

ANNALES  
DE  
L'UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

TOME XXVI



GAUTHIER-VILLARS  
Imprimeur-éditeur  
PARIS

ALLIER FRÈRES  
Imprimeurs-éditeurs  
GRENOBLE

1914

Rel. 8 11970

---

# ÉTUDE SUR LE POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE DE L'ADMINISTRATION

Par M. L. MICHOD,

Professeur à la Faculté de Droit.

(Suite et fin.)

---

## § 5. — Les limites du pouvoir discrétionnaire.

Nous avons cherché, dans les explications précédentes, à déterminer dans quels cas existe, au profit de l'Administration, un certain pouvoir discrétionnaire. Mais ce pouvoir ne peut avoir toujours la même étendue. Il serait tout à fait vain de chercher à énumérer les dispositions légales qui le limitent; ce serait énumérer toutes les lois administratives. Mais on doit essayer de classer les diverses *catégories* de dispositions qui peuvent avoir cet effet.

Laun, étudiant cette question de limites <sup>1</sup>, distingue des limites *externes* et des limites *internes*. Les premières sont constituées par les dispositions légales qui fixent la compétence des autorités administratives, la forme de leurs actes et les mesures qu'elles peuvent prendre. Elles correspondent aux trois cas d'annulation que, dans notre théorie du recours pour excès de pou-

---

<sup>1</sup> *Op. cit.*, p. 113 et suiv.

voir, nous désignons sous le nom d'*incompétence, vice de forme, violation de la loi*. La limite dite *interne* n'est pas établie par des textes spéciaux; son existence provient du principe général qui interdit aux pouvoirs publics d'agir en dehors d'un but d'intérêt général. Elle correspond au vice que notre théorie française désigne sous le nom de *détournement de pouvoir*.

Réserve faite de la subdivision en *limites internes* et *limites externes*, cette analyse conserve, comme on le voit, la distinction de nos quatre cas classiques d'excès de pouvoir. Notre savant collègue M. Jèze a récemment dirigé contre cette classification traditionnelle une attaque très vive<sup>1</sup>. Il la considère comme « étroite et vieillotte », et il craint qu'elle n'aboutisse à faire obstacle au développement du recours pour excès de pouvoir en obligeant le demandeur à prouver qu'il est dans un des quatre cas stéréotypés par la doctrine. Nous ne pensons pas cependant qu'elle présente à cet égard un danger sérieux. Elle est en effet assez compréhensive pour embrasser tous les cas possibles de violation du droit. Ce qui est vrai seulement dans les explications de M. Jèze, c'est que les termes employés rentrent plus ou moins les uns dans les autres. Il est clair que l'incompétence et le vice de forme sont des violations de la loi; et, d'autre part, le sens vulgaire du mot incompétence est assez imprécis pour qu'on puisse y comprendre toutes les violations du droit<sup>2</sup>. Enfin nous insisterons plus loin sur l'idée que le détournement de pouvoir est, lui aussi, une véritable violation de la loi. On doit donc, en conservant la classification traditionnelle, en préciser quelque peu les termes, et l'exprimer comme il suit : violation d'une loi de compétence; violation d'une loi de forme; violation d'une loi de fond; violation d'une loi de but (détournement de pouvoir).

---

<sup>1</sup> *Revue du droit public*, 1911, p. 286.

<sup>2</sup> On dira, en effet, dans la langue vulgaire, qu'un administrateur sort de sa compétence toutes les fois qu'il fait un acte interdit par la loi. Pour donner une valeur spécifique au mot incompétence, il faut, comme nous le disons plus loin, le restreindre aux rapports entre les autorités autres que le pouvoir législatif.

Ainsi entendue, la classification mérite d'être conservée, bien qu'à notre avis elle n'ait plus aujourd'hui d'intérêt pratique immédiat<sup>1</sup>, parce qu'elle équivaut au moins à une carte géographique de la province *excès de pouvoir*, et qu'elle permet d'en préciser les limites, qui sont en même temps celles du pouvoir discrétionnaire.

Quant à la subdivision en *limites internes* et *limites externes*, nous n'en aimons guère les termes, parce qu'ils ne présentent pas à l'esprit une image précise, et surtout parce qu'ils peuvent induire en erreur sur le vrai caractère du détournement de pouvoir<sup>2</sup>. Mais nous croyons utile de mettre à part, nous aussi, la limite résultant du but légalement assigné à l'acte, parce qu'elle soulève des problèmes très particuliers et très importants pour la théorie du pouvoir discrétionnaire. Nous n'étudierons donc, dans le présent paragraphe, que les trois premières limites, réservant à un paragraphe spécial l'étude plus détaillée du détournement de pouvoir.

I. *Loi de compétence*. — La loi de compétence est celle qui détermine les attributions respectives des diverses autorités subordonnées au pouvoir législatif. Le vice d'incompétence est donc le fait par une autorité administrative de prendre une décision rentrant dans les attributions d'une autre, soit que l'admi-

---

<sup>1</sup> Il y a eu pendant longtemps un intérêt pratique évident à distinguer des autres cas le cas de violation de la loi. Mais cet intérêt pratique a disparu depuis que, dans ce cas comme dans les autres, le recours est ouvert à tout intéressé. D'autre part, certains auteurs admettent que le détournement de pouvoir diffère des autres vices en ce qu'il ne pourrait pas être invoqué devant les tribunaux judiciaires, mais seulement devant le Conseil d'Etat, et aussi en ce que le Conseil d'Etat lui-même n'aurait pas le droit de le relever d'office. Nous ne croyons pas à ces différences (v. *infra*, § 7). Nous reviendrons d'ailleurs plus loin sur la distinction entre le détournement de pouvoir et les autres vices. V. sur cette distinction : Ebren, *Théorie du détournement de pouvoir*, thèse, Lyon, 1901, p. 41 et suiv., et Laun, *op. cit.*, p. 41 et suiv.

<sup>2</sup> Ils tendent à faire croire que le détournement de pouvoir entraîne le juge à l'examen du processus interne de la volonté de l'agent, et nous verrons plus loin qu'il n'en est rien.

nistrateur ait empiété sur les fonctions d'un autre administrateur, soit qu'il ait empiété sur les fonctions judiciaires. Le fait de prendre une mesure qui ne rentre dans les attributions d'aucune autorité administrative ou judiciaire n'est plus, à proprement parler, une incompétence; c'est une violation de la loi de fond; c'est l'empiétement sur un droit privé, ou la désobéissance à une règle de droit réglant les conditions *matérielles* de l'acte à accomplir.

Il y a également vice d'incompétence dans la décision par laquelle un administrateur, méconnaissant sa propre compétence, se déclare incompétent alors qu'il aurait dû statuer sur l'affaire qui lui était soumise. C'est là en effet une violation de la loi de compétence. « Il est à remarquer, dit Laferrière<sup>1</sup>, que l'annulation est encourue, dans ce cas, même si l'autorité qui décline sa compétence possède un pouvoir discrétionnaire, et est libre d'écarter la demande par un motif de pure appréciation ou même sans aucun motif; ce qui provoque l'annulation, ce n'est pas le rejet de la demande, c'est la déclaration d'incompétence sur laquelle le rejet est fondé. » Au fond, c'est l'application aux lois de compétence d'une règle que nous verrons s'appliquer aussi aux lois ordinaires : doit être annulé l'acte pris par un administrateur qui s'est cru *à tort* lié par une disposition légale. Ne pas faire usage du pouvoir dont il dispose, notamment ne pas user de son pouvoir discrétionnaire là où il le possède, c'est violer la loi et enlever aux particuliers la garantie d'un examen spécial et attentif qu'elle a voulu leur accorder<sup>2</sup>. La jurisprudence a fait souvent, en matière de compétence, application de cette idée<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Laferrière, 2<sup>e</sup> éd., t. II, p. 519.

<sup>2</sup> Cpr. sur cette idée les excellents développements de W. Jellinek, *Gesetz, Gesetzesanwendung, und Zweckmässigkeitserwägung*, p. 337 et suiv.

<sup>3</sup> Cons. d'Etat, 1<sup>er</sup> mai 1874, Lezeret de la Maurinie (*Lebon*, p. 409); 23 novembre 1883, Soc. des mines d'or de la Guyane (*id.*, p. 834); 2 mai 1890, Moinet (*id.*, p. 435).

II. *Loi de forme.* — C'est la loi qui détermine les formalités à accomplir par l'agent compétent, soit préalablement à l'acte, soit dans l'acte lui-même. Nous n'avons pas, au point de vue où nous nous plaçons, d'observation particulière à faire en ce qui la concerne.

III. *Loi de fond.* — C'est celle qui détermine les dispositions que l'agent compétent, agissant dans les formes requises, a ou n'a pas le droit de prendre. La loi de fond détermine la limite des droits de la personne morale administrative (Etat, département, commune, établissement public) représentée par l'agent, au point où ces droits touchent les intérêts privés ou des intérêts généraux d'un ordre supérieur. C'est elle qui fixe jusqu'où peut aller l'action administrative, quels devoirs elle doit remplir, soit dans l'intérêt général, soit pour protéger les intérêts privés, quels sacrifices elle peut imposer à ces derniers, quels avantages elle est tenue de leur concéder ou de leur maintenir. Lorsqu'elle est violée, ce n'est pas, comme dans les cas précédents, le côté externe de l'acte qui est vicié, c'est son *contenu*. L'acte entaché d'incompétence ou de vice de forme peut, en conservant son contenu, être valablement repris, à condition de l'être par l'autorité compétente agissant dans les formes légales; l'acte entaché de violation d'une loi de fond ne peut jamais devenir légal tant que les circonstances restent les mêmes. C'est, par exemple, l'acte de police imposant à un particulier une obligation qui dépasse les pouvoirs de l'administration; l'acte administratif refusant de reconnaître à un particulier certains avantages auxquels il a droit; l'acte de nomination désignant pour une fonction publique une personne qui n'a pas les qualités requises pour y être nommée.

Il y a également violation de la loi pouvant donner lieu à annulation quand un administrateur prend, *par un motif de droit erroné*, une décision rentrant dans sa compétence, mais qu'elle ne doit prendre qu'après une appréciation discrétionnaire que son erreur de droit l'a empêchée de faire. Nous re-

trouvons ici l'idée déjà énoncée à propos des lois de compétence : l'administrateur qui refuse de faire usage de son pouvoir discrétionnaire parce qu'il se croit à tort lié par une disposition légale, viole la loi qui entendait accorder aux parties le bénéfice d'une appréciation tenant compte de toutes les circonstances de fait. C'est bien la même idée, et la seule différence, c'est que la loi par laquelle l'administrateur se croit lié n'est plus une loi de compétence, mais bien une loi de fond. Cependant Laferrière n'admet plus ici la même solution. Fidèle à sa théorie générale, il estime que cette sorte de violation négative de la loi (quand il ne s'agit pas d'une loi de compétence) n'entraîne pas annulation, *parce qu'elle n'est pas accompagnée de lésion d'un droit*<sup>1</sup>, et il est en cela d'accord avec la jurisprudence de son temps. Le Conseil d'Etat, notamment, n'admettait pas qu'il dût annuler la décision d'un préfet refusant d'approuver la délibération d'un conseil municipal, alors que ce refus était basé sur le motif *erroné* que la délibération était illégale<sup>2</sup>. Il n'admettait pas non plus qu'il dût annuler le refus du préfet d'inscrire d'office une dette au budget d'une commune, quand ce refus était motivé par l'idée *erronée* que la dette n'avait pas le caractère obligatoire<sup>3</sup>.

Mais la doctrine nouvelle, qui efface la condition de droit lésé, doit logiquement admettre une autre solution. La prétendue différence entre la force obligatoire des lois de forme ou de compétence et la force obligatoire des lois de fond n'est pas plus admissible ici qu'ailleurs. Dans les deux cas nous nous trouvons en présence d'un administrateur qui a refusé de faire usage de son pouvoir discrétionnaire parce qu'il s'est cru à tort lié par la loi, et la conséquence doit être la même. Aussi la jurisprudence paraît bien aujourd'hui comprendre les cas de ce genre dans ceux qui doivent entraîner l'annulation pour violation de la loi.

---

<sup>1</sup> *Op. cit.*, t. II, p. 533.

<sup>2</sup> Cons. d'Etat, 20 juillet 1883, Du Lac (*Leb.*, p. 669).

<sup>3</sup> Cons. d'Etat, 15 janvier 1875, Larralde (*Leb.*, p. 49) ; 4 août 1876, Ville de Besançon (*id.*, p. 743).



Elle a admis notamment l'annulation des arrêtés préfectoraux supprimant une dépense votée par le conseil municipal en se basant non sur l'intérêt des finances communales (qui auraient pu valablement motiver la suppression), mais sur une prétendue illégalité de la dépense<sup>1</sup>. Le Conseil d'Etat a annulé aussi les arrêtés préfectoraux refusant d'approuver des dévolutions de biens ecclésiastiques faites en vertu de l'article 7 de la loi du 9 décembre 1905, alors que le refus était basé, non sur le pouvoir discrétionnaire qui appartenait au préfet, mais sur le motif erroné que les biens ne rentraient pas dans la catégorie prévue à l'article 7<sup>2</sup>. On ne peut qu'approuver cette évolution, qui finira sans doute par englober toutes les hypothèses de ce genre.

Les auteurs qui estiment que le Conseil d'Etat doit pénétrer aujourd'hui dans le domaine de l'opportunité administrative<sup>3</sup>, ont allégué non seulement des arrêts se rapportant, comme nous le dirons plus loin, à des cas de détournement de pouvoir, mais aussi des arrêts visant des cas de pure et simple violation, soit d'une loi de fond, soit même d'une loi de compétence. Seulement ce sont des cas dans lesquels la limite lé-

<sup>1</sup> Cons. d'Etat, 21 novembre 1902, comm. de Daon (*Leb.*, p. 678).

<sup>2</sup> Cons. d'Etat, 23 juillet 1909, Société nationale d'éducation de Lyon (*Leb.*, p. 737 et 738). — Il y a déjà d'autres applications assez nombreuses : 20 mai 1904, Berrest (*Leb.*, p. 404), refus d'admission d'un sous-officier au classement en vue des emplois civils par suite d'une fausse interprétation de la loi ; — 11 avril 1913, Ville de Toulouse (*Journal de droit administratif*, 1913, p. 344), annulation par le préfet de l'arrêté d'un maire par un motif de droit erroné (cette annulation est en principe discrétionnaire) ; — 11 avril 1913, Est-Parisien (*Dall., Chronique*, p. 40 bis, 1913), refus de permission de voirie par suite d'une interprétation erronée de la loi du 15 juin 1906.

L'arrêt du 2 décembre 1910, Ville de Saint-Malo (*Leb.*, p. 863), est relatif, comme les arrêts cités par Laferrière, au refus d'approbation par le préfet d'une délibération du Conseil municipal. On alléguait que le préfet avait agi par un motif de droit erroné. Le Conseil d'Etat, sans entrer dans l'examen de ce motif, décide que le préfet a agi *dans un intérêt économique* et qu'en conséquence il a fait un usage régulier de son pouvoir discrétionnaire. Il admet donc implicitement que s'il avait agi *uniquement* par suite d'une erreur de droit, son refus d'approbation aurait dû être annulé, et consacre ainsi l'abandon de l'ancienne doctrine sur l'un des points où Laferrière en avait signalé l'application.

<sup>3</sup> V. ci-dessus, § 2, *in fine*.



gale est assez imprécise pour que le juge ait à faire un large emploi des pouvoirs d'appréciation qui lui appartiennent en vue de déterminer la règle de droit à appliquer. Nous avons déjà montré plus haut, à propos de l'arrêt Marc<sup>1</sup>, que, même dans les cas de ce genre, c'est bien une question de limite que juge le Conseil d'Etat, par conséquent une question de droit, et non une question d'opportunité. La même chose doit être dite à propos de l'arrêt Casanova, qui a fourni à M. Hauriou l'occasion d'esquisser, dans une note célèbre<sup>2</sup>, la théorie du Conseil d'Etat prenant en mains la tutelle des communes et jugeant leurs actes même au point de vue de l'opportunité. Le Conseil d'Etat se borne, dans cet arrêt, à annuler, *comme prise en dehors des attributions du conseil municipal*, une délibération par laquelle il avait décidé de subventionner un médecin. C'est donc qu'il voit une règle de droit dans l'interdiction faite aux communes de pénétrer dans le domaine de la libre concurrence entre médecins au moyen de la création d'un service municipal. Il ajoute, il est vrai, que « les conseils municipaux peuvent, *dans des circonstances exceptionnelles*, intervenir pour procurer des soins médicaux aux habitants qui en sont privés ». Cela veut dire que la règle de droit, — comme tant d'autres, — est susceptible de comporter des exceptions, *mais des exceptions qui seront elles-mêmes des règles de droit*. Et le principe de ces exceptions est indiqué par les termes mêmes de l'arrêt; elles concernent les cas où les habitants, faute de l'intervention de la commune, seraient privés de soins médicaux. Il ne s'agit pas du tout de circonstances exceptionnelles que le Conseil d'Etat se réserverait d'apprécier à sa guise, mais de circonstances précises

---

<sup>1</sup> Ci-dessus, § 3, I.

<sup>2</sup> Note sur l'arrêt du 29 mars 1901, S. 1901.3.75. Cet arrêt est également l'un de ceux que mentionne M. Le Fur dans l'article que nous avons déjà cité (*Revue génér. d'administration*, 1911, I, p. 390). — Cpr., pour l'explication que nous donnons ici de cet arrêt, la thèse de M. Grach, *De la limite des pouvoirs des tribunaux administratifs sur les actes de l'administration* (Paris, 1912), p. 103 et suiv.

dont l'existence sera nécessaire et suffisante pour rendre légale la subvention accordée à un médecin. Quand ces circonstances existeront, la commune appréciera librement, sous le contrôle du tuteur administratif, si elle doit ou non établir le service, dans quelle mesure elle doit le faire, quel médecin elle doit subventionner, etc. Voilà le vrai domaine de l'opportunité, et sur ce domaine le juge administratif ne s'est jamais reconnu le droit de pénétrer. Ce que l'on a pris pour une appréciation d'opportunité, c'est la fixation, *à titre de règle*, de l'une des limites à poser au pouvoir discrétionnaire de la commune<sup>1</sup>.

#### § 6. — De la limite mise au pouvoir discrétionnaire par la théorie du détournement de pouvoir.

I. — En dehors des lois spéciales qui déterminent la compétence, la forme et le contenu légal des actes administratifs, il existe une loi générale qui, sans être écrite dans un texte précis,

---

<sup>1</sup> La jurisprudence de l'arrêt Casanova a été confirmée par l'arrêt Espagnol, 24 juillet 1907 (*Leb.*, p. 727). L'idée du respect de la libre concurrence, entraînant pour les communes interdiction de subvenir, au moyen de services municipaux, aux besoins collectifs qu'elle suffit à satisfaire, a d'ailleurs inspiré d'autres arrêts du Conseil d'Etat, notamment l'arrêt Descrois-Deservik, 1<sup>er</sup> février 1901 (*Leb.*, p. 105), relatif à la boulangerie coopérative de Poitiers, que l'on peut considérer comme l'arrêt-type. Le principe de l'interdiction *juridique* qui leur est faite à cet égard est nettement exprimé dans les remarquables conclusions de M. Romieu, à la suite desquelles l'arrêt a été rendu. — V. au surplus sur ce principe les développements que nous avons donnés dans notre *Théorie de la personnalité morale*, t. II, p. 160 et suiv. — Au contraire, la question de savoir si un service *rentrant dans la compétence communale* doit être organisé en régie ou par voie de concession est une question d'opportunité que le Conseil d'Etat au contentieux n'a jamais, si nous ne nous trompons, soumise à son contrôle (*eod. l.*, p. 162). Cette distinction a été contestée par notre collègue M. Bouvier dans son très intéressant ouvrage sur « les Régies municipales » (1910), p. 138. Mais les raisons qu'il apporte nous paraissent insuffisantes, et en tous cas il ne produit aucun arrêt qui infirme cette distinction. Celle-ci est au contraire approuvée par M. Wittmayer dans sa monographie sur l'administration financière des communes françaises (*Eigenwirtschaft der Gemeinden und Individualrechte der Steuerzahler*, Leipzig, 1910, p. 179-180).

domine toute l'activité administrative au moins dans les pays arrivés à un certain degré de civilisation. Cette loi, c'est que l'administrateur ne peut agir, même pour des actes dont le contenu rentre dans sa compétence, qu'en vue de certains buts d'intérêt général, et qu'il excède son pouvoir en agissant en vue d'un but autre que ceux que la loi assigne à son activité. C'est cette forme particulière d'excès de pouvoir qui porte dans notre doctrine française le nom très expressif de détournement de pouvoir.

Les auteurs portés à confondre le domaine de la légalité et celui de l'opportunité n'ont pas manqué d'invoquer à l'appui de leur thèse la théorie du détournement de pouvoir. Ils la considèrent comme faisant du recours pour excès de pouvoir un recours hiérarchique plus encore qu'un recours contentieux, et comme entraînant le Conseil d'Etat à juger, non une question de légalité, mais une question de moralité administrative<sup>1</sup>. Si cela était exact, toute la conception du rôle des tribunaux administratifs, que nous avons exposée plus haut, et que nous croyons infiniment précieuse, se trouverait ébranlée. Mais il n'en est rien. A nos yeux le détournement de pouvoir est bien une illégalité, et

---

<sup>1</sup> M. Jacquelin (*Les principes dominants du contentieux administratif*, p. 251 et suiv.) considère le recours pour excès de pouvoir comme étant, de sa nature, « un recours gracieux et hiérarchique, qui, d'après les principes généraux, devrait être du ressort de l'administration active elle-même » (*eod. op.*, p. 230) ; et il trouve surtout la confirmation de sa thèse dans la théorie du détournement de pouvoir qui, d'après lui, fait éclater « au plus haut degré le caractère hiérarchique du recours pour excès de pouvoir » (p. 251). — Ses explications sur ce point ont déjà été combattues vigoureusement par M. Artur, *Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions*, p. 339 et suiv., qui nous paraît, de son côté, soutenir une thèse un peu excessive en admettant que le détournement de pouvoir ne constitue pas une catégorie distincte de la violation de la loi ordinaire.

De son côté, M. Hauriou (*Droit administratif*, 7<sup>e</sup> éd., p. 450) déclare que, dans la théorie du détournement de pouvoir, « le point de vue de la légalité stricte est dépassé, et que le recours pour excès de pouvoir, action disciplinaire, s'élève jusqu'à être la sanction d'une morale juridique ». (Cette phrase ne se retrouve pas dans la huitième édition du *Précis* de M. Hauriou, dont nous n'avons eu connaissance qu'en corrigeant les épreuves de la deuxième partie de notre article. V. p. 457 de cette édition.)

le Conseil d'Etat en l'examinant ne sort nullement du domaine contentieux. Pour le démontrer, il suffit de préciser avec soin le sens de la théorie.

Les auteurs allemands se sont récemment beaucoup occupés de la question, et ils paraissent avoir quelque peine à comprendre ce qu'est exactement, dans la pensée de nos théoriciens, le détournement de pouvoir et en quoi il se différencie, soit de l'incompétence, soit de la violation de la loi<sup>1</sup>. Nous avouons sans peine que la classification est parfois difficile et que quelques-uns des cas habituellement cités comme des cas de détournement ne sont que des cas ordinaires de violation de la loi. Et cela n'a rien de bien extraordinaire puisque le détournement de pouvoir n'est qu'une violation de la loi d'une espèce particulière, ni de bien angoissant, puisqu'il est soumis aux mêmes règles que les autres violations de la loi. Ce qui le caractérise spécialement est cependant assez simple à définir. Il consiste à agir *pour des motifs* ou *en vue d'un but*<sup>2</sup> autres que ceux pour lesquels le pouvoir d'agir a été donné par la loi. Cette définition suppose que le pouvoir d'agir existe et que le contenu de l'acte eût été par lui-même irréprochable si le but avait été autre. Du moins il en est

---

<sup>1</sup> V. notamment Laun, *op. cit.*, p. 134 et suiv., p. 153 et suiv.; — Tezner, *Das détournement de pouvoir...*, p. 116 et suiv.; — Wittmayer, *Eigenwirthschaft der Gemeinden...*, p. 229 et suiv.; — Wodtke, *Der recours pour excès de pouvoir* (Tübingen, 1912), p. 77 et suiv.

<sup>2</sup> Il ne s'agit ni du *motif* (ou mobile) *intime* qui a dirigé l'administrateur, ni même des motifs exprimés dans le préambule de l'acte (motifs qui seront seulement des moyens de prouver le détournement). Il s'agit seulement du motif qui est la vraie raison d'être de l'acte, ce qu'on peut appeler sa *cause* (v. sur l'application à notre matière de l'idée de cause, empruntée à une doctrine de droit civil d'ailleurs fort discutée, les développements de Presutti : *I limiti del sindacato di legittimità*, p. 35 et suiv., 85 et suiv.). — Ceci étant, les deux notions de *motif* et de *but* coïncident pleinement, la véritable cause d'un acte administratif se trouvant toujours dans un but à poursuivre.

Aucoc (*Conférences*, 3<sup>e</sup> éd., t. I, p. 531) et Laferrière (*op. cit.*, p. 548) ont tort d'introduire, dans leur définition du détournement de pouvoir, à côté des mots « pour des motifs autres que... », cette autre expression « pour des cas autres que... ». Cette dernière expression se rapporte plutôt à la violation de la loi proprement dite.

ainsi lorsqu'il y a uniquement détournement de pouvoir, sans mélange d'un autre vice. C'est par là qu'il se distingue de la violation de la loi ordinaire, dans laquelle ce n'est pas seulement le but de l'acte qui est vicieux, mais son dispositif qui dépasse le pouvoir de l'administrateur, quel que soit le but poursuivi.

On a bien souvent signalé le parallélisme existant entre la théorie du détournement de pouvoir et la théorie de l'abus du droit, qui occupe aujourd'hui une si grande place dans le droit privé<sup>1</sup>. L'idée qui est à la base des deux théories est en effet la même. C'est celle qu'à côté de la limitation d'un droit *dans son contenu*, il y a une autre limitation, plus délicate sans doute à préciser, mais d'ordre juridique comme la première, qui est sa limitation *par le but que peut se proposer le titulaire d'un droit en l'exerçant*. Si cette limitation s'est révélée dans la doctrine et la jurisprudence administratives avant d'apparaître dans la doctrine du droit privé, il y en a une raison. La plupart des droits privés, et notamment le plus important d'entre eux, le droit de propriété, ont traditionnellement été conçus comme des droits existant dans l'intérêt exclusif de leur titulaire; celui-ci ne peut donc, semble-t-il, dépasser son droit tant qu'il exerce les facultés qui y sont contenues; le but poursuivi, quel qu'il soit, sera toujours conforme à la destination du droit, parce que cette destination est de servir les intérêts de son titulaire, *tel que celui-ci les comprend*. Le propriétaire, même lorsqu'il exerce son droit par un acte qui n'a d'autre objet que de nuire au voisin, agit

---

<sup>1</sup> Porcherot, *De l'abus du droit* (thèse, Dijon, 1901), p. 150; — Tissier, *Revue critique*, 1904, p. 509; — Josserand, *De l'abus des droits* (1905), p. 45; — Saleilles, Rapport sur l'abus du droit présenté à la première sous-commission de la Commission de revision du Code civil (tirage à part du *Bulletin de la Société d'études législatives*), p. 18, note 1; — Laparre, *La théorie de l'abus du droit et la théorie du détournement de pouvoir*, thèse, Paris, 1913, — et avec quelques réserves (qui ne nous paraissent pas entièrement justifiées, mais qui d'ailleurs ne détruisent pas le parallélisme), la belle note de M. Hauriou sur l'affaire Ollivier-Zimmerman, Sirey, 1905.3.17, et son *Précis*, 8<sup>e</sup> éd., p. 457, note 3.



dans son intérêt; il estime *qu'il a intérêt* à nuire à son voisin, et, si le droit de propriété est dans son intérêt exclusif, nul ne peut y trouver à redire. Il a donc fallu la tendance récente à mettre en lumière le côté social du droit, l'introduction de l'idée que le propriétaire a, même en tant que propriétaire, certaines obligations limitant la poursuite de son propre intérêt, pour arriver à établir ce principe que, parmi les buts que le propriétaire peut poursuivre, il y en a qui sont légitimes et d'autres qui ne le sont pas. C'est de cela que les civilistes ont pris aujourd'hui pleine conscience; il leur fallait, pour y arriver, secouer des préjugés traditionnels, qui n'ont pas encore entièrement disparu.

En matière de droit public, la limitation devait apparaître plus vite, parce que le droit de commander n'a presque jamais (même pour les théoriciens de l'absolutisme) été considéré comme un droit existant dans l'intérêt exclusif de celui qui commande. Presque tous l'ont regardé comme limité au moins par la nécessité de n'agir qu'en vue de l'intérêt collectif. Son exercice en vue d'un autre objet est donc théoriquement illégitime, et cette illégitimité devait apparaître dès que des tribunaux seraient constitués pour connaître de la légalité des actes de la puissance publique. L'obstacle ici ne se trouvait pas dans la conception même du droit, mais uniquement dans la difficulté de créer un contentieux pour juger des actes de l'administration. On conçoit que le Conseil d'Etat ait pu hésiter à pousser l'examen de la légalité de l'acte jusqu'à l'examen de la légalité du but, parce que c'est un examen particulièrement délicat. En fait cependant, il a commencé très vite à admettre au moins les cas les plus apparents de détournement de pouvoir<sup>1</sup>, et l'obstacle devait être assez vite franchi parce qu'en matière administrative l'intention illégitime se révèle souvent d'une manière beaucoup plus apparente qu'en matière de droit privé<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> V. sur ce point les arrêts cités par M. Artur, *op. cit.*, p. 347 et suiv.

<sup>2</sup> Nous verrons plus loin que le Conseil d'Etat ne recherche pas les intentions *subjectives*, le mobile *intime*, de l'administrateur, et qu'on exagère fort



La limite résultant de l'illégitimité du but est bien une limite *d'ordre juridique*. L'abus du droit privé, le détournement de pouvoir du droit public sont certainement des *violations du droit*, soit qu'on admette avec M. Planiol qu'ils sont des dépassements du droit subjectif que l'on prétend exercer, soit qu'on admette au contraire avec M. Josserand qu'ils ne sont que des violations du droit objectif<sup>1</sup>. La règle que l'Administration ne doit agir que dans l'intérêt général, pour n'être écrite dans aucun texte, n'en est pas moins une *règle de droit* incontestable.

Le Conseil d'Etat, d'ailleurs, n'a pas borné l'examen du but à la seule question du but d'intérêt général. L'administrateur commet à ses yeux une illégalité non seulement quand il agit dans un intérêt privé, mais encore quand il agit en vue d'un intérêt collectif autre que celui qu'il avait mission de poursuivre. Là encore la limite est une limite de légalité, parce qu'elle résulte de règles légales très précises, les règles de compétence. Si, suivant l'heureuse expression de M. Hauriou, chaque pouvoir administratif est enfermé dans la poursuite de son but propre<sup>2</sup>, c'est qu'il ne lui est pas permis de dépasser sa compétence par la re-

en déclarant, comme on le fait souvent, qu'il pousse ici à l'extrême le contrôle contentieux. L'intention illégitime se révèle à lui par les actes de la procédure, ou par des circonstances qui la rendent évidente.

<sup>1</sup> La question de savoir si l'abus du droit rentre dans le dépassement du droit subjectif est en somme très théorique : oui, dit M. Planiol (*Droit civil*, 5<sup>e</sup> éd., t. II, p. 286 et suiv., § 870) ; tout acte abusif, par cela seul qu'il est illégitime, n'est pas l'exercice d'un droit ; le droit cesse où l'abus commence ; un seul et même acte ne peut pas être à la fois contraire au droit et conforme au droit. Non, dit M. Josserand (*Abus du droit*, p. 78-79) ; le raisonnement de M. Planiol n'est qu'un calembour juridique favorisé par les divers sens du mot *droit* : on peut violer le droit objectif sans sortir des limites de son droit subjectif. Nous admettons la théorie de M. Planiol, parce que nous croyons que le droit objectif et le droit subjectif ne sont pas deux domaines différents, et qu'on ne peut pas violer le droit objectif tant qu'on ne sort pas des limites du droit subjectif telles que le droit objectif lui-même les a déterminées. V. notre *Théorie de la personnalité morale*, t. II, p. 221. — Mais nous ne pensons pas (ce n'est pas ici le lieu de développer cette idée) que cela importe beaucoup au point de vue des solutions pratiques, et en tous cas, dans la question que nous examinons, cela n'importe pas du tout.

<sup>2</sup> Note dans Sirey, 1911.3.33.

cherche d'un but qui n'y est pas contenu. C'est pour cela que la police ne peut poursuivre un but d'intérêt fiscal, qu'un administrateur ne peut agir en vue de trancher une contestation entre particuliers. Il est tout à fait inexact de voir dans les cas de ce genre un examen du contentieux sur la moralité administrative, si on entend par là que ce contrôle de moralité n'est pas en même temps un contrôle de légalité. Ce qu'il y a de vrai seulement, c'est que la théorie du détournement de pouvoir, comme celle de l'abus du droit sa sœur, fait entrer dans le droit certaines règles de morale qui sans elles resteraient en dehors du domaine juridique. Mais ce n'est pas là une objection, au contraire : plus le droit tient compte de l'idée morale telle qu'elle est comprise dans le milieu où il doit s'appliquer, mieux il est adapté à sa destination sociale <sup>1</sup>.

II. — Les applications pratiques de la théorie du détournement de pouvoir sont tellement nombreuses en jurisprudence qu'il serait tout à fait vain de vouloir les passer en revue. On peut les ramener aux catégories suivantes :

1° Usage d'un pouvoir n'ayant d'autre raison d'être que de satisfaire une animosité personnelle, soit d'origine privée, soit même d'origine politique. C'est le plus haut degré de détournement de pouvoir. C'est aussi celui que le Conseil d'Etat a le plus rarement l'occasion de réprimer, non pas malheureusement que les faits de ce genre soient rares, mais parce que leur preuve nécessiterait le plus souvent la recherche du mobile intime qui

---

<sup>1</sup> Notre très regretté maître, M. Esmein, reprochait en 1897 à la théorie de l'abus du droit de substituer la faute morale à la faute juridique et de transformer les juges en censeurs (note sous Cass., 28 juin 1897, S. 98.1.21). C'est exactement la conception que les auteurs que nous combattons se font encore aujourd'hui du détournement de pouvoir, avec cette différence qu'au lieu d'y voir, comme le faisait M. Esmein, une objection à la théorie, ils seraient plutôt portés à lui en faire un titre de gloire. M. Josserand a combattu cette conception dans son travail sur l'abus du droit (*op. cit.*, p. 84) par des raisons qui nous paraissent décisives et qui sont celles mêmes que nous développons au texte contre la théorie du détournement de pouvoir sanction de moralité.

a dirigé l'agent, et que, comme nous le verrons, il s'interdit cette recherche. Les cas de l'espèce les plus fréquents sont relatifs à des révocations de fonctionnaires ou à des arrêtés municipaux faisant usage des pouvoirs de police en vue de molester certaines personnes. L'arrêt-type est l'arrêt Maugras, dans lequel le Conseil d'Etat annule la révocation par le maire d'un agent de police uniquement coupable d'avoir verbalisé une débitante, qui avait été, à la suite de son procès-verbal, dûment condamnée, mais à laquelle le maire avait des raisons de s'intéresser<sup>1</sup>.

2° Usage d'un pouvoir de police dans l'intérêt pécuniaire soit d'une personne morale administrative (Etat, département, commune, établissement public), soit d'un particulier dont les intérêts sont plus ou moins liés avec ceux d'une personne de ce genre, parce qu'il a traité avec elle ou a reçu d'elle un monopole. L'administrateur a bien agi dans un intérêt collectif; mais il est de principe que les pouvoirs de police doivent être exercés en vue de l'objet propre de la police, et non dans un intérêt pécuniaire, cet intérêt fût-il celui de l'Etat ou de la commune. Les applications, ici, sont innombrables. Les arrêts les plus célèbres sont les arrêts Pariset et Laumonnier-Carriol, annulant les arrê-

---

<sup>1</sup> Elle était parente de la domestique du maire, et le motif réel de l'acte ressortait avec évidence d'une lettre du maire au commissaire de police. Cons. d'Etat, 16 novembre 1900 (*Leb.*, p. 617; S. 1901.3.57, et la note de M. Hauriou). — L'animosité politique est un fait plus fréquent. V. Cons. d'Etat, 14 janvier 1910, Rigal (*Leb.*, p. 24), suspension d'un garde champêtre motivée par un ressentiment politique que constate une enquête de la gendarmerie communiquée par le ministre de l'Intérieur. De nombreux arrêts annulent des arrêtés municipaux interdisant les sorties des sociétés musicales sur la voie publique, lorsque ces arrêtés ont pour objet de favoriser une société au détriment d'une autre, ou sont motivés par des dissentiments politiques (22 novembre 1907, La Fraternelle de Beuzeville (*Leb.*, p. 847); — 29 décembre 1905, Delloye (*Leb.*, p. 1009); — 5 juillet 1912, Leducq-Delsaux (*Leb.*, p. 783). — V. aussi l'arrêt Lespinasse, 4 août 1905 (*Leb.*, p. 757), exclusion par le ministre d'un fournisseur pour les adjudications de son ministère, motivée par des raisons politiques. Nous pensons qu'il y aurait également détournement de pouvoir à écarter un candidat d'un concours à raison de ses opinions politiques ou religieuses. En ce sens, Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, p. 474. — *Contrà*, Sibert, thèse, p. 127 et suiv.

tés qui avaient procédé, à la suite de l'établissement du monopole des allumettes chimiques, à la fermeture de certaines fabriques d'allumettes, en alléguant le fait qu'elles n'étaient pas régulièrement autorisées, mais avec le but réel de faire échapper l'Etat au paiement d'une indemnité d'expropriation<sup>1</sup>. Des arrêts analogues concernent les révocations d'autorisations de voirie ayant pour objet l'obtention d'une redevance, ou la réglementation de la circulation sur la voie publique en vue de favoriser un monopole<sup>2</sup>.

3° Usage d'un pouvoir en vue d'un but d'intérêt collectif même non pécuniaire, quand ce but est autre que ceux en vue desquels ce pouvoir a été conféré. Le Conseil d'Etat annule, par exemple, les arrêtés de police du maire sur la circulation ou la réglementation des marchés lorsqu'ils sont pris non dans l'intérêt de la circulation, ou du bon ordre, ou de la salubrité, mais dans l'intérêt de la protection du commerce local, objet qui ne rentre pas dans la police municipale<sup>3</sup>. De même il a annulé à diverses reprises des actes du préfet relatifs à la tutelle des communes, qui avaient pour objet non la bonne administration des affaires de la commune (ce qui est l'objet propre des pouvoirs de tutelle), mais le désir de contraindre indirectement la commune à l'exécution d'une loi. Et ces arrêts sont d'autant plus remarquables que, dans les cas en question, il s'agissait d'une loi d'ordre public (la

<sup>1</sup> Cons. d'Etat, 26 novembre 1875, *Leb.*, p. 934, et D. 1876.3.41.

<sup>2</sup> Révocations d'autorisations de voirie, 15 juin 1883, Soc. française du matériel agricole, *Leb.*, p. 578; 1<sup>er</sup> mars 1911, Comp. génér. des eaux, *Leb.*, p. 321, etc. — On sait d'ailleurs que le Conseil d'Etat a apporté à sa théorie une atténuation très intéressante en refusant d'annuler pour détournement de pouvoir les arrêtés révoquant des autorisations que la commune ne pouvait maintenir qu'en se mettant en contradiction avec la chose jugée, ou en engageant sa responsabilité pécuniaire. — 27 décembre 1901, Picard, *Leb.*, p. 924; 6 juin 1902, Goret, *Leb.*, p. 420; 14 janvier 1910, Meurdrac, *Leb.*, p. 26. — Pour la réglementation de la voie publique en vue de favoriser un monopole, v. les célèbres arrêts Lesbats, relatifs à la cour de la gare de Fontainebleau, 27 février 1864, D. 64.3.25, et 7 juin 1865, D. 66.3.29.

<sup>3</sup> Cons. d'Etat, 17 novembre 1899, D. 1901.3.10; — 31 juillet 1908, Sécher, *Leb.*, p. 837.

loi de 1905 sur la séparation des Eglises et de l'Etat) et que le préfet lui-même était compétent pour en poursuivre l'application. Seulement il ne pouvait le faire que par les moyens autorisés par la loi, et il ne pouvait employer à cet usage son pouvoir de tutelle, qui lui est confié en vue d'une autre fin <sup>1</sup>. Rien ne montre mieux combien le Conseil d'Etat est soucieux d'enfermer chaque pouvoir dans la poursuite de son but propre.

4° Usage d'un pouvoir en vue d'empiéter indirectement sur une autre autorité, ou de tourner une disposition légale. Ici se rangent notamment les arrêts annulant les suppressions d'emploi ou les suspensions de fonctionnaires lorsqu'elles ont pour objet d'arriver à une révocation déguisée qui ne pourrait être prononcée que par une autorité supérieure <sup>2</sup>. Il faut y classer aussi les arrêts si nombreux qui annulent des arrêtés du préfet relatifs à la police des petits cours d'eau, lorsqu'ils n'ont pas pour objet d'assurer le bon écoulement des eaux, ou la salubrité publique, ou la bonne répartition des eaux entre l'agriculture et l'industrie, mais de trancher une contestation d'intérêt privé entre deux riverains, objet qui est de la compétence judiciaire <sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Cons. d'Etat, 10 juillet 1908, comm. de Randon, *Leb.*, p. 751; 10 mars 1911, comm. de Boujaille, *Leb.*, p. 289 (v. sur ces arrêts et d'autres analogues, et aussi sur les divers moyens employés par les préfets pour arriver à vaincre l'inertie des municipalités en matière de baux des presbytères, la note de M. Hauriou, S. 1911.3.33).

<sup>2</sup> Cons. d'Etat, 22 mars 1901, Roz (D. 1902.3.64), refus systématique du chef de l'Etat d'accepter les successeurs présentés par le titulaire d'une étude, afin d'arriver à la suppression de l'étude; — 16 juillet 1886, comm. de Souston (D. 87.3.57), suppression d'un emploi de garde champêtre, afin d'arriver à la révocation du titulaire, — et surtout les deux arrêts du 23 juillet 1909 et 22 juillet 1910, Fabrègues (*Leb.*, p. 727 et 606), annulant vingt arrêtés municipaux successifs dont chacun suspendait le garde champêtre pendant un mois et qui aboutissaient ainsi à une révocation de fait, alors que la révocation était de la compétence du préfet (v. la note de M. Hauriou, S. 1911.3.121).

<sup>3</sup> Cons. d'Etat, 10 novembre 1905, Bouisson, *Leb.*, p. 808; Sarlandin, 26 mai 1905, *id.*, p. 474, etc. — On peut considérer comme analogue le détournement de pouvoir réprimé par l'arrêt Grazietti, 31 janvier 1902, dissolution d'un Conseil municipal ayant pour but de redresser les irrégularités d'une élection (pour lesquelles seul est compétent le juge de l'élection).



Ces exemples, que l'on pourrait aisément multiplier, nous paraissent suffire à montrer tout le parti que notre Conseil d'Etat a su tirer de la théorie du détournement de pouvoir. La limite qu'il établit ici au pouvoir discrétionnaire de l'administration est très propre à maintenir celle-ci dans l'esprit de sa mission<sup>1</sup>, et à l'empêcher d'en sortir, d'une manière plus ou moins consciente, par une voie détournée. On comprend que notre doctrine l'ait unanimement approuvée.

III. — Mais on a fait à l'étranger, à notre théorie du détournement de pouvoir, une objection intéressante et qui doit d'autant mieux retenir notre attention que sa discussion pourra contribuer à préciser les conditions d'application de la théorie. Elle peut se résumer ainsi : de deux choses l'une : ou l'agent a vraiment dépassé les limites de son pouvoir, et alors il est inutile pour annuler l'acte de rechercher l'intention *subjective* de l'agent, le but qu'il a *voulu* poursuivre; ou il ne les a pas dépassées, et alors l'acte est légal, *quels que soient les motifs qui l'ont dicté*. Ceux-ci peut-être donneront lieu à une poursuite disciplinaire; un acte, même légal, peut constituer une faute de service ou une faute morale. Mais ce que le juge administratif doit considérer, ce sont les violations du droit et non les fautes de conduite. Annuler un acte pour un motif de ce genre serait chose fort dangereuse : un administrateur doit-il perdre le droit d'appliquer la loi à un de ses administrés parce qu'il a contre lui une animosité personnelle ou un ressentiment politique? Ce qui importe, ce n'est pas la *preuve positive* qu'il existe un motif illégitime, c'est seulement la *preuve négative* que le motif qui pourrait justifier l'acte *n'existe pas*. En donnant le pas à la

---

<sup>1</sup> Il ne faut pas dire pour cela, comme on l'a fait quelquefois, que le propre du détournement de pouvoir est de violer la loi dans son esprit et non dans sa lettre. Il la viole souvent dans sa lettre, par exemple, lorsqu'il entraîne incompétence; et, d'autre part, la violation de la loi ordinaire peut fort bien ne porter que sur l'esprit de la loi et non sur sa lettre. Cpr. Laun, p. 155.



preuve positive du motif illégitime, on s'expose à annuler des actes qui sont parfaitement justifiés<sup>1</sup>.

Pour voir ce qu'il peut y avoir de bien fondé dans cette objection, commençons par préciser deux points :

1° Ce serait une erreur de croire que le Conseil d'Etat examine l'intention subjective, le processus interne de la volonté de l'agent. Il ne sonde pas ses reins et son cœur, mais seulement son acte; c'est à l'acte lui-même et aux documents administratifs qui l'accompagnent qu'il demande la preuve du détournement de pouvoir. Sans doute, dans la meilleure des administrations possibles, il y a, derrière beaucoup d'actes administratifs réguliers, des motifs peu avouables : on appliquera plus rigoureusement la loi à ses amis qu'à ses ennemis, et on réservera sa bienveillance et ses faveurs à ses amis. Le contentieux ne pourrait atteindre cette sorte d'immoralité administrative qu'en faisant comparaître les fonctionnaires à sa barre, et en instituant des enquêtes sur les propos échappés, sur les gestes, voire sur

---

<sup>1</sup> Cette objection a été développée avec beaucoup de verve par Tezner (qui d'ailleurs, comme nous l'avons vu ci-dessus, § 1, III, remplace la théorie du détournement de pouvoir par l'idée que l'administration n'a jamais une vraie liberté du choix dans les décisions à prendre, et qu'en conséquence toutes ses décisions peuvent être soumises aux tribunaux à condition qu'elles aient blessé des droits privés). — V. *Zur Lehre des freien Ermessens*, p. 88 et suiv., et *Das détournement de pouvoir...*, p. 110 et suiv. — Dans ce dernier ouvrage (p. 113 et suiv.), il commente notamment une décision du tribunal supérieur administratif prussien du 18 mai 1909 (citée par Laun, p. 211-212) : une commune avait établi un tarif pour l'installation de fauteuils-abris sur une plage et, sur le refus d'un baigneur de payer la taxe, avait fait d'office transporter le siège chez lui. Le tribunal déclare l'acte illégal, parce que la mesure ne pouvait être prise que pour des motifs intéressant la liberté de la circulation sur la plage et que le non-paiement de la taxe n'était pas un motif de ce genre. C'est bien là un détournement de pouvoir au sens français. Tezner fait observer que l'acte devait être annulé *parce qu'il n'existait aucune circonstance de fait pouvant justifier la mesure*. C'était le seul point important, et le juge n'avait pas à se demander si le véritable motif se trouvait dans le désir de faire payer une taxe, pas plus qu'il n'avait à se demander s'il se trouvait dans le fait que l'on considérait le baigneur intéressé comme un hôte indésirable, ou dans le fait qu'il avait compromis la fille du directeur, ou laissé impayées les dettes de jeu contractées au casino.

les antécédents de l'administrateur et sur ses relations privées. Le Conseil d'Etat ne fait rien de semblable. Il puise les éléments de sa décision uniquement dans les pièces du dossier (motifs donnés dans l'acte lui-même, motifs invoqués dans les délibérations, rapports, instructions, lettres officielles qui l'accompagnent), et dans les circonstances *extérieures* du fait qui lui est soumis<sup>1</sup>.

2° Ce serait également une erreur de croire que dans la théorie du détournement le point essentiel soit l'existence d'un motif illicite. La vérité est que cette existence n'est constatée que *comme moyen de preuve démontrant l'inexistence du motif légal*. Que telle soit bien au fond la pensée du Conseil d'Etat, cela nous paraît résulter de deux séries d'arrêts. Dans les uns, il constate en fait que l'administrateur a agi en vue des intérêts

---

<sup>1</sup> Le plus souvent le but est indiqué avec précision, soit dans l'acte lui-même, soit dans les pièces qui l'accompagnent. Dans la plupart des cas, d'ailleurs, l'administrateur, n'ayant en vue que l'intérêt général, ne cherche nullement à donner le change sur le but de son acte. Il n'en est autrement que lorsqu'il agit par animosité personnelle ou politique, ou encore lorsqu'il a *délibérément* la volonté de tourner la loi et de dépasser sa compétence. Mais dans ces cas, si le Conseil d'Etat intervient, c'est qu'il a trouvé dans le dossier lui-même la preuve du motif illicite (ex. : aff. Maugras, 16 novembre 1900, lettre officielle écrite par le maire au commissaire de police), ou que les circonstances même dans lesquelles l'acte est intervenu lui paraissent le révéler avec évidence (ex. : aff. Thorrand, 9 juin 1893, *Leb.*, p. 449, arrêt précédent déjà annulé par le Conseil d'Etat pour détournement de pouvoir indiqué dans ses motifs, et repris identique avec d'autres motifs, ce qui paraissait prouver que ces autres motifs n'étaient que des prétextes; aff. Fabrègue, 23 juillet 1909 et 22 juillet 1910 (*Leb.*, p. 727-606), détournement prouvé par la multiplicité des suspensions prononcées contre le garde champêtre, suspensions révélant d'elles-mêmes qu'on visait une révocation déguisée. — L'arrêt Rigal, 14 janvier 1910, *Leb.*, p. 24, paraît aller un peu plus loin et a attiré par là les critiques de l'arrêliste du Dalloz (D. 1911.3.126); il puise la preuve du détournement de pouvoir (ressentiment politique) dans une enquête de gendarmerie jointe au dossier. Mais il faut bien remarquer qu'il s'agissait d'une enquête de gendarmerie faite par le ministre et nullement provoquée par le Conseil d'Etat.

V. au surplus sur cette question de preuve, Ebren, thèse, p. 120 et suiv.; Laun, p. 231 et suiv., et les conclusions de M. le commissaire du gouvernement Gauvain sur l'aff. Ponthas, 7 décembre 1888, *Leb.*, p. 756. — V. aussi Laparre, thèse, p. 120 et suiv.

qui lui étaient confiés, et refuse, après cette constatation, d'examiner si le motif illicite allégué par le demandeur existait également; il considère donc que, dans ces affaires, s'il existe, il n'est qu'accessoire, et qu'il n'y a pas besoin d'en chercher la preuve, parce que l'acte est justifié en lui-même<sup>1</sup>. Dans les autres, très nombreux, le Conseil d'Etat, à l'inverse, admet l'existence d'un détournement de pouvoir, uniquement en constatant que les motifs qui auraient pu justifier l'acte *ne peuvent pas exister*, et sans invoquer, en vue de cette preuve, l'existence d'un motif illicite déterminé<sup>2</sup>.

La théorie du détournement de pouvoir est donc beaucoup plus *objective* qu'elle ne paraît au premier abord. L'acte est annulé, en réalité, parce que, pris en lui-même, il n'a pas une *cause*

<sup>1</sup> Ex. : Cons. d'Etat, 2 août 1912, Neveu-Roux. Le maire qui interdit, *par des motifs tirés de la nécessité de maintenir l'ordre public*, l'organisation d'un bal public pour lequel on a demandé son autorisation, ne fait qu'user du droit qui lui a été conféré par l'article 97 de la loi municipale. Dans l'espèce, on alléguait que le maire avait autorisé un autre entrepreneur de bals publics, et que le refus était dicté par l'intention de favoriser un industriel aux dépens d'un autre. Sans entrer dans l'examen de cette allégation, le Conseil repousse en déclarant que le maire a agi par des motifs tirés de la nécessité de maintenir l'ordre public. — Cpr. 7 août 1911, Jean Dasque, *Leb.*, p. 968. — V. aussi, 21 janvier 1908, Sauvelet, *Leb.*, p. 75. Le fait qu'une mesure de police a été provoquée par une pétition, et est de nature à favoriser certains particuliers, ne suffit pas à la faire annuler si elle a bien un but de police.

<sup>2</sup> Ex. : Cons. d'Etat, 10 mars 1911, Bourgoïn. Interdiction faite par le maire à une société de gymnastique de faire des défilés et des exercices sur la voie publique. Le Conseil d'Etat annule en déclarant qu'il résulte des termes de l'arrêté et de la délibération du Conseil municipal qui l'a provoqué que le maire n'a eu en vue « ni le maintien de la tranquillité publique, ni la sûreté de la circulation; qu'ainsi il a fait usage des pouvoirs qu'il tient de l'article 97 de la loi municipale dans un but autre que celui en vue duquel ils lui ont été confiés ». Il s'agit bien d'un cas de détournement de pouvoir, et cependant le Conseil d'Etat ne dit pas : on a poursuivi tel but qui était illégal; il dit : on n'a pas poursuivi les seuls buts qui eussent été légaux. — Cpr. les nombreux arrêts annulant des arrêtés de police par le motif qu'aucun motif tiré de la nécessité de maintenir l'ordre ne pouvait être invoqué. — Abbé Déliard, 8 février 1908, *Leb.*, p. 133 (dans cette affaire, il y a aussi un détournement de pouvoir prouvé par la preuve positive); Charmon, 12 janvier 1912, et Vincet, 12 janvier 1912, *Journal de droit administratif*, 1912, p. 66 et 67; Guislain, 28 juin 1912, *Leb.*, p. 741, etc.

*licite*<sup>1</sup>. Il reste seulement que *le plus souvent* l'inexistence de cette cause est prouvée, non pas directement, mais indirectement par le fait que l'administrateur a laissé voir qu'il était guidé subjectivement par un motif illégitime. Mais d'abord cette preuve indirecte est presque toujours concluante : du moment qu'on ne recherche pas le mobile *intime* de l'agent, mais seulement le mobile *objectivé dans les actes de la procédure*, il est infiniment probable que, s'il a avoué un motif illicite, c'est qu'il ne pouvait pas invoquer un motif licite. En outre, et surtout, cette preuve indirecte était nécessaire. Pour constater directement que le but licite n'existe pas, le Conseil d'Etat serait obligé d'ordinaire d'entrer dans tout le détail des circonstances du fait, de contrôler *dans son entier* l'appréciation administrative. Les cas dans lesquels il fait directement cette constatation sont seulement des cas exceptionnels où il lui apparaît avec évidence que le but licite *ne peut pas* exister. Lorsqu'il lui apparaît comme *possible*, il n'entre pas dans les circonstances du fait, qu'il laisse à l'appréciation administrative, et n'annule que lorsqu'un motif illicite se révèle de lui-même dans le dossier.

En somme, notre théorie du détournement de pouvoir constitue une *via media* entre deux théories extrêmes, qui seraient

---

<sup>1</sup> V. *suprà* notre définition du détournement de pouvoir. L'explication que nous donnons de la véritable portée de la preuve positive (qui n'est qu'un élément à l'appui de l'établissement de la preuve négative de l'inexistence de la cause ou du but licite) est donnée très exactement par Wittmayer, *Eigenwirtschaft der Gemeinden*, p. 233-234. — Tezner, *op. cit.*, p. 116, la conteste comme n'exprimant pas la véritable pensée des juristes français. Peut-être, en effet, ce côté de la théorie a-t-il été jusqu'ici un peu dans l'ombre, et les auteurs qui ont trop insisté sur le caractère extraordinaire d'un contrôle allant jusqu'à scruter les mobiles des administrateurs prêtent certainement à cet égard le flanc à la critique. Une théorie vraiment subjective du détournement de pouvoir serait inadmissible. Contre ces exagérations, v. Artur, *Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions*, p. 340 et suiv., dont les explications contiennent une très grande part de vérité, bien qu'à notre avis, comme nous l'avons déjà dit, il soit excessif de se refuser à distinguer le détournement de pouvoir de la violation ordinaire de la loi.

toutes deux inacceptables : l'une consistant à dire que, même dans les matières discrétionnaires, le juge administratif peut vérifier toutes les circonstances de l'acte, l'autre consistant à écarter complètement son contrôle. En matière de police, par exemple, elle permet au juge, comme le dit excellemment Laferrière<sup>1</sup>, de vérifier, non si l'administrateur a fait de la bonne ou de la mauvaise police, mais de vérifier s'il a vraiment fait de la police. La preuve qu'il n'en a pas fait pourra quelquefois résulter directement de ce fait qu'aucune des circonstances pouvant justifier son intervention n'était *susceptible* d'exister. Mais comme le plus souvent ces circonstances sont au moins possibles et que le Conseil d'Etat n'a pas le droit de vérifier si elles ont été, en elles-mêmes, bien ou mal appréciées, il n'annulera que s'il résulte des pièces du dossier ou des circonstances du procès que le but poursuivi n'était pas un but de police.

IV. — Ainsi comprise, la théorie du détournement de pouvoir ne présente une utilité réelle qu'à l'égard des actes renfermant un élément discrétionnaire. C'est bien là ce que constatent, dans leur définition même, la plupart des auteurs. Le détournement de pouvoir est pour eux un usage abusif, non d'un pouvoir quelconque, mais du pouvoir discrétionnaire<sup>2</sup>. Il ne faudrait pas croire cependant que dans un acte ordonné par la loi il ne puisse pas y avoir l'intention illicite qui caractérise le détournement de pouvoir. Psychologiquement, l'auteur de la mesure a pu agir non pour obéir à la loi, mais pour satisfaire une rancune, pour favoriser un particulier aux dépens d'un autre, pour ménager l'intérêt financier de l'Etat ou de la commune, et il est même possible que cette intention se manifeste dans l'acte lui-même. Mais ici il importe peu. Si la loi ordonnait l'acte, il ne peut pas être annulé; si elle l'interdisait, il constitue une violation de la

---

<sup>1</sup> Laferrière, 2<sup>e</sup> éd., t. II, p. 550.

<sup>2</sup> Laferrière, *id.*, p. 546; — Aucoc, *loc. cit.*, p. 531; — Marie, *op. cit.*, t. II, p. 515; — Jacquelin, *op. cit.*, p. 251; — Ebren, thèse, p. 29-30.



loi pure et simple, et il n'est nul besoin, pour l'annuler, d'invoquer le détournement de pouvoir. Quand l'acte est discrétionnaire, il échappe à ce dilemme parce qu'entre ses deux branches il y a place pour toute une série d'appréciations diverses dont les unes appartiennent souverainement à l'administration, mais dont les autres peuvent donner prise au contentieux comme entachées de détournement. Mais quand l'acte n'a rien de discrétionnaire, il est nécessairement légal ou illégal *dans son objet*, et il est inutile d'en examiner le but.

C'est donc par erreur qu'on cite quelquefois comme appliquant la théorie du détournement de pouvoir les arrêts annulant des décisions municipales, qui, pour ménager l'intérêt financier de la commune en vue de travaux de voirie projetés, refusent de délivrer un alignement<sup>1</sup>. Sans doute ces décisions renferment les éléments d'un détournement de pouvoir; mais il est inutile de l'invoquer contre elles; elles sont nulles pour violation de la loi, un refus d'alignement étant toujours, par lui-même, et quels que soient les motifs qui ont pu le dicter, un acte contraire à la loi.

V. — Les actes du pouvoir discrétionnaire sont-ils tous susceptibles d'être annulés pour détournement de pouvoir? Mettons

---

<sup>1</sup> Notamment l'arrêt Sarlandie, 23 février 1883, *Leb.*, p. 208, cité par Aucoc comme une application de la théorie du détournement de pouvoir (*Confér.*, t. I, p. 534). Il se contente de dire que le demandeur est fondé à soutenir que le maire n'a pu lui interdire de construire sur sa propriété, et il n'invoque pas le détournement de pouvoir. V. aussi Muratet, 21 février 1908, *Leb.*, p. 172; — Laun, p. 162 et suiv., adresse le même reproche aux auteurs qui citent les arrêts relatifs à la fermeture des allumettes chimiques (Laumonnier-Carriol et Pariset). Mais il part de l'idée que l'acte n'était pas discrétionnaire, parce que la fermeture était illégale si la fabrique était autorisée et obligatoire si elle ne l'était pas. Or c'est là une erreur. Les fabriques en question, qui étaient dans une situation irrégulière au point de vue de l'autorisation, *pouvaient* être fermées en vertu du pouvoir discrétionnaire de l'administration dans l'intérêt de la salubrité ou de la sécurité publiques, mais elles *pouvaient* aussi être tolérées, et en fait l'avaient été pendant plusieurs années. Nous avons vu plus haut qu'il est dans le pouvoir discrétionnaire de l'administration *de ne pas user* de ses pouvoirs de police.



à part, avant de répondre à cette question, la catégorie des actes dits de gouvernement, sur laquelle nous nous expliquerons plus loin<sup>1</sup>. En ce qui concerne les autres, il ne semble pas qu'il puisse y avoir théoriquement des motifs d'exception. Ce ne sont pas seulement les autorités inférieures, ce sont toutes les autorités, même les plus hautes, qui ne doivent faire de leur pouvoir qu'un usage conforme au but légal. La jurisprudence du Conseil d'Etat est cependant loin de répondre aussi nettement à la question. Elle paraît (mais ce n'est peut-être qu'une apparence) admettre encore l'existence de certains actes qui seraient *entièrement discrétionnaires*. Ces actes pourraient bien être annulés pour incompétence ou vice de forme (et en cela ils diffèrent des actes de gouvernement), mais ils échappent au grief de détournement de pouvoir, et il est clair d'ailleurs qu'ils échappent aussi au grief de violation de la loi, puisqu'il s'agit d'hypothèses où la loi n'a fixé aucune condition de fond à l'action administrative.

Les actes auxquels s'appliquerait cette thèse sont d'abord certains actes de police, ensuite certains refus d'agir, et notamment les refus de certaines autorisations ou permissions administratives.

Parmi les actes de police, on doit citer notamment la dissolution des congrégations religieuses par décret pris en conseil des ministres, en vertu de l'article 13, § 3, de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901. Les attaques contre ces décrets ont toujours échoué, bien qu'on alléguât un détournement de pouvoir : « Considérant, dit le Conseil d'Etat dans ses arrêts<sup>2</sup>, qu'en conférant par cet article au Président de la République, en conseil des ministres, le droit de dissoudre ces congrégations, le législateur a entendu ne su-

---

<sup>1</sup> V. *infra*, § 7, III.

<sup>2</sup> Cons. d'Etat, 27 mai 1910, Congrégations des sœurs franciscaines de Saint-Chinian, *Leb.*, p. 414, et 21 juillet 1911, Congrégation des filles du Saint-Esprit à Saint-Brieuc, *Leb.*, p. 860. Le détournement de pouvoir allégué consistait à avoir employé la voie de dissolution uniquement pour faire échec à des décisions judiciaires qui avaient maintenu la congrégation en reconnaissant qu'elle n'était pas exclusivement enseignante, mais avait le caractère mixte.

bordonner le droit de dissolution à aucune condition, et laisser au Gouvernement le soin d'apprécier les circonstances exceptionnelles qui peuvent en motiver l'usage. » Le Conseil d'Etat a toujours appliqué une doctrine analogue aux actes de haute police gouvernementale, tels que les expulsions d'étrangers et les expulsions de membres des familles ayant régné en France. Dans une sphère plus modeste, M. le commissaire du gouvernement Corneille a proposé d'appliquer la même règle à l'interdiction des processions par l'autorité municipale : « Vous avez, a-t-il dit au Conseil d'Etat, fait aux processions un sort à part, parmi les manifestations extérieures du culte... A raison de leur caractère propre, à raison de la présence forcée d'une foule, il peut *toujours* être utile de les interdire, car elles seraient *toujours* susceptibles de troubler l'ordre public et la circulation <sup>1</sup>. » L'acte du maire en cette matière « constitue un acte de pure administration (presque de pure tolérance) non susceptible d'être déféré au Conseil d'Etat par la voie du recours pour excès de pouvoir. »

C'est, comme on le voit, la vieille théorie de l'*acte* discrétionnaire qui ressuscite ici et qui sans doute survivra longtemps encore, pour quelques cas exceptionnels, à l'abandon général dont elle a été l'objet. Nous ne la croyons pas plus admissible pour ces cas que pour d'autres. Ce qu'il y a de vrai seulement, c'est qu'il s'agit d'actes dans lesquels le but assigné à l'action administrative n'est pas un but étroit, ne comprenant qu'une catégorie d'intérêt public, mais un but très large dont l'administration ne sortira en fait que fort rarement. Elle peut, par exemple, réglementer les processions, non seulement dans l'intérêt de la sûreté et de la commodité de la circulation, mais aussi dans l'intérêt de la tranquillité publique, de la paix à faire régner dans les esprits, et c'est là une appréciation plus large que celle qu'elle peut faire quand elle réglemente la circulation des voi-

---

<sup>1</sup> Conclusions sur l'aff. David, 8 avril 1911 (*Leb.*, p. 460).

tures sur la voie publique. A plus forte raison, il en est de même pour les actes de haute police, comme la dissolution des congrégations, pour lesquels le législateur, à tort ou à raison, a *voulu* la laisser libre d'apprécier tous les éléments qui peuvent rendre la mesure *politiquement* opportune. Il n'en est pas moins vrai que théoriquement les mesures de ce genre seraient entachées de détournement de pouvoir si elles étaient prises par pure animosité personnelle, et aussi dans l'intérêt financier de l'Etat. Et au fond le Conseil d'Etat paraît l'admettre implicitement, car dans les arrêts précités il déclare le recours *non fondé* et non point *non recevable*.

La matière des permissions et autorisations est soumise, comme nous l'avons vu, à des règles très variables. Quelques-unes d'entre elles échappent au pouvoir discrétionnaire, la loi indiquant expressément les cas dans lesquels elles peuvent être refusées. D'autres, bien qu'échappant à cette réglementation légale, donnent lieu exceptionnellement, en vertu de dispositions formelles de la loi, à un contrôle complet du contentieux<sup>1</sup>. La plupart d'entre elles sont cependant encore aujourd'hui discrétionnaires. Mais parmi elles il y a une distinction à faire. Quelques-unes ne peuvent être refusées que pour des motifs concernant une certaine catégorie d'intérêt public. Ce sont par exemple : les autorisations de prise d'eau à accorder aux riverains des cours d'eau non navigables, qui ne peuvent être refusées que pour assurer le libre écoulement des eaux ou la salubrité publique<sup>2</sup>; les permis de stationnement en rivière, qui ne peuvent être refusés que pour des motifs tirés de l'intérêt de la navigation<sup>3</sup>. D'autres au contraire, et ce sont les plus nombreuses, comportent pour l'administration des pouvoirs infiniment plus larges. La loi ne restreignant pas les motifs du refus à certaines catégories déterminées, le Conseil d'Etat paraît les considérer comme entièrement discrétionnaires, et exclure à leur égard le

---

<sup>1</sup> V. *suprà*, § 4 *in fine*.

<sup>2</sup> Cons. d'Etat, 22 mars 1901, Pagès (*Leb.*, p. 315).

<sup>3</sup> Cons. d'Etat, 13 mars 1908, Société des vidanges (*Leb.*, p. 259).

grief de détournement de pouvoir. Le type classique est ici celui de la permission de voirie, pour laquelle le Conseil d'Etat déclare, dans une série d'arrêts concordants, que le refus n'est pas susceptible d'être discuté par la voie contentieuse<sup>1</sup>.

Si on prend cette formule à la lettre, la thèse qui en découle est des plus contestables. Nous avons vu plus haut que le Conseil d'Etat admet au contraire très largement la théorie du détournement de pouvoir pour les *retraits* d'autorisation. Laferrière justifie cette différence entre le refus et le retrait en disant : « L'administration qui refuse une autorisation discrétionnaire ne lèse ni un droit, *ni même un intérêt*; elle s'abstient d'accorder une faveur; elle n'agit pas, elle se borne à refuser d'agir. Or nous avons vu que les refus d'agir ne sont en général susceptibles de recours contentieux que s'ils sont contraires à un droit<sup>2</sup>. » Et il insiste sur la différence entre le permissionnaire à qui on retire la permission et le pétitionnaire à qui on la refuse : « Le premier peut se prévaloir de rapports déjà créés entre lui et l'administration, le second ne peut invoquer que son désir de voir ces rapports s'établir, ce qui n'est pas suffisant pour donner ouverture à une action contentieuse. »

La différence est indéniable, et il pourra en résulter que l'administration aura pour le refus plus de latitude que pour le retrait. Elle pourra refuser en vue de tout intérêt d'ordre général, même en vue d'un intérêt pécuniaire de l'Etat ou de la commune<sup>3</sup>; car elle n'est aucunement liée vis-à-vis du pétitionnaire,

<sup>1</sup> Cons. d'Etat, 25 janvier 1884, Le Blanc et Georgi (*Leb.*, p. 74); 6 mars 1885, Bonhomme (*Leb.*, p. 266); 26 décembre 1891, Compagnie générale des eaux (*Leb.*, p. 827); 27 janvier 1902, Compagnie départementale pour l'éclairage au gaz (*Leb.*, p. 13); 27 mars 1903, Société mutuelle d'électricité (*Leb.*, p. 273).

<sup>2</sup> *Op. cit.*, t. II, p. 552-553.

<sup>3</sup> Cpr. la thèse de M. Le Masne, *Occupation temporaire du domaine public* (Grenoble, 1900), p. 138. — La commune a toujours pu (sauf disposition contraire de la loi) s'interdire par contrat de donner des autorisations nouvelles pouvant entraîner une concurrence, alors qu'elle ne peut valablement s'obliger à retirer des concessions déjà accordées.

et, cela étant, elle n'abuse pas de son droit de refus en en faisant usage en vue d'un intérêt de cette sorte, qui est de ceux dont un bon administrateur doit tenir compte. Mais, si le pétitionnaire n'a aucun droit, il est bien difficile d'admettre que, comme le dit Laferrière, il n'ait aucun *intérêt* à obtenir la permission. Et dès lors on ne voit pas pourquoi le refus échapperait au grief de détournement de pouvoir s'il est prononcé en vue d'un but qui n'a rien de commun avec l'intérêt général, notamment pour favoriser un particulier au détriment d'un autre. Cette idée devrait s'appliquer, croyons-nous, même aux actes de pure faveur, et elle s'applique *a fortiori* aux permissions de voirie dont la plupart ne peuvent être considérées comme telles : nécessaires au particulier qui veut faire de la voie publique certains usages tout à fait conformes à la destination de cette voie, elles ne peuvent être abandonnées au bon plaisir de l'administration. Beaucoup d'auteurs ont déjà soutenu cette thèse<sup>1</sup> et nous espérons que le Conseil d'Etat finira par s'y rallier.

#### § 7. — Des conséquences juridiques de l'existence ou de l'inexistence du pouvoir discrétionnaire.

I. — Quand il y a pouvoir discrétionnaire, les tribunaux de tous ordres ne peuvent en contrôler l'exercice. Nous allons insister sur cette règle, qui est la règle pratique fondamentale de toute cette matière. Mais il importe de remarquer préalablement que les tribunaux (administratifs ou judiciaires suivant les cas) ont au contraire la tâche d'examiner si les limites du pouvoir

---

<sup>1</sup> V. la thèse précitée de M. Le Masne, p. 132 et suiv., et les thèses suivantes : Regray, *Faits de jouissance privative dont le domaine public est susceptible* (Paris, 1900), p. 74 et suiv. ; — Guillouard, *Notion juridique des autorisations et concessions administratives* (Caen, 1903), p. 242 et suiv. ; — v. aussi Bougault, *Commentaire pratique de la loi sur les distributions d'énergie électrique*, p. 69, et la note sous l'arrêt Bonhomme dans *Leb.*, 1885, p. 266.



discrétionnaire n'ont pas été dépassées, et, quand elles l'ont été, de tirer celles des conséquences juridiques du dépassement qui rentrent dans leur compétence respective. La question de limite du pouvoir discrétionnaire, à la différence des questions que soulève l'exercice de ce pouvoir une fois reconnu, est en effet essentiellement une question de droit. Les principales conséquences du dépassement sont : 1° dans tous les cas (sauf l'application de la théorie du recours parallèle) l'annulation de l'acte par le Conseil d'Etat par la voie du recours pour excès de pouvoir; 2° lorsqu'il s'agit d'actes réglementaires ou comportant une sanction pénale, l'obligation des tribunaux judiciaires d'en refuser l'application pour cause d'illégalité; 3° en cas de dommage causé par l'acte, une responsabilité pécuniaire (constatée par le contentieux de pleine juridiction et mise à la charge de la personne morale administrative, si l'acte, bien qu'entaché d'excès de pouvoir, reste une simple faute de service et conserve sa qualité d'acte administratif; constatée par les tribunaux judiciaires et mise à la charge de l'administrateur personnellement, si l'acte a dégénéré en un fait personnel); 4° en cas de droit violé, le rétablissement du titulaire dans son droit, par la voie des divers contentieux de pleine juridiction, et exceptionnellement par la voie des tribunaux judiciaires.

Ces diverses sanctions du dépassement sont applicables au dépassement commis par voie de détournement de pouvoir aussi bien qu'à celui qui résulte d'une violation de la loi ordinaire. A la vérité, il y a dans les auteurs une certaine tendance à croire que le détournement de pouvoir est quelque chose de tout à fait spécial à la théorie du recours pour excès de pouvoir, et cela est naturel pour ceux qui voient dans le contrôle du détournement un contrôle de moralité administrative et non de légalité. Ils peuvent bien — en constatant d'ailleurs que c'est une anomalie — admettre que ce contrôle appartient au Conseil d'Etat exerçant un pouvoir mi-contentieux et mi-hiérarchique; ils ne peuvent pas, au contraire, se faire à l'idée qu'il peut être exercé par les tribunaux administratifs de pleine juridiction et, à plus forte



raison, par les tribunaux judiciaires. Laferrière<sup>1</sup> déclare que la Cour de cassation n'a jamais voulu retenir le moyen d'annulation tiré du détournement de pouvoir, parce que la recherche de ce moyen lui a paru l'entraîner trop loin dans le domaine de l'administration active.

Mais cette affirmation est inexacte. Il est vrai sans doute que la Cour de cassation se montre, en matière de détournement de pouvoir, plus prudente que le Conseil d'Etat, et aussi qu'elle a moins facilement que ce dernier les pièces administratives qui peuvent fournir la preuve de ce vice<sup>2</sup>. Elle n'en reconnaît pas moins la nullité des actes administratifs qui en sont entachés, lorsque le détournement lui apparaît avec évidence. Elle a notamment appliqué souvent cette idée aux révocations d'autorisation de voirie édictées par le maire dans l'intérêt financier de la commune, et il est même remarquable que, dans cette matière, elle s'est montrée plus rigoureuse que le Conseil d'Etat lui-même<sup>3</sup>. En réalité, si la théorie du détournement de pouvoir est, comme nous le croyons, une théorie juridique et non pas simplement morale, il n'y a pas de raison pour qu'elle ne soit pas appliquée par les tribunaux de tous ordres dans les limites de leur compétence respective. Et il est bien à remarquer que le Conseil d'Etat lui-même ne l'applique pas seulement quand il est juge du recours pour excès de pouvoir, mais aussi quand il

---

<sup>1</sup> *Op. cit.*, t. II, p. 559.

<sup>2</sup> Laferrière cite en exemple l'affaire des fabriques d'allumettes non autorisées, dans laquelle, en effet, la Cour de cassation n'avait pas consenti à voir un détournement de pouvoir (Cass., 21 août 1874). Mais de ce que, dans cette affaire et d'autres analogues, la Cour de cassation, ne se sentant pas libre comme le Conseil d'Etat d'examiner le détail des instructions ministérielles, n'est pas arrivée à la preuve du détournement de pouvoir, on ne peut pas en conclure qu'elle l'exclut en principe.

<sup>3</sup> Cass., 27 juillet 1893 et 3 août 1893, aff. Colette et Raoul Jay, D. 94.1. 197. On sait que le Conseil d'Etat a atténué la thèse, en permettant la révocation de l'autorisation de voirie non seulement dans un but de police, mais encore lorsque la commune ne peut maintenir l'autorisation qu'en se mettant en contradiction avec la chose jugée ou en engageant sa responsabilité pécuniaire (v. ci-dessus, § 6, II).

est juge de pleine juridiction, et notamment quand il a à statuer sur une action en indemnité basée sur le dommage qu'a causé le détournement<sup>1</sup>.

C'est toujours en vertu de la même idée que Laferrière considère le détournement de pouvoir comme ne pouvant être relevé d'office par le Conseil d'Etat<sup>2</sup>. Nous ne voyons, dans notre conception, aucun motif à cette affirmation. Le Conseil d'Etat peut, en général, relever de plein droit toutes les illégalités frappant les actes administratifs dont l'annulation lui est demandée. Au reste, Laferrière avoue lui-même qu'il peut relever d'office le grief de détournement quand il constitue un véritable empiétement, et cela nous paraît ruiner son affirmation première, le détournement de pouvoir pouvant toujours se ramener à un but visé par une autorité à laquelle il est interdit de s'en occuper.

Nous croyons, en définitive, qu'il n'y a aucunement à distinguer entre les divers cas de dépassement du pouvoir discrétionnaire, et que le vice de détournement de pouvoir doit être, au point de vue des conséquences juridiques, absolument assimilé aux trois autres.

II. — Au contraire, quand les limites du pouvoir discrétionnaire n'ont pas été dépassées, les tribunaux de tous ordres sont *incompétents* pour en contrôler l'exercice. Ils sont incompetents parce que ce contrôle, qui porterait sur l'opportunité, l'utilité, la

---

<sup>1</sup> Il en est ainsi dans les nombreux arrêts qui accordent des indemnités à des employés municipaux révoqués, lorsque la révocation n'a pas été inspirée par des motifs tirés de l'intérêt du service, Cons. d'Etat, 12 janvier 1912, Létard et autres (trois arrêts, *Leb.*, p. 39). V. aussi une indemnité mise à la charge de l'Etat pour détournement de pouvoir dans l'arrêt du 5 juillet 1911, comm. de Céron (*Leb.*, p. 793). La célèbre affaire des fabriques d'allumettes, si souvent citée, offre déjà un exemple de ce genre : après l'annulation de l'arrêté de fermeture, les demandeurs ont obtenu une indemnité par un second arrêt du Conseil d'Etat, 5 décembre 1879 (*Leb.*, p. 768). — A cette époque, le Conseil d'Etat séparait rigoureusement l'instance en annulation et l'instance en indemnité. Il tend aujourd'hui à permettre de les réunir (v. les trois arrêts du 31 mars 1911, Argaing et autres, et leur commentaire par M. Hauriou, dans S. 1912.3.129).

<sup>2</sup> *Op. cit.*, p. 550.

moralité d'actes licites, ne rentre pas dans leurs attributions, parce qu'ils sont des juges et non des censeurs ou des supérieurs hiérarchiques. Il en résulte qu'ils doivent écarter *par une fin de non-recevoir* les recours qui tendraient à leur soumettre les questions de cet ordre.

Cette fin de non-recevoir n'a pas toujours été aperçue. Elle offre cette particularité qu'elle n'exclut pas toute attaque contre l'acte, n'étant pas tirée de la nature de l'acte, mais de la *nature des griefs invoqués*, et qu'ainsi le même acte est susceptible d'être attaqué, dans le même recours, pour d'autres griefs portant non plus sur l'exercice, mais sur le dépassement du pouvoir discrétionnaire. Certains auteurs ont conclu expressément de là à l'absence de toute fin de non-recevoir : « Le recours contentieux doit être recevable, dit M. Marie <sup>1</sup>, même lorsque les griefs invoqués à son appui concernent l'usage que l'administration a fait de son pouvoir discrétionnaire. Ce pouvoir est toujours, en effet, enfermé dans certaines limites; en franchissant ces limites, l'administration viole le droit. Comment, dès lors, déclarer non recevable un recours dirigé contre un acte discrétionnaire et basé sur ce grief que l'administration a dépassé les limites mises à son pouvoir? »

Mais il est clair qu'il y a dans cette manière de poser la question confusion entre deux ordres de griefs : doivent être examinés au fond les griefs portant *sur le dépassement du pouvoir discrétionnaire*, et doivent être déclarés non recevables les griefs portant *sur le bon ou mauvais usage de ce pouvoir*. Sans doute, on pourra souvent hésiter sur la limite entre ces deux catégories de griefs, puisque cette limite n'est autre que celle du pouvoir discrétionnaire lui-même, qui est encore et sera sans doute toujours très imparfaitement tracée. La question de savoir *s'il y a non-recevabilité* pourra être fort délicate; mais elle restera une question de recevabilité; car ce n'est nullement parce qu'elle est

---

<sup>1</sup> *Le droit positif et la juridiction administrative*, t. II, p. 372-373.

plus facile qu'une question de ce genre diffère d'une question de fond; c'est parce qu'elle est préalable à la question de fond et *dispense de l'examiner*. Or c'est bien ici le cas : le tribunal n'aura pas à examiner en fait le bien-fondé des griefs tirés de l'inopportunité de l'acte, du mauvais usage du pouvoir discrétionnaire<sup>1</sup>.

La terminologie du Conseil d'Etat n'a pas toujours été à cet égard entièrement correcte. Dans certains arrêts il déclare non fondés des recours qui portaient sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire et qu'il aurait dû déclarer non recevables<sup>2</sup>. D'autre part, il pousse parfois trop loin l'idée de non-recevabilité en l'appliquant à l'acte tout entier, et non pas seulement aux griefs portés devant lui<sup>3</sup>. Mais dans l'immense majorité des cas il s'exprime très correctement en déclarant que les *motifs* ou l'*opportunité* de l'acte ne sont pas *de nature* à être discutés devant la juridiction contentieuse, ou ne sont pas *susceptibles* de lui être déférés; ou encore en déclarant que le requérant *n'est pas recevable* à discuter les *motifs* ou l'*opportunité* de l'acte, ou l'*usage* que l'auteur de l'acte a fait *de son droit*<sup>4</sup>. Cela est d'au-

<sup>1</sup> V. les excellents développements de Laun, p. 170 et suiv.

<sup>2</sup> V. par exemple les arrêts relatifs à la Société d'éducation de Lyon, 8 avril 1911 (*Leb.*, p. 479), et 12 janvier 1912 (*Leb.*, p. 51). Il s'agit d'une association d'enseignement à laquelle a été refusée, *en vertu des pouvoirs d'appréciation discrétionnaires accordés à l'administration*, la dévolution de biens ecclésiastiques affectés à l'enseignement (art. 7 de la loi du 9 décembre 1905). Le Conseil d'Etat la déclare *non fondée* dans son recours, alors qu'il aurait dû dire *non recevable*.

<sup>3</sup> Il en est ainsi notamment dans les arrêts cités plus haut et relatifs au refus des permissions de voirie.

<sup>4</sup> Ces formules diverses se trouvent dans d'innombrables arrêts. V. p. ex. : Dissolutions de conseils municipaux, Séjourné, 18 janvier 1907 (*Leb.*, p. 45) ; Sonet, 15 mai 1908 (*id.*, p. 510) ; Pamart, 30 juillet 1909 (*id.*, p. 177) ; Fauque, Péré, 7 avril 1911 (*id.*, p. 432). — Suspensions ou révocations de maires, Bouver, 21 mai 1909 (*Leb.*, p. 311) ; Bourdy, 16 décembre 1910 (*id.*, p. 956). — Révocations de fonctionnaires, Cérati, 2 juillet 1909 (*id.*, p. 633) ; Roux, 8 janvier 1909 (*id.*, p. 13). — Retrait d'un arrêté agréant un garde particulier, de Lostende, 7 février 1908 (*id.*, p. 121). — Mesures prises par le préfet pour assurer l'écoulement des eaux, Colman, 10 juin 1909 (*id.*, p. 567). — Déclara-

tant plus significatif que le Conseil emploie au contraire l'expression *non fondée* lorsque le requérant a invoqué un cas de détournement de pouvoir, et que le Conseil d'Etat veut exprimer que cette demande est injustifiée en fait<sup>1</sup>.

La théorie classique du détournement de pouvoir, telle qu'elle est exposée par tous les auteurs depuis Laferrière, ne fait pas mention expresse de cette fin de non-recevoir. Ce n'est pas cependant qu'elle la nie. Elle l'accepte au contraire implicitement en limitant les griefs possibles contre l'acte aux quatre cas que nous avons passés en revue et qui sont tous des griefs de légalité. Elle exclut par là même l'*examen* des griefs tirés de l'opportunité, de la moralité, de la bonne ou mauvaise administration. Il n'est donc pas absolument nécessaire de rectifier la théorie sur ce point, et d'ajouter une cinquième fin de non-recevoir aux quatre qu'on mentionne d'ordinaire expressément. Mais il n'est pas inutile de faire remarquer qu'elle existe et qu'elle dérive (comme la fin de non-recevoir tirée de la nature de l'acte) de l'*incompétence* du tribunal à examiner la question qui lui est soumise.

III. — C'est, selon nous, cette sorte d'incompétence que vise le célèbre article 26 de la loi du 24 mai 1872, invoqué d'ordinaire comme la base principale de la théorie des actes de gouvernement. Nous ne voulons pas entrer ici dans un examen détaillé de cette théorie qui nous entraînerait beaucoup trop loin. Comme nous l'avons exposé en 1889, nous croyons qu'il n'y a pas lieu de faire des actes de gouvernement une catégorie à part, qu'en principe ceux que l'on qualifie ainsi sont simplement des actes

---

tion d'utilité publique, 11 février 1910, Laurent-Champrosay (*id.*, p. 117) ; 6 août 1910, de Maraumont (*id.*, p. 718), etc., etc. — Souvent le Conseil d'Etat, en employant ces formules, ajoute qu'aucun détournement de pouvoir n'est *prouvé*, ou qu'aucun détournement de pouvoir n'est *invoqué*, réservant par là pour un examen *de fond* le cas de détournement de pouvoir.

<sup>1</sup> V. notamment, 2 avril 1909, Sœurs de la Visitation de Nevers (deux arrêts, *Leb.*, p. 383) ; — 27 mai 1910, Sœurs franciscaines de Saint-Chinian (*id.*, p. 414) ; — 6 juillet 1906, Schiaffino (*id.*, p. 641).



administratifs dans lesquels l'administration a d'ordinaire un pouvoir discrétionnaire très étendu, mais qu'il n'y a pas de raison de les soustraire en théorie aux recours pour incompétence, vice de forme et détournement de pouvoir. Si quelques-uns d'entre eux échappent en fait à la compétence du Conseil d'Etat, c'est pour des motifs divers qu'il n'y a pas lieu de classer sous une rubrique spéciale<sup>1</sup>.

Le seul point que nous voulions développer ici concerne l'argument que l'on a tiré, en faveur de la théorie des actes de gouvernement, de l'article 26 de la loi de 1872. L'exposé qui précède permet en effet de mieux comprendre le vrai sens de ce texte qui donne aux ministres le droit de revendiquer devant le Tribunal des Conflits « les affaires portées à la section du contentieux (du Conseil d'Etat) *et qui n'appartiendraient pas au contentieux administratif* ». Ce texte, voté sans débat en 1872 par l'Assemblée nationale, est la reproduction légèrement modifiée de l'article 47 de la loi du 3 mars 1849, qui avait au contraire donné lieu à une très longue et d'ailleurs assez confuse discussion. De cette discussion, la seule chose qui ressorte bien nettement, c'est qu'aucun des orateurs ne paraît y avoir distingué l'acte de gouvernement de l'acte contenant l'exercice du pou-

---

<sup>1</sup> Quand nous soutenions cette doctrine en 1889, elle n'avait pour elle encore que très peu de théoriciens. Elle ne pouvait guère se réclamer que de l'opinion de MM. Gantier et Brémont (v. notre brochure « Des actes de gouvernement », tirage à part des *Annales de l'Université de Grenoble*, t. I, n° 2, p. 3). Depuis lors elle a réuni en sa faveur d'imposants suffrages. Outre M. Brémont, qui y est revenu en 1896 dans la *Revue du droit public*, 1896, t. V, p. 23 et suiv., elle a été défendue par M. Berthélemy, dans les éditions successives de son *Traité de droit administratif* (7<sup>e</sup> éd., p. 100), et par M. Moreau, dans son *Manuel de droit administratif*, p. 1107 et suiv. — V. aussi (avec quelques nuances) Marie, *op. cit.*, t. II, p. 435 et suiv. — Elle paraît avoir encore contre elle la majorité de la doctrine. V. Hauriou, *Droit administratif*, 8<sup>e</sup> éd., p. 77; Jacquelin, *Principes dominants du contentieux administratif*, p. 297 et suiv.; Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, p. 210; Teissier, *Responsabilité de la puissance publique*, n°s 108 et suiv.; Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, p. 107 et suiv. — Mais plusieurs de ces auteurs tendent tout au moins à réduire la liste des actes de gouvernement, et c'est aussi la tendance de la jurisprudence.

voir discrétionnaire ou, comme on le disait alors, de l'acte d'administration pure. Ce sont même les actes de cette dernière catégorie qui apparaissent le plus fréquemment dans la discussion<sup>1</sup>. La pensée des auteurs de la loi a été qu'en confiant pour la première fois au Conseil d'Etat un pouvoir propre en matière contentieuse, il convenait de prendre une précaution pour l'empêcher de pénétrer dans le domaine de l'administration active, et il avait paru naturel (contrairement à l'avis du Gouvernement et de la commission qui proposaient de faire juger la revendication ministérielle par le Président de la République en conseil des ministres) de confier le soin de tenir la balance entre l'administration active et le contentieux au Tribunal des Conflits, juge des compétences. L'idée était conforme à toutes les règles de la logique, puisque c'est bien pour cause d'incompétence qu'il est interdit au contentieux de pénétrer sur le domaine discrétionnaire de l'administration. C'est cette idée qui a été reprise en 1872 et qui donne l'interprétation véritable du texte de l'article 26.

Il en résulte que les ministres pourraient revendiquer devant le Tribunal des Conflits les affaires soumises au Conseil d'Etat au contentieux, et dans lesquelles la question soulevée porterait sur le bon ou mauvais usage du pouvoir discrétionnaire. Il en résulte aussi que l'article 26 ne prouve rien au point de vue de la théorie des actes de gouvernement; il ne les vise pas ou ne les vise qu'en tant qu'ils sont discrétionnaires et dans la mesure où ils sont discrétionnaires.

On dira peut-être que nous arrivons par là à une théorie plus dangereuse pour les droits privés que la théorie même des actes de gouvernement<sup>2</sup> : celle-ci, en effet, ne vise qu'un certain nom-

---

<sup>1</sup> V. des détails sur cette discussion dans notre brochure précitée, p. 36 et suiv., et dans Brémond, *op. cit.*, p. 40 et suiv.

<sup>2</sup> Cette objection se trouve en germe dans la note de M. Hauriou sur l'aff. Vandelet, S. 93.3.129, où il déclare que si on admet l'application de l'article 26 aux actes discrétionnaires, il faut l'appliquer *a fortiori* aux actes de gouverne-

bre d'actes, aujourd'hui très limités et dont la doctrine et la jurisprudence s'efforcent de plus en plus de restreindre la liste; la nôtre vise presque tous les actes administratifs et expose les particuliers à voir élever le conflit toutes les fois que l'existence d'un pouvoir discrétionnaire pourra être allégué avec quelque chance de succès.

Mais la réponse est aisée. Il faut bien remarquer tout d'abord que le danger, si danger il y a, ne peut se présenter fréquemment. Ce qui peut faire redouter parfois des abus dans la pratique du conflit, c'est la prédominance, dans le Tribunal des Conflits, de l'élément administratif. Or, par sa nature même, ce péril ne menace que l'emploi du conflit vis-à-vis des tribunaux judiciaires, non son emploi vis-à-vis du Conseil d'Etat. Il est peu probable, en effet, qu'une assemblée composée comme le Tribunal des Conflits soit plus favorable que le Conseil d'Etat lui-même aux prétentions, arbitraires ou fondées, du Gouvernement. Celui-ci n'a donc pas intérêt à employer cette procédure. Au fond, c'est bien pour cela que, depuis plus de quarante ans qu'il est en vigueur, l'article 26 n'a jamais été appliqué; les ministres ont souvent plaidé devant le Conseil d'Etat son incompétence (notamment dans tous les cas où ils ont invoqué, avec ou sans succès, la théorie de l'acte de gouvernement); mais jamais ils n'ont eu l'idée de le dessaisir pour faire juger la question par le Tribunal des Conflits. Cela seul suffit à prouver que la disposition de l'article 26 restera le plus souvent purement platonique. Et s'il arrivait que le Gouvernement crût un jour avoir quelque intérêt à l'invoquer, nous n'y verrions pas, pour notre part, un bien grave inconvénient.

Ce n'est pas tout d'ailleurs, et il suffit de réfléchir à la question pour se rendre compte combien la théorie de l'acte de gouvernement est plus dangereuse que celle qui découle de notre inter-

---

ment. — Sans doute, mais seulement en tant qu'ils sont discrétionnaires, et dans la mesure où ils sont discrétionnaires; et c'est là, ainsi que nous l'expliquons plus loin, le point vraiment important.

prétation de l'article 26. Ce qui fait la gravité de cette théorie, c'est qu'elle met hors du droit toute une catégorie d'actes. Elle consacre non l'inviolabilité du pouvoir discrétionnaire, mais celle du pouvoir arbitraire. Elle ne se laisse tempérer ni par les règles de forme et de compétence, ni par la notion de détournement de pouvoir. Au contraire, le pouvoir discrétionnaire, tel que nous avons cherché à le définir, peut sans doute glisser à des abus, c'est chose inséparable de toute autorité exercée par des hommes. Du moins il est *limité*, et notre théorie maintient, en le sanctionnant dans la mesure du possible, le principe primordial que le pouvoir arbitraire n'a pas de place dans l'Etat moderne. Tout acte administratif y trouve un juge, à cette seule condition que l'on allègue contre lui un grief d'illégalité, et alors même que cette illégalité se dissimulerait en prenant la forme d'un détournement de pouvoir. Ce serait, croyons-nous, un progrès réel que de substituer à la théorie de l'acte de gouvernement une théorie approfondie, et de plus en plus précisée, du pouvoir discrétionnaire.

---