat, que la doctrine courante range parmi les actes de gouvernement³; les congés ou permissions accordés soit aux militaires, soit aux fonctionnaires civils⁴; enfin les avantages pécuniaires accordés

¹ Sibert, *Le concours comme mode juridique de recrutement de la fonction publique* (thèse, Paris, 1911, p. 117 et suiv.). Nous étudierons plus loin les limites que comporte ici le pouvoir discrétionnaire. Le Conseil d'Etat admet un pouvoir analogue pour la commission de classement en vue de la nomination des militaires aux emplois civils, 22 mars 1912, Décatrelle (*Lebon*, p. 409).

² Sibert, *op. cit.*, p. 79 et suiv. Le seul concours de nomination existant dans notre droit est, semble-t-il, le concours pour l'auditorat de deuxième classe au Conseil d'Etat.

³ Cons. d'Et., 30 juin 1893, Gugel (*Lebon*, p. 544); Hauriou, *Droit administratif*, 7^e éd., p. 79. Il nous semble bien que, même pour les partisans de la théorie de l'acte de gouvernement, il n'y a pas de bonnes raisons de faire rentrer dans cette catégorie les décrets de grâce. Ce sont évidemment des actes dans lesquels le chef de l'Etat exerce un pouvoir discrétionnaire absolu quant à l'appréciation de l'opportunité de la mesure. Mais la classification parmi les actes de gouvernement a pour conséquence d'empêcher tout contentieux, même dans le cas où, sous couleur de grâce, l'acte contiendrait par certains côtés une aggravation dans la situation du condamné (comme on le soutenait dans l'affaire Gugel). D'un autre côté, il est vraiment impossible de considérer la grâce comme un acte de politique générale intéressant la direction générale des affaires publiques. Il n'y a donc aucune raison sérieuse de la soustraire *a priori* au contentieux. En ce sens, Garraud, *Droit pénal*, t. II, n^{os} 90 et 92.

⁴ Cons. d'Et., 21 février 1908, Doumergue (*Lebon*, p. 169); 19 mars 1910, gouverneur général de l'Indo-Chine (*id.*, p. 271).

à certaines personnes qui n'y ont pas droit acquis : gratifications à des fonctionnaires, subventions à des personnes morales, secours à des indigents. Sur ce dernier point, il faut observer seulement que notre législation s'est orientée, depuis quelques années, dans le sens de l'organisation d'un droit à l'assistance au profit de certaines catégories de personnes, et que comme conséquence elle a permis à ces personnes des recours d'ordre juridictionnel. En matière d'assistance aux vieillards, notamment, la commission cantonale et la commission centrale, prévues par la loi du 14 juillet 1905, sont bien de véritables tribunaux administratifs, issus de l'idée qu'il y a un droit pour les assistés et que, dans la mesure où ce droit existe, l'administration perd son ancien pouvoir discrétionnaire¹. Le doute sur la reconnaissance légale d'un droit de ce genre ne peut être tranché que par une interprétation spéciale de la loi qui règle la question. On peut observer qu'aucun droit de ce genre n'est possible lorsque les secours sont fixés, non d'après le nombre des indigents, mais d'après les ressources du service public, ou encore (ce qui est une autre manière d'arriver au même résultat) lorsque la loi limite à un chiffre déterminé le nombre de ceux qui participeront aux secours. Dans ce cas, en effet, le rang à

¹ Le caractère juridictionnel de ces commissions est reconnu par la jurisprudence de la commission centrale (décision du 1^{er} avril 1909, *Revue des établissements de bienfaisance*, 1910, p. 179) et par la jurisprudence administrative du ministère de l'Intérieur (circulaire du 6 mars 1910, *id.*, p. 181). (Mais voir, en sens contraire, la note de M. Hauriou dans *Sirey*, 1913.3.65, et les divers arrêts du Conseil d'Etat qui traitent les recours contre les décisions de ces commissions comme des recours pour excès de pouvoir et non comme des recours en cassation.) Ces tribunaux ne sont d'ailleurs compétents que pour juger des points sur lesquels le droit est reconnu, c'est-à-dire l'inscription sur la liste d'assistance pour celui qui remplit les conditions légales, et le taux individuel de l'allocation mensuelle (art. 10 et 15 de la loi du 14 juillet 1905). Mais le vieillard n'a pas de moyen de contrainte pour obliger l'administration à organiser le service ou à voter les crédits nécessaires, et il ne peut obliger la commune à adopter un tarif déterminé d'allocation mensuelle. L'administration a conservé, à cet égard, son pouvoir discrétionnaire. Cons. d'Et., 20 décembre 1912, comm. de Brémont, et note de M. Jéze, dans la *Revue du droit public*, 1913, p. 79.

établir entre les demandeurs résulte d'une comparaison entre leurs dossiers, et toute comparaison de ce genre soulève la question du meilleur choix qui doit être tranchée par l'administration compétente d'après l'ensemble des documents qu'elle possède, et qui n'est pas susceptible de donner lieu à une véritable jurisprudence. Cela a été admis par le Conseil d'Etat pour l'appréciation comparative des jeunes soldats candidats au titre de soutien de famille en vertu de l'article 22 de la loi du 21 mars 1905¹, et il en devrait être de même dans tous les cas analogues : candidats au bénéfice d'un prix de vertu, candidats au titre de boursier dans une faculté ou dans une école, etc.

III. — Les actes d'autorité sont au contraire ceux dans lesquels l'administration impose aux particuliers ou autres sujets juridiques, sans leur consentement, des obligations ou des restrictions de droit. Là encore nous restons fidèle à notre point de départ, et nous disons que l'appréciation à faire appartiendra en dernière analyse à l'administration active ou sera au contraire soumise au contrôle des tribunaux (le plus souvent des tribunaux administratifs), suivant que l'organisation de l'un ou de l'autre pouvoir rendra l'un ou l'autre plus apte à la donner.

Mais ce principe nous conduit ici à une conséquence exactement inverse à celle que nous avons admise pour les actes de gestion. En effet, l'administration n'a, en matière d'acte d'autorité, que les pouvoirs qui lui sont donnés par le droit objectif. Si, dans le domaine de la gestion, la liberté d'action forme le principe, c'est parce que les actes accomplis dans ce domaine ne touchent au droit d'aucun administré. Ici, au contraire, l'administration touche, dans l'intérêt général, à des droits subjec-

¹ Cons. d'Et., 23 juin 1911, Abittebal (*Lebon*, p. 699) : « Considérant que les décisions de ces conseils (conseils prévus par l'art. 22, § 5, de la loi de 1905) comportant l'appréciation par eux des titres comparatifs à l'obtention des allocations, dont le nombre est d'ailleurs limité par la loi, ne sont pas de nature à être discutées par la voie contentieuse. » V. la note de M. Rabany, *Rev. génér. d'administration*, 1912.1.427.

tifs; elle est investie pour cela d'un pouvoir de commandement; elle ordonne, défend, autorise ou refuse d'autoriser; elle ne peut le faire que si la loi le lui permet et dans la mesure où elle le lui permet¹.

Il n'en est pas moins vrai que, même dans ce domaine, l'administration a, en fait, dans toutes les législations, de larges pouvoirs discrétionnaires : déclarations d'utilité publique, actes réglementaires de police, expulsions d'étrangers, dissolutions de corps électifs, révocations ou autres peines disciplinaires appliquées à des fonctionnaires n'ayant pas de statut légal, dissolutions de congrégations religieuses, autorisations de police ou refus d'autorisation, voilà quelques-unes des mesures (et la liste est loin d'être complète) où l'on admet aujourd'hui encore un pouvoir discrétionnaire très large au profit de l'administration.

On a quelquefois proposé, au moins pour quelques-uns de ces actes, d'analyser le pouvoir discrétionnaire autrement que nous ne l'avons fait jusqu'ici. Il ne s'agirait plus de cas où l'administration peut, en vertu de la loi elle-même, choisir entre diverses décisions toutes aussi légales les unes que les autres, mais bien de cas où la loi la laisse juger elle-même en dernier ressort de la légalité même de son acte². Nous ne croyons pas que l'on doive

¹ Cpr., pour ce principe qui nous paraît certain au point de vue du droit public français, l'exposé de Ranelletti, *Principii di diritto amministrativo*, n° 177, p. 273-274, et la bibliographie indiquée par cet auteur, note des p. 274-275. En Allemagne un certain nombre d'auteurs ont soutenu, au contraire, que le pouvoir administratif a un droit propre à intervenir dans la sphère du droit individuel, dans tous les cas où l'exige le soin des intérêts généraux dont il a la garde, pourvu qu'il ne se mette pas en opposition avec un texte de loi. V. en ce sens G. Mayer, *Staatsrecht*, § 178, et les autorités qu'il cite. Mais en Allemagne même l'opinion contraire paraît aujourd'hui généralement admise. V. Laband, *Droit public*, éd. française, t. II, p. 537-538; Otto Mayer, *Droit administratif allemand*, éd. française, t. I, p. 92, note 12; Fleiner, *Institutionen des deutschen Verwaltungsrecht*, p. 116 et suiv.

² C'est la conception de Presutti (*I limiti del sindacato di legittimità*, n°s 2 à 9). Cet auteur admet l'existence, dans ce cas, d'une « discrétionnalité technique », distincte de la « discrétionnalité pure », telle qu'elle existe quand l'administration a le choix entre plusieurs conduites, toutes légales. Nous croyons, comme nous l'indiquons au texte, que cette distinction ne doit pas être admise, bien qu'il y ait quelque chose à en retenir. Si on devait l'ad-

introduire ici une autre conception que celle que nous avons exposée. Même dans les actes de ce genre, l'administration a en réalité à choisir entre plusieurs conduites, toutes aussi légales les unes que les autres : là encore la loi lui a donné un blanc-seing sur la conduite à tenir, et quand elle ne sort pas des conditions imposées à l'usage de ce blanc-seing, son acte ne peut être illégal. Il faut retenir, cependant, l'idée que cette distinction semble chercher à mettre en lumière : pour les actes de gestion, le pouvoir discrétionnaire de l'administration est un élément essentiel, et on ne peut tendre à l'éliminer; pour les actes de commandement, il n'est, dans beaucoup de ses applications, qu'une institution d'origine historique, de nature purement contingente, le résidu non encore éliminé de la toute-puissance jadis reconnue au pouvoir royal. On doit tendre à le restreindre dans la mesure du possible¹.

Il n'en est pas moins vrai que ce pouvoir discrétionnaire existe, et il est souvent d'une telle nécessité qu'on ne pourrait jamais songer à le supprimer d'une manière complète. Les cas dans lesquels il doit subsister sont ceux où il est *préférable* non seulement que la loi ne fixe pas à l'avance dans le détail les conditions de fait d'une mesure à prendre, mais aussi que l'appréciation de ces conditions soit confiée souverainement au pouvoir chargé d'agir, sans qu'elle puisse être révisée par un tribunal.

Pour cela, il faut certainement que l'appréciation à faire présente quelque chose de particulier. Ce n'est pas, comme nous l'avons vu plus haut, uniquement sa difficulté ou son incertitude. Il faut, croyons-nous, quelque chose de plus, et ce quelque

mettre, le mot « discrétionnalité technique » nous paraîtrait assez mal choisi, parce qu'il éveille l'idée d'une appréciation à faire d'après les données particulières d'un métier, et que ce n'est pas ce qu'il veut dire (les appréciations de ce genre étant susceptibles d'être soumises au contrôle des tribunaux, au moins habituellement). Cpr. Ranelletti, *Principii di diritto amministrativo*, notes des p. 369-370.

¹ Presutti, *op. cit.*, p. 16.

chose de plus ne peut se ramener à une idée unique. Nous pensons toutefois que l'on peut grouper les divers cas où le pouvoir discrétionnaire subsiste en pareille matière autour de deux idées principales : ou bien il s'agit d'une appréciation qui doit se rapporter à l'avenir et non au passé, ou bien les faits accomplis pouvant motiver une mesure ont apparu au législateur comme trop nombreux, trop variés, trop imprévus, pour qu'il puisse chercher à en faire à l'avance un critérium juridique.

Dans le premier cas (appréciation se rapportant non au passé, mais à l'avenir), on peut dire qu'il est presque nécessaire de donner à l'administration le pouvoir discrétionnaire. Un critérium juridique consiste en effet dans la détermination de certains faits préexistants, auxquels la loi attache une conséquence déterminée. Lorsque la situation prévue par le législateur est telle que la mesure à prendre dépend, non de faits préexistants, mais d'avantages ou d'inconvénients à prévoir dans l'avenir, il ne s'agit plus de critérium juridique, et c'est au pouvoir chargé d'agir à statuer souverainement, parce que c'est lui qui est le pouvoir chargé de prévoir, parce qu'il a seul entre les mains les informations et les documents nécessaires à cette prévision, et parce qu'il est seul responsable des conséquences de sa décision. Le soumettre sur ce point, d'une manière habituelle, au contrôle d'un tribunal, c'est, comme nous l'avons montré plus haut, mettre en danger à la fois la tâche du juge et celle de l'administrateur.

La déclaration d'utilité publique, par exemple, ne peut pas être rattachée à l'avance par le législateur à tel ou tel fait préexistant. Sans doute, on pourrait être tenté de dire que l'existence de l'utilité publique est un fait à vérifier et qu'un tribunal peut l'apprécier comme il apprécie la notion d'ordre public pour juger de la validité d'un contrat. Mais la différence est évidente. Quand un tribunal apprécie la violation de l'ordre public dans un contrat, la question qu'il juge est celle de savoir si un acte déjà accompli a violé l'ordre public tel qu'il résulte de l'ensemble de la législation existante. Si on lui confiait la mission d'ap-

précier l'utilité publique de travaux à exécuter, on lui confierait au contraire une tâche dans laquelle les vues d'avenir doivent jouer un rôle essentiel et à laquelle il est impropre. Un tribunal, en effet, n'a entre les mains ni les moyens d'information de l'administration, ni la possibilité de peser comme elle les divers éléments (économique, politique, financier, stratégique, etc.) qui peuvent influencer sur la solution ¹.

Il en est de même des actes de tutelle administrative. Par ces actes, une autorité administrative supérieure peut influencer sur la conduite des personnes morales administratives inférieures, soit en les contraignant à remplir leurs obligations, soit en approuvant ou refusant d'approuver les actes passés par elle. Dans le premier cas, l'acte de l'administration est discrétionnaire, en ce sens qu'on ne peut l'obliger à contraindre la personne morale et administrative ²; dans le second cas, il l'est en ce sens que son autorisation ou son refus ne peut être contrôlé par le contentieux ³. C'est que dans les deux cas elle a le droit d'apprécier, dans l'intérêt de l'avenir de la personne morale en tutelle, les inconvénients et les avantages de la mesure, et ce n'est pas là le rôle des tribunaux.

Il en est de même encore des actes réglementaires de police. La police administrative a pour mission de prévoir et non de

¹ La règle qu'aucun recours contentieux n'est possible pour faire examiner au fond s'il y a utilité publique est depuis longtemps constante dans notre droit. Cons. d'Et., 24 février 1882, Roger, D. 83.3.58; 11 février 1910, Laurent-Champrosay, *Leb.*, p. 117; 6 août 1910, de Maraumont, *id.*, p. 718. V. Aucoc, *Conférences*, t. II, n° 854; Hauriou, *Droit administratif*, 7^e éd., p. 756. Mais il pourrait y avoir recours contentieux si l'objet poursuivi n'est pas de ceux qui peuvent justifier une expropriation, parce que, dans ce cas, il y aurait détournement de pouvoir. Hauriou, *eod. l.*, p. 756 et 760. V. sur les considérations que nous indiquons au texte : Fleiner, dans *Festgabe für Paul Laband*, p. 22 et suiv. Elles n'ont pas empêché certaines législations, assez rares d'ailleurs, d'admettre un recours contentieux sur la question d'utilité publique. V. Fleiner, *op. et loc. cit.*, et Ussing, *Le contentieux administratif*, p. 115. Mais ces législations partent d'une conception des tribunaux administratifs qui n'est pas la nôtre.

² Cons. d'Et., 2 février 1906, Javel (*Lebon*, p. 92); 4 mai 1906, L'Hirsonnais (*id.*, p. 369).

³ Cons. d'Et., 20 janvier 1912, Bureau de bienfaisance de Versailles (*Lebon*, p. 99).

réprimer. Entre les diverses mesures possibles, elle choisira les plus propres à remplir l'objet qu'elle se propose. Pour la police générale, ainsi que pour la police municipale, cet objet est de faire régner le bon ordre, la tranquillité, la salubrité, la sécurité publiques. Pour les polices spéciales (police des cours d'eau, police de la voirie, etc.), c'est de prendre les précautions nécessaires pour écarter certains dangers spéciaux. Pour toutes les deux, les règlements sont à aménager en vue de l'avenir et ne peuvent se déduire d'un état de fait existant. Aussi ne peuvent-ils faire l'objet d'un débat contentieux du moment qu'ils respectent les règles de compétence, de forme, de but tracées par la loi et qu'ils ne dépassent pas la limite des sacrifices que l'administration a le droit d'imposer aux particuliers en vue de l'intérêt général¹. Quelque incertaine que soit cette limite, elle est en général l'expression d'un critérium juridique de la compétence des tribunaux, mais les mesures à prendre en deçà de cette limite restent dans la compétence du pouvoir discrétionnaire.

C'est aussi à l'avenir, au moins en partie, que se rapportent beaucoup d'appréciations discrétionnaires existant en matière d'actes individuels de police, par exemple celles qu'on reconnaît à l'administration en matière d'expulsion d'étrangers² ou de dissolution d'une congrégation religieuse³. Dans l'esprit de la loi, un étranger pourra être expulsé, non seulement parce qu'il aura commis certains faits répréhensibles, mais aussi parce que sa présence sur le sol français sera de nature à faire craindre certains dangers pour la sécurité publique ou pour la

¹ Les applications en jurisprudence sont ici innombrables. V., par exemple : Cons. d'Et., 2 décembre 1910, Syndicat professionnel des marchands forains (*Lebon*, p. 860) ; 10 mars 1911, abbé Delmejo (*id.*, p. 286).

² Cons. d'Et., 26 décembre 1902, Rapi, D. 1903.3.55 (loi du 3 décembre 1849, art. 7).

³ Cons. d'Et., 27 mai 1910, Congrégation des sœurs franciscaines de Saint-Chinian (*Lebon*, p. 414) ; 21 juillet 1911 (*id.*, p. 859). Il s'agit de la dissolution prononcée par décret en conseil des ministres en vertu de la loi du 1^{er} juillet 1901, art. 13, § 3.

défense nationale. Une congrégation pourra être dissoute, non seulement si elle a commis des illégalités, mais aussi si le gouvernement estime que son influence risque de devenir dangereuse pour la paix publique. Il en serait de même pour l'expulsion, en vertu de la loi du 22 juin 1886, d'un membre d'une famille ayant régné en France. Dans tous ces cas, le législateur a *voulu* le pouvoir discrétionnaire, parce qu'il a voulu que l'appréciation de l'administration pût porter même sur les périls à venir. Il est à souhaiter que les cas où cela peut paraître nécessaire aillent en diminuant. Il est peu probable qu'on arrive jamais à les éliminer entièrement:

Mais il y a d'autres cas où il est assez difficile de rapporter à cette première idée le pouvoir discrétionnaire reconnu à l'administration et où il faut en faire intervenir une seconde (qui, du reste, dans plusieurs des cas précédents, apparaît déjà à côté de la première). Cette idée, ce n'est pas précisément celle de la complexité du jugement à formuler par l'auteur de l'acte, c'est plutôt celle de la difficulté du critérium à formuler par le législateur; c'est l'idée que les faits pouvant justifier une mesure sont susceptibles d'être tellement variés, tellement dissemblables les uns des autres, peut-être tellement inattendus que le législateur ne peut ni les prévoir tous à l'avance, ni essayer de les englober tous dans une définition. Il abandonnera l'appréciation à l'administration, parce qu'il ne se sentira pas capable de lui indiquer à l'avance un critérium et, ceci une fois admis, il sera naturel qu'il ne crée pas un recours devant les tribunaux.

C'est par cette idée que nous expliquerons, notamment, le pouvoir discrétionnaire appartenant encore, dans une si large mesure, à l'administration en matière de discipline des fonctionnaires publics, de suspension ou révocation des maires et adjoints, de dissolution de corps électifs et autres actes analogues¹. Dans ces divers cas, c'est bien sur des faits passés que

¹ Suspension et révocation de maires et adjoints, 29 avril 1910, Marius Valette (*Lebon*, p. 342); 11 décembre 1910, Bourdy (*id.*, p. 956); 21 mai 1909,

l'administration se prononce, et si elle n'en a pas fait un critérium juridique, c'est qu'elle a pensé qu'il serait vain de vouloir soit les énumérer tous, soit les enfermer dans une définition plus ou moins complexe. Par là elle augmente assurément, et d'une manière parfois excessive, le pouvoir qu'elle confie à l'administration. Nous pensons que ce pouvoir discrétionnaire subsistera toujours dans une certaine mesure, mais que l'on doit travailler à le restreindre autant que possible. Nombreuses sont d'ailleurs les dispositions légales qui ont déjà agi en ce sens¹. Ce sont notamment toutes celles qui, pour permettre certains actes à des particuliers, ont substitué au régime de l'autorisation discrétionnaire celui de la pleine liberté, ou celui de la simple déclaration, ou celui de l'autorisation accordée sur la constatation de certaines circonstances de fait. Cette transformation s'est accomplie notamment pour les réunions publiques, pour les associations, pour l'exercice d'un culte, etc.². En ce qui concerne les associations, le principe de liberté établi par la loi du 1^{er} juillet 1901 a eu pour conséquence, non seulement la sup-

Bouvier (*id.*, p. 311). — Dissolution d'un conseil municipal, 18 janvier 1907, Séjourné (*Lebon*, p. 45) ; 10 avril 1908, Fauque-Péré (*Lebon*, p. 432). — Révocation de fonctionnaire, 18 janvier 1909, Roux (*Lebon*, p. 13) ; 10 avril 1908, Lemmet (*id.*, p. 420) ; 2 juillet 1909, Cérati (*id.*, p. 633) ; 28 juin 1912, Foret (*id.*, p. 754). — Mise à la retraite d'un fonctionnaire réunissant les conditions d'âge et de service nécessaires, 8 avril 1911, Peinieri (*Lebon*, p. 454) ; 7 août 1911, Cocar (*id.*, p. 975) ; 8 novembre 1911, Fidelle (*id.*, p. 989). — Retrait d'un arrêté agréant un garde particulier, 7 février 1908, de Lostende (*id.*, p. 121). — Mesures disciplinaires contre des fonctionnaires, 12 mai 1911, Bergès (*id.*, p. 578) ; 26 mai 1911, Barbut (*id.*, p. 644). V. sur ce dernier point la note de M. Jèze, dans *Revue du droit public*, 1904, p. 786 et suiv.

¹ Parmi les dispositions qui ont agi en ce sens, il faut citer notamment les dispositions innombrables qui ont donné des garanties à beaucoup de fonctionnaires en juridictionnalisant à leur égard les poursuites disciplinaires. Nous serions entraîné trop loin si nous voulions faire mention, même sommaire, de ces dispositions.

² Les réunions publiques, soumises jadis au régime de l'autorisation, ont été soumises au régime de la simple déclaration préalable par la loi du 30 juin 1881, et l'obligation de cette déclaration a elle-même été supprimée par la loi du 28 mars 1907. La célébration des cultes non reconnus, soumise avant 1905 au régime de l'autorisation, a été rendue libre par la loi du 9 décembre 1905.

pression du régime de l'autorisation préalable, mais aussi la suppression du droit de dissolution discrétionnaire des associations, droit qui n'est aujourd'hui maintenu que pour certaines catégories d'associations jugées particulièrement dangereuses (celles de l'art. 12 de la loi de 1901). A l'égard des autres, le régime de l'autorisation n'est maintenu que pour l'obtention de la personnalité morale complète résultant de leur reconnaissance à titre d'établissement d'utilité publique. Il est à désirer que, même sur ce point, on arrive à supprimer le pouvoir discrétionnaire¹.

Les autorisations et permissions données par l'autorité administrative n'en restent pas moins extrêmement fréquentes dans notre droit. Elles sont bien des actes d'autorité au sens où nous entendons ce mot. Il s'agit d'actes par lesquels l'administration peut permettre ou interdire l'exercice d'une activité qui, *a priori*, a paru dangereuse soit pour l'ordre public en général, soit pour certains intérêts publics². En règle, lorsque la loi ne dit pas le contraire, les autorisations et permissions administratives rentrent dans le pouvoir discrétionnaire. Par cela même que la loi a renoncé à donner à l'avance la règle de l'action, elle a manifesté la volonté de laisser l'administration juge des conditions et circonstances diverses qui pourront motiver l'autorisation ou le refus.

¹ La reconnaissance d'utilité publique reste encore un acte discrétionnaire. Mais la jurisprudence paraît avoir fait un pas important dans le sens d'une diminution du pouvoir discrétionnaire en cette matière, en admettant que le *retrait* de reconnaissance peut être soumis à l'examen du Conseil d'Etat au contentieux. Cons. d'Et., 20 mars 1908, Société de Marie et autres (*Lebon*, p. 289). M. Tardieu, dans les conclusions qui précèdent cet arrêt, justifie la différence en déclarant que la reconnaissance a créé une personne juridique nouvelle qui a droit à la conservation de son existence, et il limite à quatre cas déterminés les hypothèses dans lesquelles le chef de l'Etat peut valablement prononcer le retrait de reconnaissance.

² V. sur cette conception des permissions et autorisations de police la note de M. Jèze dans *Revue du droit public*, t. XXI, 1904, p. 270 et suiv. L'auteur donne de l'autorisation la définition suivante : « La constatation par l'administration que, dans tel cas donné, le corps social ne court aucun danger à ce qu'il soit dérogé, conformément à la loi, à la défense générale posée par la loi. »

C'est en ce sens en effet que la jurisprudence interprète le régime de l'autorisation dans presque tous les cas où il existe : autorisation ou permission de voirie¹, autorisation d'occupation du domaine public, autorisation de fonder un établissement privé d'aliénés, autorisation d'ouvrir un bureau de placement payant, autorisation de vendre des marchandises neuves sous forme de liquidation, solde ou déballage², etc. Ce qui est vrai de l'autorisation est également vrai d'ordinaire du retrait d'autorisation. Toutefois, dans ces matières, le pouvoir discrétionnaire n'a pas partout les mêmes limites; comme nous le verrons plus loin, le détournement de pouvoir est admis plus facilement à l'égard du retrait qu'à l'égard de l'autorisation elle-même. Mais cela ne touche pas au principe même du pouvoir discrétionnaire, et il subsiste toujours dans l'acte des éléments importants qui échappent au contrôle des tribunaux.

La loi fait elle-même exception au principe en ce qui concerne l'autorisation à donner à des établissements industriels dangereux, incommodes ou insalubres. Elle permet de soumettre au Conseil de préfecture ou au Conseil d'Etat, suivant les cas, l'appréciation faite sur ce point par l'administration active³. Mais cette exception a toujours été signalée par les auteurs comme une anomalie; on soumet à un débat contentieux, pour mieux protéger les intérêts en présence, une question qui n'est pas contentieuse de sa nature⁴. Cela peut avoir des avantages dans ce cas particulier, mais il n'y a pas lieu de transformer en règle une exception qui ne s'explique que par des considérations spéciales.

¹ Cons. d'Et., 26 décembre 1891, Comp. génér. du gaz, D., 1893.3.28. Le retrait d'autorisation est, lui aussi, discrétionnaire, mais seulement en vue de certains intérêts, que nous préciserons plus loin en faisant la théorie du détournement de pouvoir.

² Cons. d'Et., 30 décembre 1911, six arrêts rendus le même jour, Maufra (Lebon, p. 701). V. les conclusions de M. le commissaire du gouvernement Chardenet.

³ Décret du 15 octobre 1810, art. 7 et 8.

⁴ Nous avons déjà cité les auteurs qui ont indiqué ce caractère exceptionnel. V. ci-dessus, § 3, III.

Dans certains cas, la loi fait disparaître le caractère discrétionnaire de l'autorisation en fixant à l'avance certaines conditions dont la réunion créera pour l'intéressé un droit à obtenir l'autorisation. Il en est ainsi, notamment, pour la délivrance d'un permis de chasse, pour l'approbation d'une société de secours mutuels, pour les autorisations de dérogation à la loi sur le repos hebdomadaire¹. C'est une combinaison très recommandable, et l'on doit souhaiter que les hypothèses de ce genre se multiplient. Il est impossible d'ailleurs d'espérer que ce régime puisse jamais s'étendre à toutes les autorisations.

¹ V. pour les permis de chasse la loi du 3 mai 1844, art. 6 à 8, et Cons. d'Et., 13 mars 1867, Bizet. Pour l'*approbation* des sociétés de secours mutuels, loi du 1^{er} avril 1898, art. 16, § 2. Pour les dérogations au repos hebdomadaire, loi du 13 juillet 1906, art. 2 et 3, et les conclusions déjà citées de M. Romieu dans Dalloz, 1907.3.1.
