Traité de droit constitutionnel (2e édition) par Léon Duguit,...

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

Duguit, Léon (1859-1928). Traité de droit constitutionnel (2e édition) par Léon Duguit,.... 1921-1925.

1/ Les contenus accessibles sur le site Gallica sont pour la plupart des reproductions numériques d'oeuvres tombées dans le domaine public provenant des collections de la BnF.Leur réutilisation s'inscrit dans le cadre de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 :
 *La réutilisation non commerciale de ces contenus est libre et gratuite dans le respect de la législation en vigueur et notamment du maintien de la mention de source.
 *La réutilisation commerciale de ces contenus est payante et fait l'objet d'une licence. Est entendue par réutilisation commerciale la revente de contenus sous forme de produits élaborés ou de fourniture de service.

Cliquer ici pour accéder aux tarifs et à la licence

2/ Les contenus de Gallica sont la propriété de la BnF au sens de l'article L.2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

3/ Quelques contenus sont soumis à un régime de réutilisation particulier. Il s'agit :

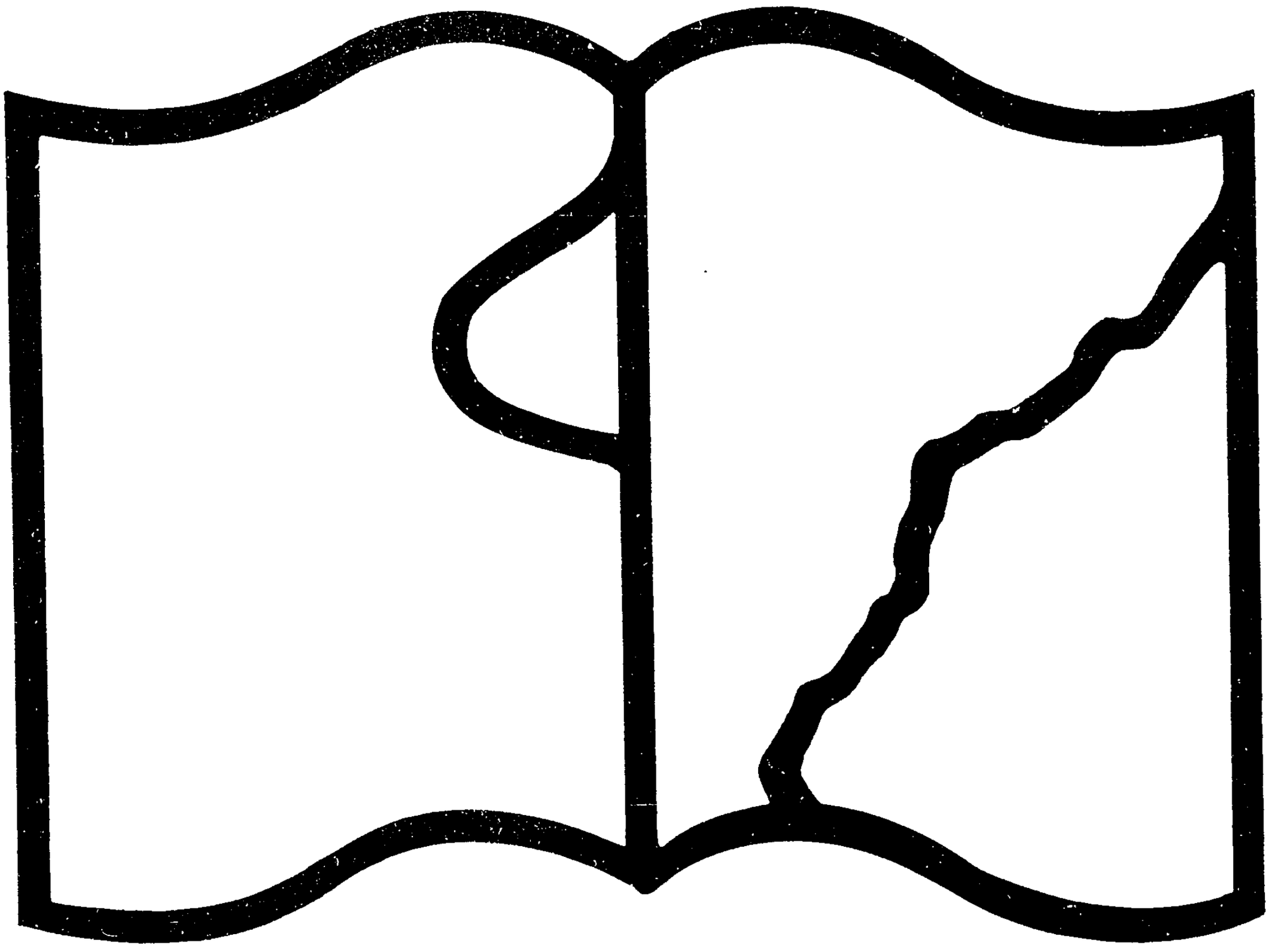
 *des reproductions de documents protégés par un droit d'auteur appartenant à un tiers. Ces documents ne peuvent être réutilisés, sauf dans le cadre de la copie privée, sans l'autorisation préalable du titulaire des droits.
 *des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions de réutilisation.

4/ Gallica constitue une base de données, dont la BnF est le producteur, protégée au sens des articles L341-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

5/ Les présentes conditions d'utilisation des contenus de Gallica sont régies par la loi française. En cas de réutilisation prévue dans un autre pays, il appartient à chaque utilisateur de vérifier la conformité de son projet avec le droit de ce pays.

6/ L'utilisateur s'engage à respecter les présentes conditions d'utilisation ainsi que la législation en vigueur, notamment en matière de propriété intellectuelle. En cas de non respect de ces dispositions, il est notamment passible d'une amende prévue par la loi du 17 juillet 1978.

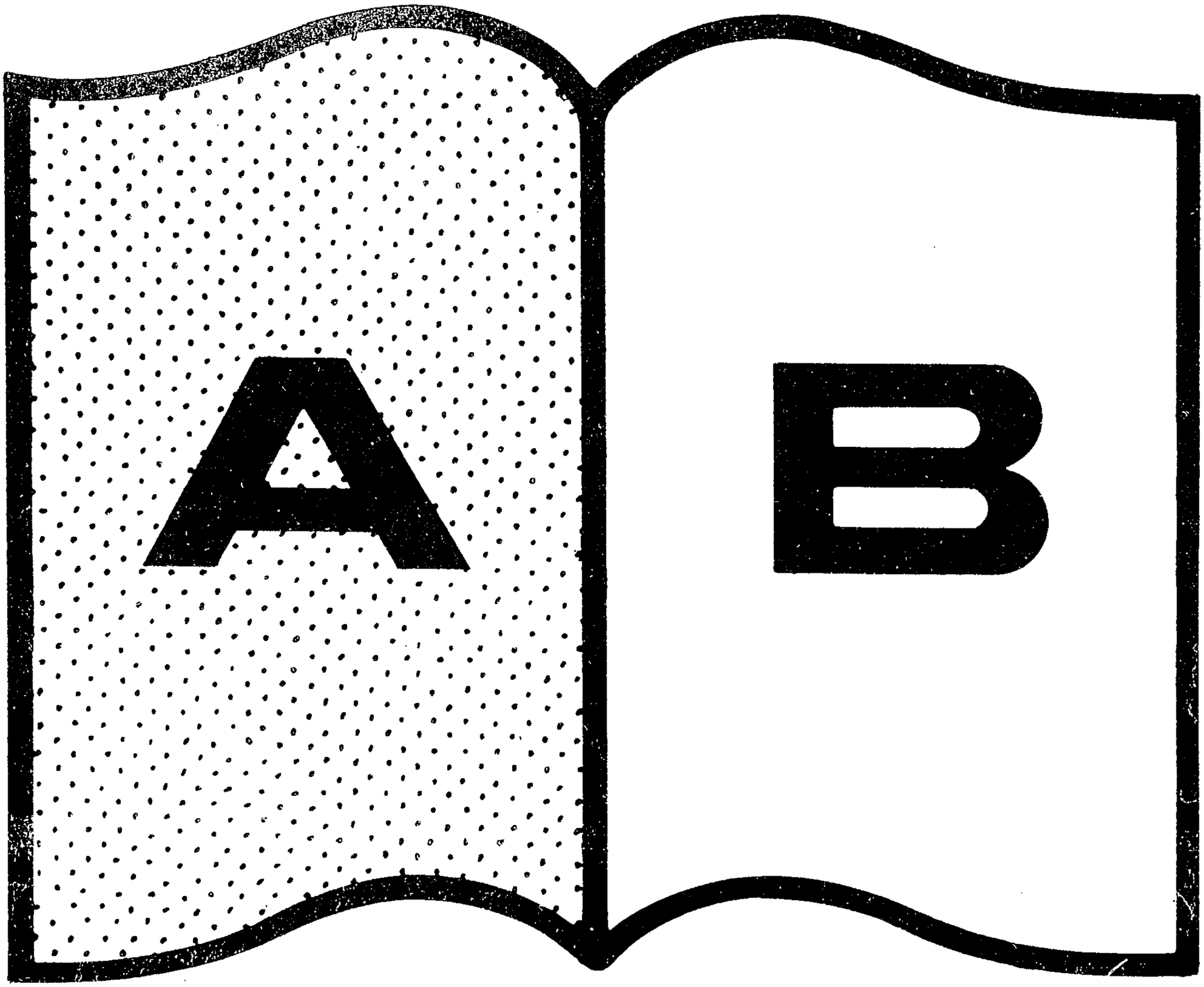
7/ Pour obtenir un document de Gallica en haute définition, contacter reutilisation@bnf.fr.



Texte détérioré — reliure défectueuse

NF Z 43-120-11

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France



Contraste insuffisant

NF Z 43-120-14

TRAITÉ

DE

DROIT CONSTITUTIONNEL

BIBLIOTHÈQUE

PAR

Léon DUGUIT

DOYEN DE LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

DEUXIÈME ÉDITION

EN QUATRE VOLUMES

TOME TROISIÈME

LA THÉORIE GÉNÉRALE DE L'ÉTAT

(suite et fin)

PARIS

ANCIENNE LIBRAIRIE FONTEMOING & Cie, ÉDITEURS

E. de BOCCARD, Successeur

LIBRAIRE DES ÉCOLES FRANÇAISES D'ATHÈNES ET DE ROME

1, RUE DE MÉDICIS, 1

1923

PRÉFECTURE
DE LA GIRONDE

DÉPÔT LÉGAL

N° 443

1909

TRAITÉ

DE

DROIT CONSTITUTIONNEL

III

PARIS (5e)

EN PRÉPARATION :

TOME IV. — **L'organisation politique de l'État français. Les libertés publiques.**

SOUS PRESSE :

Manuel de droit constitutionnel, 4e édition, 1 volume in-16.

TRAITÉ

DE

DROIT CONSTITUTIONNEL

PAR

Léon DUGUIT

DOYEN DE LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

Paul
F
1 X 13

DEUXIÈME ÉDITION

EN QUATRE VOLUMES

TOME TROISIÈME

LA THÉORIE GÉNÉRALE DE L'ÉTAT

(suite et fin)

PARIS

ANCIENNE LIBRAIRIE FONTEMOING & Cie, ÉDITEURS

E. de BOCCARD, Successeur

LIBRAIRE DES ÉCOLES FRANÇAISES D'ATHÈNES ET DE ROME

1, RUE DE MÉDICIS, 1

1923

BORDEAUX — IMPRIMERIE CADORET

17, RUE POQUELIN-MOLIÈRE, 17

TRAITÉ

DE

DROIT CONSTITUTIONNEL

THÉORIE GÉNÉRALE DE L'ETAT

(Suite)

CHAPITRE IV

LES AGENTS PUBLICS

§ 53. — *La distinction des agents fonctionnaires et des agents employés.*

Par l'expression agent public, je désigne toute personne qui participe d'une manière permanente, temporaire ou accidentelle à l'activité publique, sans avoir cependant le caractère de gouvernant direct ou représentant. Peu importe d'ailleurs comment elle y participe, que ce soit par des actes d'ordre juridique ou par de simples opérations matérielles.

Par suite de l'extension considérable que prennent les services publics dans tous les pays modernes, par-

tout, et particulièrement en France, le nombre des agents publics est devenu considérable. A la veille de la guerre, il atteignait en France à peu près un million ; et pendant la guerre il a forcément considérablement augmenté. Le parlement s'est, à plusieurs reprises, préoccupé de prendre des mesures pour empêcher cet accroissement. Dès 1901 (art. 55 de la loi de finances du 25 février), le parlement décidait que « toute mesure ayant pour objet d'augmenter le nombre ou le traitement des fonctionnaires et agents rémunérés sur le budget de l'État devrait faire l'objet d'un décret contresigné par le ministre des finances, et qu'aucune modification aux conditions d'admission à la retraite et au taux des pensions du personnel quel qu'il soit des diverses administrations de l'État ne pourrait être autorisée que par une loi ». Aux termes de l'article 78 de la loi de finances du 31 décembre 1921, « à dater du 1er janvier 1922, les employés auxiliaires, soit temporaires, soit permanents, quelles que soient les fonctions qu'ils exercent, ne pourront être titularisés que dans les limites et les conditions déterminées par la loi. » Enfin l'article 77 de la même loi porte : « L'effectif total du personnel civil de tous ordres rémunéré sur le budget de l'État doit être diminué de 50.000 unités au cours de l'année 1922. La répartition des suppressions sera faite par un décret et le relevé des suppressions sera adressé trimestriellement aux commissions des finances de la chambre et du sénat. »

Il est on ne peut plus légitime que le parlement se préoccupe de cet accroissement constant du nombre des agents publics et qu'il prenne des mesures pour que le gouvernement ne se laisse pas entraîner à créer des postes inutiles et supprime tous ceux qui ne sont pas absolument indispensables. Cependant on ne peut contester que l'accroissement du nombre des fonctionnaires

est la conséquence inévitable de l'accroissement continuel des fonctions de l'État, des activités dont on considère que l'accomplissement s'impose à lui obligatoirement, en un mot, de l'accroissement constant des services publics. Le phénomène n'est pas spécial à la France ; il est général parce qu'il est la conséquence immédiate d'une transformation générale des conceptions politiques et sociales, et aussi de la transformation économique qui est en train de s'accomplir, transformation qui dérive elle-même des grandes découvertes qui ont révolutionné l'industrie et forcément substitué dans presque tous les domaines une économie nationale ou internationale à l'économie domestique. Il n'y a donc pas à s'étonner que le nombre des agents publics soit considérable, et j'estime que, quoi qu'on fasse, il ira chaque jour en augmentant.

Devant ce nombre considérable d'agents publics, une question se pose impérieusement. Tous ces agents ont-ils le caractère de *fonctionnaires* proprement dits? Ou au contraire ne faut-il pas faire une distinction entre deux grandes catégories d'agents, les uns qui seraient des fonctionnaires, et les autres qui seraient de simples employés, une distinction entre les agents fonctionnaires et les agents employés? Tout le monde reconnaît qu'il y a parmi les nombreux agents publics une distinction à faire ; mais le plus grand désaccord règne sur le principe de cette distinction et sur les conséquences qu'on doit y rattacher. J'estime qu'il y a des intérêts multiples et de premier ordre à faire la distinction des agents employés et des agents fonctionnaires.

La distinction, en effet, se rattache à la manière dont les agents participent au fonctionnement du service public ; et cela est rationnel. On aperçoit, en effet, immédiatement que si l'agent participe au fonctionnement du service public d'une manière permanente et nor-

male, s'il fait partie à titre définitif des cadres du service, il en découle pour lui une situation qui sera forcément et rationnellement tout à fait différente de celle faite à l'agent qui n'est pas compris dans les cadres permanents du service et qui ne participe au service que d'une manière momentanée et accidentelle.

La suite de l'exposé fera apparaître les nombreuses différences qui séparent ces deux catégories d'agents publics. Mais il n'est pas inutile d'indiquer, dès à présent, quelques-unes de ces différences, d'ailleurs au point de vue du droit positif français.

Un premier intérêt de la distinction des agents fonctionnaires et des agents employés consiste en ce que, d'après une jurisprudence qui s'est affirmée très nettement à maintes reprises, notamment dans un jugement du tribunal de la Seine du 29 juillet 1909 (*Revue du droit public*, 1909, p. 510), confirmé par un arrêt de la cour de Paris du 26 octobre 1918 et un arrêt du conseil d'État du 18 janvier 1922, les fonctionnaires ne peuvent pas former de syndicat professionnel dans les termes de la loi du 21 mars 1884; ils peuvent, du reste, d'après la jurisprudence du conseil d'État (arrêts 11 décembre 908 et 10 décembre 1909) former, conformément à la loi du 1er juillet 1901, des associations poursuivant un but professionnel (cf. *infra*, § 70). J'estime, en outre, que les coalitions et les grèves de fonctionnaires constituent un fait illicite et peut-être une infraction et qu'au contraire les coalitions et grèves d'agents employés non fonctionnaires ne constituent pas comme telles un fait illicite.

D'après une jurisprudence constante, les procès nés entre l'administration et les fonctionnaires à l'occasion de la fonction sont de la compétence des tribunaux administratifs; au contraire, les procès entre l'administration et les agen s employés sont de la compé-

tence des tribunaux judiciaires. On peut tirer argument *a contrario* de la loi du 21 mars 1905 attribuant aux tribunaux judiciaires le jugement des difficultés qui peuvent s'élever entre l'administration des chemins de fer de l'Étatet ses agents. Il serait au contraire inexact, selon moi, de conclure de cette loi que les agents des chemins de fer de l'État ne sont pas des fonctionnaires.

Il convient de noter que les dispositions des lois des 9 avril 1898, 31 mars 1905 et 12 avril 1906 sur les accidents du travail s'appliquent aux agents publics, qu'ils aient ou non le caractère de fonctionnaires, à la condition toutefois qu'ils soient employés dans un service assimilable à une entreprise commerciale. A cela, il y a cependant une exception; aux termes de l'article 32, la loi ne s'applique pas aux ouvriers de la marine et de la guerre.

Sur le point de savoir quels services sont assimilables à une entreprise commerciale, la jurisprudence est encore flottante. La cour de Douai (17 juin 1901) a alloué une indemnité, par application de la loi de 1898, à la veuve d'un ouvrier tué dans une poudrerie nationale. Mais la cour de Paris (20 mai 1904) et la cour de Grenoble (9 novembre 1906, S., 1907, II, p. 169) ont décidé que la loi de 1898 ne s'appliquait pas à un cantonnier victime d'un accident. La cour de Limoges (4 mai 1906, *Revue générale d'administration,* mars 1907, p. 322) a décidé qu'un employé des postes blessé dans le service postal ne peut pas invoquer la loi de 1898. La cour de Bordeaux, par un arrêt du 29 juillet 1908, a décidé que la loi de 1898 ne s'appliquait pas aux employés municipaux du nettoiement. Mais la cour de cassation (27 novembre 1907, *Revue générale d'administration,* février 1908, p. 180) a reconnu que la loi de 1898 s'appliquait à un chargeur auxiliaire des postes; elle l'a reconnu à nouveau pour un courrier auxiliaire des postes par un arrêt du 23 octobre 1909 dont voici le sommaire : « Sauf les exceptions portées à l'article 32 de la loi du 9 avril 1898, l'État est responsable des accidents de travail survenus à ses ouvriers et employés, dans les conditions où le seraient des chefs d'entreprise de transport... : bien que le service des postes soit un service public dont l'État a le monopole, il demeure une entreprise » (S., 1909, *Bulletin des sommaires,* I, p. 100). Le conseil d'État (10 avril 1908, *Tauzin,*

Recueil, p. 432) a implicitement écarté l'application de la loi de 1898 à l'accident d'un guetteur sémaphorique, mais l'a implicitement reconnue pour les accidents arrivés aux ouvriers des postes et télégraphes. Cf. arrêt 22 mai 1908 (*Tramways de Poitiers*), *Recueil,* p. 546, avec les conclusions de M. Teissier.

Une tout autre question est celle de savoir si l'indemnité ou les pensions payées par l'administration en application de la loi de 1898 peuvent se cumuler avec les pensions de retraite de la loi de 1853. Le conseil d'État a admis ce cumul (arrêt 18 novembre 1904, *Fauveaux, Recueil,* p. 722). Cf. Hauriou, *Note* sur l'arrêt Fauveaux, S., 1905, III, p. 145; Pic, *Législation industrielle,* 2e édit., 1905, p. 791; Perrier, *Le risque professionnel, Revue politique et parlementaire,* avril 1906, p. 88.

La loi de 1898 ne peut évidemment pas s'appliquer non plus aux accidents arrivés aux militaires dans le service ou à l'occasion du service. Ici il faut appliquer les règlements très nombreux sur les pensions dues aux militaires pour infirmité contractée dans le service ou à l'occasion du service par application de la loi du 31 mars 1919.

Cependant, il faut signaler qu'en 1907 une commission extra-parlementaire avait été nommée pour étudier les conditions dans lesquelles la législation de 1898 pourrait être étendue aux accidents des militaires.

Cf. Cass., 27 octobre 1909, S., 1912, I, p. 31; conseil d'État, arrêt *Auxerre,* 17 février 1905, *Recueil,* p. 165, et S., 1905, III, p. 113, note d'Hauriou; l'arrêt *Aubert,* 21 février 1913, *Recueil,* p. 950. — Sur l'application de la loi de 1898 sur les accidents arrivés aux ouvriers et employés des exploitations de l'État, cons. *Rapport* Charpentier, *J. off., doc. parl.,* Chambre, session ordinaire, 1910, p. 369; Bouchard, *Revue du droit public,* 1910, p. 577; Cohendy, *Le risque professionnel et les ouvriers et employés de l'État,* 1912.

A mon avis, la distinction des agents fonctionnaires et des agents non fonctionnaires se rattache directement à la distinction des activités qui ont ou n'ont pas le caractère de service public.

Le fonctionnaire est l'agent qui participe d'une manière permanente et normale au fonctionnement d'un service public, que ce service soit d'ailleurs centralisé, décentralisé ou même concédé. J'ai insisté précédem-

ment (§ 8) sur la nature des services publics, et essayé de montrer comment ils forment un élément essentiel de l'État qui n'est en réalité qu'une coopération de services publics, les gouvernants étant les gérants de ces services. Ce sont des activités tellement importantes pour le maintien et le développement de l'interdépendance sociale que la conscience juridique, à un moment et dans un pays donnés, considère que c'est une obligation positive pour les gouvernants d'en assurer le fonctionnement.

Si le service public est bien cela, on conçoit aisément que tous les individus qui coopèrent normalement et d'une manière permanente au fonctionnement d'un service public doivent se trouver dans une situation spéciale, avoir un caractère propre, être soumis à des règles particulières, qui doivent en assurer, dans les meilleures conditions possibles et sans interruption, le fonctionnement. Ainsi la notion de fonctionnaire est intimement liée à la notion de service public; elle suit exactement la même évolution.

On a déjà dit (§ 8) que dans tous les États modernes, aux trois services publics originaires, guerre, police, justice, sont venus s'ajouter et viennent s'ajouter chaque jour un grand nombre de services. De quelques-uns on peut même se demander s'ils sont déjà des services publics. Pour certains, l'évolution est sûrement accomplie et leur caractère de services publics n'est pas douteux. Nul n'oserait prétendre aujourd'hui que l'enseignement, l'assistance publique et l'hygiène publique ne constituent pas des charges obligatoires pour l'État. On doit en conclure que tous les agents associés d'une manière normale et permanente au fonctionnement de ces services sont véritablement des fonctionnaires. L'enseignement public est au premier chef une mission obligatoire de l'État qui doit imposer à chacun l'obliga-

tion d'un minimum d'instruction (L. 28 mars 1882) ; il prend donc par là même l'engagement d'assurer à chacun la possibilité d'acquérir gratuitement ce minimum d'instruction. L'État doit aussi assurer la culture générale du pays et aider, provoquer même les découvertes scientifiques. Ainsi tous les agents qui participent au service de l'enseignement participent à un service public si jamais il en fut et sont au premier chef des fonctionnaires.

Dans les États modernes, le service des postes et des télégraphes, par exemple, est considéré comme étant au premier chef un service obligatoire. Il est devenu un service international. L'État qui adhère à l'Union postale universelle et aux diverses conventions télégraphiques prend l'engagement positif d'assurer chez lui le fonctionnement de ce service. Mais même en dehors de cette obligation positive, on ne saurait contester que le service postal et télégraphique soit aujourd'hui, dans les conditions économiques actuelles, une charge obligatoire de l'État. La nature et l'étendue des obligations de l'État ne sont pas fixées une fois pour toutes en vertu de principes immuables, mais varient incessamment sous l'action puissante des faits. Tous les agents et sous-agents des postes, télégraphes et téléphones, participant d'une manière permanente à l'accomplissement de ce service, sont des fonctionnaires.

Il y a au contraire certaines activités que remplit l'État et qui certainement ne constituent pas des services publics. L'État les remplit, soit pour se conformer à d'anciens usages, à des traditions respectables, soit pour assurer le maintien d'une industrie artistique où la France a une réputation mondiale, qu'il y a un intérêt tout au moins moral à conserver. Je fais allusion, par exemple, aux manufactures de porcelaines de Sèvres, de tapisseries des Gobelins. Il n'y a certaine-

ment pas là des services publics, et les ouvriers de Sèvres et des Gobelins ne sont certainement pas des fonctionnaires; ils sont dans la même situation que les ouvriers de l'industrie privée.

On a pu se demander si le service des chemins de fer constituait un service public. Dans certains pays, par exemple l'Allemagne, la Belgique, la Suisse, l'Italie, les chemins de fer sont exploités directement par l'État et leur caractère de service public n'est pas contestable. En France, depuis le rachat de l'Ouest en 1908, l'État exploite un vaste réseau de plus de 9.000 kilomètres, et l'on admet, en général, que les chemins de fer de l'État constituent un service public. Les chemins de fer concédés ne sauraient avoir un autre caractère, et leur exploitation présente incontestablement pour la vie nationale la même importance; leur interruption aurait des conséquences aussi graves. La concession est un mode d'exploitation des services publics, et une activité qui est un service public en elle-même ne cesse pas de l'être parce qu'elle est concédée. Quant à la loi du 21 mars 1905, qui donne compétence aux tribunaux judiciaires pour connaître des procès entre l'administration et les employés des chemins de fer de l'État, il faut y voir simplement une dérogation au droit commun de la compétence.

La question s'est posée aussi pour les arsenaux maritimes, les ateliers militaires, les manufactures de produits monopolisés par l'État. A mon avis, il y a là certainement des services publics, puisque ces arsenaux et ces manufactures sont destinés à assurer le fonctionnement des services de la guerre, de la marine, des services financiers qui sont incontestablement des services publics. Tous les employés et ouvriers de ces manufactures sont des fonctionnaires.

J'estime qu'il n'en est pas de même de l'imprimerie

nationale. Assurément, un pareil établissement peut faciliter le fonctionnement de certains services publics ; mais il n'est pas inséparable de ces services, ils peuvent fonctionner sans lui ; et il n'est pas douteux qu'en fait, ce n'est qu'exceptionnellement que les services publics font appel à son concours ; le plus habituellement, l'imprimerie nationale imprime des travaux scientifiques ou littéraires.

Par arrêt du 29 novembre 1918, le conseil d'État a décidé que les ouvriers compositeurs de l'imprimerie nationale ne sont pas des fonctionnaires (*Recueil*, p. 1068).

Les agents qui participent d'une manière permanente et normale au fonctionnement d'un service public sont des fonctionnaires quel que soit le caractère des actes qu'ils font, actes juridiques ou simples opérations matérielles. Ce qui donne son caractère à l'agent public, c'est le caractère du service auquel il participe, et non pas la nature des actes qu'il fait. Ainsi les ouvriers des services publics, tous ceux qui font un travail simplement manuel, sont tout aussi bien des fonctionnaires que les agents qui ne sont pas ouvriers. L'affirmation si souvent répétée que les ouvriers de l'État sont des ouvriers comme ceux de l'industrie privée, ayant exactement la même situation, est parfaitement erronée. Il ne peut en être ainsi, parce que, participant d'une manière permanente et normale à un service public, ils ont tous les caractères du fonctionnaire.

De la prétendue distinction des fonctionnaires d'autorité et de gestion. — Ce qui précède montre que je repousse absolument une distinction qui a eu pendant quelque temps un certain crédit, la distinction des fonctionnaires d'autorité et des fonctionnaires de gestion.

Elle n'est plus défendue aujourd'hui que par Berthélemy, qui, dans la neuvième édition de son excellent *Traité de droit administratif*, p. 58, écrit en tête d'un

paragraphe : « Distinction théorique nécessaire entre les *fonctions d'autorité* et les *fonctions de gestion* ». Cependant, à la lecture de l'*avertissement* de la sixième édition 1910, on aurait pu croire que Berthélemy lui-même abandonnait la distinction. Il y dit en effet, à la page VI, que « la distinction des actes d'autorité et de gestion n'est plus aujourd'hui qu'une constatation de fait, à peu près dépourvue de conséquences juridiques ». Il est probable que, dans ce passage, l'auteur n'a eu en vue que la détermination de compétence.

M. Clemenceau, président du conseil, disait très justement, le 23 mai 1907, à la commission de la chambre saisie des projets sur les associations et le statut des fonctionnaires : « Il n'y a plus à faire la distinction entre les fonctionnaires de gestion et les fonctionnaires d'autorité. » L'article 1er du projet de loi déposé le 1er juin 1920 porte que les lois s'appliqueront indistinctement à tous ceux qui, en qualité de délégués de l'autorité publique, d'agents ou de sous-agents, occupent un emploi dans les cadres permanents d'un service public civil régi par l'État ». On écarte ainsi la distinction entre les fonctionnaires et les employés, identique à la distinction des fonctionnaires d'autorité et des fonctionnaires de gestion. Il est vrai que le même article 1er semble refuser le caractère de fonctionnaires aux ouvriers même compris dans les cadres permanents d'un service public. J'ai dit déjà que c'était une erreur.

D'après les partisans de cette distinction, les fonctionnaires d'autorité sont ceux qui participent à l'exercice de la puissance publique, et les fonctionnaires de gestion, ceux qui ne prennent aucune part à l'exercice de la puissance publique, soit qu'ils ne fassent que des opérations matérielles, soit qu'ils fassent des actes juridiques n'ayant pas le caractère d'actes d'autorité. Et

d'après ces mêmes auteurs, on reconnaît les actes de gestion à ce que l'on conçoit qu'ils puissent être faits par un particulier, et les actes d'autorité à ce que l'on ne conçoit pas qu'ils puissent l'être.

Quant aux intérêts de la distinction, ils sont, disait-on, très importants. Les fonctionnaires d'autorité sont nommés par un acte unilatéral, les fonctionnaires de gestion, par un contrat; les procès entre l'administration et les fonctionnaires d'autorité sont de la compétence administrative; les procès entre l'administration et les fonctionnaires de gestion, de la compétence judiciaire. Enfin, sans doute Berthélemy n'osait pas aller jusque-là, mais ceux qui tiraient logiquement les conséquences de sa doctrine disaient : les fonctionnaires de gestion peuvent se syndiquer conformément à la loi de 1884 et faire grève; les fonctionnaires d'autorité ne le peuvent pas. Bourguin (*De l'application des lois ouvrières aux ouvriers et employés de l'État*) n'hésitait pas à l'affirmer. Aujourd'hui encore, ceux qui favorisent ou dirigent le syndicalisme fonctionnariste invoquent la distinction; ils prétendent qu'on ne saurait contester, au moins aux fonctionnaires de gestion, le prétendu droit syndical et le prétendu droit de grève.

Je n'ai jamais admis et je ne saurais admettre cette théorie. Elle implique l'admission de la notion de puissance publique et la distinction de l'autorité et de la gestion, toutes choses dont je crois avoir démontré le néant. Cette formule si souvent employée : fonctionnaires détenant une parcelle de la puissance ou de la souveraineté, est totalement vide de sens.

Il faut bien comprendre que ce qui fait le fonctionnaire, c'est sa participation permanente et normale au fonctionnement du service public. Toute activité, devenue objet de service public, se distingue, d'une manière fondamentale, d'une activité privée; elle est,

ai-je dit, d'une importance telle pour la vie sociale qu'elle ne peut être interrompue un seul instant. C'est ce qui fait que les agents participants à un service public ne sont jamais dans la même situation que les employés d'une entreprise privée; ils ne peuvent lui être assimilés à aucun point de vue. Ils ont la situation de fonctionnaires, et cela, quelle que soit la nature des actes qu'ils font.

De plus, la doctrine qui prétend distinguer les fonctionnaires d'autorité et les fonctionnaires de gestion, on n'a pas tardé à s'en apercevoir (les grèves de fonctionnaires, notamment les grèves des agents des postes en 1909 et des cheminots en 1910 et en 1920, ont été singulièrement instructives) cette doctrine, dis-je, conduit à des conséquences tout à fait inadmissibles. Elle aboutit à traiter la grosse masse des fonctionnaires comme des employés ou des ouvriers privés, et cela est certainement contraire à la réalité des choses. Presque tous les employés des ministères, depuis les directeurs jusqu'aux simples expéditionnaires, ne seraient que des agents soumis au régime du droit privé, ayant tous les droits des employés d'une entreprise privée et pouvant invoquer les prétendus droits de syndicat et de grève. Il faudrait en dire autant de tous les employés des services financiers, des postes et des télégraphes, de l'enseignement, des travaux publics, des chemins de fer. Il ne resterait plus que quelques rares fonctionnaires desquels on pourrait dire que certainement ils font des actes de puissance publique et qu'ils sont vraiment des fonctionnaires soumis aux règles du droit public.

Contre la distinction des fonctionnaires d'autorité et des fonctionnaires de gestion, cf. le très remarquable article de Larnaude, *Revue pénitentiaire,* juin 1906, et tirage à part. Larnaude écrit très justement : « Je nie catégoriquement qu'il y ait dans notre législation une démarcation semblable entre les fonctionnaires. Cette démarcation n'est qu'une vue de théoricien, vue ingé-

nieuse, mais fausse. Elle n'est qu'une construction de la logique abstraite, cette grande responsable des généralisations hâtives et mal venues tient lieu des réalités vivantes et pratiques » (*Loc. cit.*, p. 832). V. aussi dans le même sens, Hauriou, *Principes de droit public,* 1910, p. 484-485 ; Esmein, *Droit constitutionnel,* 7e édit., 1921, II, p. 119 et s.

Ma définition du fonctionnaire reste donc intacte : c'est tout agent qui participe d'une manière permanente et normale au fonctionnement d'un service public, quel que soit d'ailleurs le caractère des actes qu'il fait. Cette condition d'une participation permanente et normale se conçoit d'ailleurs aisément ; ceux qui ne participent que d'une manière accidentelle et momentanée au fonctionnement d'un service public ne sont pas évidemment indispensables au fonctionnement de ce service, et par conséquent, il n'y a pas de raison de leur attribuer un caractère particulier, de leur faire légalement une situation spéciale.

Ainsi n'ont certainement pas le caractère de fonctionnaires les agents qu'une administration engage accidentellement et momentanément pour assurer l'exécution d'un travail exceptionnel, par exemple les employés et ouvriers qu'engagent fréquemment les administrations des travaux publics, des postes et des télégraphes au cas de surcharge du service.

Dans un autre domaine ne sont pas fonctionnaires les membres du jury criminel ou du jury d'expropriation, même considérés dans l'exercice de leur mission. Assurément, ils collaborent à un service public. Suivant l'expression de l'article 224 du code pénal, « ils sont chargés d'un ministère de service public ». Mais ils ne sont pas fonctionnaires, parce qu'ils ne collaborent pas au service public d'une manière permanente ; ils ne font pas partie des cadres permanents du service.

De cette solution, on a quelquefois donné une autre raison : on a dit que les jurés n'étaient pas des fonc-

tionnaires, parce qu'ils ne pouvaient pas refuser d'être jurés et qu'il y avait là une charge imposée par la loi et non une fonction. Je crois que c'est mal raisonner, que le caractère obligatoire n'est pas du tout exclusif du caractère de fonction publique. Hauriou (*Droit administratif*, 6e édit., 1907, p. 732) fait très justement observer qu'à certaines époques les fonctions publiques étaient obligatoires, par exemple, sous le Bas-Empire, les fonctions des officiers municipaux. L'obligation qui s'impose aux gouvernants d'assurer le fonctionnement des services publics justifie entièrement l'emploi de la contrainte, quand il est nécessaire, pour assurer le recrutement des fonctionnaires.

C'est pour cela que, quoi qu'on en dise, j'estime que tous les militaires, même les simples soldats, sont des fonctionnaires. Les officiers et les sous-officiers sont incontestablement des fonctionnaires. Pourquoi les simples soldats ne le seraient-ils pas? Ils participent d'une façon permanente et normale au fonctionnement d'un service public. On a dit : le service militaire est un impôt et non une fonction. Tout ce qu'on peut dire, c'est que c'est une fonction imposée, mais c'est néanmoins une fonction. Dans les pays qui recrutent leur armée exclusivement par engagements volontaires, les simples soldats sont des fonctionnaires; en France, il en est de même des engagés; il n'y a pas de raison pour que ceux qui sont soldats par application de la loi sur le recrutement ne soient pas aussi des fonctionnaires.

La qualité de fonctionnaire, impliquant quelque chose de permanent, implique par là même quelque chose de professionnel. Cependant, le traitement n'est pas une condition indispensable de la qualité de fonctionnaire. Il est évident que, notamment, les juges suppléants non rétribués, les auditeurs de deuxième

classe au conseil d'État pendant la première année de leur nomination sont cependant des fonctionnaires.

Mais peut-on dire que les maires français soient des fonctionnaires? Évidemment, ils ne sont pas des fonctionnaires de carrière ; mais, d'autre part, on ne saurait prétendre qu'ils ne participent qu'accidentellement au fonctionnement des services publics ; et, dès lors, on ne saurait leur dénier la qualité de fonctionnaires.

Cependant le conseil d'État décide que l'article 65 de la loi du 22 avril 1905, relatif à la communication préalable de son dossier à tout fonctionnaire révoqué ou suspendu, ne s'applique pas au maire, dont la situation est particulièrement protégée par l'article 86 de la loi municipale du 5 avril 1884, modifié par la loi du 8 juillet 1908 (25 février 1916, *Recueil*, p. 92 et S., 1922, III, p. 12). Cette décision n'implique pas que le maire n'est pas un fonctionnaire; elle signifie seulement que le maire est un fonctionnaire dont la situation est protégée dans des conditions particulières. D'ailleurs les maires n'ont pas de dossier administratif au sens de l'article 65. Ils peuvent avoir un dossier politique; mais c'est tout autre chose.

Il n'en est pas de même des membres des corps délibérants, députés, conseillers généraux, conseillers municipaux. Pris individuellement, ils n'ont aucune fonction et partant aucun caractère propre ; les fonctions et le caractère propre qui s'y rattache appartiennent au corps dont ils font partie. Il est vrai que, en réalité, ce ne sont pas ces corps qui veulent et qui agissent ; ce sont bien les individus qui les composent. Il n'en est pas moins vrai que les membres des corps administratifs ne sont rien pris individuellement et qu'ils ne participent au fonctionnement du service public que lorsqu'ils sont réunis en corps et lorsque ce corps tient une session légale. Ainsi il est bien exact de dire que ces corps forment des organes administratifs, mais que les individus qui les composent ne sont pas, eux, des fonctionnaires. Ils sont des citoyens chargés d'un ministère de service public lorsqu'ils siègent à une séance

légale du corps dont ils font partie. Il en est de même lorsqu'ils remplissent certaines fonctions dont la loi les charge parfois à titre individuel.

Je l'ai déjà dit, et je tiens à le répéter, car la chose est essentielle : pour la détermination de la qualité de fonctionnaire, il n'y a pas à tenir compte du caractère des actes que font les agents publics considérés. Ce qui fait le fonctionnaire, ce n'est pas la nature des actes qu'il accomplit, c'est sa participation permanente et normale au fonctionnement d'un service public. J'ai montré pourquoi. Si cette situation existe, l'agent est fonctionnaire quel que soit le caractère des actes qui rentrent dans ses attributions et qu'il accomplit. Qu'il fasse des actes d'ordre juridique ou simplement des opérations purement matérielles, il est et reste fonctionnaire, avec toutes les conséquences qui se rattachent à cette qualité et qui vont être déterminées plus loin. Il est fonctionnaire, même s'il ne fait que des actes d'ordre technique identiques à ceux qu'accomplissent les ouvriers de l'industrie privée. Il n'y a pas lieu de mettre dans une classe à part, comme semble le faire le projet de loi précité du 1er juin 1920 et comme a paru l'accepter le gouvernement à plusieurs reprises, les ouvriers des services publics. Si ces ouvriers sont compris dans les cadres permanents du service, ils sont fonctionnaires ; ils ne peuvent pas prétendre le contraire et soutenir qu'ils sont dans une situation identique aux ouvriers des entreprises privées. Évidemment, il en serait autrement des ouvriers employés à titre d'auxiliaires ou de stagiaires et ne rentrant pas dans les cadres permanents du service. Ceux-ci ne seraient pas fonctionnaires, non parce qu'ils sont des ouvriers, mais parce qu'ils ne participent pas d'une manière permanente et normale au fonctionnement du service public. Encore une fois, la nature des actes

accomplis ne peut avoir aucune influence sur le caractère appartenant à l'agent public. S'il est dans les cadres normaux et permanents du service public, il est fonctionnaire ; sinon, il ne l'est pas. Peu importe, dans les deux cas, le caractère des actes que fait l'agent.

Peu importe aussi le mode suivant lequel est exploité le service public. La définition du fonctionnaire reste vraie qu'il s'agisse d'un service centralisé ou d'un service décentralisé par région ou par service (Cf. §§ 59 et 60).

Dans la décentralisation par région, les services sont rattachés à des circonscriptions territoriales. S'ils ont le caractère de services publics, toutes les conséquences qui résultent de ce caractère s'appliquent comme pour les services de l'État. Les agents normaux et permanents des services publics des départements et des communes sont des fonctionnaires comme ceux des services d'État et tout ce qui va être dit des fonctionnaires de l'État s'applique à eux, quel que soit le caractère des actes qu'ils accomplissent.

Il en est de même au cas de décentralisation par service. Le service public patrimonialisé est l'élément constitutif de ce qu'on appelle en France l'établissement public, dont le type par excellence est l'établissement public de bienfaisance, national, départemental ou municipal. Les agents normaux et permanents d'un établissement public participent d'une manière normale et permanente à un service public, et par là ils sont des fonctionnaires proprement dits, auxquels doit s'appliquer tout ce qui va être dit aux pages suivantes.

Il en est de même des agents normaux et permanents des services publics industrialisés ou concédés. La solution ne paraît pas contestée pour les services industrialisés, mais il en est différemment pour les services concédés. En général, on est assez naturelle-

ment porté à croire que le service public concédé cesse par là même d'être un service public et que, par suite, ses agents, même normaux et permanents, ne sont pas des fonctionnaires. C'est une grave erreur. La concession n'est, en réalité, qu'un certain mode d'exploitation par décentralisation d'un service public. Si, par exemple, le service des chemins de fer est un service public, et il paraît bien difficile de prétendre qu'il ne le soit pas, il reste un service public quel que soit son mode d'exploitation, qu'il soit exploité directement par l'État, qu'il soit patrimonialisé et exploité industriellement par les agents de l'État, ou enfin qu'il soit concédé à une compagnie qui l'exploite sous le contrôle de l'État. On ne voit pas pourquoi il pourrait en être autrement. Toute activité qui est un service public conserve ce caractère, quelle que soit la manière dont elle fonctionne. Il faut donc affirmer très nettement que les agents normaux et permanents d'un service public, même concédé, sont des fonctionnaires, que, notamment, tous les employés des chemins de fer, même des chemins de fer concédés, qui sont compris dans les cadres normaux et permanents du service, sont de véritables fonctionnaires auxquels s'applique tout ce qui concerne les fonctionnaires publics en général et notamment la prohibition des syndicats et des grèves.

J'ai déjà cité le texte de l'article 1er du projet de loi sur le statut des fonctionnaires déposé par le gouvernement le 1er juin 1920, qui qualifie fonctionnaires tous ceux qui, à un titre quelconque, occupent un emploi dans les cadres permanents d'un service civil, à l'exclusion cependant du personnel ouvrier. J'ai déjà fait observer que cette mise à part du personnel ouvrier ne peut se justifier. Cependant il faut remarquer que dans l'exposé des motifs du projet de loi il est dit ce qui suit, qui cadre tout à fait avec les idées qui viennent d'être développées : « Il paraît impossible au gouvernement de considérer le fonctionnaire indépendamment du service public auquel il collabore. C'est le service public qui donne à la fonction publique sa raison

d'être ; ce sont les intérêts généraux du service public qui déterminent l'étendue des devoirs que le fonctionnaire doit remplir et qui fixent la limite des droits qu'il est légitime de lui accorder » (*Revue du droit public,* 1920, p. 314).

Il semble, au contraire, que l'article 10 de la loi de finances du 6 octobre 1919 fait une distinction entre les fonctionnaires et les agents ou préposés; il y est dit, en effet : « Tout fonctionnaire public, tout agent ou préposé d'une administration publique... » Mauvaise formule, survivance de la distinction des fonctionnaires d'autorité et des fonctionnaires de gestion, que le législateur a eu le tort d'employer; elle ne répond à rien, comme on l'a montré plus haut, et elle est une cause de confusion et d'erreur.

On trouvera dans la *Revue du droit public,* 1914, page 153, et dans *Principes généraux du droit administratif,* 2e édition, 1914, pages 289 et suivantes, une longue et substantielle étude de Jèze sur les fonctionnaires. Les conclusions de l'auteur sont analogues à celles auxquelles je m'arrête. Il écrit notamment : « Croire que la nature des actes accomplis par un individu peut influer sur le régime juridique auquel cet individu est soumis, c'est méconnaître la notion de service public. Dire que la satisfaction des besoins d'intérêt général est érigée en service public, c'est signifier que des théories spéciales sont élaborées pour que cette satisfaction ait lieu dans les meilleures conditions possibles, rapidité, sécurité, continuité, exactitude... Le sens de ces théories spéciales est que les individus chargés de satisfaire aux besoins d'intérêt général sont soumis à un régime spécial qui peut être modifié à tout instant. En quoi le fait qu'ils font ou qu'ils ne font pas des actes juridiques, qu'ils font des actes juridiques unilatéraux ou contractuels peut-il s'opposer à ce que l'on organise le régime juridique des agents de telle façon que le service public fonctionne le mieux possible ? » (*Revue du droit public,* 1914, p. 167).

La jurisprudence de la cour de cassation et du conseil d'État paraît bien aujourd'hui admettre la définition que j'ai donnée du fonctionnaire et écarter toute distinction entre les prétendus fonctionnaires d'autorité et de gestion. Je me borne à citer l'arrêt, à ma connaissance le plus récent, du conseil d'État, du 6 mai 1921 (*Mourgues-Hospices civils de Bordeaux*), dans lequel on lit : « Considérant qu'il résulte de l'instruction que le sieur Mourgues avait été engagé par l'administration des hospices civils de Bordeaux comme ouvrier serrurier-électricien, qu'il a toujours été payé à la journée et qu'il n'a jamais été compris dans

les cadres permanents du personnel administratif hospitalier..., qu'il ne se trouve dès lors pas, vis-à-vis de l'administration des hospices de Bordeaux, dans la situation d'un fonctionnaire... » On remarquera la formule : « Cadres permanents du personnel administratif », qui est celle dont je me suis servi. D'autre part, il résulte nettement de l'arrêt du conseil d'État que si le requérant avait été compris dans ces cadres permanents, il aurait été un fonctionnaire, bien qu'il fût un ouvrier serrurier-électricien et que, par conséquent, ce qui fait le fonctionnaire, ce n'est pas la nature des actes qu'il accomplit, mais sa participation permanente et normale au service public considéré.

La cour de cassation, chambre civile, dans un arrêt du 18 mai 1908, a décidé que l'État, à raison de l'intérêt général qui s'attache à ses entreprises, quelle qu'en soit la nature, ne saurait être considéré comme un commerçant ou un industriel..., que, dès lors, les ouvriers employés par l'État ne sont ni électeurs ni éligibles au conseil des prud'hommes... La solution est ainsi conforme aux idées qu'on vient d'exposer. Mais la cour suprême va certainement trop loin quand elle ajoute : « Sans qu'il y ait lieu de distinguer entre ceux qui sont commissionnés et ceux qui, sans être immatriculés définitivement, travaillent habituellement et exclusivement dans ses établissements et ses manufactures. » On a vu qu'il faut distinguer entre ceux qui sont compris dans les cadres permanents du service et ceux qui ne le sont pas, et aussi entre les ateliers et manufactures de l'État qui sont rattachés à un service public et ceux qui sont indépendants de tout service public (Cass. civ., 18 mars 1908, S., 1909, I, p. 193). Rapp. Tribunal de la Seine, 29 janvier 1921, décidant que les litiges entre l'administration des chemins de fer de l'État et ses agents ne sont pas de la compétence du conseil des prud'hommes, précisément parce qu'ils sont des fonctionnaires et non des employés d'une entreprise privée (S., 1921, II, p. 112).

Sur le caractère reconnu aux fonctionnaires dans la doctrine allemande, cons. particulièrement, Eckstein, *Der Beamtenbegriff im privativen und öffentlichen Recht, Archiv des öffentlichen Rechts,* XXVII, 1911, p. 487.

§ 54. — *De la distinction des fonctionnaires judiciaires et des fonctionnaires administratifs.*

En France et dans la plupart des pays modernes existent deux grandes catégories distinctes de fonction-

naires, les fonctionnaires de l'ordre administratif et les fonctionnaires de l'ordre judiciaire.

On sait que dans le système français issu des lois de la Révolution (cf. §§ 41 et 42) et dans les systèmes similaires, il n'y a point correspondance exacte entre la fonction administrative et l'ordre administratif, entre la fonction juridictionnelle et l'ordre judiciaire. Ce serait une grave erreur de croire que les fonctionnaires judiciaires font tous les actes juridictionnels et ne font que ceux-là, et que les fonctionnaires administratifs font tous les actes administratifs et ne font que ceux-là. Sans doute, les fonctionnaires judiciaires font surtout des actes juridictionnels, mais ils font beaucoup d'actes qui ont le caractère matériel d'actes administratifs, par exemple, en matière pénale, les mandats délivrés par les juges d'instruction, les mises en liberté provisoire, et en matière civile, les autorisations données à des incapables, les homologations d'actes faits par des incapables ou leurs représentants légaux, les jugements d'interdiction, la dation d'un conseil judiciaire, etc... De même les fonctionnaires administratifs font surtout des actes administratifs; mais on sait qu'ils font beaucoup d'actes juridictionnels. L'ensemble des affaires qui sont ainsi jugées par des agents de l'ordre administratif forme le contentieux administratif (cf. § 55).

La distinction des fonctionnaires judiciaires et des fonctionnaires administratifs ne peut être faite que du point de vue formel, c'est-à-dire abstraction faite du caractère intrinsèque des actes accomplis par chaque catégorie de fonctionnaires. On ne peut pas dire autre chose que ceci : les fonctionnaires de l'ordre judiciaire sont ceux auxquels la loi positive donne le caractère de fonctionnaires judiciaires; les fonctionnaires de l'ordre administratif sont tous les autres. En principe, tous les fonctionnaires appartiennent à l'ordre administratif;

n'appartiennent à l'ordre judiciaire que ceux auxquels la loi a attribué expressément ce caractère.

Pour la plupart des fonctionnaires de l'ordre judiciaire, il n'y a pas de difficulté. Leur caractère nettement déterminé par la loi ne peut faire aucun doute. Ce caractère, ils l'ont toujours, quelle que soit la nature intrinsèque des actes qu'ils font. Il en est ainsi en France de tous les membres des cours et des tribunaux, des juges de paix, des membres des parquets, de la cour de cassation, des cours d'appel et des tribunaux de première instance.

Le conseil d'État a très justement décidé que les membres des cours et des tribunaux ne perdaient jamais le caractère judiciaire et ne pouvaient être en aucun cas considérés comme des agents administratifs, même quand ils faisaient des actes ayant le caractère administratif matériel. Il a déclaré non recevable le recours pour excès de pouvoir formé contre la décision du premier président de la cour d'appel de Paris, rayant de la liste des traducteurs jurés un individu ayant refusé de passer l'examen (5 août 1908, *Recueil*, p. 886).

L'intérêt essentiel de la distinction des agents judiciaires et des agents administratifs réside principalement en ceci que le contrôle contentieux s'exerçant sur les actes des fonctionnaires administratifs appartient en principe au conseil d'État, tandis que si les actes d'un agent judiciaire sont soumis à un contrôle contentieux, ce contrôle appartient exclusivement à une juridiction judiciaire.

La question, en droit français, se pose pour quelques fonctionnaires qui appartiennent certainement en principe à l'ordre administratif et auxquels la loi confie exceptionnellement des fonctions qui appartiennent normalement à des fonctionnaires judiciaires. Quand ils

exercent ces fonctions, ces agents administratifs acquièrent-ils le caractère judiciaire? La solution ne peut être donnée que du point de vue de la loi positive, c'est-à-dire en recherchant quel est le caractère que le législateur a eu l'intention de donner à ces fonctionnaires.

Par exemple, les maires exerçant les fonctions de l'état civil sont véritablement des fonctionnaires de l'ordre judiciaire. Cela ressort d'abord de la distinction très nette que fait la loi du 28 pluviôse an VIII entre les fonctions administratives du maire et les fonctions de celui-ci comme officier de l'état civil, et aussi des différents textes du code civil, par exemple l'article 41, qui placent le maire officier de l'état civil sous la surveillance des autorités judiciaires.

L'article 9 du code d'instruction criminelle confère aux maires, aux commissaires de police, aux officiers de gendarmerie, aux gardes champêtres des attributions de police judiciaire, c'est-à-dire consistant à rechercher les auteurs d'une infraction et à les livrer à la justice. Ce sont là des agents qui normalement appartiennent à l'ordre administratif. Mais dans l'exercice de leurs attributions de police judiciaire ils deviennent agents de l'ordre judiciaire. Cela résulte de l'article 9 précité qui parle en même temps des agents que l'on vient d'indiquer et des juges d'instruction, procureurs de la République, lesquels appartiennent évidemment à l'ordre judiciaire. Ce même texte, au paragraphe 1, place tous ces agents sous l'autorité des cours d'appel; le procureur général peut leur adresser des avertissements et les dénoncer à la cour d'appel, laquelle peut autoriser leur citation devant la chambre du conseil (C. inst. crim., art. 279-282). Tout cela serait inintelligible s'ils conservaient leur caractère d'agents administratifs.

Cependant, par deux arrêts, le conseil d'État a décidé (18 mars

1910, *Delaunay*, *Falvelly*, [*Recueil*, p. 243) qu'au cas de faute dans l'exercice de leurs fonctions d'officier de l'état civil ou d'officier de police judiciaire, les maires peuvent être suspendus par le préfet et révoqués par le gouvernement, que si le code d'instruction criminelle soumet les officiers de police judiciaire à la surveillance du procureur général, cela ne fait pas obstacle à ce que le préfet, le ministre et le président de la République exercent les pouvoirs qui leur sont conférés par la loi municipale (art. 86, modifié par L. 8 juillet 1908). Cette solution ne contredit pas ce qui a été dit précédemment. Le préfet et le ministre ne sont pas appelés, en réalité, à contrôler la légalité des actes faits par le maire agissant comme agent judiciaire. Dans les espèces visées, il s'agissait d'un adjoint qui avait prêté son concours à un huissier dans des conditions irrégulières et d'un maire qui avait célébré un mariage dans son domicile privé. L'autorité administrative ne pouvait pas apprécier la légalité de ces actes ; mais elle pouvait estimer qu'en fait il y avait eu faute disciplinaire du maire et exercer le pouvoir disciplinaire général que lui donne la loi. La révocation et la suspension ne sont, en effet, que l'exercice d'un pouvoir disciplinaire.

S'il ne s'agit pas d'un pouvoir disciplinaire, mais d'un véritable contrôle sur les actes, les tribunaux judiciaires sont seuls compétents. C'est ce qu'a jugé le tribunal des conflits pour les commissaires de police ; il a décidé que l'autorité judiciaire était seule compétente pour connaître de la demande en dommages et intérêts contre un commissaire de police à raison d'actes illégaux qu'il aurait commis tant au cours de la visite d'une pharmacie par les inspecteurs que dans le procès-verbal dressé à la suite de cette inspection, parce qu'il agissait alors comme agent de la police judiciaire (Trib. des conflits, 15 décembre 1883, S., 1883, III, p. 68). Même solution concernant un capitaine de gendarmerie agissant comme officier de police judiciaire (Trib. des conflits, 9 décembre 1911, *Recueil*, 1911, p. 1177) et un maréchal des logis de gendarmerie agissant comme agent judiciaire (Trib. des conflits, 15 novembre 1913, *Recueil*, 1913, p. 1114, et S., 1920, III, p. 47).

Que décider du préfet agissant en vertu de l'article 10 du code d'instruction criminelle ? Le préfet est un fonctionnaire administratif par excellence ; acquiert-il alors le caractère judiciaire ? Une raison de douter peut être tirée de ce que les préfets ne sont point placés au nom-

bre des officiers de police judiciaire qui, aux termes de l'article 9 du code d'instruction criminelle, agissent sous l'autorité des cours d'appel. Malgré cela, j'estime que le préfet, agissant en vertu de l'article 10, devient agent de l'ordre judiciaire. On ne comprendrait pas que le législateur ait pu donner pour les préfets une solution différente de celle donnée pour les maires et les commissaires de police. Il en résulte que les préfets, agissant en vertu de l'article 10, sont placés sous le contrôle exclusif des tribunaux judiciaires. Le tribunal des conflits en a ainsi décidé dans trois jugements du 23 mars 1889 rendus à propos de saisies de portraits et de brochures du comte de Paris, opérées par le préfet de police et plusieurs préfets des départements. Le tribunal des conflits reconnaît que sont de la compétence judiciaire l'action dirigée par un particulier contre le préfet de police en restitution d'exemplaires d'un manifeste politique et de griffes et clichés qui auraient été illégalement saisis, l'action en restitution de portraits qui auraient été aussi illégalement saisis et l'action en dommages et intérêts contre un préfet et contre un conseiller de préfecture délégué, à raison de la saisie et de l'ouverture à la poste de lettres recommandées faites sur leur ordre. Le tribunal des conflits fonde cette compétence de l'autorité judiciaire sur ce que le préfet de police et les préfets des départements, quand ils opèrent et prescrivent des saisies en vertu de l'article 10 du code d'instruction criminelle, agissent comme officiers de police judiciaire.

Tribunal des conflits, 25 mars 1889 (3 jugements), S., 1891, III, p. 31 et s., conclusions de MM. les commissaires du gouvernement Marguerie et Valabrègue. Il convient de noter que par ces jugements le tribunal des conflits condamnait très nettement l'ancienne théorie des actes de gouvernement.

Observation. — On a dit parfois qu'une des raisons qui doit faire distinguer les agents judiciaires et les

agents administratifs, c'est que la responsabilité des agents judiciaires envers les particuliers ne peut être mise en jeu que par la procédure de la prise à partie (C. proc. civ., art. 505 et s.) et que cette voie de droit est recevable contre un agent judiciaire quelconque.

V. notamment Ferron, note sous Alger, 27 février 1901, S., 1904, II, p. 17.

Je ne crois pas que cela soit exact. Sans doute, la procédure de la prise à partie n'est possible que contre un agent de l'ordre judiciaire ; elle est impossible contre un agent de l'ordre administratif, même à raison d'actes juridictionnels. Mais je ne crois pas que la prise à partie soit possible contre tout agent judiciaire. Voici, à mon sens, la vérité : s'il s'agit d'un agent permanent de l'ordre judiciaire, membres des cours ou des tribunaux, des parquets de première instance et d'appel, juges de paix, juges de commerce, la prise à partie est possible et leur responsabilité personnelle ne peut être mise en jeu qu'au moyen de cette procédure. Cependant elle n'est pas possible contre les membres de la cour de cassation parce qu'elle ne peut pas être portée devant une juridiction supérieure (C. proc. civ., art. 505 et s.). S'il s'agit d'un agent qui n'a que momentanément le caractère judiciaire, la prise à partie n'est pas possible et elle est inutile parce que la responsabilité de cet agent peut être mise en jeu directement devant les tribunaux judiciaires qui sont compétents et exclusivement compétents pour la juger.

Cela ressort des décisions du tribunal des conflits précitées des 15 décembre 1883 et 25 mars 1889 et de la décision du 22 juillet 1905 (*Recueil*, p. 660). Cette dernière décision semble reconnaître que les tribunaux judiciaires sont directement compétents pour statuer sur une action en responsabilité dirigée contre les membres d'une commission municipale de revision des listes électorales, « lesquels exercent, dit le tribunal des conflits, dans l'ordre judiciaire, en vertu d'une délégation temporaire, une véritable fonction juridictionnelle du premier degré ». Cependant la cour

d'Agen a admis la prise à partie contre un maire agissant comme officier de police judiciaire (28 février 1901, Dal., 1903, II, p. 190), la chambre des requêtes contre un garde particulier assermenté (10 janvier 1900, Dal., 1904, I, p. 546), et la chambre civile contre un maire agissant comme officier de police judiciaire (25 juillet 1910, Dal., 1911, I, p. 322, conclusions de M. le procureur général Beaudouin, avec une note de Lalou). Mais la cour suprême a admis l'action en responsabilité contre un maire agissant comme officier de l'état civil, portée directement devant les tribunaux judiciaires sans la procédure de la prise à partie (15 juin 1909, *Revue générale d'administration,* mars 1910, p. 39).

D'autre part, le tribunal des conflits a décidé que les tribunaux judiciaires étaient compétents pour connaître directement, sans qu'il fût nécessaire de recourir à la prise à partie, d'une action en dommages et intérêts formée par un Français contre un ministre de la France dans un pays étranger pour refus de célébration de mariage, alors que dans le cas prévu par l'article 48 du code civil les agents diplomatiques agissent comme officiers de l'état civil et, par conséquent, comme agents de l'ordre judiciaire (Trib. des conflits, 25 mars 1911, *Recueil,* 1911, p. 392, avec de longues et remarquables conclusions de M. Chardenet, et S., 1911, III, p. 105, avec une note d'Hauriou). Cette décision du tribunal des conflits contient une nouvelle condamnation de la vieille théorie des actes de gouvernement sur laquelle je m'expliquerai complètement à la fin du présent volume.

Le garde des sceaux, qui, comme tous les ministres pris individuellement, est un fonctionnaire de l'ordre administratif, agit parfois comme agent de l'ordre judiciaire. Il en est ainsi certainement lorsqu'il met en mouvement la procédure de la revision des procès criminels aux termes de l'article 444 du code d'instruction criminelle ou lorsqu'il provoque le pourvoi en cassation dans l'intérêt de la loi, conformément aux articles 80 de la loi du 27 ventôse an VIII, et 441 du code d'instruction criminelle.

Le conseil d'État a décidé qu'il ne lui appartient pas de connaître du recours formé contre une décision par laquelle le ministre de la justice s'est déclaré incompétent pour statuer sur une réclamation relative au transfert par décision du tribunal de la Seine d'un juge d'une section à une autre section de la

même chambre et s'est refusé à saisir la cour de cassation de ladite réclamation. Le conseil d'État a jugé qu'en prenant cette décision le ministre avait agi, non comme autorité administrative, mais comme chef de la magistrature chargé de veiller au bon fonctionnement de l'organisation judiciaire (Cons. d'État, 4 août 1913, *Magnaud, Recueil,* 1913, p. 987). De même le conseil d'État a décidé que le recours pour excès de pouvoir n'était pas recevable contre la décision prise par le garde des sceaux relativement à l'exécution des peines prononcées par les tribunaux judiciaires (23 juillet 1920, *Recueil,* p. 737).

On peut se demander si c'est bien jugé et si, au contraire, le ministre intervenant, non pas pour provoquer une décision de justice, mais pour assurer le bon fonctionnement du service de justice ou du service pénitentiaire, n'agit pas alors comme fonctionnaire administratif, chef supérieur de tous les services publics dépendant de son département.

§ 55. — *De la séparation de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif.*

Les fonctionnaires de l'ordre judiciaire et ceux de l'ordre administratif, dans tous les pays où comme en France cette distinction existe, ont naturellement des domaines d'action séparés. Cette séparation des deux ordres de fonctionnaires est souvent appelée séparation des pouvoirs, ou du moins rattachée au principe général de la séparation des pouvoirs. J'ai montré aux paragraphes 41 et 42 tout ce qu'il y a d'inexact dans cette conception et cette terminologie, et je n'y reviens pas. Il suffit de dire que cette règle de la séparation du domaine d'action des fonctionnaires de l'ordre administratif et des fonctionnaires de l'ordre judiciaire se rattache au besoin de concilier l'indépendance administrative et les nécessités de l'action gouvernementale avec les garanties auxquelles l'individu a légitimement droit pour sa personne, sa liberté et ses biens.

Cela posé, ni en France ni dans aucun des pays qui ont adopté le principe du système français, la sépara-

tion des domaines d'action de l'autorité administrative et de l'autorité judiciaire ne correspond à la distinction de la fonction administrative et de la fonction juridictionnelle. On l'a déjà dit au début du paragraphe 54; il n'est pas inutile de le dire à nouveau. Les agents judiciaires exercent surtout la fonction juridictionnelle, mais ils font souvent des actes qui sont des actes administratifs matériels. Les agents administratifs font bien souvent des actes juridictionnels. Le domaine d'action de l'ordre judiciaire reste déterminé par les lois de la période révolutionnaire. Il est encore ce qu'il était à cette époque, parce que la raison qui maintient la séparation des deux ordres de fonctionnaires est toujours la même que celle qui a amené sa création.

Les agents judiciaires sont seuls compétents pour juger les différends entre les particuliers; ils peuvent seuls intervenir pour prendre une décision juridictionnelle ou non qui touche directement à l'état, à la liberté ou à la propriété des citoyens; ils peuvent donc seuls faire tous les actes qui sont destinés à rechercher les auteurs d'infractions et à les livrer à la justice; ils peuvent seuls faire des actes de juridiction répressive; ils peuvent seuls procéder à des actes d'exécution sur les personnes ou sur les biens. Je crois avoir établi au paragraphe 41 que tel était bien, d'après les lois de la période révolutionnaire, le domaine d'action de l'ordre judiciaire.

Les agents de l'ordre administratif ne peuvent faire aucun des actes qui rentrent dans le domaine de l'ordre judiciaire, à moins que la loi ne leur donne formellement compétence à cet effet. Si en dehors d'un texte formel un agent administratif faisait un des actes du domaine judiciaire, il commettrait une usurpation de pouvoir; son acte serait inexistant; il y aurait une voie de fait entraînant sa responsabilité personnelle dans les conditions qui seront expliquées plus tard.

Mais, d'autre part, les fonctionnaires de l'ordre judiciaire ne peuvent pas s'immiscer dans le domaine administratif; ils ne peuvent pas contrarier l'action administrative, et, en conséquence, ils ne peuvent pas juger les procès dont le jugement implique l'appréciation d'un acte administratif ou d'une opération administrative. Tout procès dont le jugement implique l'appréciation d'un acte ou d'une opération administratifs est de la compétence des administrateurs. L'ensemble de ces procès forme ce qu'on appelle le contentieux administratif.

Telle est la règle générale qui détermine le domaine de l'ordre administratif et le soustrait aux empiétements de l'ordre judiciaire. C'était celle qui résultait des lois de la période révolutionnaire; et prise dans sa généralité elle est encore exacte. Mais quand on veut la préciser et en déterminer les principales applications, on s'aperçoit qu'une évolution très complexe s'est accomplie, et, telle qu'elle est appliquée aujourd'hui, elle diffère sensiblement de ce qu'elle était à l'époque révolutionnaire. Une autre évolution s'est produite : c'est la séparation dans l'ordre administratif des administrateurs actifs et des juridictions administratives.

Les principaux textes des constitutions et des lois de la période révolutionnaire qui consacrent le principe de la séparation de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif sont les suivants : Loi du 22 décembre 1789, section III, article 7 : « Les administrations de départements et de districts ne pourront être troublées dans l'exercice de leurs fonctions administratives par aucun acte du pouvoir judiciaire » ; loi du 16 août 1790, section II, article 13 : « Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives... » ; constitution de 1791, titre III, chapitre IV, section II, article 3 : « Les administrateurs

ne peuvent... rien entreprendre sur l'ordre judiciaire... », et titre III, chapitre v, article 3 : « Les tribunaux ne peuvent... entreprendre sur les fonctions administratives... » ; constitution de l'an III, article 189 : « Les administrations... ne peuvent s'immiscer dans les objets dépendant de l'ordre judiciaire » ; loi du 16 fructidor an III, : « Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration *de quelque espèce qu'ils soient...* » ; loi du 21 fructidor an III, article 27 : « En cas de conflit d'attributions entre les autorités judiciaires et administratives, il sera sursis jusqu'à décision du ministre confirmée par le directoire exécutif... »

De ces textes il résulte bien que les tribunaux judiciaires ne pouvaient connaître d'un procès dont le jugement impliquait nécessairement l'appréciation d'un acte administratif quelconque, soit acte administratif juridique, soit opération matérielle administrative. Tous ces procès étaient soustraits à la connaissance des tribunaux judiciaires et jugés par les administrateurs eux-mêmes, et cela en dehors de toute disposition législative spéciale et par application du principe général de la séparation des deux ordres. Si certaines dispositions législatives attribuaient expressément compétence aux administrateurs pour connaître d'un procès naissant à l'occasion d'un acte administratif, elles n'étaient que des applications du principe général.

Depuis la Révolution et pendant tout le XIX^e^ siècle, un double effort a été tenté et une double évolution a été réalisée. D'une part, on a tenté de confier le jugement du contentieux administratif à des agents administratifs distincts des administrateurs actifs et présentant des garanties de capacité et d'indépendance, afin qu'on ne puisse pas dire que l'administrateur est juge et partie dans sa propre cause. Sous l action de cet effort, la

loi a progressivement réalisé la séparation à peu près complète de l'administration active et de l'administration contentieuse. D'autre part, la jurisprudence et la doctrine se sont efforcées, tout en maintenant la règle de la période révolutionnaire, d'en restreindre l'application et de soustraire à la connaissance de l'autorité administrative certains procès, bien que leur jugement impliquât l'appréciation d'actes administratifs.

De l'évolution législative qui a réalisé la séparation de l'administration active et de l'administration contentieuse, deux lois marquent l'une le point de départ, l'autre le point d'arrivée. La loi du 28 pluviôse de l'an VIII, en créant les conseils de préfecture et en leur donnant toute la compétence contentieuse qui appartenait, d'après la loi des 7-11 septembre 1790, aux administrations actives, enlevait la connaissance de ces affaires aux préfets qui remplaçaient les administrations de département et les donnait à un véritable tribunal de l'ordre administratif. Il est vrai que les conseils de préfecture restaient étroitement dépendants de l'administration active et présidés par le préfet, qu'ils ne recevront une organisation donnant quelques garanties aux justiciables que de la loi du 21 juin 1865 et n'auront une procédure réglée qu'en 1889 (L. 22 juillet 1889).

Au sommet, le conseil d'État créé par la constitution de l'an VIII était chargé de « résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative ». Mais jusqu'en 1849 il n'exerce qu'une justice *retenue*, c'est-à-dire il ne donne, même en matière contentieuse que des avis, la décision appartenant au gouvernement en conseil d'État. Il faut dire que les divers gouvernements qui se succèdent se font une règle de toujours confirmer l'avis donné par le conseil d'État en matière contentieuse. D'autre part, tout en maintenant la justice *retenue*, la loi du 19 juillet 1845 donne de sérieuses garanties aux

justiciables plaidant devant le conseil d'État. Sous la seconde république, le conseil d'État reçoit de la loi du 3 mars 1849 la *justice déléguée*, c'est-à-dire le droit de décision propre en matière juridictionnelle. Mais c'est pour peu de temps. Avec la constitution de 1852 et le décret du 25 janvier 1852, on revient au système de la justice *retenue*. Cependant le conseil d'État du second empire a pour l'exercice de ses fonctions juridictionnelles l'organisation d'une véritable juridiction, et l'on ne peut citer un seul cas où le gouvernement impérial n'ait pas confirmé la solution contentieuse proposée par le conseil.

Enfin, de la loi du 24 mai 1872 (art. 9) le conseil d'État reçoit définitivement un pouvoir de décision propre ; il devient une juridiction souveraine en matière contentieuse administrative.

En même temps que cette évolution législative s'accomplissait, la doctrine s'efforçait d'édifier un système qui s'harmonisât avec la jurisprudence très touffue et parfois contradictoire et qui, tout en maintenant le principe du contentieux administratif, en aurait précisé et limité l'étendue. Cet effort doctrinal a trouvé comme sa synthèse dans l'ouvrage célèbre de Laferrière, *Juridiction et contentieux*, dont la première édition parut en 1887.

Deux éléments constituaient le système doctrinal ainsi élaboré : 1° la distinction du contentieux administratif par nature et du contentieux administratif par détermination de la loi ; 2° la distinction des actes administratifs d'autorité et des actes administratifs de gestion. Les procès intéressant l'administration, qui naissent à l'occasion d'un acte ou d'une opération administratifs, ne sont pas, disait-on, nécessairement soustraits à la compétence judiciaire. Certains ne sont de la compétence administrative que lorsqu'un texte de

loi formel a établi cette compétence ; ils forment un contentieux administratif exceptionnel, par détermination de la loi. D'autres procès, au contraire, sont de la compétence des juridictions administratives en vertu du principe général de la séparation des deux ordres administratif et judiciaire ; ils forment le contentieux administratif par nature et ils sont soustraits à la compétence judiciaire de plein droit, même en l'absence de tout texte, par le jeu même des principes généraux. Ce sont tous les procès dont le jugement implique l'appréciation d'un acte administratif d'autorité ou de puissance publique, c'est-à-dire d'un acte dans lequel l'administration apparaît comme puissance publique, procède par voie d'injonction ou de défense. Au contraire, si le procès s'élève à l'occasion d'un acte de gestion, acte juridique ou simple opération matérielle, où l'administration n'apparaît pas comme puissance publique, mais comme gérant les intérêts collectifs, les tribunaux administratifs ne sont pas, en principe, compétents ; le procès doit être porté devant les tribunaux judiciaires, à moins qu'un texte formel n'établisse la compétence administrative.

Laferrière écrivait, en 1887 (1re édit.) et en 1896 (2e édit.), ceci : « Il semble que le législateur (de l'époque révolutionnaire) ait voulu prévenir, par l'emploi de ces formules si larges, toute distinction entre les différents actes des autorités administratives et les soustraire tous indistinctement à la compétence judiciaire... Cette doctrine absolue n'est pas celle du droit administratif moderne. La jurisprudence du conseil d'État l'a progressivement atténuée en soumettant à un examen plus attentif le principe de la séparation des pouvoirs... On ne doit pas considérer comme échappant de plein droit à la compétence judiciaire tout acte émané de l'administration, toute opération accomplie

ou prescrite par elle en vue d'un intérêt général, mais seulement les actes et les opérations qui se rattachent à l'exercice de la puissance publique et qui excèdent à ce titre les facultés des citoyens... Les actes de puissance publique sont les seuls actes de l'administration qui échappent de plein droit à la compétence judiciaire. La règle est différente pour les actes de gestion, c'est-à-dire pour ceux que l'administration accomplit en qualité de gérant et d'intendant des services publics et non comme dépositaire d'une part de la souveraineté... Tandis qu'une loi est nécessaire pour donner exceptionnellement compétence aux tribunaux sur un acte de puissance publique, une loi est nécessaire pour la leur ôter sur un acte de gestion. Le contentieux des actes de puissance publique est administratif de sa nature; celui des actes de gestion n'est administratif que par détermination de la loi » (Laferrière, *Juridiction et contentieux,* 1896, p. 477, 484 et 485).

Pendant que s'accomplissait, pour restreindre l'étendue du contentieux administratif et le domaine d'action juridictionnelle de l'administration, l'effort dont Laferrière marquait si nettement le résultat, se réalisait l'évolution législative décrite plus haut; le conseil d'État devenait la juridiction de droit commun en matière administrative. Par son organisation, par la science de ses membres et surtout par leur haute et sereine impartialité, par leur noble indépendance, il offrait aux justiciables toute garantie. Il fut bientôt évident que plus que les tribunaux judiciaires, plus même que la cour de cassation dans les questions qui, par suite du jeu compliqué des règles de compétence, pouvaient être jugées par l'une ou l'autre des juridictions, le conseil d'État donnait la solution favorable aux intérêts individuels et à leur protection contre l'arbitraire administratif.

D'autre part, cette distinction des actes d'autorité et des actes de gestion, comprise comme le faisait Laferrière, était vigoureusement attaquée. Hauriou notamment (cf. § 26), dans une doctrine ingénieuse et dont on ne saurait méconnaître l'influence sur la jurisprudence du conseil d'État, enseigne que la distinction de la gestion et de l'autorité ne peut avoir d'effet que sur la nature interne du contentieux administratif : l'autorité donne naissance au contentieux d'annulation, la gestion au contentieux de pleine juridiction. Mais la juridiction administrative est toujours compétente pour juger les procès à l'occasion des actes de gestion et des actes d'autorité, à moins cependant qu'il ne s'agisse de la gestion privée, c'est-à-dire d'actes touchant le domaine privé.

Moi-même, je me suis efforcé de combattre (cf. § 26) la distinction de l'autorité et de la gestion, telle que la comprenaient Laferrière et à sa suite Berthélemy, et de montrer quelle était la seule classification possible des actes administratifs.

Bref, sous l'empire de ces différentes circonstances, agissant d'ailleurs à des degrés très divers, la jurisprudence revient en quelque sorte en arrière et tend à comprendre le contentieux administratif à la manière des lois de la période révolutionnaire. Elle soustrait à la compétence judiciaire tout procès impliquant une appréciation d'un acte unilatéral ou plurilatéral ou d'une opération administrative, faits en vue d'assurer le fonctionnement d'un service public centralisé ou décentralisé. Seuls sont de la compétence judiciaire les procès nés à l'occasion d'actes de gestion du domaine privé de l'État, des départements, des communes et établissements publics.

La juridiction administrative est seule compétente pour juger tous les procès dont la solution implique

l'appréciation d'un acte unilatéral de l'administration, qu'il s'agisse d'une administration centralisée ou décentralisée (département, commune, établissement public).

La jurisprudence du conseil d'État à cet égard s'est affirmée très nettement dans l'arrêt Terrier du 6 février 1903 (*Recueil*, p. 94 et s.) où, sur les conclusions de M. le commissaire du gouvernement Romieu, il s'est reconnu compétent pour statuer sur la réclamation d'un individu invoquant une délibération d'un conseil général accordant une prime pour la destruction des vipères.

La juridiction administrative est compétente pour juger tous les procès dont la solution implique l'appréciation d'un acte contractuel auquel l'administration de l'État est partie, à moins que ce soit un contrat touchant le domaine privé.

Tous les procès qui naissent à l'occasion de la situation des fonctionnaires appartiennent au contentieux administratif et doivent être portés devant le conseil d'État. On déterminera plus loin le véritable caractère de la nomination de fonctionnaire. Quelques auteurs veulent encore y voir un contrat. Certains arrêts du conseil d'État parlent encore du contrat de droit public unissant le fonctionnaire à l'administration. Je montrerai (§ 62) que ce sont là conceptions tout à fait erronées. Mais, seraient-elles exactes, la connaissance des difficultés naissant entre le fonctionnaire et l'administration n'en appartiendrait pas moins aux tribunaux administratifs. Peu importe, d'ailleurs, qu'il s'agisse de fonctionnaires de l'État ou d'une administration décentralisée, département, commune, établissement public. De nombreux arrêts du conseil d'État l'ont décidé, depuis l'arrêt *Cadot*, en 1889, et il ne peut y avoir aucun doute sur ce point.

La jurisprudence paraît, au contraire, très hésitante sur le point de savoir si la connaissance des procès nés à l'occasion des marchés de fournitures passés par les

départements, les communes, les établissements publics appartient au conseil d'État ou aux tribunaux judiciaires. Pour les marchés de travaux publics, il n'y a pas de difficulté, la loi du 28 pluviôse de l'an VIII donnant compétence générale en premier ressort au conseil de préfecture, avec appel toujours possible au conseil d'État. Mais pour les marchés de fourniture, les décisions de la jurisprudence sont nettement contradictoires.

Le conseil d'État, par un arrêt *Théron* du 4 mars 1910, semblait se reconnaître compétent pour statuer sur les procès nés à l'occasion de tout contrat passé par une commune en vue d'un service public. Il s'agissait, dans l'espèce, d'un marché passé par la ville de Montpellier avec le sieur Thérond et ayant pour objet la capture et la mise en fourrière des chiens errants et l'enlèvement des bêtes mortes : « Considérant, dit l'arrêt, qu'en traitant dans les conditions ci-dessus rappelées, la ville de Montpellier a agi en vue de l'hygiène et de la sécurité de la population et a eu, dès lors, pour but d'assurer un service public ; qu'ainsi les difficultés pouvant résulter de l'inexécution ou de la mauvaise exécution de ce service sont, à défaut d'un texte en attribuant la connaissance à une autre juridiction, de la compétence du conseil d'État. » V. le texte de l'arrêt, *Recueil,* p. 193, avec les conclusions de Pichat, et *Revue du droit public,* 1910, p. 253, avec la note de Jèze. — Berthélemy, dans la sixième édition (1910) de son *Droit administratif* (p. 21 et 902), est obligé de reconnaître que la jurisprudence du conseil d'État paraît avoir définitivement rejeté la doctrine d'après laquelle, en principe, les tribunaux administratifs ne sont pas compétents pour connaître des procès nés à l'occasion des actes de gestion, et que la question de compétence se ramène à celle de savoir si le procès est né à l'occasion de l'exécution d'un service public.

Cependant une décision du tribunal des conflits du 4 juin 1910 (*Compagnie d'assurances* Le Soleil) paraît en contradiction avec cette jurisprudence. Elle reconnaît la compétence judiciaire pour le jugement de l'action en responsabilité contre l'État née à la suite d'un incendie d'un immeuble appartenant à la ville de Bernay et que celle-ci avait loué à l'État pour le logement momentané des réservistes. La compagnie d'assurances *Le Soleil* agissait comme subrogée aux droits de la ville. Il y avait bien là

une action née d'un contrat fait en vue d'assurer le fonctionnement d'un service public. En tout cas, il y avait une action en responsabilité dirigée contre l'État à l'occasion du fonctionnement d'un service public. Et cependant le tribunal des conflits annule l'arrêté de conflit, « considérant que l'occupation de l'immeuble a eu lieu non en vertu d'un acte régulier et permanent d'affectation, mais en vertu d'un accord qui, par sa nature et ses effets, rentre dans les contrats de droit civil et dont, par suite, la connaissance appartient à l'autorité judiciaire » (*Revue du droit public,* 1910, p. 474 avec les conclusions conformes de M. l'avocat général Feuilloley et la note de Jèze). Jèze fait observer que le tribunal des conflits paraît avoir ignoré l'arrêt *Thérond* précité. Il semble que le tribunal a été déterminé par ce fait que, sans doute, il y avait une situation contractuelle créée en vue d'un service public, mais une situation temporaire et accidentelle. Cela cependant ne peut justifier la solution.

Ce qui est encore mieux, c'est que le conseil d'État s'est mis en contradiction formelle avec lui-même. Par l'arrêt du 21 juillet 1912 (*Société des granits, ville de Lille*), il s'est déclaré incompétent pour connaître d'un marché de pavés passé par la ville de Lille, donnant ainsi une solution en contradiction absolue avec celle de l'arrêt de *Thérond* du 4 mars 1910. Il se déclare incompétent : « Considérant que le marché passé entre la ville et la société était exclusif de tous travaux à exécuter par la société et avait pour objet unique des fournitures à livrer selon les règles et conditions des contrats intervenus entre particuliers... » Mauvais motif, d'abord parce que si le marché avait été accompagné de travaux à exécuter, ce n'est pas le conseil d'État qui eût été compétent, mais le conseil de préfecture, ensuite parce qu'il est un pur cercle vicieux, la question étant précisément de savoir si le marché fait par une administration en vue d'assurer le fonctionnement d'un service public est soumis aux règles des contrats entre particuliers. Le 4 mars 1910, le conseil d'État décidait que le marché fait par la ville de Montpellier avec le sieur Thérond, étant fait en vue d'assurer l'hygiène et la sécurité de la population, avait pour but d'assurer un service public et que, dès lors, les difficultés qui en naissaient étaient de la compétence du conseil d'État. Le 31 juillet 1912, le conseil d'État dit au contraire que bien que le marché fait entre la ville de Lille et la Société des granits ait eu pour but d'assurer le pavage des rues de Lille et, par conséquent, d'assurer le service public de la

circulation, les difficultés qui en naissent sont de la compétence des tribunaux judiciaires. Je ne comprends pas.

Les conclusions de Léon Blum, sur lesquelles a été rendu cet arrêt, ne sont pas faites pour m'éclairer. Il dit notamment : « Quand il s'agit de contrat, il faut rechercher, non en vue de quel objet ce contrat est passé, mais ce qu'est ce contrat, d'après sa nature même. Et pour que le juge administratif soit compétent, il ne suffit pas que la fourniture qui est l'objet du contrat doive être ensuite utilisée pour un service public, il faut que ce contrat, par lui-même et par sa nature propre, soit de ceux qu'une personne publique peut seule passer, qu'il soit, par sa forme et sa contexture, un contrat administratif. »

Vraiment, c'est une singulière théorie! Léon Blum ne comprend pas que dans ses éléments intrinsèques un contrat a toujours les mêmes caractères. Le contrat est une certaine catégorie juridique et quand les éléments qui le constituent sont réunis, il y a un contrat ayant toujours les mêmes caractères et les mêmes effets. Par conséquent, s'il y a des contrats qui donnent lieu à la compétence des tribunaux administratifs, ce ne peut être qu'à raison du but en vue duquel ils sont faits. Il y a quelque chose d'analogue à ce qui se passe pour les contrats commerciaux. Quant au fond, il n'y a pas de différence entre un contrat civil et un contrat commercial. Ce qui fait le contrat commercial et fonde la compétence des tribunaux de commerce, c'est le but commercial en vue duquel il est fait. Il n'y a pas de différence, quant au fond, entre un contrat civil et un contrat administratif. Ce qui donne à un contrat le caractère administratif et fonde la compétence des tribunaux administratifs, c'est le but de service public en vue duquel il est fait. Léon Blum, dans ses conclusions distingue, en matière contractuelle, la gestion publique et la gestion privée. Je fais toute réserve sur l'emploi de ces expressions. Mais si l'on admet cette mauvaise terminologie, il est d'évidence que ce qui fait la gestion publique, c'est précisément le but de service public qui est poursuivi. Je défie qu'on trouve un autre critérium de la distinction.

V. le texte de l'arrêt du conseil d'État *Société des granits, ville de Lille,* 31 juillet 1912, et les conclusions de M. Léon Blum, *Recueil,* 1912, p. 909, S., 1917, III, 16, *Revue du droit public,* 1914, p. 150, avec une bonne note de Jèze, qui critique très justement les conclusions de M. Léon Blum.

Pendant que le conseil d'État, se mettant en contradiction avec lui-même, rejetait la compétence administrative pour con-

naître d'un marché passé par une commune en vue d'un service public, la cour de cassation (chambre civile), se conformant à la jurisprudence de l'arrêt *Thérond,* admettait la compétence administrative pour connaître d'un contrat intéressant le fonctionnement d'un service public communal, dans l'espèce, un emprunt contracté par une commune pour assurer le service public d'éclairage (*Revue du droit public,* 1912, p. 472).

Le tribunal des conflits semble se conformer à la jurisprudence affirmée par le conseil d'État dans l'arrêt de 1912, *Ville de Lille, Société des granits.* En effet, par une décision du 22 janvier 1921, il a reconnu la compétence judiciaire pour statuer sur le litige né à l'occasion de la concession d'un bac par la colonie de la Côte d'Ivoire. Dans ses conclusions, M. l'avocat général Matter distingue entre l'exploitation de personne privée et l'exploitation de personne publique, distinction qui est du même ordre et n'a pas plus de valeur que celle de la gestion privée et de la gestion publique. Encore une fois, si l'on admet cette terminologie, la personne publique et la gestion publique apparaissent toutes les fois que l'administration agit, déterminée par un but de service public ; en dehors de ce critérium, tout est vain et l'on n'arrive qu'à la contradiction et à la confusion.

Jugement du tribunal des conflits (*Côte d'Ivoire*), 22 janvier 1921, Dal., 1921, III, p. 2, avec les conclusions de M. l'avocat général Matter.

Dans un arrêt du 6 mai 1921 (*Compagnie P.-L.-M.*), le conseil d'État s'est prononcé pour la compétence judiciaire dans un litige entre l'État et une compagnie de chemins de fer, relatif à un transport de troupes que l'État charge la compagnie de faire dans les conditions ordinaires. Le conseil d'État motive cette solution en disant qu'il y a un contrat de transport dont la connaissance appartient aux tribunaux judiciaires. Jèze fait très justement observer que ce motif est inexact, qu'il n'y a point contrat de transport, mais simplement fonctionnement du service public des chemins de fer, conformément à la loi de ce service, et que si les tribunaux judiciaires sont compétents, c'est exceptionnellement par application de l'article 22 de la loi du 15 juillet 1845, qui en matière de service public de chemins de fer, donne exceptionnellement compétence aux tribunaux judiciaires (*Revue du droit public,* 1921, p. 510).

Le conseil d'État s'est déclaré également incompétent et a reconnu la compétence judiciaire pour statuer sur les difficultés nées entre l'État et les particuliers à l'occasion des terrains mis

à la disposition de l'autorité militaire pour y établir des abris pour les troupes (12 novembre 1921, *Husson, Revue du droit public,* 1922, p. 71, conclusions conformes de M. le commissaire du gouvernement Mazerat). Le conseil d'État s'est aussi déclaré incompétent pour connaître des litiges soulevés par les assurances maritimes faites par l'État pendant la guerre (23 décembre 1921, *Société générale d'armement, Revue du droit public,* 1922, p. 74, conclusions de M. Rivet et note de Jèze). La première de ces deux solutions est en contradiction flagrante avec la jurisprudence antérieure constante, en vertu de laquelle le conseil d'État est seul compétent pour statuer sur les litiges nés d'actes relatifs au fonctionnement des services publics. La seconde l'est aussi, parce que pendant la guerre les assurances maritimes étaient devenues certainement un service public d'État.

Ces diverses décisions viennent confirmer ce que j'ai dit déjà plusieurs fois : sous l'action de causes qu'il est difficile de déterminer, la jurisprudence du conseil d'État traverse actuellement une période de trouble et de régression, laquelle, il faut l'espérer, sera de courte durée.

Quant aux questions de responsabilité de l'administration envers les particuliers à l'occasion du fonctionnement d'un service public, elles sont de la compétence des tribunaux administratifs. Cette solution est admise depuis longtemps sans contestation en ce qui concerne la responsabilité de l'État ; mais pour la responsabilité des administrations autres que l'État, départements, communes, colonies, établissements publics, la jurisprudence, qui un moment avait paru admettre, d'une manière générale, la compétence des tribunaux administratifs, semble aujourd'hui hésitante comme elle l'est pour la compétence en matière de contrats administratifs.

Quand la question de responsabilité se pose pour dommages causés par l'exécution de travaux publics, il n'y a pas de difficultés. Le conseil de préfecture est compétent en premier ressort et le conseil d'État en appel, qu'il s'agisse de travaux exécutés par l'État ou par des unités administratives secondaires. C'est l'appli-

cation de l'article 4 de la loi du 28 pluviôse de l'an VIII. Au surplus, il importe de faire une précision. Le conseil de préfecture n'est compétent que lorsque le dommage provient de l'exécution du travail public; il ne l'est pas si le dommage provient de l'exploitation du travail public. La distinction est quelquefois dans la pratique difficile à faire; en droit, elle est certaine. Quand le dommage provient de l'exploitation du travail public, la compétence est la même que lorsque le dommage résulte du fonctionnement d'un service public. Et l'on va montrer un peu plus loin les difficultés qui se sont élevées à ce sujet, les décisions parfois contradictoires données par la jurisprudence.

Des décisions de jurisprudence nombreuses ont consacré la distinction que je viens d'indiquer entre le dommage provenant de l'exécution du travail public et celui provenant de l'exploitation du travail public. Je me borne à citer une des plus récentes, un jugement du tribunal des conflits du 13 janvier 1917, *Recueil*, 1919, p. 47.

Sauf le cas où il s'agit de dommages causés par l'exécution de travaux publics, c'est le conseil d'État qui est toujours compétent, en premier et dernier ressort, pour statuer sur la responsabilité née à l'occasion d'un service public, quand il relève de l'État et quel que soit ce service public. Il n'y a d'exceptions à cette règle que lorsque la responsabilité de l'État est engagée à l'occasion de son domaine privé. La jurisprudence est depuis longtemps définitivement fixée en ce sens, mais elle ne s'est pas établie sans quelques difficultés.

Le premier tribunal des conflits, créé par la constitution de 1848 et organisé par la loi de 1850, avait jugé que seuls les tribunaux administratifs étaient compétents pour apprécier les conséquences dommageables pouvant résulter du fonctionnement des services publics et pour en prescrire la réparation. Malgré cela, pendant tout le second Empire, la cour de cassation

avait continué de reconnaître la compétence des tribunaux judiciaires pour juger les actions en responsabilité contre l'État. Mais le nouveau tribunal des conflits de 1872, par une décision rendue, après partage, sous la présidence de M. le garde des sceaux Dufaure, reconnaît la compétence des tribunaux administratifs pour statuer sur l'action en responsabilité dirigée contre l'État, à raison de l'accident survenu à un enfant à la manufacture des tabacs de Bordeaux. C'est le célèbre arrêt *Blanco* du 1er février 1873.

S., 1873, II, p. 153, avec les conclusions de M. le commissaire du gouvernement David.

La cour de cassation s'est inclinée; et depuis l'arrêt *Blanco* il est de jurisprudence constante que les tribunaux administratifs, en fait le conseil d'État en premier et dernier ressort, à moins qu'il ne s'agisse de travaux publics, sont compétents pour statuer sur toutes les actions en responsabilité dirigées contre l'État à raison du fonctionnement des services publics. Les tribunaux judiciaires ne sont compétents que pour juger la responsabilité née à l'occasion du domaine privé.

On va jusqu'à décider que les tribunaux judiciaires sont incompétents pour statuer sur la responsabilité de l'État à raison du fonctionnement d'un service public, même lorsque la demande est formée comme demande reconventionnelle à une action de l'État régulièrement portée devant un tribunal judiciaire (Cour de Paris, 15 novembre 1917, Dal., 1918, II, p. 184).

Cependant, par sa décision (*Frémont*) du 22 mai 1909, le tribunal des conflits a reconnu la compétence judiciaire pour juger l'action en responsabilité intentée contre l'État par la société exploitant en vertu d'un contrat passé avec la ville de Paris un vélodrome dans la galerie des machines, action en responsabilité à raison du préjudice occasionné par le cantonnement des troupes dans ladite galerie en vue des troubles du 1er mai 1906 (*Recueil*, p. 533). Il s'agissait bien là d'un préjudice occasionné par le fonctionnement d'un service public. Le tribunal des conflits motive sa décision sur ce que le demandeur fondait son action en responsabilité sur le trouble apporté dans la jouissance

d'un immeuble qu'il détenait en vertu d'un contrat. Ce motif ne tient pas debout, car s'il y avait un contrat, c'était entre le demandeur et la ville de Paris et celui-là agissant contre l'État n'invoquait nullement (il ne le pouvait pas) un contrat auquel l'État était totalement étranger. En fondant sa demande sur la responsabilité de l'État à l'occasion d'un service public, le demandeur agissait conformément au droit commun, et, conformément à la jurisprudence consacrée depuis 1873 par l'arrêt *Blanco,* il devait forcément porter sa demande devant le conseil d'État. Le tribunal des conflits, en décidant que les tribunaux judiciaires étaient compétents, a certainement commis une erreur.

J'en dirai autant de l'arrêt par lequel le conseil d'État s'est déclaré incompétent et a reconnu la compétence judiciaire pour juger la responsabilité de l'État à raison d'un incendie mis par des troupes dans un bâtiment réquisitionné. Cette solution est en contradiction avec toute la jurisprudence antérieure. Le conseil d'État la motive en disant que les tribunaux judiciaires sont compétents pour statuer sur toutes les difficultés nées des réquisitions. C'est une erreur. Les tribunaux judiciaires sont compétents pour statuer sur les indemnités dues pour la valeur de la chose réquisitionnée et seulement sur ce point; le conseil d'État reconnaît lui-même que les tribunaux judiciaires ne sont pas compétents pour statuer sur la régularité de la réquisition. Cf. *infra,* § 77 *in fine*. Dans l'espèce, il ne s'agit pas de fixer le montant de l'indemnité due pour réquisition, indemnité qui avait été préalablement fixée à l'amiable ou par le tribunal judiciaire compétent; il s'agissait seulement de l'indemnité due pour fonctionnement du service public militaire; et seul le conseil d'État était compétent. Il semble, depuis quelques années, que le conseil d'État s'attache à donner des solutions véritablement déconcertantes (9 février 1917, *Recueil,* 1917, p. 123). Rapp. arrêt précité du 4 juin 1910, *Recueil,* 1910, p. 446.

Si le conseil d'État est compétent en premier et dernier ressort pour statuer sur la responsabilité de l'État à l'occasion du fonctionnement de ses services publics, c'est parce que seuls les tribunaux administratifs sont compétents pour statuer sur toutes les questions litigieuses s'élevant à l'occasion d'un service public et que le conseil d'État est le juge de droit commun de premier ressort et d'appel en matière contentieuse administrative.

De cela il résulte par voie de conséquence logique que cette compétence du conseil d'État s'impose pour toute question de responsabilité née à l'occasion du fonctionnement d'un service public relevant d'une administration quelconque, département, commune, établissement public.

On avait pu croire un moment que la jurisprudence du conseil d'État était définitivement fixée en ce sens. La question se posait, en effet, en 1908, devant le tribunal des conflits : il s'agissait de l'action en responsabilité dirigée par le sieur Feutry contre le département de l'Oise, à raison d'un incendie qui avait été allumé par un aliéné échappé de l'asile de Clermont, asile départemental, et par conséquent à raison du fonctionnement d'un service départemental. L'action ayant été portée devant les tribunaux judiciaires, le conflit fut élevé. Le tribunal des conflits, après partage, sous la présidence de M. le garde des sceaux Briand, conformément aux remarquables conclusions de M. Teissier, confirme l'arrêté de conflit et par là reconnaît la compétence administrative : « Considérant que l'assignation... incrimine l'organisation et le fonctionnement d'un service à la charge du département et d'intérêt public, que l'appréciation des fautes qui auraient pu se produire dans l'exécution de ce service n'appartient pas à l'autorité judiciaire. »

Tribunal des conflits, 29 février 1908, *Recueil,* p. 208 et s., avec les conclusions de M. Teissier; S., 1908, III, p. 98, avec une note d'Hauriou; *Revue du droit public,* 1908, p. 266, avec une note de Jèze.

La cour de cassation (chambre civile) a admis, en 1912, le principe de la décision *Feutry* et décidé que l'action en responsabilité formée contre une commune en réparation du préjudice occasionné par une faute commise dans l'organisation d'un service public municipal appartient à la compétence exclusive des tribunaux

administratifs et que la cour d'appel qui a retenu une pareille affaire a méconnu le principe de la séparation des pouvoirs. Le tribunal des conflits et la cour de cassation étant d'accord, il semble bien que la règle de la compétence administrative pour les questions de responsabilité d'un service public quel qu'il soit doive être considérée désormais comme entrée dans notre droit malgré les quelques décisions contraires que l'on peut rencontrer.

V. le texte de l'arrêt de la cour de cassation, 26 février 1912, S., 1914, I, p. 17, avec une intéressante note de Mestre qui écrit : « Dorénavant, les règles de la compétence en matière de responsabilité administrative se trouvent posées de la manière la plus simple et la plus logique par les diverses juridictions compétentes. Les règles de compétence et de fond relatives à la responsabilité de l'État sont applicables à celles des communes. » Espérons que quelque décision inattendue du conseil d'État ne viendra pas contredire cette proposition.

Rapp. Jugements du tribunal des conflits, 6 juillet et 7 décembre 1912, sur conflit négatif, reconnaissant compétence aux tribunaux administratifs pour statuer sur la responsabilité de la ville de Reims et de la ville de Paris à l'occasion d'une faute administrative (Concession d'abonnement en matière d'octroi prétendue abusive et refus d'abonnement prétendu abusif), *Recueil,* 1912, p. 800 et 1170).

Les tribunaux et les cours paraissent adopter cette solution. Cf. très bon jugement de Poitiers, 7 avril 1914, S., 1914, II, p. 155. — *Contra* un arrêt de la cour de Bordeaux qui, d'ailleurs, n'est pas sérieusement motivé, S., 1914, II, p. 141.

Une conséquence nécessaire et logique du principe de la séparation de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire est la suivante : Toutes les fois que devant un tribunal judiciaire régulièrement saisi s'élève, incidemment à la question principale, une question d'interprétation ou de légalité d'un acte administratif, le tribunal doit surseoir à statuer jusqu'à ce que le tribunal administratif compétent saisi par la partie la plus diligente ait interprété l'acte administratif ou statué sur sa légalité. La

question administrative est ainsi préjudicielle à la question judiciaire. Il en serait de même à l'inverse, si, devant un tribunal administratif régulièrement saisi, se posait, accessoirement à la question principale, une question relevant de la compétence judiciaire, question d'état, de liberté, de propriété, de contrat entre parties privées. Le tribunal administratif doit alors surseoir à statuer jusqu'à ce que le tribunal judiciaire ait prononcé sur la question préjudicielle.

La règle que le tribunal judiciaire ne peut ni interpréter un acte administratif, ni en apprécier la légalité, reçoit cependant une notable exception. Le tribunal judiciaire devant lequel on invoque un règlement administratif a certainement compétence pour l'interpréter, quoique, au point de vue formel, ce règlement soit un acte administratif. A la vérité, dans ce pouvoir d'interpréter les règlements reconnu aux tribunaux judiciaires, il n'y a qu'une exception apparente aux principes de la séparation des deux autorités. En effet, si le règlement est un acte administratif formel, puisqu'il émane d'une autorité administrative, il est, au point de vue matériel, une loi, c'est-à-dire une disposition par voie générale s'imposant à l'observation des citoyens sous la sanction juridictionnelle. Or, les tribunaux ont certainement non seulement le pouvoir, mais le devoir d'interpréter les lois dont ils sont chargés d'assurer l'application. S'il en était autrement, ils ne pourraient pas remplir leur mission. Aussi n'est-il pas douteux que les tribunaux judiciaires ont le pouvoir d'interpréter eux-mêmes tous les règlements administratifs invoqués devant eux, notamment les règlements d'administration publique.

Cf. en ce sens, Cass. civ., 24 octobre 1917, arrêt rendu sur le rapport de M. le conseiller Ambroise Colin, S., 1918-1919, I, p. 193, avec une note de Duguit; Dal., 1917, I, p. 1; Cass. req., 10 janvier 1921, Dal., 1921, I, p. 49, avec une note de J. Appleton.

Il est vrai qu'il y a une décision en sens contraire de la chambre des requêtes du 29 mars 1916 (S., 1918-1919, I, p. 73, avec une note de Duguit); mais il y a certainement là une erreur accidentelle de la haute juridiction.

Non seulement les tribunaux judiciaires peuvent interpréter les règlements administratifs invoqués devant eux, mais ils peuvent aussi en apprécier la légalité. Si l'exception d'illégalité est opposée, elle est recevable et les tribunaux judiciaires doivent statuer sur elle. Si le tribunal saisi estime que le règlement invoqué est en effet illégal, il doit le déclarer, il ne peut point en prononcer l'annulation; il doit seulement se borner à déclarer l'illégalité du règlement et décider qu'en conséquence il n'en fera pas l'application dans l'espèce dont il est saisi. Cette décision, au reste, ne s'applique qu'au procès dont il s'agit. Le règlement reste intact, et dans un autre procès, le même tribunal ou un autre tribunal pourrait très légalement donner une solution contraire. Mais il est d'évidence que si la déclaration d'illégalité émane de la cour suprême, le règlement, s'il subsiste en droit, perd en fait toute son autorité et que son auteur sera nécessairement amené à le rapporter ou à le modifier.

Le pouvoir reconnu aux tribunaux judiciaires de déclarer illégaux les règlements administratifs invoqués devant eux et de refuser d'en faire l'application dans l'espèce dont ils sont saisis constitue sûrement une exception au principe de la séparation de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif, principe en vertu duquel un tribunal judiciaire ne peut jamais apprécier un acte quelconque émané de l'autorité administrative. Sans doute, le règlement, je viens de le dire, au point de vue matériel est une loi, et le tribunal, quel qu'il soit, chargé de l'appliquer a le pouvoir et le devoir de l'interpréter. Mais il ne s'agit plus ici d'interprétation; il y a lieu d'apprécier la légalité d'un acte émané d'une

autorité administrative et d'après le principe de la séparation des deux autorités, ce pouvoir n'appartient qu'à l'autorité administrative.

Il est facile cependant de comprendre comment notre droit a été amené à reconnaître ce pouvoir aux tribunaux judiciaires. Il ne faut pas oublier qu'il est consacré par le n° 15 ajouté à l'ancien article 471 du code pénal par la loi du 28 avril 1832. Il est ainsi conçu : « Seront punis d'amende depuis 1 franc jusqu'à 5 francs... ceux qui auront contrevenu aux règlements légalement faits par l'autorité administrative et ceux qui ne se seront pas conformés aux règlements ou arrêtés publiés par l'autorité municipale en vertu des articles 3 et 4, titre XI, de la loi des 16-24 août 1790, et de l'article 46, titre I, de la loi des 19-22 juillet 1791. » Ce texte ne prévoit donc que les règlements de police auxquels il vient donner une sanction pénale. Pris tel quel, il n'a d'autre objet que d'autoriser les tribunaux de police chargés de juger une contravention à apprécier la légalité du règlement en vertu duquel cette contravention est poursuivie devant eux. Et cela est logique. Il est, en effet, de principe élémentaire et évident qu'un tribunal répressif doit être compétent pour apprécier tous les éléments constitutifs de l'infraction poursuivie devant lui. Or, un des éléments constitutifs d'une contravention de police est incontestablement la légalité du règlement en vertu duquel elle est poursuivie. Il est donc logique qu'on ait reconnu aux tribunaux judiciaires compétence pour apprécier la légalité des règlements de police invoqués devant eux à l'effet d'obtenir la condamnation du contrevenant.

La disposition de l'article 471, n° 15, n'avait pas originairement d'autre portée. Il ne s'appliquait qu'aux règlements de police; il ne visait nullement les autres règlements, ceux dont l'application n'implique aucune

poursuite répressive, par exemple les règlements d'organisation. Pour ceux-ci, le principe de la séparation des deux ordres judiciaires et administratifs restait intact; l'article 471, n° 15, ne donnait point aux tribunaux judiciaires pouvoir d'en apprécier la légalité. Mais par la force même des choses, la compétence des tribunaux judiciaires a été étendue peu à peu à tous les règlements. Et aujourd'hui il est de doctrine et de jurisprudence constante que l'exception d'illégalité, à l'égard d'un règlement quelconque, est toujours recevable devant les tribunaux judiciaires qui sont toujours compétents pour apprécier la légalité dudit règlement et pour refuser de l'appliquer s'ils le jugent illégal. Ce qui était ainsi une disposition spéciale s'appliquant logiquement, exclusivement, aux seuls règlements de police est devenu maintenant une règle générale s'appliquant à tous les règlements et constituant une importante dérogation aux principes de la séparation des deux autorités.

Les arrêts cités précédemment reconnaissent implicitement le pouvoir des tribunaux judiciaires d'apprécier la légalité de tout règlement quel qu'il soit, règlement de police ou autre, invoqué devant eux. La cour de cassation (chambre criminelle) s'est déclarée compétente pour statuer sur la légalité des décrets des 29 mars et 18 mai 1902 établissant des tribunaux répressifs en Algérie et a reconnu leur légalité (28 août 1902, S., 1903, I, p. 489).

Sur le principe général de la séparation de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire, l'ouvrage fondamental reste le livre de Laferrière, *Juridiction et contentieux*, 1re édit., 1887, 2e édit., 1896, dont la publication a marqué une date importante dans l'histoire du droit public, mais qui n'est plus du tout au courant de la jurisprudence actuelle, les solutions qu'elle donne aujourd'hui étant tout à fait différentes de celles indiquées par Laferrière.

Outre les ouvrages généraux de droit administratif, comme ceux d'Hauriou et de Berthélemy, on consultera utilement Jèze, *Principes généraux du droit administratif*, 2e édit., 1914, spéciale-

ment p. 180 et s.; Jacquelin, *Les principes dominants du contentieux administratif,* 1890 (l'ouvrage a beaucoup vieilli); les conclusions de M. le commissaire du gouvernement David, dans l'affaire *Blanco,* S., 1873, II, p. 153; celles de M. le commissaire du gouvernement Romieu, dans l'affaire *Terrier,* 6 février 1903, *Recueil,* 1903, p. 94; celles de M. le commissaire du gouvernement *Teissier,* dans l'affaire *Feutry, Recueil;* 1908, p. 208; la note d'Hauriou sous l'arrêt *Ferrier,* S., 1903, III, p. 25; Perrinjaquet, *De la compétence dans les actions en responsabilité contre l'État, les départements et les communes, Revue générale du droit,* 1909, p. 112 et 218 (tirage à part).

Divers auteurs étrangers ont publié des études très intéressantes sur le système français de la séparation du contentieux administratif et du contentieux judiciaire. V. notamment le beau livre de M. Bourquin, *La protection des droits individuels contre les abus de pouvoirs de l'autorité administrative en Belgique,* Bruxelles, 1912; Wodon, *Le contrôle juridictionnel de l'administration,* Bruxelles, 1920; Dicey, 9e et 10e appendices à l'édition française de son livre célèbre, *Introduction à l'étude du droit constitutionnel,* 1902; Salvatore d'Amelio, *Sulla constituzion in Italia di uno supremo tribunale amministrativo, Rivista di diritto,* juillet 1912, 1re partie, p. 74; Codacci-Pisanelli, *Sulle riforme nell' ordinamento della guistizia amministrativa centrale,* même Revue, 1912, 1re partie, p. 37; Tezner, *Das system der osterreichische Verwaltungsrechtsprechung, Zeitschrift für das privat-und öffentlichen Recht* de Grünhut, XXXIX, p. 417.

Le 25 juillet 1916, M. Viviani, alors garde des sceaux, déposait sur le bureau de la chambre un projet de loi tendant à attribuer compétence aux tribunaux judiciaires à l'effet de statuer sur tous les procès nés des marchés de travaux publics et de fournitures passés par les diverses administrations publiques, à moins qu'il y ait concession de service public. Exposé des motifs et texte du projet, *J. off., doc. parl.,* Chambre, 1916, p. 1301. Fort heureusement ce projet de loi paraît être tombé dans l'oubli.

§ 56. — *De la sanction de la séparation du contentieux administratif et du contentieux judiciaire.*

Il est de toute évidence que le législateur, qui établit la règle de séparation que je viens d'expliquer et dont j'ai montré les principales applications,

doit en même temps en organiser la sanction. Mais on aperçoit aisément la difficulté particulière qui se présente. En effet, comme il s'agit de maintenir la règle qui attribue deux domaines distincts à des juridictions d'ordre différent, on ne peut confier le jugement de la question de compétence, le jugement du conflit d'attributions, suivant la terminologie consacrée, à une juridiction, quelque haute qu'elle soit, de l'un des deux ordres, car fatalement elle sera portée à étendre la compétence de l'ordre auquel elle appartient; et ainsi son impartialité pourra être suspectée. Au reste, le procès que soulève un conflit d'attributions n'est, à proprement parler, ni un procès judiciaire, ni un procès administratif. Ce n'est pas un procès judiciaire, puisqu'il ne naît pas à l'occasion de droits individuels ou de contrats entre particuliers; ce n'est pas davantage un procès administratif, puisqu'il ne naît pas à l'occasion d'un acte administratif. Et, d'autre part, donner au gouvernement lui-même le jugement des conflits serait un danger pour les particuliers.

La solution du problème se trouve dans la création d'un tribunal spécial, qui n'appartiendra ni à l'ordre judiciaire, ni à l'ordre administratif, mais qui sera composé de magistrats empruntés aux plus hautes juridictions des deux ordres et qui, sous la présidence d'un membre du gouvernement, jugera les conflits d'attributions et assurera ainsi la sanction de la règle de la séparation des deux compétences. La présence d'un membre du gouvernement dans ce tribunal se justifie. En effet, bien que les juridictions de tous ordres doivent être indépendantes du gouvernement, celui-ci a pour devoir d'assurer le bon fonctionnement du service de justice, d'exercer un contrôle sur toutes les juridictions, sans pouvoir influencer en quoi que ce soit leur décision. Ici, il s'agit avant tout d'assurer le bon fonctionnement du

service de justice, puisqu'il s'agit d'assurer le respect d'une règle considérée comme essentielle pour ce fonctionnement.

Le droit français a heureusement réalisé ce système de sanction par la création du *tribunal des conflits*, chargé de juger les conflits d'attributions entre les tribunaux judiciaires et les tribunaux administratifs. L'article 25 de la loi du 24 mai 1872 sur le conseil d'État porte : « Les conflits d'attributions entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire sont réglés par un tribunal spécial composé : 1° du garde des sceaux, président; 2° de trois conseillers d'État en service ordinaire élus par les conseillers d'État en service ordinaire; 3° de trois conseillers à la cour de cassation nommés par leurs collègues; 4° de deux membres et de deux suppléants élus par la majorité des autres juges désignés aux paragraphes précédents. Les membres du tribunal des conflits sont soumis à la réélection tous les trois ans et indéfiniment rééligibles. Ils choisissent un vice-président au scrutin secret et à la majorité absolue des voix. Ils ne pourront délibérer valablement qu'au nombre de cinq membres présents au moins. »

La procédure devant le tribunal des conflits est réglée par la loi du 4 février 1850 et le règlement du 26 octobre 1849, remis en vigueur par l'article 17 de la loi du 24 mai 1872. Je n'étudierai pas ici la procédure à suivre pour élever le conflit et pour son jugement; je renvoie sur ces points aux traités de droit administratif. Cons. notamment, Berthélemy, *Droit administratif,* 9e édit., p. 997 et s. Le mode d'élever le conflit est encore réglé par l'ordonnance du 1er juin 1828. Ce droit appartient au préfet du département dans lequel est situé le tribunal judiciaire saisi de l'affaire. Il prend un arrêté de conflit quand le tribunal judiciaire, malgré le déclinatoire d'incompétence opposé par le préfet, s'est déclaré compétent. L'arrêté de conflit arrête la procédure judiciaire et saisit le tribunal des conflits. Celui-ci, s'il reconnaît la compétence judiciaire, annule l'arrêté de conflit, et le tribunal judiciaire recouvre sa liberté d'action. S'il reconnaît au contraire la compétence administrative, il maintient l'arrêté de conflit,

annule tous les actes de l'autorité judiciaire qui se trouve dessaisie. Il apppartient aux parties de se pourvoir devant le tribunal administratif compétent.

Pour le caractère de l'acte juridictionnel du tribunal des conflits, cf. *supra*, § 31, où l'on a montré que c'était un exemple très net de juridiction objective.

Il importe de noter que dans le système français le conflit n'est jamais élevé que devant un tribunal judiciaire par l'autorité administrative, et point devant un tribunal administratif par les représentants de l'autorité judiciaire. La pensée est que ce sont les particuliers qui peuvent seuls se plaindre de ce que les tribunaux administratifs soient saisis et que, par conséquent, si eux-mêmes ont porté l'affaire devant un tribunal administratif, il n'y a point lieu d'intervenir. On comprendait cependant un système où la réciprocité serait complète, où, par exemple, le garde des sceaux pourrait revendiquer devant le tribunal des conflits les affaires qui n'appartiendraient pas au contentieux administratif. C'était peut-être le système de la législation de 1848-1850. Ce n'est pas celui de 1872, actuellement en vigueur; et certainement le système actuel ne présente aucun inconvénient; il sauvegarde pleinement les droits et les intérêts individuels.

Le tribunal des conflits statue aussi au cas de conflit négatif, c'est-à-dire dans le cas où la juridiction judiciaire et la juridiction administrative se sont déclarées l'une et l'autre incompétentes. Il est alors saisi par les parties.

Ce n'est pas sans efforts que notre législation est arrivée au système de sanction de la séparation des compétences que l'on vient d'esquisser.

Entravée par le faux principe de l'autonomie du pouvoir judiciaire, l'Assemblée nationale de 1789 n'avait pu organiser une sanction. Sans doute l'autorité administrative subordonnée au pouvoir exécutif peut être

maintenue dans les limites de ses attributions par le pouvoir exécutif lui-même. Mais le pouvoir judiciaire est, par définition, tout à fait indépendant de l'exécutif, qui ne peut lui imposer aucune défense. Logiquement, on ne conçoit même pas dans ce système une juridiction des conflits. Si elle appartient à l'ordre judiciaire, elle sera sans action sur l'administration, qui dépend du pouvoir exécutif; si elle appartient à l'ordre administratif, elle sera sans action sur l'ordre judiciaire.

C'est seulement la loi du 21 fructidor de l'an III qui formule pour la première fois le principe de la théorie des conflits d'attributions : « En cas de conflit d'attributions entre les autorités judiciaires et les autorités administratives, il sera sursis jusqu'à la décision du ministre, confirmée par le directoire exécutif, qui en référera s'il est besoin au corps législatif » (art. 27). En fait, cette loi donnait le jugement des conflits d'attributions au gouvernement sous le contrôle du parlement. Cette solution impliquait l'abandon de la conception d'un pouvoir judiciaire autonome, et ainsi elle était logique; l'ordre judiciaire et l'ordre administratif sont placés sous l'autorité du gouvernement, et celui-ci sous le contrôle du parlement. Au cas de conflit, c'est le supérieur commun qui tranche la difficulté sous le contrôle du parlement. Mais ce système présentait un grave danger pour les particuliers.

Quand la constitution de l'an VIII eut créé (art. 52) un conseil d'État « chargé de résoudre les difficultés s'élevant en matière administrative », le gouvernement consulte naturellement le conseil d'État; et depuis l'an VIII jusqu'en 1850, les conflits d'attributions sont jugés par le gouvernement en conseil d'État. En fait, le gouvernement, comme en matière contentieuse, adoptait toujours la solution proposée par le conseil d'État. Malgré cela, le système était bien mauvais, puisqu'il

donnait la solution du conflit d'attributions à un corps exclusivement administratif. L'ordonnance du 1er juin 1828 qui réglait la procédure du conflit, la loi de 1845 qui établissait des garanties pour l'indépendance du conseil d'État statuant au contentieux, ne furent que des palliatifs insuffisants.

La constitution de 1848 formule le principe du système actuel : « Les conflits d'attributions entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire seront réglés par un tribunal spécial... » (art. 89). La loi du 4 février 1850 et le règlement du 26 octobre 1849 organisèrent ce tribunal et réglèrent le mode de procéder. Mais ce premier tribunal des conflits n'eut qu'une durée éphémère. Il disparaissait en effet au moment du coup d'État du 2 décembre. Pendant tout le second Empire, le gouvernement juge en conseil d'État les conflits d'attributions. Enfin la loi du 24 mai 1872, art. 25, rétablit le tribunal des conflits dans les conditions qui ont été expliquées précédemment.

§ 57. — *Les fonctionnaires agents directs des gouvernants.*

Les gouvernants ayant pour devoir essentiel d'assurer le fonctionnement des services publics, n'ayant de pouvoir que dans la mesure où ils l'assurent et ayant tout le pouvoir qu'implique leur devoir, ont naturellement et logiquement le pouvoir de diriger les fonctionnaires et de prendre toutes les mesures nécessaires pour que ces derniers remplissent exactement les charges qui leur sont confiées. Il fallait concilier ici les pouvoirs des gouvernants avec les garanties qui doivent être accordées aux fonctionnaires contre l'arbitraire toujours possible. Ces garanties doivent leur être accordées, non pas, à vrai dire, dans leur intérêt personnel, mais surtout dans l'intérêt du service public, parce que le service

public sera certainement mieux géré si le fonctionnaire se sent protégé contre tout arbitraire et surtout s'il est intéressé à ce que le service public fonctionne bien. On montrera plus loin comment les législations modernes et particulièrement la législation française ont tenté d'établir cette conciliation du pouvoir des gouvernants et des garanties dues aux fonctionnaires. Cf. § 65.

Ce pouvoir des gouvernants s'exerce normalement par trois moyens : 1° le commandement; 2° la surveillance; 3° le contrôle.

1° *Le commandement* est le pouvoir qui appartient aux gouvernants de donner des ordres ou des instructions à leurs fonctionnaires. Sans doute, il n'y a pas là et il ne peut pas y avoir un commandement au sens vrai du mot, puisque tout commandement implique rationnellement chez celui qui commande l'existence d'une volonté de nature supérieure à celle de celui auquel est adressé le commandement. Or, la volonté des gouvernants est une volonté individuelle; par conséquent, elle n'est pas supérieure à la volonté des fonctionnaires. D'autre part, on a montré (§ 26) que l'ordre ou l'instruction adressés à un fonctionnaire ne crée pas, ne peut pas créer une situation juridique subjective pour le fonctionnaire, c'est-à-dire l'obligation juridique de faire la chose objet de l'ordre ou de l'instruction. Mais malgré cela on peut parler du commandement des gouvernants adressé au fonctionnaire, parce que, si celui-ci ne se conforme pas à la volonté des gouvernants, il commet incontestablement une faute, et cette faute rend légitime toute mesure disciplinaire prise contre lui, la révocation notamment, à la condition toutefois que les dispositions légales qui limitent l'exercice du pouvoir disciplinaire soient respectées.

Le pouvoir de commandement implique encore rationnellement le pouvoir pour les gouvernants d'annuler

pour raison de droit ou raison d'inopportunité et de réformer toute déclaration de volonté du fonctionnaire constituant un acte juridique administratif unilatéral. Cf. la théorie de l'acte juridique administratif exposée au paragraphe 27. Si les gouvernants ont le pouvoir de commander aux fonctionnaires et de leur indiquer d'avance leur ligne de conduite, ils doivent évidemment avoir le pouvoir d'annuler ou de réformer toute décision prise par le fonctionnaire et qu'ils désapprouvent, d'annuler ou de réformer pour une raison quelconque, pour une raison de droit, cela va sans dire, mais encore pour une raison d'inopportunité, quand ils estiment que le fonctionnaire a eu tort d'intervenir dans tel ou tel sens.

2° *Le pouvoir de surveillance* implique le droit pour les gouvernants d'inspecter continuellement la gestion des services publics et de réprimer toutes les fautes commises. C'est ce que l'on appelle aussi le pouvoir disciplinaire, le pouvoir de frapper le fonctionnaire, pour fait de service, d'une pénalité consistant dans la privation totale ou partielle des prérogatives de la fonction. Le pouvoir disciplinaire soulève au reste de graves problèmes qui seront examinés plus loin (§ 71).

3° *Le pouvoir de contrôle* consiste dans le droit d'annuler pour violation du droit et d'approuver ou de refuser d'approuver les décisions de certains fonctionnaires. On verra au paragraphe 58 que ce pouvoir de contrôle ne s'exerce que sur les fonctionnaires dits décentralisés. Sur les fonctionnaires centralisés, le pouvoir de contrôle proprement dit est inutile, puisque le pouvoir de commandement donne au gouvernement non seulement le droit d'annuler les décisions des fonctionnaires pour violation du droit, mais aussi pour simple cause d'inopportunité et même de les réformer.

Tel est, en bref, le pouvoir qui appartient aux gou-

vernants sur les fonctionnaires. Dans le système d'organisation politique des États modernes et particulièrement de la France, ce pouvoir des gouvernants sur les fonctionnaires est exercé, en principe, par le gouvernement proprement dit, sous le contrôle du parlement, avec la sanction de la responsabilité des ministres devant les chambres. Mais dans les grands États modernes, surtout avec leurs immenses possessions coloniales, le territoire est tellement étendu, les services publics sont tellement nombreux et tellement complexes qu'il est matériellement impossible que le gouvernement exerce lui-même tout le pouvoir de commandement, de contrôle et de surveillance qui lui appartient. D'où, dans tous les pays, la création de certains fonctionnaires qui sont agents directs des gouvernants, qui dépendent d'une manière complète du gouvernement et qui sont chargés d'exercer en son nom sur les autres fonctionnaires les pouvoirs de commandement, de surveillance et de contrôle.

Ces fonctionnaires, agents directs des gouvernants, sont naturellement dans une situation particulière, tout à fait différente de celle qui est faite aux autres fonctionnaires. Ils ont des pouvoirs que l'on peut qualifier de pouvoirs gouvernementaux. Il faut que le gouvernement puisse les choisir en toute indépendance ; il faut qu'il puisse les révoquer et les déplacer comme il l'entend. Les différentes dispositions qui, on le verra plus loin, ont été établies dans beaucoup de pays, et notamment en France, pour limiter les pouvoirs de nomination et de révocation du gouvernement en ce qui concerne les fonctionnaires en général, ne peuvent pas, ne doivent pas s'appliquer aux fonctionnaires agents directs des gouvernants.

De cette situation spéciale qui est faite et qui doit être faite aux fonctionnaires agents directs des gouver-

nants, on ne doit point conclure, comme on le fait quelquefois, qu'ils reçoivent une délégation spéciale de la puissance publique. Cette idée de délégation, on le sait, doit être absolument bannie du droit public. Elle implique l'existence de la puissance publique comme droit, et comme droit dont seraient titulaires les gouvernants. Or, la puissance publique n'est pas un droit, et les gouvernants ne sont point titulaires d'un droit qui n'existe pas. Les fonctionnaires agents directs des gouvernants ont une situation spéciale au point de vue de leur nomination, de leur révocation, de l'étendue de leur pouvoir, mais ils sont des fonctionnaires comme les autres au point de vue de la nature juridique de leur fonction ou plus exactement de leur compétence. On verra que la fonction n'est ni un droit subjectif, ni une chose, mais simplement une situation objective qui implique pour le fonctionnaire le pouvoir de vouloir légalement certaines choses. Cela est vrai de tous les fonctionnaires, des fonctionnaires agents des gouvernants comme des autres. Cf. §§ 61 et 62.

Cela reste vrai d'ailleurs, même si l'on admet l'existence de la puissance publique en tant que droit subjectif. Si ce droit existe, ce ne sont point les gouvernants qui en sont titulaires, mais l'État-personne. Ils ne peuvent donc point déléguer aux fonctionnaires un droit subjectif de commandement qu'ils n'ont pas. Ils ont une certaine compétence déterminée par la loi, compétence qui ne peut être modifiée que par une loi. La nomination conditionne au profit du fonctionnaire nommé la naissance d'une certaine compétence déterminée aussi par la loi et ne pouvant être modifiée que par la loi. Cela est vrai des fonctionnaires agents directs des gouvernants comme de tous les fonctionnaires.

On comprend aisément que plus les gouvernants veulent exercer une action directe et effective sur les

fonctionnaires chargés de la gestion des services publics, plus les agents directs sont nombreux et plus leurs pouvoirs sont étendus. En un sens général, on peut dire que l'administration d'un pays est d'autant plus centralisée que les agents des gouvernants sont plus nombreux et ont des pouvoirs plus étendus. Peu importe, au reste, que les agents des gouvernants soient placés au sommet avec une compétence s'étendant sur tout le pays, ou qu'ils soient des agents à compétence territoriale restreinte. C'est à tort qu'on a parfois appelé *décentralisation* le système consistant à étendre les attributions des agents locaux du gouvernement, comme en France les préfets. On verra au paragraphe 58 ce qu'est exactement la décentralisation. On a fait très justement observer qu'augmenter les pouvoirs des agents locaux des gouvernants, c'était faire non point de la *décentralisation*, mais ce qu'on pourrait appeler de la *déconcentration*.

La France, malgré les lois du 10 août 1871 sur les conseils généraux et du 5 avril 1884 sur les conseils municipaux, qui ont fait une tentative, au reste bien timide, de décentralisation, est restée un pays fortement centralisé. Les agents directs des gouvernants sont donc naturellement nombreux et ont des pouvoirs très étendus. Les décrets du 25 mars 1852 et du 13 avril 1861, dits à tort *décrets de décentralisation*, ont augmenté les pouvoirs des préfets et des sous-préfets, essentiellement agents du gouvernement et, par suite, n'ont en rien diminué la centralisation.

Comme agents directs du gouvernement, nous trouvons au premier chef les ministres. Dans le régime parlementaire, les ministres ont une double qualité : ils font partie du gouvernement, constituent, avec le chef de l'État, le gouvernement en tant qu'organe politique, et ils sont de ce chef politiquement responsables

devant le parlement. D'autre part, les ministres sont les chefs de tous les services publics se rattachant à leur département. Par suite de cette situation, les ministres sont merveilleusement placés pour avoir une action effective très énergique sur tous les services qui dépendent d'eux. Le ministre est forcément un fonctionnaire très puissant dont le pouvoir parfois arbitraire s'est fait, à certains moments, sentir lourdement sur les fonctionnaires de son département. On avait cru que le contrôle des chambres serait une garantie suffisante contre l'arbitraire ministériel. L'expérience a montré qu'il n'en est pas ainsi; d'où la tendance très nette et très énergique à protéger les fonctionnaires contre la toute-puissance du ministre.

Dépendant du ministre, à l'administration centrale, existent une quantité de directeurs, de sous-directeurs, d'inspecteurs dont les pouvoirs, suivant les divers ministères, sont plus ou moins étendus et qui, eux aussi, sous l'autorité du ministre, agissent comme agents des gouvernants et exercent des pouvoirs de commandement, de surveillance et de contrôle.

Dans les départements, le système français place un agent direct du gouvernement, le préfet, avec des pouvoirs très forts, pouvoirs juridiques dérivant de la compétence très étendue que lui donnent les lois et les règlements, pouvoirs de fait très énergiques que lui donnent sa qualité d'homme du gouvernement, et aussi le respect superstitieux qu'ont encore beaucoup d'esprits français pour les hommes et les choses du gouvernement. Ce caractère d'agent général tout-puissant du gouvernement a été très nettement marqué par un décret relativement récent qui, sans doute, ne fixe que des règles de protocole, mais révèle bien les tendances du gouvernement actuel. C'est le décret du 16 juin 1907, relatif aux cérémonies publiques, préséances..., qui

donne, dans les cérémonies publiques ayant lieu dans les départements, le premier rang au préfet.

Enfin dans toutes les administrations spéciales, il y a des directeurs départementaux qui ont le caractère d'agents directs du gouvernement. Dans l'administration de l'enseignement public, un puissant fonctionnaire, le recteur, est l'agent direct du gouvernement.

Pour les services judiciaires, les magistrats du parquet sont véritablement les agents directs du gouvernement. Sans doute, à l'audience, faisant partie de la juridiction à laquelle ils sont attachés, ils ont une indépendance complète pour prendre des conclusions verbales, conformément au vieil adage : « La plume est serve, la parole est libre. » Mais, en dehors de l'audience, ils sont les agents du gouvernement auquel ils doivent obéissance, notamment pour la mise en mouvement de l'action publique. Il est très logique qu'ils ne bénéficient pas de l'inamovibilité qui appartient aux magistrats assis et qu'ils dépendent entièrement du gouvernement.

Le caractère qui s'attache aux agents directs des gouvernants et qui fait qu'ils doivent être placés sous la dépendance complète du gouvernement a été très nettement reconnu dans le dernier projet de loi sur le statut des fonctionnaires qui contient un article 8, § 1, ainsi conçu : « La présente loi ne s'applique pas aux ambassadeurs ou chefs de poste diplomatique, gouverneurs des colonies, préfets, sous-préfets, secrétaires généraux et directeurs de ministères » (Projet de loi sur le statut des fonctionnaires déposé le 1er juin 1920, *Revue du droit public,* 1920, p. 324).

Cf. sur la centralisation administrative, J. Barthélemy, *Les tendances de la législation sur l'organisation administrative depuis un quart de siècle, Revue du droit public,* 1909, p. 114; *Le problème de la compétence dans les démocraties,* 1918; Chardon, *Conférences* publiées dans la *Revue bleue,* 12 et 19 février 1910; *Le pouvoir administratif,* 1911; Rabany, *Faut-il supprimer le ministère de l'intérieur? Revue générale d'administration,* mai 1910, p. 5; Saussier, *Le ministère public et le pouvoir central,* 1910.

§ 58. — *Les fonctionnaires décentralisés.*

Si l'on veut donner une notion à la fois générale et exacte de la situation des fonctionnaires ainsi dénommés, je n'en vois pas d'autre que celle-ci : sont fonctionnaires décentralisés tous ceux qui, quels que soient leur origine et leur mode de nomination, ne sont pas placés sous le pouvoir de commandement des gouvernants, mais seulement sous leur contrôle. Des services qui sont gérés par des fonctionnaires qui ont cette situation on peut dire aussi qu'ils sont des services décentralisés. Mais si certains fonctionnaires et les services qu'ils gèrent ont un caractère commun que l'on peut désigner par cette expression « décentralisés », ils peuvent se trouver cependant dans des situations différentes, et la décentralisation apparaît dans des conditions très diverses, qui ont été déjà indiquées, à un point de vue général, au paragraphe 8, mais sur lesquelles il n'est point inutile de revenir. En effet, la décentralisation est un fait qui occupe une place de plus en plus grande dans l'État moderne, et cela est une conséquence forcée, d'une part, de la disparition de la notion de souveraineté une et indivisible, et, d'autre part, de l'extension considérable des services publics et particulièrement des services techniques, sur lesquels, par la force même des choses, les gouvernants ne peuvent exercer une action directe et sur lesquels, dans l'intérêt même de la bonne gestion du service, il n'est pas bon que les gouvernants aient une action trop directe.

Hauriou (*Droit public,* 1910, p. 433 et 477, note 1) me reproche de ne pas avoir vu l'importance de la décentralisation dans l'État moderne. Je crois n'avoir pas mérité ce reproche. Sans doute, la première édition de mon *Manuel* ne contient pas de chapitre spécial consacré à la décentralisation. On ne peut pas tout dire dans un *Manuel*. Cependant Hauriou cite lui-même (p. 433, note 1)

plusieurs passages où je parle de la décentralisation. D'autre part, dès 1903, dans mon volume intitulé : *L'État, les gouvernants et les agents,* je consacrais un chapitre de 116 pages à l'étude des agents décentralisés. En tout cas, la raison qui m'aurait empêché de voir l'importance de la décentralisation n'est pas assurément celle qu'indique Hauriou, quand il écrit (p. 433) que si l'on n'aperçoit pas l'importance de la décentralisation c'est « parce qu'on ne voit pas comment cela s'agence avec la théorie de la délégation de la souveraineté ». En effet, mon effort a toujours été de montrer que la souveraineté n'existe pas et de combattre l'idée de délégation. Cela dit, je suis tout à fait d'accord avec Hauriou quand il écrit que la décentralisation est rendue nécessaire « par les inconvénients reconnus d'une centralisation excessive de services trop développés » (p. 479). Comme lui, je pense aussi que les gouvernants, qui détiennent le monopole de la force dans un pays, ont une tendance à exercer une action directe sur tous les services publics et à s'opposer à toute forme de décentralisation. La preuve en est aujourd'hui l'effort constant, quoique inavoué, des gouvernants contre l'extension de la décentralisation régionale et de la décentralisation par services.

De la différence entre le fédéralisme et la décentralisation. — La définition donnée au commencement de ce paragraphe montre que la décentralisation ne s'applique qu'aux agents proprement dits et non aux gouvernants ; et par là on voit la différence entre le fédéralisme et la décentralisation. Dans les États fédéraux existent sur un même territoire deux groupes de gouvernants : les gouvernants centraux et les gouvernants locaux, correspondant les premiers à l'État fédéral et les seconds aux États-membres. Comment peuvent se combiner ces deux puissances gouvernantes s'exerçant sur un même territoire et sur les mêmes hommes? J'ai essayé de montrer au paragraphe 13 que le problème était insoluble avec l'hypothèse de la souveraineté.

La solution apparaît sans difficulté, si l'on ne sort pas de la réalité et si l'on ne voit dans la prétendue souveraineté que ce qu'elle est réellement, c'est-à-dire une puissance de fait appartenant à un individu ou à

des groupes d'individus. Dans les États fédéraux, où divers groupes de gouvernants exercent sur un même territoire et sur les mêmes sujets les prérogatives de la puissance gouvernante, il y a eu de la part des gouvernants, qui à un moment donné monopolisaient la puissance, un abandon volontaire d'une partie des prérogatives gouvernementales, et par là la constitution sur un même territoire d'un nouveau groupe de gouvernants. A cela rien d'impossible. La puissance gouvernante n'est pas un droit, un pouvoir un et indivisible. Elle est un ensemble de prérogatives qu'en fait peut exercer sur un territoire un groupe d'hommes. Rien ne s'oppose à ce qu'un groupe abandonne volontairement une partie de ces prérogatives à un autre groupe qui les accepte. Je ne dis pas qu'il y ait un contrat, puisque le groupe ou les groupes au profit desquels est fait l'abandon volontaire n'existent qu'après cet abandon. Il y a déclaration unilatérale de volonté avec intention de s'obliger. Si l'abandon est fait par plusieurs groupes de gouvernants, il y a un acte collectif, des déclarations concourantes de volonté auxquelles il faut appliquer ce qui a été dit au tome I, § 36.

Ainsi apparaissent les deux caractères essentiels de tout État fédéral. L'existence sur un même territoire de deux groupes de gouvernants, les gouvernants fédéraux et les gouvernants des États-membres. Ce sont les uns et les autres des gouvernants, c'est-à-dire des individus plus forts que les autres et pouvant exercer dans un certain domaine cette plus grande force. Ils peuvent imposer eux-mêmes par la force l'exécution de leurs décisions. Ces domaines peuvent être répartis puisqu'il n'y a pas de souveraineté une et indivisible, mais seulement des prérogatives de fait pouvant parfaitement se diviser conventionnellement.

Cette répartition, et c'est le second caractère, est

obligatoire pour ceux qui l'ont consentie, et elle ne peut être modifiée que du consentement des deux groupes de gouvernants. Sans doute, il peut se trouver des circonstances où l'un des groupes de gouvernants devient plus fort que les autres et impose par la force des modifications à la répartition des prérogatives, ou la résiliation de la situation, ou, suivant le mot consacré, une sécession. Mais on est alors en dehors du domaine du droit, et le caractère juridique de la fédération reste intact ; en droit, la répartition des prérogatives gouvernementales est le résultat d'un abandon volontaire avec l'intention de créer une obligation et ne peut être modifiée que par une convention.

Aucun de ces deux caractères n'existe dans un pays unitaire décentralisé. Il n'y a sur le territoire qu'un seul groupe de gouvernants. Les fonctionnaires décentralisés ne sont que les agents des gouvernants ; ils n'ont dans aucun domaine une plus grande force. Peu importe, d'ailleurs, les fonctions dont ils sont investis, fonction législative, administrative, juridictionnelle. Ils restent toujours des agents ; ils ne sont pas des gouvernants ; leurs décisions sont toujours contrôlées par les gouvernants ; ils ne peuvent sans le concours de ceux-ci en assurer l'exécution. Au contraire, les gouvernants des États-membres sont vraiment des gouvernants ; dans le domaine qui leur est imparti, ils échappent à tout contrôle des gouvernants fédéraux. Parfois, en fait, ce contrôle s'exerce ; mais là où il s'exerce les autorités locales cessent d'être des gouvernants. Et peut-être peut-on dire que plusieurs pays fédéraux tendent à devenir des pays unitaires décentralisés.

Les fonctions qui appartiennent aux agents décentralisés leur appartiennent en vertu d'une compétence qui leur a été donnée législativement et unilatéralement par les gouvernants. Il n'y a pas là un abandon volon-

taire accompagné de l'intention de s'obliger. Il y a seulement une détermination législative de compétence, qui peut être extrêmement étendue, qui peut comprendre des fonctions d'ordre législatif, administratif et juridictionnel, mais qui peut toujours être modifiée ou supprimée par les gouvernants unilatéralement sans aucune atteinte au droit.

La répartition des prérogatives de la puissance gouvernante entre les deux groupes de gouvernants s'est, dans les divers pays fédéraux, suivant les circonstances, accomplie de manière diverse. Le plus souvent, ce sont les divers groupes de gouvernants, existant de fait sur un territoire donné, qui volontairement ont abandonné une partie de leurs prérogatives au profit d'un groupement central, qu'ils constituent en même temps. Les constitutions fédérales ont, en général, le caractère d'acte collectif tout à fait analogue aux déclarations concourantes de volontés tendant à créer une association et un organe directeur de cette association ou une fédération de sociétés. Cf. t. I, § 35.

Ce caractère apparaît très nettement dans la constitution fédérale suisse. L'adhésion volontaire des cantons suisses à l'acte de confédération d'abord, à la constitution fédérale ensuite, apparaît très nettement dans tous les actes qui se sont succédé depuis le XIV^e^ siècle jusqu'au pacte fédéral de 1815, dont l'article 15 portait que le consentement de chacun d'eux était nécessaire pour toute modification constitutionnelle. La constitution de 1848 marque une atteinte profonde au système fédératif et un pas notable vers le système unitaire. En fait, la constitution nouvelle ne fut acceptée que par quinze cantons et demi; elle fut repoussée par six cantons et demi. Malgré cela, le 12 septembre 1848, la diète déclara la constitution acceptée. La constitution du 29 mai 1874, qui elle non plus ne fut pas acceptée par

l'unanimité des cantons, mais seulement par quatorze cantons et demi contre sept et demi, a encore accru la centralisation, si bien qu'un auteur suisse distingué, Borel, a pu soutenir qu'il n'y avait point de différence entre les cantons suisses et les circonscriptions locales d'un pays unitaire (*Étude sur la souveraineté et l'État fédératif*, 1886). Quoi qu'il en soit de ce point, il est certain que la formation de la Confédération suisse a été le résultat de l'adhésion des volontés concourantes des cantons.

Les États-Unis de l'Amérique du Nord se sont formés de la même manière. Le concours des volontés des colonies anglaises devenues indépendantes pour former une union apparaît très nettement dans les *Articles de confédération et d'union* du 9 juillet 1778. D'après l'article 13, toute modification constitutionnelle au pacte fédéral devait être approuvée par l'unanimité des États. La constitution fédérale de 1787 a été elle-même soumise à l'approbation de tous les États, et l'on peut dire que la supériorité du pouvoir fédéral sur le pouvoir des États n'a été reconnue qu'après la guerre de sécession en 1865.

Cf. particulièrement Carlier, *La République américaine*, 1890, II, p. 177 et s.; Bryce, *La République américaine*, édition française, 1900, I, p. 33 et s.

Le type d'État fédéral où le fédéralisme résulte d'une déclaration unilatérale de volonté émanant d'un groupe de gouvernants centraux est assurément le Brésil. État unitaire et empire héréditaire, le Brésil renverse, en 1889, le régime impérial. Le gouvernement provisoire proclame la République des États unis du Brésil. Une assemblée constituante réunie le 15 novembre 1890 vote la constitution de cette nouvelle république fédérale. Ici le régime fédéral ne résulte pas du concours des volontés de plusieurs groupes de gouvernants, mais de la déclaration unilatérale d'un groupe de gouvernants.

Comme dans les autres pays fédéraux, il y a obligation juridique pour le gouvernement central de respecter le régime fédéral.

L'empire allemand de la constitution de 1871 avait été incontestablement le produit du concours des volontés formulées par tous les Etats allemands composants, dans des circonstances historiques qu'il est inutile de rappeler. Laband, qui a fait une construction juridique si solide de l'empire de 1871, a écrit : « L'on ne peut se représenter l'établissement de la constitution comme un acte de législation fédérale, car elle n'est pas une manifestation de la volonté fédérale, mais un fait volontaire et libre de tous les États participant à sa fondation » (*Droit public,* édition française, 1900, I, p. 64).

Doit-on en dire autant du Reich de 1919? Il est impossible de contester que la constitution de Weimar (11 août 1919) soit un acte unilatéral de législation fédérale. Mais elle venait s'appliquer à une fédération antérieurement constituée par une adhésion volontaire des États-membres. Il n'en est pas moins vrai que par l'acte de Weimar le caractère fédéral a été singulièrement amoindri. Les anciens États-membres (*Staaten*) sont devenus des pays (*Länder*) ; leur domaine d'action est rigoureusement déterminé par la constitution. De plus, les pays composant le Reich ne sont pas libres de se donner la constitution qui leur convient, puisque, aux termes de l'article 17 de la constitution de Weimar, « chaque Pays doit avoir une constitution républicaine ». La représentation doit être élue au suffrage universel égal, direct et secret pour tous les Allemands, hommes et femmes, selon le principe de la représentation proportionnelle. Le gouvernement du pays doit jouir de la confiance de la représentation populaire. Ainsi, par un phénomène singulier, il se trouve que l'Allemagne vain-

cue de 1919 est plus solidement unifiée, plus fortement centralisée que l'Allemagne victorieuse de 1871.

Outre la bibliographie donnée au paragraphe 12, cf. Denis, *La fondation de l'Empire allemand,* 1906; F. Giese, *Die Verfassung des deutschen Reichs,* 1921 ; Hans Nawcaski, *Die Grundgedanken des Reichsverfassung,* 1921 ; Constitution de l'Etat libre de Prusse du 30 novembre 1920, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts,* X, 1921, p. 255 et s.

La constitution autrichienne du 1er octobre 1920 porte aux articles 2 et 3 : « L'Autriche est un État fédéral. L'État fédéral se compose de Pays indépendants. » Malgré cette déclaration de principes, la constitution est plutôt celle d'un État unitaire décentralisé que celle d'un État fédéral. La répartition de la compétence entre la fédération et les pays, en matière de législation et d'exécution, est réglée d'une manière très précise par les articles 10 et suivants de la constitution et peut être modifiée à tout moment par la constitution sans l'assentiment des Pays. On ne voit en effet ni dans la manière dont a été votée la constitution, ni dans la procédure établie pour la revision, une participation des pays pris comme tels. Aux termes de l'article 10 de la constitution, les modifications constitutionnelles « doivent être soumises à l'approbation du peuple entier de la fédération par un référendum ». Ce n'est donc pas le consentement des pays que l'on demande, mais l'approbation du peuple entier, et c'est le procédé législatif et constituant propre aux États unitaires. V. le texte de la constitution autrichienne, *Revue du droit public,* 1921, p. 260 et s.

C'est une question de savoir si les colonies autonomes de l'empire anglais, le Canada, la République australienne, la Nouvelle-Zélande, l'Afrique australe, sont des unités fédéralisées ou de simples circonscriptions décentralisées. A mon avis, la question ne peut se résoudre qu'en fait, en recherchant si l'intention du

gouvernement britannique a été de donner aux colonies un régime obligatoire pour lui. Le fait n'est guère contestable pour l'Afrique australe, puisqu'un tel engagement paraît avoir été pris dans le traité qui mit fin à la guerre avec les Républiques sud-africaines.

Sur l'État fédéral, le livre fondamental reste celui déjà cité de Le Fur, *État fédéral,* 1896. — Cf. Duguit, *L'État, les gouvernants et les agents,* 1903, p. 767; Eutrope, *Le régime politique des colonies anglaises avec self-government,* 1909; Delpech, *Le South african constitution act,* 1906, *Revue du droit public,* 1909, p. 750, et la bibliographie donnée aux §§ 12 et 13.

La décentralisation se distingue ainsi très nettement du fédéralisme. Dans les pays décentralisés, il n'y a qu'un seul groupe de gouvernants; les agents décentralisés dépendent de ces gouvernants, mais ils sont placés seulement sous leur contrôle et non pas sous leur autorité; et c'est cela qui constitue essentiellement le caractère d'agents décentralisés. Les gouvernants et leurs agents n'ayant pas, à proprement parler, autorité sur les agents décentralisés ne peuvent pas leur adresser d'injonctions, leur imposer d'avance les choses à faire ou leur interdire d'avance de faire certaines choses. Ils peuvent seulement refuser d'approuver les mesures prises; ils peuvent même, s'il s'agit d'actes d'ordre juridique, les annuler; mais ils ne peuvent les annuler que pour violation du droit et non pour inopportunité. Enfin les gouvernants et leurs agents directs peuvent avoir sur les agents décentralisés un pouvoir de surveillance plus ou moins étendu, qui se traduira dans un droit de suspension ou de révocation sans que le caractère d'agent décentralisé disparaisse pour cela. Ainsi le propre des agents décentralisés, c'est d'avoir l'initiative de la direction des services dont la gestion leur est confiée. Ils échappent au pouvoir des gouvernants et de leurs agents directs tels qu'ils ont été décrits au paragraphe 57.

Ce caractère peut appartenir aux agents de tous ordres, aussi bien aux agents judiciaires qu'aux agents administratifs. Cependant il sera toujours forcément moins apparent pour les agents judiciaires chargés le plus habituellement de la fonction juridictionnelle, les actes de la fonction juridictionnelle échappant par leur nature même à l'action autoritaire des gouvernants. Mais pour toute la partie de fonction administrative qui appartient aux agents de l'ordre judiciaire, le caractère d'agents décentralisés peut exister aussi bien pour eux que pour les agents administratifs, et il est identique.

Si tel est le caractère commun à tous agents décentralisés, la décentralisation peut présenter cependant des aspects divers, et l'on peut, à mon sens, distinguer deux types principaux : la *décentralisation par région* et la *décentralisation par service*.

§ 59. — *La décentralisation par région.*

Les fonctionnaires sont rattachés à une région déterminée, et leur compétence est restreinte à cette région, en France, département, arrondissement, commune. Mais ce n'est pas cela seul qui fait la décentralisation régionale. Il faut que les fonctionnaires locaux, outre le caractère général de tous fonctionnaires décentralisés, aient avec la région des attaches particulières.

Ces attaches locales sont réalisées le plus habituellement par l'élection. Mais l'élection n'est pas la seule forme sous laquelle elles se réalisent. Les anciens juges de paix de l'Angleterre étaient *appointés* par la couronne; mais ils ne pouvaient être choisis que dans la *gentry* du comté; par là, ils avaient des attaches locales étroites et étaient des fonctionnaires décentralisés. L'élection est aujourd'hui le mode normal de la décentralisation régionale. Les fonctionnaires locaux élus ne

sont pas nécessairement des fonctionnaires décentralisés ; quoique élus, ils peuvent être placés sous l'autorité complète des gouvernants et de leurs agents directs. A l'inverse aujourd'hui, dans la plupart des pays ne sont fonctionnaires décentralisés que les agents élus.

Une troisième condition doit exister pour qu'il y ait décentralisation effective. Cette condition n'est pas théoriquement indispensable. Mais les agents décentralisés n'auront une action véritable que si elle existe. Il faut qu'il y ait un patrimoine autonome affecté aux services publics de la région à laquelle appartiennent les agents décentralisés considérés. On aperçoit aisément pourquoi, si cette condition n'existe pas, les agents décentralisés seront sans action. S'il n'y a pas de services régionaux, ou si même les services régionaux sont rétribués sur le budget général de l'État, l'action des agents locaux sera forcément illusoire ; rétribués par l'État, ces services seront, en fait, à la discrétion des agents directs de l'État. Si, au contraire, un patrimoine régional est affecté aux services régionaux, la gestion de ce patrimoine appartient naturellement aux agents décentralisés qui acquièrent par là une action directe et effective.

En France, la loi du 10 août 1871 pour les départements et la loi du 5 avril 1884 ont établi une véritable décentralisation régionale, quoique bien incomplète à certains égards. Le mode de contrôle exercé sur les administrations départementales et municipales est extrêmement complexe. Il ne peut être question de l'étudier ici, et je renvoie le lecteur aux traités de droit administratif.

Il est depuis longtemps question d'accroître cette décentralisation, de supprimer les départements, de les remplacer par de grandes régions fortement décen-

tralisées et de modifier l'organisation municipale en groupant par cantons les petites communes et en donnant une autonomie véritable aux communes importantes.

On n'en finirait pas de rapporter les discussions qui se sont élevées, depuis vingt ans environ, à cet égard et les propositions qui ont été déposées sur le bureau des chambres. En 1908, une grande commission interministérielle de réorganisation administrative avait été nommée. En 1909, M. Lallemand remettait au gouvernement, au nom de cette commission, un long rapport contenant tout un projet, d'ailleurs très critiquable, de réorganisation administrative. Depuis 1908, il n'y a pas eu de déclaration ministérielle qui n'annonçât le dépôt prochain d'un projet de loi instituant une très large décentralisation départementale et communale.

Parmi les propositions parlementaires, on peut citer la proposition de M. Beauquier renouvelée à chaque législature et tendant à substituer une division en régions à la division en départements; la proposition de M. Jean Hennessy, déposée en 1915, reprise au début de la législature actuelle et tendant « à la décentralisation administrative, à la représentation des intérêts économiques par la suppression des départements, la constitution de régions et l'élection d'assemblées régionales ». Le 25 octobre 1921, M. Marraud, ministre de l'intérieur du cabinet Briand, déposait sur le bureau de la chambre un projet de loi sur la réorganisation administrative, qui me paraît très sage. Il s'inspire de cette idée qu'il convient, non pas d'abattre en un jour tout l'édifice administratif, mais d'améliorer l'organisation administrative en la mettant en harmonie avec l'évolution des idées et les besoins économiques. Le projet maintient les départements et les communes; il supprime les arrondissements qui ne répondent plus à rien; il ne crée ni fonctionnaires ni organismes nouveaux. Une série de mesures de décentralisation et de déconcentration sont prises en faveur des départements et des communes en vue de remédier aux lenteurs et aux complications administratives. On crée une commission régionale composée des délégués des conseils généraux de la région, et une commission cantonale composée des maires des communes du canton sous la présidence du conseiller général du canton. Je souhaite que les chambres abordent le plus tôt possible la discussion de ce projet dont j'approuve entièrement l'esprit et les dispositions;

il révèle l'expérience d'un homme qui a été longtemps mêlé à la pratique des affaires locales.

Cons. Ferran, *Les institutions municipales et provinciales comparées;* Audifred, *La réforme administrative, organisation régionale de la France, Revue politique et parlementaire,* mars 1911, p. 425 ; Bienvenu-Martin, *Projet de réforme administrative, Revue politique et parlementaire,* février 1911, p. 217; Dauriac, *Un projet de réforme administrative, Revue politique et parlementaire,* septembre 1906, p. 655; Beauquier, *Exposé des motifs* de la proposition de loi du 5 février 1907, *J. off., doc, parl.,* Chambre, session ordinaire, 1907, p. 103; Brette, *Revue politique et parlementaire,* novembre 1900, p. 258; Bellanger, *Le gouvernement local en France, l'organisation du canton,* 1900; Paul Deschanel, *La décentralisation,* 1901; J. Barthélemy, *Les tendances de la législation sur l'organisation administrative depuis un quart de siècle, Revue du droit public,* 1909, p. 114; Lallemand, *Rapport* au nom de la commission interministérielle de réorganisation administrative, 1909; Chardon, *Le pouvoir administratif,* 1911; Charles Brun, *Le régionalisme,* 1910; Hans L. Rudloff, *Die Entwicklung der Selbstverwaltung in Frankreich im 19e Jahrhundert, Zeitschrift für die Gesammte Staatswissenschaft,* Tübingen, 1905, p. 193 et p. 389.

Prétendue théorie juridique de la décentralisation par région. — Dans cette esquisse de la décentralisation par région, j'ai suivi la réalité d'aussi près que possible; et je ne crois pas qu'on puisse juridiquement y voir autre chose que ce que j'ai dit, parce que, en fait, il n'y a pas autre chose. Cependant on a essayé d'édifier une théorie juridique de la décentralisation régionale. Elle me paraît tout à fait artificielle. En voici les grandes lignes :

Quatre éléments, dit-on, constituent la décentralisation par région : 1° personnalité juridique de la collectivité habitant le territoire régional considéré; 2° concession par l'État à cette collectivité personnifiée des droits de puissance publique; 3° patrimoine appartenant à cette collectivité; 4° un ou plusieurs organes de représentation de cette collectivité.

En France, le type de la région décentralisée serait la commune, qui a la personnalité juridique, qui est

titulaire de droits de puissance publique, droit de police, droit de créer et de lever des impôts, droit d'exproprier, et titulaire d'un patrimoine ; elle possède enfin des organes de représentation, le maire et le conseil municipal.

Cf. sur cette théorie juridique de la décentralisation, Hauriou, *Répertoire de droit administratif,* v° *Décentralisation;* Hatschek, *Die Selbstverwaltung,* 1902; Jellinek, *Allgemeine Staatslehre,* 2e édit., 1905, p. 573 et s.

Cette prétendue théorie juridique de la décentralisation est tout à fait artificielle. Elle implique l'acceptation de la personnalité des collectivités locales et la souveraineté de l'État ; on sait ce qu'il faut penser de ces deux conceptions.

D'autre part, si l'on admet la personnalité des collectivités locales, la personnalité et la souveraineté une et indivisible de l'État, on ne comprend pas comment certains éléments de cette souveraineté une et indivisible puissent en être détachés et conférés aux collectivités locales. Qu'on ne dise pas que l'État reste titulaire de la souveraineté dans sa plénitude et son intégrité, qu'il en délègue seulement l'exercice aux unités administratives. En effet, c'est bien une concession, une aliénation d'une partie de la souveraineté qui aurait lieu d'après la théorie que je repousse. Hauriou parle à plusieurs reprises de la *jouissance* des droits de puissance publique qui appartient aux unités administratives décentralisées.

Ainsi la théorie est doublement inadmissible, et parce qu'elle implique la reconnaissance d'une personnalité juridique aux collectivités locales, et parce que, si l'on admet la souveraineté de l'État, elle est en contradiction avec elle.

Cependant le caractère que j'ai attribué aux agents décentralisés se heurte à certaines objections tirées du droit positif. On dit notamment que le caractère

décentralisé des conseils municipaux et des conseils généraux français ne peut être contesté, et que cependant les pouvoirs de l'autorité supérieure à leur égard ne se réduisent pas à un simple droit de contrôle, mais parfois impliquent un véritable droit de commandement, par exemple le droit d'imposer aux départements et aux communes l'inscription à leur budget des dépenses dites obligatoires (L. 10 août 1871, art. 61, rédaction de la loi du 30 juin 1907 et L. 5 avril 1884, art. 149).

Je ne crois pas que cela soit en contradiction avec ce qui précède : les gouvernants ne peuvent imposer l'inscription d'une manière arbitraire, mais seulement dans les limites fixées par la loi; on ne peut pas dire qu'ils donnent l'ordre aux corps décentralisés de faire une chose qu'ils déterminent eux-mêmes; ils prennent des mesures pour que les corps décentralisés appliquent la loi, assurent le fonctionnement régulier des services publics qui leur sont confiés, et cela me paraît rentrer au premier chef dans les attributions de contrôle.

Par un arrêt du 17 décembre 1909, le conseil d'État a fait une application très nette et très exacte du caractère du pouvoir de contrôle. Il résulte de cet arrêt que si le préfet peut inscrire d'office au budget d'une commune une recette existant légalement et omise par le conseil municipal, il ne peut pas la créer, et que s'il peut refuser d'approuver un bail proposé par le conseil municipal, il ne peut forcer cette assemblée à en conclure un autre et se substituer à elle pour en régler les conditions (*Recueil,* 1909, p. 992, *Commune Saint-Maurice-la-Fougerouse*). De même, le conseil d'État a décidé « qu'il n'appartient pas au préfet de se substituer au conseil municipal pour régler les conditions des baux à passer par les communes pour location de presbytère » (2 juin 1911, *Soulié, Recueil,* 1911, p. 667); et encore que le préfet, autorité de contrôle, ne peut pas adresser des ordres à un conseil municipal, que partant doit être annulée une décision du préfet de la Côte-d'Or en tant qu'elle a mis un conseil municipal en demeure de louer le presbytère par adjudication et fait connaître que faute de se conformer à cette injonction, il serait procédé d'office à l'adjudication (2 août 1912, *Commune de Saint-Thibault,*

Recueil, 1912, p. 921). Enfin, par deux arrêts du 3 avril 1914 et 7 mars 1919, le conseil d'État a décidé que le préfet, autorité de contrôle, ne peut pas enjoindre à un conseil municipal de faire un certain acte d'ordre juridique, notamment de transférer au bureau de bienfaisance la propriété de biens provenant d'établissements ecclésiastiques supprimés; il peut seulement affecter au bureau de bienfaisance les revenus provenant desdits biens, parce que, comme l'a fait justement observer dans ses conclusions M. Léon Blum, commissaire du gouvernement, il est compétent, en vertu de son pouvoir de contrôle, pour régler le budget communal, conformément aux principes de la spécialité des personnes administratives (3 avril 1914, *Commune de Saint-Mathurin, Recueil,* 1914, p. 459; 7 mars 1919, *Commune de Cons-la-Granville, Recueil,* 1919, p. 236, et S., 1921, III, p. 3, avec les conclusions de M. Léon Blum dans la seconde affaire).

Ces diverses décisions confirment pleinement ce que j'ai dit relativement au caractère du pouvoir de contrôle appartenant aux gouvernants ou à leurs agents directs sur les agents décentralisés; ils peuvent annuler, pour raison de droit, refuser d'approuver les actes des agents et organes décentralisés, mais ils ne peuvent pas leur adresser des injonctions ni se substituer à eux.

La décentralisation par région offre assurément des avantages très notables. Elle associe les administrés eux-mêmes à la gestion des services publics. D'autre part, en permettant la création de services publics locaux, elle place les services près des administrés. Mais en France, pour des raisons spéciales, elle ne peut pas prendre un très large développement. Les départements sont des divisions tout à fait artificielles; beaucoup d'entre eux n'ont pas de ressources suffisantes pour assurer par leurs propres moyens le fonctionnement de leurs services publics, et ils sont obligés d'avoir recours à une subvention de l'État. Pour remédier à cet inconvénient, on propose de supprimer les départements actuels et de les remplacer par de grandes régions comprenant le territoire de trois ou quatre

départements. Mais ces régions seront, elles aussi, des divisions tout à fait artificielles, et je me demande si elles pourraient servir de cadre à une décentralisation régionale vraiment effective. Quant à la décentralisation communale, elle n'est possible que dans les villes. Dans les communes rurales elle est impossible. Celles-ci n'ont, en général, que des ressources tout à fait insuffisantes; elles ne peuvent pas avoir de services proprement municipaux; elles sont à la discrétion du préfet, agent tout-puissant du gouvernement.

Mais, outre ces éléments qui sont particuliers à la France, il y a des raisons générales qui font que la décentralisation par région présente de graves inconvénients et se trouve, à certains égards, tout à fait insuffisante. Aujourd'hui, la décentralisation régionale ne peut guère se réaliser que par l'élection des agents décentralisés. Il est, dès lors, à craindre que le fonctionnement du système ne soit toujours faussé par l'intrusion de la politique électorale, politique du gouvernement qui exercera une pression pour faire élire ses candidats, politique locale avec toutes les mesquines rivalités de personnes qu'elle traîne avec elle.

Enfin la décentralisation régionale ne peut pas s'appliquer aux grands services techniques, dont l'action doit s'étendre au pays tout entier, comme, par exemple, le service des postes et télégraphes, le service des chemins de fer, le service de l'enseignement. Et cependant, il y aurait un grand intérêt à soustraire ces services à l'action directe du gouvernement. D'une part, le gouvernement étant tout-puissant sur les services, il aura tendance à exercer un pouvoir arbitraire dans la nomination des agents, dans la discipline et dans la direction du service. D'autre part, l'augmentation du nombre des services techniques aura pour conséquence, s'ils restent centralisés, d'augmenter

considérablement la puissance des gouvernants, et cela d'une manière qui peut être dangereuse. Enfin, l'expérience démontre que le gouvernement est incapable de bien diriger les grands services techniques, que son exploitation est coûteuse et peu productive. Le seul remède à cela paraît être d'associer les agents du service lui-même à la direction de ce service et de les intéresser à sa bonne gestion.

C'est à ces différents desiderata que vient répondre *la décentralisation par service.*

§ 60. — *La décentralisation par service.*

Je crois que, dans la plupart des grands pays modernes et particulièrement en France, une évolution est en train de s'accomplir vers l'établissement d'une large décentralisation ainsi comprise, laquelle est la conséquence à la fois de la disparition progressive de la notion de puissance publique et de l'accroissement du nombre des services techniques. Dans ce système, la décentralisation est réalisée dans le service public lui-même par la participation des fonctionnaires techniques du service à sa direction. On peut déterminer cinq éléments de cette forme de décentralisation :

1° Un service public d'ordre plus particulièrement technique. Pour les services qui tendent à assurer la sécurité à l'intérieur et la protection à l'extérieur, dont la gestion ne demande pas de connaissance technique particulière, mais seulement une direction une et énergique, il n'existe aucune raison de donner aux agents eux-mêmes chargés du service la direction, l'impulsion ; il y aurait même de graves dangers à enlever aux gouvernants et à leurs agents immédiats la pleine direction du service. Mais au contraire la centralisation des services proprement techniques constitue en soi une con-

tradiction évidente. Les gouvernants et leurs agents n'ont pas de connaissances spéciales ; ils sont incompétents pour diriger un service d'ordre technique. Il est donc contradictoire de concentrer en eux toute la puissance de direction. On aperçoit aisément les conflits qui doivent forcément se produire quand les agents techniques sont totalement écartés de la direction, exclusivement remise à des hommes politiques dépourvus de toute compétence. Il y a là certainement une des causes principales des grèves regrettables qui se sont produites en France aux mois de mars et de mai 1909 dans le personnel technique des postes et télégraphes.

2° Un statut légal pour les fonctionnaires, cf. § 65. La situation des agents des services techniques doit être indépendante de l'action arbitraire des gouvernants et des influences politiques. C'est la condition indispensable pour que la participation des agents techniques à la direction des services soit indépendante et correcte. Je crois même que la décentralisation par service se rattache intimement au syndicalisme *fonctionnariste*. Je crois aussi que la direction du service pourra venir utilement de l'organe directeur du syndicat des fonctionnaires du service, syndicat fortement constitué, mais en même temps fortement discipliné, étroitement contrôlé par le gouvernement et surtout directement, effectivement et pécuniairement responsable envers les particuliers de la mauvaise gestion du service, en même temps qu'il serait associé aux bénéfices pouvant résulter d'une bonne gestion.

3° La participation des fonctionnaires techniques eux-mêmes à la direction du service peut être organisée de diverses manières.

On peut d'abord supposer que les agents de direction soient choisis parmi les fonctionnaires techniques et ne puissent être choisis que parmi eux, mais soient dési-

gnés par le gouvernement. C'est la forme la plus simple et qui sera probablement la transition entre le système actuel et la décentralisation par service.

Une participation complète des agents techniques à la direction du service consisterait dans l'élection des agents de direction par les agents techniques, qui ne pourraient les choisir que parmi ceux d'entre eux remplissant certaines conditions d'honorabilité et de capacité, déterminées par la loi du service.

4° Le contrôle du gouvernement doit être maintenu et fortement garanti. Les syndicalistes les plus convaincus le reconnaissent. Il faut que le gouvernement puisse intervenir pour garantir le respect de la loi, pour prendre des mesures, si besoin est, à l'effet d'assurer le fonctionnement régulier du service. Ce contrôle aura tous les caractères que nous avons attribués précédemment au pouvoir de contrôle; il consiste dans le droit d'approuver et de refuser l'approbation, dans le droit d'annuler pour violation de la loi.

Avec le système de décentralisation par service se combinera très heureusement la *patrimonialisation* des services, c'est-à-dire l'affectation à ce service d'un patrimoine autonome, dont la gestion sera confiée, sous le contrôle de l'État, aux agents eux-mêmes. Le système des dépenses obligatoires précédemment expliqué devra fonctionner. Il serait impossible d'admettre que les agents décentralisés directeurs du service puissent refuser d'inscrire au budget les sommes nécessaires pour assurer le bon fonctionnement du service.

Il y aura pour tout cela des dispositions de détail à édicter. Ce sera l'objet de la loi d'organisation. Il est impossible de les indiquer ici. Elles devront d'ailleurs varier avec chaque service et aussi avec le temps et les circonstances.

5° La responsabilité personnelle et effective des fonc-

tionnaires est le complément indispensable de la décentralisation par service. C'est la condition nécessaire pour qu'elle puisse se réaliser et qu'elle se concilie avec une bonne gestion. Les fonctionnaires techniques doivent comprendre qu'ils n'obtiendront une participation à la direction qu'à la condition qu'ils acceptent cette responsabilité. Là où est l'action doit être la responsabilité, et l'action effective n'est que là où est la responsabilité. Aujourd'hui, c'est en principe l'administration seule qui est responsable envers les particuliers du mauvais fonctionnement du service; le fonctionnaire n'est responsable que lorsqu'il y a faute personnelle; et malgré les controverses qui existent sur cette notion de faute personnelle, il semble bien que l'agent n'est responsable personnellement que lorsqu'il est sorti de sa fonction. Cf. § 72.

Dans un système de décentralisation par service, il faut incontestablement que les fonctionnaires soient atteints par une large responsabilité. Sans doute, le patrimoine public ne peut pas échapper à toute responsabilité. Mais toutes les fois qu'il serait établi que le préjudice provient certainement d'une faute, d'une négligence d'un fonctionnaire, sa responsabilité devrait être engagée. On pourrait décider que toutes les fois qu'un particulier serait lésé par le mauvais fonctionnement d'un service, on présumerait la faute personnelle des fonctionnaires. J'admettrais même que cette responsabilité fût une responsabilité solidaire de tous les fonctionnaires du service; et cette solidarité pourrait être réalisée assez aisément par la création d'une caisse appartenant au syndicat des fonctionnaires du service, la formation des syndicats marchant de pair, on l'a dit plus haut, avec la décentralisation par service. Je ne vois aucun inconvénient, au contraire, à ce que ces syndicats de fonctionnaires aient un riche patrimoine,

qui constituerait un cautionnement garantissant la sanction de leur responsabilité étroite envers les particuliers. J'accepterais aussi volontiers que la contre-partie de cette responsabilité fût une participation des fonctionnaires aux bénéfices réalisés par le service ; que, par exemple, les bénéfices réalisés par le service des postes, télégraphes et téléphones, au lieu de se perdre dans le budget général de l'État, fussent en partie distribués entre les fonctionnaires du service qui seraient ainsi intéressés à son bon fonctionnement.

Que les fonctionnaires aient tout intérêt à accepter une responsabilité pécuniaire très étroite envers les particuliers, parce qu'elle est la condition indispensable de l'autonomie de leur syndicat et de leur participation à la gestion des services publics, c'est ce que comprennent ceux d'entre eux qui sont intelligents. Par exemple, M. Beaubois, de l'administration des postes, écrit : « A l'irresponsabilité de l'État sera substituée la responsabilité des groupements professionnels » (Beaubois, *L'organisation syndicaliste du service des postes, Mouvement socialiste,* année 1909, p. 242; cf. un article du même auteur, même Revue, juin 1909, p. 413). C'est l'idée qu'exprime aussi M. Demartial : « La décentralisation appliquée aux institutions, il faudra l'étendre aux fonctionnaires... Dans les limites de (sa) compétence, chaque fonctionnaire sera responsable. Cette responsabilité sera *civile* et administrative » (Lettre au *Temps,* 7 octobre 1910).

L'évolution vers la décentralisation par service est une conséquence de la disparition progressive de la conception de souveraineté et de l'accroissement du nombre des services publics techniques, qui est un mouvement parallèle. Sans doute, cette décentralisation ne peut pas être appliquée à tous les services ; elle ne pourra jamais l'être aux services relatifs à la sécurité du pays ; mais j'estime que, dès maintenant, elle pourrait être très heureusement appliquée à certains services, comme l'enseignement, les postes et télégraphes, les chemins de fer.

Cf. Max Leroy, *La transformation de la puissance publique, les syndicats de fonctionnaires,* 1907 ; *Id., Syndicats et services publics,*

1909; Berthod, *Revue politique et parlementaire,* mars 1906, p. 413; Paul-Boncour, *Revue socialiste,* janvier 1906, p. 17; Rodrigues, *Le syndicalisme universitaire, Revue socialiste,* octobre 1905, p. 499 et s.; Lettre au *Temps,* 9 novembre 1905; Duguit, *Le droit social, le droit individuel,* 2e édit., 1911, p. 143 et s.; 3e édit., 1921, avec une préface sur le syndicalisme; Chardon, *Le pouvoir administratif,* 1911, qui met nettement en relief la nécessité d'établir la responsabilité directe des fonctionnaires; Bouglé, *Les syndicats de fonctionnaires et les transformations de la puissance publique, Revue de métaphysique et de morale,* 1907, p. 671; Beaubois, *L'organisation syndicaliste du service des postes, Mouvement socialiste,* avril 1909, p. 242, et juin 1909, p. 413; Paul Louis, *Le syndicalisme contre l'État,* 1910; Lagardelle, *Les services publics et le syndicalisme, Mouvement socialiste,* mars 1911, p. 151.

La décentralisation par service est violemment attaquée par les représentants de la conception de la souveraineté issue de la Révolution. Ils prétendent que la décentralisation par service serait en contradiction absolue avec la notion même de souveraineté une et indivisible. C'est bien possible, mais la question n'est pas là; elle est seulement de savoir si, en fait, une évolution s'accomplit vers la décentralisation par service. Or, il me semble avoir démontré la réalité de ce fait. Maintenant, est-il en contradiction avec le principe de la souveraineté une et indivisible? Cela m'est totalement indifférent. Si la contradiction existe, c'est tout simplement une preuve nouvelle que le concept de souveraineté n'est pas conforme aux faits. D'ailleurs, cette souveraineté une et indivisible existerait-elle, je ne vois pas pourquoi le système de la décentralisation par service serait contradictoire avec elle si la décentralisation par région ne l'est pas.

On dit encore : la décentralisation par service est la négation du principe même d'autorité et conduit tout droit à l'anarchie, à la disparition même de toute société organisée (Esmein, *Droit constitutionnel,* 7e édit., 1921, I, p. 55 et s.).

C'est bientôt dit. Il faudrait le démontrer. Ce qui est vrai toutefois, c'est que l'évolution vers le syndicalisme fonctionnariste et la décentralisation par service sont une conséquence de la disparition de la notion de souveraineté, de la notion régalienne et révolutionnaire de l'État. J'ai essayé de montrer cette disparition (cf. §§ 4 et 8) et que l'État n'est plus une puissance commandante, mais une coopération de services publics, que les gouvernants ne peuvent plus imposer une prétendue puissance publique, mais seulement assurer la gestion des services publics, et cela, même par l'emploi de la force si besoin est. Comment un pareil régime serait-il un régime d'anarchie ? Ce sera la coopération volontaire de tous sous le contrôle des gouvernants.

Berthélemy a complété la critique ; il dit qu'on joue sur les mots en prétendant que le syndicalisme fonctionnariste est un système de décentralisation, que la décentralisation consiste à associer les administrés eux-mêmes à la gestion des services publics et qu'elle est faite dans l'intérêt des administrés, tandis que la formation de syndicats de fonctionnaires autonomes et investis d'un rôle de direction a pour but la protection des administrateurs eux-mêmes, de ceux qui gèrent les services publics (*Revue de Pic*, Lyon, juin 1906) (tirage à part).

Je crois, en effet, que la décentralisation a pour but dernier d'assurer la bonne gestion des services publics dans l'intérêt des administrés. Si la décentralisation par service donne aux fonctionnaires une situation plus stable, plus avantageuse et les associe à la direction du service, par là elle doit avoir pour conséquence l'amélioration du service. La décentralisation par service telle que je la comprends, et telle seulement qu'elle peut se faire, tend uniquement à réaliser une meilleure gestion du service par l'amélioration de la situation du

fonctionnaire, qui n'est ainsi qu'un moyen et non pas une fin.

Il importe d'ailleurs que les fonctionnaires le comprennent bien. Contrairement à ce que quelques-uns paraissent croire, contrairement à ce que des meneurs démagogues proclament, les fonctionnaires ne sont pas des employés en face d'un employeur, des producteurs en face d'un capitaliste, luttant contre l'employeur capitaliste pour conquérir le produit de leur travail. C'est là une conception fausse, favorisée d'ailleurs par la fausse conception de l'État-personne. L'État-patron capitaliste n'existe point. Les fonctionnaires sont les gérants des services publics, lesquels, par définition, doivent nécessairement fonctionner, mais exclusivement dans l'intérêt de la collectivité. Ceux qui gèrent ces services s'organisent corporativement pour garantir leur situation ; ils sont investis d'un rôle de direction sous leur responsabilité personnelle ; mais tout cela a pour but et pour limite la bonne gestion du service, qui fonctionnera mieux si les fonctionnaires se sentent garantis contre les révocations et les déplacements arbitraires, si l'impulsion et la direction sont données par des agents techniques sous le contrôle des gouvernants, si les fonctionnaires sont personnellement responsables de la bonne gestion.

Il reste à dire l'essentiel : la décentralisation par service me paraît fournir la solution toute naturelle d'un des plus graves problèmes en face desquels se trouvent nos sociétés modernes et qui peut se formuler ainsi : comment concilier l'accroissement constant et nécessaire du nombre des services publics avec la protection de l'individu contre l'omnipotence des gouvernants et avec le libre développement des énergies individuelles?

Que le nombre des services publics aille grandissant,

c'est un fait que nul ne saurait contester. Des esprits à courte vue protestent contre ce qu'ils appellent les monopoles d'État. Protestations absolument vaines. Les besoins des sociétés modernes sont tels que forcément beaucoup d'activités d'ordre technique doivent être érigées en services publics, parce qu'il est absolument nécessaire qu'elles fonctionnent sans interruption, et que leur arrêt, même momentané, pourrait avoir les conséquences les plus graves pour la vie même de la nation et pour les relations internationales. On l'a bien vu en France au moment de la grève des postiers en mars 1909, et des cheminots en octobre 1910 et en mai 1920. Il faut donc que toutes les activités économiques indispensables soient organisées en service public, c'est-à-dire placées sous l'action directe des gouvernants, de manière que ceux-ci, par le moyen de la force qu'ils monopolisent, en assurent le fonctionnement régulier et sans aucune interruption.

Le nombre des services publics ira certainement chaque jour en s'accroissant. Le moment n'est peut-être pas éloigné où dans tous les pays l'exploitation des mines de charbon, celle de la houille blanche seront instituées en service public. En Italie et dans la République d'Uruguay, certaines catégories d'assurances ou toutes les assurances sont déjà organisées en service public. Il est probable que le moment viendra où dans d'autres pays il en sera de même. Qu'on le veuille ou non, les conditions mêmes de la vie économique moderne font que chaque jour et partout les activités organisées en service public deviendront plus nombreuses, plus complexes, plus puissantes.

Mais si les gouvernants exploitent directement ou par des agents dépendant d'eux absolument tous ces services, leur puissance deviendra formidable. La force économique venant s'ajouter à celle qu'assure aux gouvernants

le faux dogme de la souveraineté nationale, qui compte encore quelques croyants, écrasera l'individu. C'est la pure conception collectiviste, qui n'est, au fond, que la conception régalienne et jacobine étendue à la puissance économique. Ce serait alors pour l'État une monstrueuse puissance plus formidable encore que celle de l'État issu de la Révolution; ce serait l'écrasement de l'individu et le retour à la barbarie, la misère et la famine. L'expérience bolcheviste en est l'éclatante démonstration.

La conception syndicaliste et décentralisatrice est tout à fait différente; elle permet l'organisation en service public des activités économiques sans accroître la puissance des gouvernants. En effet, le rôle des gouvernants devra se borner au contrôle de la gestion du service; ils interviendront pour que le service fonctionne conformément à la loi qui l'organise et règle son fonctionnement, pour empêcher que le service soit interrompu ne fût-ce qu'un jour. On aura ainsi à la fois les avantages de la gestion privée et de l'organisation en service public.

Qu'on ajoute à cela la responsabilité personnelle des fonctionnaires au cas de mauvais fonctionnement du service, l'affectation au service d'un patrimoine autonome, la participation des fonctionnaires aux bénéfices provenant d'une bonne gestion; ainsi se trouveront écartées toutes les objections tirées de ce que les exploitations industrielles de l'État sont mauvaises et coûteuses. Elles ne le seraient pas pour les raisons qu'on vient de dire, si les services qui y répondent étaient sagement décentralisés.

On a déjà dit que la décentralisation par service ne peut s'appliquer qu'aux exploitations techniques, comme l'enseignement, les postes et télégraphes, les chemins de fer.

Les lois françaises ont donné une certaine décentralisation au service de l'enseignement. D'abord, pour les trois degrés de

l'enseignement, ont été constitués des conseils en grande partie élus par les membres de l'enseignement eux-mêmes, le conseil supérieur de l'instruction publique et les conseils académiques (L. 27 février 1880), le conseil départemental pour l'enseignement primaire (L. 30 octobre 1886). Mais, outre que ces divers conseils ne sont pas complètement électifs, ils n'ont, en dehors de leurs attributions disciplinaires, qu'un rôle consultatif et non point un rôle de décision. La décentralisation par service apparaît plus grande dans l'organisation de l'enseignement supérieur et le fonctionnement des universités. La loi du 10 juillet 1896 et le décret du 21 juillet 1897 modifié par le décret du 31 juillet 1920 ont créé et réglé le fonctionnement des conseils d'université composés des doyens, de deux délégués élus par chaque faculté d'une même université et d'un certain nombre de membres choisis par ce conseil en dehors de l'université. Les délibérations des conseils d'université sont soumises à un contrôle très étroit de l'autorité ministérielle ; il en est peu qui soient exécutoires par elles-mêmes. Malgré cela, les fonctionnaires mêmes du service, les professeurs, sont directement associés à la direction du service. Leur liberté d'action se trouve cependant forcément restreinte du fait que la présidence du conseil de l'université appartient au recteur, agent direct des gouvernants. Dans un système logique, le recteur ne devrait pas prendre une part directe aux travaux du conseil de l'université, mais exercer seulement un pouvoir de contrôle.

La loi de finances du 13 juillet 1911, complétée par le règlement d'administration publique du 13 juillet 1912 et par le décret du 27 janvier 1914, a commencé de donner aux réseaux des chemins de fer de l'État une autonomie administrative et financière, avec une certaine participation des agents techniques à la gestion du service. L'article 41, § 1, dit « que tout le réseau de l'État forme une administration unique placée sous l'autorité des ministres et dotée de la personnalité civile ». L'article 56 de la même loi crée un conseil de réseau composé de 22 membres nommés par décret, dont 4 agents du réseau choisis par le ministre parmi les délégués élus aux divers comités ou commissions du réseau.

La loi du 29 octobre 1921 relative au nouveau régime des chemins de fer d'intérêt général, s'appliquant à tous les réseaux, y compris le réseau de l'État, a organisé d'une manière ingénieuse la participation des employés de chemins de fer aux bénéfices du réseau auquel ils appartiennent. Elle crée pour chaque réseau

une société commerciale coopérative du personnel (art. 3). Son conseil d'administration est composé uniquement d'agents du réseau en activité de service. La moitié de la part de prime revenant au personnel du réseau peut y être versée, et les fonds dont elle dispose devront être placés, soit en actions du réseau, soit en obligations des grands réseaux, soit en immeubles. L'autre moitié des primes doit être versée à une caisse, gérée de la même façon que la coopérative et à laquelle un décret permettra d'acquérir au nom des agents et sur leur demande des actions de leur réseau, des obligations de chemins de fer ou des valeurs émises par l'État.

La convention intervenue entre l'État et les diverses administrations de chemin de fer d'intérêt général, ratifiée par la loi du 19 octobre 1921, crée un conseil supérieur des chemins de fer destiné à assurer l'action commune de tous les réseaux et dans lequel entrent pour chacun des six réseaux deux représentants du personnel, en tout douze représentants du personnel. L'article 6 de la loi décide que les représentants du personnel sont élus et qu'ils devront comprendre six représentants des classes moyennes et six du petit personnel. Cf. Garnaud, *Rapports de l'État et des grandes compagnies de chemin de fer sous le régime de la convention du 28 juin 1921*, thèse Bordeaux, 1922.

La loi de finances du 13 juillet 1911 a aussi industrialisé en partie le service des poudres et salpêtres (art. 60 et s.).

Quant au service des postes, on demande depuis longtemps son autonomie et son industrialisation avec participation des agents à la gestion et au bénéfice de l'entreprise. On lira notamment avec intérêt l'article de M. Alcindor, *L'autonomie des postes, télégraphes et téléphones, Revue de science et de législation financières,* juillet-septembre 1910 (tirage à part), article suivi du texte d'une proposition déposée le 26 juin 1910 par M. le député Steeg et tendant à accorder l'autonomie au service des postes et télégraphes, de façon à permettre une exploitation industrielle. Le 8 juillet 1922, M. Paul Laffon, sous-secrétaire d'État aux postes et télégraphes, déposait sur le bureau de la chambre un projet de loi donnant au service des postes et télégraphes l'individualité financière et d'après lequel, pour assurer le bon fonctionnement de ses services, les méthodes d'exploitation industrielles seront employées, notamment l'établissement d'un compte général d'exploitation, d'un compte de premier établissement et d'un bilan annuel. D'après ce projet, les agents du service auront une représentation au conseil chargé de surveiller l'exploitation géné-

rale (*J. off., doc, parl.*, Chambre, 1922, p. 1854). Cf. Rapport à la chambre de M. Pierre Robert pour le budget des P. T. T., 1920; Staedler, *Die Reichspost als Betriebsverwaltung des öffentlichen Rechts, Archiv des öffentlichen Rechts,* XLII, 1922, p. 193.

Il convient de rappeler que dès 1910 (arrêté des 19 et 20 janvier 1910), M. Millerand étant ministre des travaux publics, des postes et des télégraphes, a été organisée la représentation régulière de tout le personnel dans les conseils généraux de discipline, dans le conseil central de discipline et à la commission centrale d'avancement. D'autre part le personnel a reçu, dès cette époque, le droit d'avoir des délégués auprès du ministre, auprès des directeurs départementaux et des chefs de service. C'était une très heureuse innovation et comme l'amorce de l'établissement d'un service des postes avec une véritable décentralisation par industrialisation et fonctionnarisation, que réalisera complètement, je l'espère, dans un avenir prochain, le vote par les chambres du projet Laffon.

Notons enfin que l'article 15 du projet sur le statut des fonctionnaires du 1er juin 1920 porte que dans chaque service est créé un conseil d'administration se composant pour un tiers des représentants élus par le personnel participant au fonctionnement du service et qui peut être consulté sur toutes les mesures d'ordre législatif et réglementaire relatif à l'organisation du service.

§ 61. — *La nature juridique de la fonction publique.*

J'emploie cette formule parce qu'elle est consacrée par l'usage. Mais il n'est pas inutile d'en préciser le sens. Déterminer la nature juridique de la fonction publique, c'est déterminer quel est, au point de vue du droit, la situation du fonctionnaire. Je crois avoir établi au tome I, pages 123 et suivantes, qu'au point de vue du droit, l'homme vivant en société peut se trouver dans deux situations différentes, et seulement dans deux situations, l'une de droit objectif et l'autre de droit subjectif. J'ai essayé de déterminer, d'une manière aussi précise que possible, les caractères de chacune de ces deux situations. La question est maintenant de

savoir si le fonctionnaire est dans une situation juridique subjective ou dans une situation de droit objectif, ou situation légale, ces deux dernières expressions pouvant être prises comme synonymes. Si l'on a si longuement et si vainement disserté sur la nature juridique de la fonction publique, c'est qu'on a mal posé la question et qu'on y a fait intervenir toutes sortes d'éléments qui y étaient complètement étrangers.

En examinant en soi la situation de tout fonctionnaire, on reconnaît facilement qu'elle est constituée par quatre éléments qui ont, chacun d'eux très nettement, un caractère objectif, exclusivement un caractère objectif. Ils résultent directement de l'application au fonctionnaire considéré de la loi du service public auquel il est associé d'une manière permanente et normale. Il ne faut jamais perdre de vue que ce qui fait le fonctionnaire, c'est qu'il est compris dans les cadres permanents du service établis par la loi. C'est cette loi du service qui, en même temps qu'elle crée les cadres, crée la situation du fonctionnaire. Les prérogatives qui lui appartiennent et les charges qui lui sont imposées ne sont point individuelles; elles sont d'ordre général, établies par la loi, non dans l'intérêt du fonctionnaire, mais dans celui du service. Le fonctionnaire est comme un rouage de cette sorte de machine à administrer que constitue chaque service. Chacun des rouages est une création légale. Il en est de même du fonctionnaire et de la situation qui lui est faite. D'autre part, on va le voir un peu plus loin, les différents éléments qui constituent la situation du fonctionnaire présentent bien les caractères de généralité et de permanence qui sont le propre de toute situation de droit objectif ou situation légale.

Ces éléments peuvent, ce me semble, être groupés

sous quatre chefs : 1° la compétence; 2° les avantages matériels (traitement et pension de retraite); 3° le statut; 4° les charges et obligations.

1° *La compétence,* en son sens général, est l'élément de la situation fonctionnelle qui permet à l'agent de faire légitimement un certain nombre d'actes en vue du fonctionnement du service public auquel il est attaché. La notion de compétence est identique à celle de capacité. Seulement, l'expression capacité est employée surtout en droit privé; celle de compétence, surtout en droit public.

Le plus habituellement, en parlant de compétence, on a en vue seulement les actes d'ordre juridique que le fonctionnaire a la capacité de faire régulièrement. Mais, en réalité, la compétence comprend, non seulement les actes juridiques que le fonctionnaire a capacité de faire valablement, mais encore les actes d'ordre matériel que le fonctionnaire peut faire légitimement, c'est-à-dire sans qu'ils puissent entraîner sa responsabilité personnelle, même s'ils occasionnent un préjudice certain à un particulier.

Je reviendrai plus loin, au paragraphe 64, sur le caractère de la compétence. Mais, dès à présent, il importe de mettre nettement en relief le caractère exclusivement objectif de cette situation. Ce pouvoir de faire valablement un certain nombre d'actes juridiques ou légitimement un certain nombre d'actes d'ordre matériel est incontestablement créé par la loi du service et uniquement dans l'intérêt du service. D'autre part, c'est un pouvoir qui est permanent et général. Il ne s'épuise pas par l'exercice accompli en une ou plusieurs fois. Il existe, continuellement renouvelé, pendant toute la durée de la fonction. Il ne s'exerce pas à l'égard d'une personne déterminée, mais d'une manière générale et à l'égard de tous, sans distinction de per-

sonnes et sans considération d'espèce. Ce sont bien là tous les caractères de la situation objective ou légale.

Je rappelle enfin qu'à aucun titre on ne peut voir dans la compétence, pas plus que dans la capacité, un droit subjectif, d'abord parce que, je crois l'avoir démontré, il n'y a pas de droits subjectifs, et, en second lieu, parce que, y aurait-il des droits subjectifs, ils n'apparaissent point dans cette situation qu'on appelle capacité ou compétence. J'ai montré au tome I, pages 11 et suivantes, que, s'il existe, le droit subjectif ne peut être que le pouvoir reconnu à une volonté de s'imposer comme telle à une autre volonté. Or, la compétence et la capacité impliquent que tout acte fait dans leurs limites est protégé par l'ouverture d'une voie de droit, c'est-à-dire la mise en mouvement de la contrainte sociale. Or, on ne peut admettre que la volonté individuelle puisse créer cette possibilité, puisse déclancher la contrainte sociale. Seul le droit objectif peut le faire. La compétence et la capacité sont ainsi une pure création du droit objectif, et, par conséquent, des éléments exclusivement d'ordre objectif. J'ai donc le droit de dire qu'à ce premier point de vue la situation du fonctionnaire est une situation légale ou objective. Cf. t. I, p. 241 et s.

2° *Les avantages matériels* (*traitement et pension de retraite*). — C'est surtout cet élément de la situation de fonctionnaire qui a été considéré comme l'élément subjectif. Beaucoup d'auteurs y ont vu et y voient encore une créance du fonctionnaire contre la personne administrative, dont l'objet est dû par celle-ci au fonctionnaire, comme rétribution des prestations de travail qu'il doit lui fournir. A cet égard, on veut voir dans la situation du fonctionnaire celle résultant d'un mandat salarié donné par l'administration à ses agents compétents pour faire des actes juridiques ou d'un contrat de

travail que passeraient avec l'administration, moyennant salaire, les fonctionnaires qui ne font que des opérations matérielles.

C'est une conception tout à fait erronée. Le traitement, la pension de retraite, accessoire du traitement et tous les avantages matériels sont fixés par la loi du service, non pas vraiment en raison des prestations fournies par le fonctionnaire, non pas comme des redevances dues en retour de ces prestations, mais pour donner au fonctionnaire une situation matérielle et morale en rapport avec la fonction qu'il remplit et qui lui permette d'assurer le bon fonctionnement du service public sans avoir à se préoccuper des besoins de la vie. Le traitement, les avantages matériels de toute nature qui s'y rattachent profitent certainement au fonctionnaire ; mais ils sont établis et le quantum en est fixé, non pas en vue du fonctionnaire, non pas en raison des prestations fournies par lui, mais en vue du bon fonctionnement du service public. La loi qui détermine le traitement est la même qui établit les cadres du service ; c'est la loi du service, la loi des fonctions qui s'y rattachent, et le régime de ces traitement et avantages pécuniaires est, suivant l'expression d'Hauriou, un régime institutionnel, c'est-à-dire un régime légal, impliquant une situation légale ou de droit objectif pour ceux auxquels il s'applique.

Sans doute, il y a un moment où le fonctionnaire devient créancier d'une quote-part de son traitement et de sa pension de retraite. Il n'est pas toujours facile de déterminer ce moment ; mais cela ne change rien à ce que je viens de dire. Pour le traitement, je crois que le fonctionnaire devient créancier de la part correspondante au temps pendant lequel, en fait, il a rempli sa fonction. La créance naît à la suite de l'acte de volonté émanant du fonctionnaire qui veut devenir

créancier d'une partie de son traitement conformément à la loi. Et cette volonté résulte du fait qu'il a rempli sa fonction. Pour la pension de retraite, la créance naît incontestablement au moment de la décision de l'autorité compétente admettant le fonctionnaire, suivant l'expression consacrée, à faire valoir ses droits à la retraite. Il y a ensuite une procédure assez longue pour arriver à la liquidation et au paiement de la retraite. Mais cette procédure n'a pas pour conséquence de créer une situation nouvelle; elle tend simplement, étant donné que la situation a été reconnue par la décision portant admission à la retraite, à en assurer la réalisation. Ainsi le fonctionnaire devient, conformément à la loi de la fonction, à un moment donné, créancier soit d'une quote-part de son traitement, soit de sa pension de retraite. Cela est précisément une conséquence de ce que, en tant que fonctionnaire, il est dans une situation objective, une situation légale, dans laquelle il peut se mouvoir conformément à la loi et que doit respecter l'administration, liée elle-même par la loi du service, aussi bien par celle qui détermine les avantages matériels accordés au fonctionnaire que par celle qui fixe l'étendue de sa compétence.

Il convient de signaler la disposition intéressante de l'article 28 de la loi de finances du 31 décembre 1920, ainsi conçue : « Le fonctionnaire admis à faire valoir ses droits à la retraite par application des paragraphes 1 et 2 de l'article 5 de la loi du 9 juin 1853 continue à exercer ses fonctions jusqu'à la délivrance de son brevet de pension, sauf en cas de demande contraire de sa part, de suppression de son emploi ou de décision justifiée par des motifs tirés de l'intérêt du service. »

Le conseil d'État a reconnu d'une manière très nette qu'en ce qui concerne son traitement et les avantages accessoires, le fonctionnaire est dans une situation objective ou légale. Le sieur *Lafage* prétendait que le ministre des colonies avait pris une décision contraire au règlement sur les avantages pécuniaires attribués à la fonction dont il était investi; et il en demandait, en

conséquence, l'annulation par la voie du recours pour excès de pouvoir. Conformément aux conclusions de M. le commissaire du gouvernement Pichat, le conseil d'État a déclaré le recours recevable et fondé, « considérant que le sieur *Lafage* se borne à soutenir que par la décision du ministre des colonies, il a été privé du bénéfice d'avantages qui lui sont assurés en sa qualité d'officier par les règlements en vigueur, que sa requête met ainsi en question la légalité d'un acte d'une autorité administrative ».

Ainsi le conseil d'État décide que la requête relative à une décision du ministre concernant les avantages matériels attachés à une fonction met en question, non pas l'existence d'une créance au profit du fonctionnaire, mais la légalité d'un acte administratif, c'est-à-dire soulève une pure question de droit objectif. La portée de cette décision est précisée par les remarquables conclusions de M. Pichat qui dit notamment : « Le recours ne peut être fondé que sur la violation des règles de droit auxquelles les lois et règlements soumettent le fonctionnement des services publics. Il n'est pas recevable si le moyen invoqué est la violation d'un droit contractuel, quasi contractuel ou quasi délictuel... » Or, comme le conseil d'État reconnaît, dans l'espèce, la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre un acte du ministre touchant la situation du fonctionnaire concernant son traitement, il reconnaît bien par là même que cette situation ne constitue pas pour lui un droit contractuel, c'est-à-dire une créance, mais est bien une situation légale ou de droit objectif (*Recueil,* 1912, p. 348, avec les conclusions de M. Pichat, S., 1913, III, p. 1, et une note d'Hauriou qui n'est pas une de ses meilleures et contient l'exposé d'une thèse très critiquable ; *Revue du droit public,* 1911, p. 269, avec une bonne note de Jèze. L'arrêt *Boundal* du 14 novembre 1913 ne contredit point l'arrêt *Lafage,* parce que, dans cette dernière espèce, le requérant soutenait qu'il était devenu créancier de l'État et concluait à ce que celui-ci fût condamné à lui payer une certaine somme (*Recueil,* 1913, p. 1106). L'arrêt *Lafage* a été confirmé par un arrêt *Baron* qui, dans une hypothèse identique, admet, dans les mêmes termes, la recevabilité du recours pour excès de pouvoir (*Recueil,* 1916, p. 480), et par un arrêt *Hernoult,* 14 mai 1920, *Recueil,* p. 495.

3° *Le statut.* — C'est le terme par lequel on a pris l'habitude de désigner la situation qui est faite au fonctionnaire en application des dispositions légales et réglementaires qui sont édictées pour le protéger dans

ses intérêts moraux et pécuniaires en tant que fonctionnaire contre les actes arbitraires des gouvernants ou de leurs agents. Cette définition du statut suffit à montrer qu'il constitue au premier chef une pure situation légale ou de droit objectif. Elle est permanente. Elle dure autant que la fonction, tant que la loi ou le règlement qui la créent ne sont pas modifiés ou abrogés. Le fonctionnaire peut l'opposer *erga omnes*. Il est d'évidence que la situation résulte directement de l'application de la loi.

Il faut aussi ajouter que si le statut profite au fonctionnaire, il n'est pas établi, en réalité, en vue de ses intérêts, mais bien dans l'intérêt du service public. Le statut repose sur cette idée que le fonctionnaire sera d'autant mieux attaché à son service, remplira avec d'autant plus de zèle ses devoirs fonctionnels qu'il se sentira plus fortement et plus efficacement protégé par la loi dans sa situation. Il est au reste inutile d'insister, car le caractère légal, objectif, du statut fonctionnel n'est pas sérieusement contesté.

4° *Les charges et obligations.* — Ce dernier élément de la situation de fonctionnaire est bien aussi de nature exclusivement objective. C'est la loi de la fonction publique qui détermine ces charges et ces obligations ; c'est parce que le fonctionnaire est compris dans les cadres du service public qu'il en est grevé. C'est le cas de dire ou jamais que le fonctionnaire apparaît comme un rouage du service et que la loi détermine le travail qu'il doit accomplir dans la grande machine qu'est un service public.

Pour qu'il puisse accomplir utilement ce travail, la loi apporte, en ce qui concerne le fonctionnaire, quelques restrictions à son statut général de citoyen. Comme ce statut de citoyen est certainement une situation légale ou de droit objectif, les restrictions qui y sont apportées

le sont aussi. Il en est ainsi, par exemple, des restrictions qui peuvent être apportées par la loi du service à la liberté civique du fonctionnaire. Cf. *infra*, § 68.

Quant aux obligations qui s'imposent au fonctionnaire d'assurer le fonctionnement du service public dans certaines conditions, elles résultent aussi directement de la loi. Il est placé dans les cadres légaux du service; et c'est à cause de cela qu'il doit remplir une certaine besogne conformément à la loi du service. Il n'est pas débiteur de ces prestations en retour de la rétribution que lui paie l'administration. Il est attaché d'une manière permanente au service; il en est un des instruments indispensables et c'est la loi qui détermine son rôle, l'étendue et la nature de son activité.

On verra plus loin que la sanction principale de ces charges fonctionnelles est la discipline et que celle-ci ne peut être comprise que comme le droit pénal d'un groupe social secondaire encadré dans le groupe national. Or, le droit pénal ne peut faire naître que des situations objectives, et aussi cette espèce particulière de droit pénal qu'est le droit disciplinaire.

On a dit parfois cependant que ce qui prouve que la situation du fonctionnaire est une situation juridique subjective et non une situation légale objective, c'est qu'il peut toujours y renoncer en donnant sa démission.

L'argument est sans valeur. Il importe de rectifier une erreur très communément répandue. Ce n'est point la démission du fonctionnaire qui produit la cessation de la fonction et de la compétence qui y est attachée; c'est l'acceptation de cette démission par l'autorité supérieure compétente. Tant que la démission n'est pas acceptée, le fonctionnaire est en fonction avec tous les pouvoirs et tous les devoirs attachés à sa fonction. La vérité, c'est que le fonctionnaire peut, non pas donner, mais proposer sa démission; habituellement, elle est acceptée,

mais elle pourrait ne pas l'être; il arrive parfois, en fait, qu'elle ne l'est pas. On doit noter d'ailleurs que, souvent, lorsque la démission n'est pas acceptée, c'est qu'elle est considérée comme un acte d'indiscipline, et le fonctionnaire est alors, en général, l'objet d'une révocation disciplinaire.

A la suite de la démission, aucune modification ne survient dans la situation du fonctionnaire. Seule l'acceptation de la démission par l'autorité compétente est l'acte qui conditionne la cessation de la fonction. Si, après avoir donné sa démission, l'intéressé considérait qu'il n'est plus fonctionnaire et cessait de remplir ses fonctions, il commettrait une grave faute. Il ne peut, par un acte unilatéral de sa volonté, faire cesser sa situation de fonctionnaire. Il en est ainsi, parce que, autrement, il pourrait dépendre d'un fonctionnaire d'entraver ou de gêner, par une démission donnée en temps inopportun, le fonctionnement d'un service public, et cela est inadmissible.

J'estime que de toute cette analyse on peut conclure très nettement et très fermement que la situation du fonctionnaire, tant au point de vue passif qu'au point de vue actif, est, dans tous ses éléments, une situation de droit objectif ou situation légale, avec toutes les conséquences qui s'y rattachent, et qu'à aucun point de vue on ne peut admettre que le fonctionnaire est dans une situation juridique subjective. A aucun point de vue, il n'est titulaire d'un droit subjectif, admettrait-on l'existence de cette entité, à mon avis imaginaire. Le fonctionnaire n'est ni propriétaire de sa fonction, ni débiteur des charges qu'elle implique, ni créancier de son traitement. Ces formules et les notions qu'elles expriment sont, en ce qui concerne le fonctionnaire, complètement étrangères à la réalité.

La première conséquence qui résulte de ce caractère

objectif de la situation du fonctionnaire est la suivante : toute loi ou règlement qui modifie ou en plus ou en moins la situation d'une catégorie de fonctionnaires s'applique à tous les fonctionnaires de ladite catégorie, tout aussi bien aux fonctionnaires nommés antérieurement à la promulgation du nouveau texte qu'à ceux qui ne sont nommés que postérieurement.

Pour ce qui est de la compétence, la solution ne peut faire de doute. Je me suis d'ailleurs expliqué sur ce point avec quelques développements en étudiant, au paragraphe 21, l'application de la loi dans le temps.

La même solution doit être donnée et pour la même raison en ce qui concerne la loi modifiant la situation de fonctionnaire quant à ses avantages matériels, traitement, indemnités accessoires, pension de retraite, et aussi en ce qui concerne la loi qui modifie son statut. A ces deux points de vue, comme pour la compétence, le fonctionnaire est dans une situation objective, dérivant directement de la loi, que celle-ci peut donc à tout instant modifier en plus ou en moins, sans que l'on puisse dire qu'elle ait alors un effet rétroactif. Lorsque la loi nouvelle modifie en plus les avantages matériels et le statut d'une catégorie de fonctionnaires, c'est-à-dire en un sens favorable, augmentation du traitement ou de la pension, consolidation du statut, il ne vient à aucun d'eux l'idée d'invoquer le principe de non-rétroactivité pour soutenir qu'elle ne s'applique pas aux fonctionnaires nommés avant sa promulgation. Dès lors, si la loi nouvelle modifie en moins la situation ou le statut, diminue le traitement ou la pension, restreint les garanties, les fonctionnaires qui sont touchés ne sauraient invoquer le principe de non-rétroactivité pour écarter l'application de la loi aux fonctionnaires antérieurement nommés. Qu'ils n'invoquent pas le prétendu contrat qui se serait formé entre eux et l'administration, ce contrat n'existe que dans leur imagination.

Il n'y a pas de contrat parce que la situation du fonctionnaire est une situation légale résultant de la loi qui s'applique au service public considéré. C'est une situation de droit objectif; l'acte à la suite duquel elle apparaît ne peut être un contrat; j'insisterai sur ce point, avec quelques développements, au paragraphe suivant.

Le conseil d'État a fait une application très juste de cette proposition dans un arrêt du 12 juin 1909 (*Association amicale des médecins des asiles publics d'aliénés*). Cette association avait formé un recours pour excès de pouvoir contre le décret du 12 décembre 1907 instituant un concours pour le poste de médecin en chef des asiles publics d'aliénés de la Seine. D'après les décrets antérieurs, il existait un concours unique pour toute la France. Les requérants, qui avaient subi avec succès les concours précédents et qui avaient été nommés médecins adjoints, soutenaient qu'ils avaient par là *droit acquis* à être nommés médecins en chef d'un asile d'aliénés dans toute la France, que le décret du 11 décembre 1907 devait être annulé comme portant atteinte à un *droit acquis*. Le conseil d'État rejette la requête, considérant « que les droits aux avantages résultant pour les fonctionnaires d'une réglementation faite par des décrets ou des arrêtés ministériels sont subordonnés au maintien de ces décrets ou arrêtés, et qu'en l'absence d'une disposition législative ayant statué sur cet objet, l'organisation fixée par un décret peut valablement être modifiée par un décret ultérieur... » (*Recueil*, 1909, p. 577; *Revue du droit public*, 1910, p. 85, avec une note de Jèze). La jurisprudence est constante. Je me borne à citer les arrêts les plus récents, 14 mai 1915 (*Alexis*), 6 août 1915 (*Fuster*), 12 novembre 1915 (*Monnier*), 10 décembre 1915 (*Dellas*), *Recueil*, 1915, p. 147, 280, 303, 345 (dans l'affaire *Monnier*, des employés départementaux soutenaient à tort que le nouveau régime de retraite ne leur était pas applicable); 2 août 1916 (*Chorin Dominel*), *Recueil*, p. 342; 9 janvier 1920 (*Girard*), le conseil d'État décide que le décret du 21 décembre 1911, portant qu'aucun percepteur ne peut toucher des émoluments supérieurs au maximum de la classe à laquelle il appartient, s'applique même aux percepteurs déjà en fonction au moment où il a été pris (*Recueil*, 1920, p. 21).

Après les développements qui précèdent, il me paraît difficile de contester le caractère objectif de la situation juridique du fonctionnaire.

Cependant beaucoup de juristes, encore dominés par la conception civiliste, purement subjectiviste du droit, voient dans la fonction publique une situation juridique à laquelle sont parties le fonctionnaire et l'État ou toute autre personne publique, un rapport de droit entre deux personnes, impliquant des obligations réciproques, ce que j'appelle une situation juridique subjective. Suivant que le fonctionnaire fait des actes juridiques ou simplement des opérations matérielles, on dit qu'il est dans la situation d'un mandataire dans ses rapports avec la personne administrative qui serait dans la situation d'un mandant, ou bien dans la situation d'un employé et la personne administrative dans celle d'un employeur, un véritable contrat de louage de travail existant entre l'administration et le fonctionnaire.

Cette conception est courante chez les civilistes. Baudry-Lacantinerie écrit sans explication que la responsabilité de l'article 1384 atteint l'État et les administrations publiques à raison du dommage causé par le fait de leurs agents, préposés ou employés, ce qui implique évidemment que dans sa pensée les fonctionnaires sont à l'égard de l'administration dans une situation juridique subjective identique à celle d'un commis ou d'un employé envers son commettant, son employeur.

Berthélemy et Nézard, qui admettent encore la distinction des fonctionnaires d'autorité et des fonctionnaires de gestion, admettent évidemment que ces derniers sont dans une situation juridique subjective, dans la situation d'un mandataire ou d'un employé, liés à l'administration par un contrat de mandat ou un contrat de louage (Berthélemy, *Droit administratif,* 9e édit., 1921, p. 80 et s.; Nézard, *La fonction publique,* 1901, p. 6-18 et s.). Ce dernier auteur écrit (p. 618) : « Parmi les fonctionnaires de gestion, les uns sont des mandataires de l'État, les autres lui ont loué leurs services moyennant un salaire qui prend le nom de traitement. »

Michoud, qui a adopté avec quelques modifications la théorie allemande de l'organe (cf. pour cette théorie, *supra,* § 35), est obligé cependant de reconnaître que tous les fonctionnaires ne sont pas organes d'une personne publique, que certains sont simplement préposés; mais il est très embarrassé pour déter-

miner ceux qui sont organes et ceux qui sont simplement préposés, et il admet certainement que les fonctionnaires préposés sont au regard de la personne publique dans la situation juridique subjective d'un employé ou d'un mandataire. Notre savant collègue écrit : « L'organe de la personne morale doit être distingué du préposé de cette personne. La différence entre l'un et l'autre consiste en ce que l'organe est conçu comme partie intégrante de la personne morale, alors que le préposé est un tiers chargé par les organes eux-mêmes d'exécuter pour son compte certains actes. La distinction n'est pas toujours facile à faire dans la pratique. Ce qui est caractéristique à cet égard, ce n'est ni la nature des actes à accomplir..., ni le mode de désignation de l'agent..., c'est seulement la manière dont l'agent a été conçu par la constitution de l'être moral... Dans les personnes morales de droit public la distinction est plus délicate... Pour l'État, on pourrait être tenté de qualifier d'organes tous les fonctionnaires, tous paraissant à première vue conçus comme partie intégrante de l'organisme de l'État. Mais nous ne pensons pas que ce soit exact. Les organes de l'État sont seulement les agents ou conseils ayant un pouvoir de *décision*, les autorités qui exercent en son nom le droit de souveraineté ou qui peuvent le représenter dans la vie civile de façon habituelle... Les fonctionnaires sans pouvoir propre (employés de bureaux, agents innombrables des diverses administrations techniques) ne sont que des préposés » (Michoud, *Théorie de la personnalité morale*, 2e partie, 1909, p. 44).

Sous une autre forme, cette distinction ressemble beaucoup à la distinction des fonctionnaires d'autorité et des fonctionnaires de gestion ; elle mérite les mêmes critiques, se heurte aux mêmes faits. Quoi qu'il en soit, pour Michoud tous les fonctionnaires préposés sont dans la situation juridique subjective d'employés ou de mandataires.

Hauriou a très justement repoussé toutes ces théories civilistes. Dans son *Droit public*, 1910, il écrivait, d'une manière au reste un peu obscure : « Il faut remonter la pente qui porte nos contemporains à voir partout du rapport juridique. Dans la réalité, bien des cas juridiques s'expliquent mieux par une combinaison des éléments : situation établie, chose, droit réel, que par l'élément : rapport juridique... Si l'on part de la donnée des rapports juridiques..., on est obligé d'adopter le point de vue de la personnalité juridique et d'ailleurs de se jeter dans des difficultés inextricables. Si, au contraire, on veut bien partir de la

donnée des situations établies, des choses et des droits réels, on échappe au point de vue de la personnalité juridique et à toutes les difficultés qu'il entraîne. Les organes des institutions apparaissent alors comme des hommes en possession de certains postes ou de certaines fonctions qui sont des situations établies dans l'institution » (p. 170-171).

Dans son *Droit administratif,* 10e édition, 1921, Hauriou reprend la même idée. Je tiens à citer le passage entier, car je suis heureux de pouvoir y donner une pleine adhésion, sauf quelques réserves de terminologie : « De l'idée d'après laquelle la situation des fonctionnaires serait, en principe, contractuelle, cette conception que l'on peut qualifier de civiliste ou de purement juristique, est née la tentation que l'on a eue d'assimiler les fonctionnaires des administrations publiques aux employés des entreprises privées, lesquels sont sous le régime du contrat de travail. Elle tend à faire des fonctionnaires des préposés de l'administration liés à celle-ci par les liens purement juridiques d'un contrat, tandis qu'ils sont des organes incorporés à l'institution administrative par des liens qui sont à la fois moraux et juridiques... Cette thèse contractuelle pour la situation du fonctionnaire est aussi fausse que la thèse du contrat social pour la situation de l'individu dans l'État. Le fonctionnaire est membre de l'institution administrative comme le citoyen est membre de l'institution de l'État... » Un peu plus loin, Hauriou écrit très justement : « Beaucoup d'auteurs... veulent ramener la situation du fonctionnaire à celle de l'employé de la vie privée, alors qu'au contraire, dans la réalité des choses, c'est la situation de l'employé de la vie privée qui évolue vers celle de fonctionnaire... » (p. 574-575, 578, en note).

Dès 1903, dans mon livre *L'État, les gouvernants et les agents,* j'écrivais et je peux répéter encore aujourd'hui ce qui suit; ce sera la conclusion de ce paragraphe : « On a cru que pour établir le droit des fonctions publiques il fallait le construire sur la base du droit subjectif. C'est là une erreur que nous nous attachons à combattre, parce qu'elle est la conséquence d'une erreur plus générale... Il faut bien assurément faire la construction juridique de la fonction publique, mais sur la base du droit objectif. Ici encore nous trouvons des volontés individuelles qui peuvent vouloir et doivent

vouloir conformément à un certain but déterminé par le droit objectif et dans les limites qu'il trace. C'est ce but, ce sont ces limites qu'il faut marquer; en cela seulement consiste la théorie juridique de la fonction publique. Affirmer l'existence d'un droit subjectif et essayer de déterminer le sujet (et l'objet) de ce droit, c'est tenter l'impossible et édifier une construction sans fondement » (p. 492).

§ 62. — *La nomination des fonctionnaires.*

Quel est le caractère juridique de l'acte par lequel est nommé un fonctionnaire? La question soulève des controverses assez vives, qui tiennent en partie à ce qu'on a souvent confondu deux choses qui doivent être bien distinguées : la situation juridique du fonctionnaire d'une part, et le caractère de la nomination d'autre part. C'est uniquement cette dernière question que j'examine maintenant.

Pour la résoudre on distingue parfois l'élection et la nomination proprement dite. C'est à tort. Il y a entre elles une simple différence de fait qui ne peut constituer une différence de droit; l'élection est la nomination faite par un groupe d'individus, et la nomination proprement dite, celle faite par un individu seul. L'élection d'un fonctionnaire n'a point le caractère de l'élection d'un organe représentatif. Les fonctionnaires n'ont aucun caractère de représentation (Const. de 1791, tit. III, chap. IV, sect. II, art. 2). Le corps électoral de telle ou telle circonscription territoriale est une autorité qui a reçu de la loi compétence pour instituer tels ou tels fonctionnaires; cet acte d'institution doit avoir le même caractère juridique que l'acte d'institution émané du chef de l'État, d'un ministre ou d'une autre autorité. On peut se demander comment dans l'élection se

formera une volonté dont la manifestation soit précisément l'institution d'un agent. Mais c'est une question tout à fait différente de celle qui se pose actuellement; c'est une question de psychologie collective. Que le fonctionnaire soit élu ou soit nommé, il y a une manifestation de volonté à la suite de laquelle est institué un fonctionnaire. Quel est le caractère juridique de cet acte de volonté?

En France, certains fonctionnaires administratifs locaux sont nommés à l'élection. C'est sous cette forme que se manifeste surtout le système de décentralisation. Les membres des tribunaux de commerce (L. 8 décembre 1883) et les membres des conseils de prud'hommes (L. 15 juillet 1905) sont aussi élus. Évidemment il y a une tendance, harmonique au principe démocratique, à accroître le nombre des fonctionnaires nommés à l'élection. Cependant l'élection n'est point en France encore le droit commun de l'institution des fonctionnaires. La règle à cet égard est posée par l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 : « Le président de la République nomme à tous les emplois civils et militaires. »

En Amérique, la nomination des fonctionnaires fédéraux est attribuée au président de la République, qui, pour certaines nominations, doit avoir l'avis conforme du sénat (Const., art. 2, sect. 2).

Dans la plupart des pays et particulièrement en France, il y a beaucoup de nominations qui ne sont point faites par le chef de l'État, personnifiant le gouvernement. En France notamment, outre les agents élus, il y a un nombre considérable d'agents qui ne sont point nommés par le président de la République, mais bien par d'autres agents, par exemple par les ministres, les directeurs généraux des ministères, les préfets, les maires, les recteurs.

Cf. *Die Stellung des Staatsoberhauptes im Staatdienst, Archiv des öffentlichen Rechts,* XXVI, 1910, p. 563.

Il est bien entendu que les agents, qu'ils soient nommés par le président de la République ou par un fonctionnaire, ne reçoivent pas de celui qui les nomme la situation, la compétence qui leur appartient. Pour employer une expression peu exacte, mais passée dans le langage courant, ils ne reçoivent point une délégation de celui qui les nomme: leur situation, leur compétence sont déterminées par la loi.

Dans les idées anciennes parfaitement harmoniques à la conception de l'État princier, les fonctionnaires étaient les mandataires, les délégués du roi. Cette conception a subsisté en Angleterre, au moins en la forme : les fonctionnaires publics sont encore appelés les serviteurs du monarque, *servants of the crown* (Esmein, 7e édit., 1921, II p. 112). La conséquence logique de ce caractère attribué aux fonctionnaires, c'était qu'à la mort de chaque souverain une nouvelle investiture devait être donnée par le nouveau souverain à tous les fonctionnaires. A l'avènement d'Édouard VII, en 1901, on considéra que la règle était toujours en vigueur, et il n'a fallu rien de moins qu'un acte du parlement pour la faire disparaître définitivement. C'est le *Demise of the crown act* du 8 juillet 1901. V. Esmein, *Une survivance qui disparaît, Annales des sciences politiques,* 18e année, 1901 (tirage à part). Cf. Hatschek, *Der englische Staatsdienst, Jahrbuch* de Schmoller, 1906, p. 643.

Esmein, voulant caractériser le rôle du chef de l'État faisant une nomination, dit « qu'il fait en réalité fonction d'électeur », c'est à-dire « qu'il est chargé par la constitution de les choisir et de les (les fonctionnaires) élire ». L'expression est empruntée à une lettre de Le Brun à Barthélémy de 1792 (Esmein, 7e édit., 1921, II, p. 113). Elle détonne avec nos habitudes modernes de langage. Nous dirons plutôt que les électeurs qui *élisent* un fonctionnaire *nomment* ce fonctionnaire. L'élection et la nomination d'un fonctionnaire ont le même caractère. Mais quel est ce caractère ? Esmein ne nous le dit point.

Quant à la question de savoir quelle est la nature juridique de la nomination de fonctionnaire, on la pose habituellement dans les termes suivants : la nomination de fonctionnaire est-elle un contrat ou un acte unilatéral? La question ainsi formulée est mal posée. D'abord ce qui, à vrai dire, caractérise un acte juridique, ce n'est point le fait qu'il est unilatéral ou contractuel, mais, comme je l'ai montré au tome I, chapitre III, la modification qui se produit à sa suite dans l'ordonnancement juridique de la société considérée. En outre, la question est mal posée, parce qu'elle paraît impliquer qu'au point de vue des volontés intervenant, tout acte est nécessairement ou unilatéral ou contrac-

tuel. Or, j'ai établi au tome I, pages 268 et suivantes, qu'il y a, d'une part, des actes unilatéraux et, d'autre part, des actes plurilatéraux, dont les uns sont des contrats et dont les autres ne le sont point.

La question de savoir quelle est la nature juridique de la nomination de fonctionnaire est donc double : 1° elle est la question de savoir dans quelle catégorie d'actes rentre la nomination eu égard à l'effet de droit qui lui est consécutif ; 2° elle est celle de savoir si la nomination de fonctionnaire est un acte unilatéral ou plurilatéral et dans ce dernier cas, dans quelle catégorie d'actes plurilatéraux elle doit être rangée.

1° *Caractère de la nomination de fonctionnaire d'après l'effet de droit qui lui est consécutif.* — Cette première question ne soulève pas, à mon avis, de sérieuses difficultés. Je crois avoir établi au paragraphe précédent que la situation du fonctionnaire est, dans tous ses éléments, une situation légale ou de droit objectif ; la compétence, les avantages de la fonction, ses obligations et ses charges, le statut résultent directement de l'application à une personne déterminée de la loi du service. La conséquence en est évidemment que la nomination de fonctionnaire est un acte objectif condition, un acte qui conditionne l'application à une personne déterminée de la loi fonctionnelle considérée, un acte qui conditionne la naissance pour l'individu nommé de la situation légale, objective de fonctionnaire.

Il est inutile d'insister sur ce point. Il suffit de faire observer que ce caractère d'acte objectif condition explique comment tout acte de nomination est susceptible d'être attaqué par le recours pour excès de pouvoir, lequel, je l'ai montré au paragraphe **31**, est une voie de droit objective ; elle n'est, en principe, recevable que contre les actes objectifs. Si la nomination de

fonctionnaire était un acte subjectif à la suite duquel naîtrait une situation de créancier ou de débiteur, le recours pour excès de pouvoir ne serait certainement point recevable contre elle. Elle donnerait lieu à un contentieux subjectif. Or, tel n'est pas le cas.

Il faut aussi noter que la nomination de fonctionnaire a ce caractère d'acte objectif condition, qu'elle soit une nomination proprement dite ou une élection. Celle-ci est aussi un acte objectif condition, à la réalisation duquel est subordonnée la naissance de la situation légale faite à l'élu. A ce propos, je dois faire observer que lorsque Laferrière écrit que le contentieux électoral est un contentieux de pleine juridiction, il se trompe radicalement, le contentieux de pleine juridiction étant, dans la mauvaise terminologie du conseil d'État, ce que j'appelle le contentieux objectif. Le juge du contentieux électoral est uniquement saisi de la question de savoir si un acte objectif a été accompli régulièrement. Ainsi le contentieux électoral est purement objectif.

La nomination de fonctionnaire est parfois réalisée par voie de tirage au sort. Faite ainsi elle apparait très clairement comme la condition à laquelle est subordonnée la naissance de la situation fonctionnelle. Au cas de tirage au sort, on ne peut évidemment voir dans la nomination un acte subjectif créant la situation de fonctionnaire. Il ne peut en être différemment de la nomination proprement dite, ni de l'élection.

2° *La nomination de fonctionnaire est-elle un acte unilatéral ou plurilatéral?* — La question est tout à fait différente de la précédente. Qu'elle soit un acte unilatéral ou un acte plurilatéral, la nomination est toujours un acte objectif condition. Son caractère unilatéral ou plurilatéral dépend de l'état du droit positif dans le pays et au moment considérés. Il n'y a pas, en effet, de raison logiquement nécessaire pour que la nomination

du fonctionnaire soit un acte unilatéral ou plurilatéral. On peut parfaitement concevoir un état de droit dans lequel le recrutement des fonctions publiques est assuré par la volonté unilatérale des gouvernants ou de leurs agents directs et dans lequel, par suite, un simple acte unilatéral est la condition nécessaire, mais suffisante, pour que la qualité de fonctionnaire prenne naissance sur la tête de la personne désignée. Il en a été ainsi à certaines époques et dans certains pays. On cite très justement comme exemple les magistrats municipaux sous le Bas-Empire, qui ne pouvaient pas refuser leur fonction quand elle leur était imposée. De nos jours, les fonctions militaires sont, en réalité, conférées par un acte unilatéral des gouvernants, au moins en ce qui concerne les simples soldats. On a vu plus haut (paragraphe 53) que, précisément pour cette raison, on s'était demandé si les simples soldats avaient le caractère de fonctionnaires. A mon sens, il ne peut leur être contesté. Certainement, si le recrutement des fonctions publiques avec acceptation des titulaires devenait impossible ou très difficile, le droit public positif arriverait naturellement et nécessairement au système de nomination par acte unilatéral des gouvernants.

Mais, évidemment, il n'en est pas ainsi actuellement. Aujourd'hui, la nomination de fonctionnaire implique assurément presque toujours deux actes de volonté : un acte de volonté des gouvernants ou des agents qui font la nomination, et un du fonctionnaire qui est nommé, qui accepte sa nomination, qui souvent l'a demandée. Il accepte parfois expressément, parfois tacitement, par son installation et son entrée en fonction. On a essayé quelquefois, et moi-même dans la première édition de ce *Traité*, tome I, page 469, de démontrer, par des considérations plus ou moins subtiles, que la nomination de fonctionnaire est un acte unilatéral. Je recon-

nais bien volontiers que je me suis trompé. Une pareille tentative va contre les faits. Il n'est pas douteux que, en réalité, il y a dans la nomination de fonctionnaire de nos jours deux actes de volonté. Aucun raisonnement, quelque subtil qu'il soit, ne peut démontrer le contraire.

Seulement, et c'est là l'essentiel souvent inaperçu, malgré le concours des deux volontés, il n'y a pas contrat. Toute l'analyse que j'ai faite de l'acte juridique unilatéral et plurilatéral au tome I, page 268 et suivantes, trouve ici son application. J'ai montré que, pour qu'il y ait contrat, il faut qu'il y ait un accord préalable de volontés dans lequel l'acte volontaire de chacune des parties est déterminé par l'acte volontaire de l'autre, chacun des actes volontaires ayant un objet différent, l'une des parties voulant devenir créancière, l'autre débitrice, l'étendue de cette situation juridique étant déterminée par les parties elles-mêmes. J'ai montré, en outre, qu'il y a beaucoup de cas où, malgré le concours de volontés, il n'y a pas de contrat, parce que les éléments qu'on vient de rappeler ne se trouvent pas réunis, ces éléments n'étant point arbitrairement déterminés, mais répondant à une catégorie juridique spécifique établie historiquement et pratiquement.

Il est facile de montrer qu'aucun des éléments du contrat n'existe dans la nomination de fonctionnaire. Il n'intervient aucun accord entre le gouvernant qui nomme et le fonctionnaire qui est nommé, accord qui aurait pour but de faire naître un rapport de créancier et de débiteur et d'en déterminer l'étendue et la portée. La situation du fonctionnaire est, je l'ai montré plus haut, déterminée en son entier par la loi fonctionnelle. Les volontés de celui qui nomme et de celui qui est nommé ne peuvent, en aucune façon, modifier cette situation et sont complètement étrangères à sa détermi-

nation. Il y a si peu d'accord entre celui qui nomme et celui qui est nommé que bien souvent ce dernier l'est à son insu. L'auteur de la nomination n'est pas déterminé dans son acte par la volonté de celui qui est nommé, mais seulement par le but qui s'impose à lui d'assurer le fonctionnement du service public; sa volonté n'a pas pour objet la naissance d'une créance ou d'une dette au profit ou à la charge de la prétendue personne administrative dont il serait le représentant, elle a pour objet le fonctionnement du service. La volonté du fonctionnaire nommé n'est pas déterminée par celle du gouvernant qui nomme; elle n'a pas pour objet la naissance d'une dette ou d'une créance, mais la soumission à la loi du service; elle est déterminée aussi par le fonctionnement du service et, assurément, par les avantages que la loi accorde à ceux qui participent à ce fonctionnement.

En d'autres termes et d'un mot, il n'y a contrat que lorsque, à la suite d'un accord de volontés, il naît une situation subjective de créancier et de débiteur, dont l'accord détermine l'étendue et la portée. Or, dans la nomination de fonctionnaire, il n'y a pas accord de volontés; à sa suite il ne naît pas une situation juridique subjective de créancier et de débiteur; elle n'est donc point un contrat. Mais elle est certainement un acte plurilatéral; elle rentre dans une des deux autres catégories d'actes plurilatéraux, l'acte collectif (le *Gesammtakt*) ou l'union (la *Vereinbarung*). Dans laquelle des deux?

Sur ce point, on peut hésiter; mais à vrai dire, la question n'offre pas beaucoup d'intérêt. Au tome I, page 315, j'ai dit que la nomination de fonctionnaire est un acte d'union, une *Vereinbarung*, je me demande si je ne me suis pas trompé et s'il ne serait pas plus exact d'y voir un acte collectif, un *Gesammtakt*. L'union

implique une convention, une convention qui n'est pas un contrat. Peut-on dire qu'il y ait ici convention ? Il me semble que l'analyse qui précède montre que non. Aussi, je crois maintenant qu'il est plus exact de dire que la nomination de fonctionnaire est un acte collectif, un concours de volontés, mais non pas une convention.

L'essentiel est de comprendre qu'elle n'est pas un contrat, mais un acte objectif. J'ai déjà dit que cela seulement explique comment elle est susceptible d'être attaquée par le recours pour excès de pouvoir, voie de recours essentiellement objective, non recevable contre un acte subjectif et spécialement non recevable contre les contrats.

Hauriou, dans une longue note 3 de la page 574 de la dixième édition de son *Droit administratif*, 1921, montre d'une manière très exacte, on peut dire définitive, que la nomination de fonctionnaire n'est pas un contrat. Il écrit notamment très justement : « On peut définir le contrat un échange de consentements avec détermination de l'objet ; or, dans le recrutement des fonctionnaires, on ne saisit ni le fait de l'échange des consentements, ni la détermination de l'objet. » A la page 175, Hauriou fait aussi très justement observer que parler comme on le fait quelquefois d'un contrat tacite « constitue une défaite..., que la supposition d'un contrat tacite ne conduit à rien ». J'ajoute que c'est une fiction et qu'il faut enfin une fois pour toutes débarrasser le droit des fictions, toujours inutiles et souvent dangereuses.

Il importe aussi d'écarter d'une manière absolue les expressions de contrat de droit public ou contrat de service public, expressions qu'on a le regret de rencontrer encore quelquefois dans les arrêts du conseil d'État. J'ai déjà dit souvent qu'il n'y a ni des contrats de droit public, ni des contrats de droit privé, que le contrat est une catégorie juridique spécifiquement déterminée, que quand il y a contrat un certain effet de droit se produit, ne se produit que lorsqu'il y a contrat et se produit toujours lorsqu'il y a contrat, sans qu'il y ait à distinguer suivant qu'on se trouve dans ce qu'on est convenu d'appeler le domaine du droit public ou le domaine du droit privé. Spécialement, l'expression contrat de service public contient une contradiction dans ses termes, le service public excluant le contrat. Elle est donc inadmissible et doit être rigoureusement bannie. Cf. § 80.

Le conseil d'État arrive à reconnaître d'une manière très nette le caractère non contractuel de la nomination de fonctionnaire. Dans divers arrêts, dont le dernier en date est du 4 août 1916, la haute juridiction décide que ni l'administrateur qui nomme, ni le fonctionnaire nommé ne peuvent, par des conventions particulières, modifier en quoi que ce soit la situation légale ou réglementaire qui est faite au fonctionnaire après sa nomination (conseil d'État, 4 août 1916, *Pingal, Recueil,* 1916, p. 363).

Le conseil d'État décide que même l'engagement militaire ne constitue pas un contrat entre l'État et l'engagé (16 juillet 1920, *Chirac, Recueil,* p. 708). Dans l'espèce, il s'agissait d'un engagement contracté pour la durée de la guerre dans les termes de l'article 25 de la loi du 21 mars 1905. Le requérant prétendait que l'État avait violé le contrat en le renvoyant dans ses foyers au mois de mars 1919, c'est-à-dire avant la fin de la guerre fixée par la loi du 23 octobre 1919 au 24 du même mois. Le conseil d'État rejette la requête, « considérant que l'expression engagement pour la durée de la guerre n'implique pas que l'État soit lié envers l'engagé volontaire par des stipulations synallagmatiques qui l'obligeraient à maintenir sous les drapeaux ces engagés jusqu'à la date de la cessation légale des hostilités, qu'elle signifie seulement que lesdits engagés se sont soumis jusqu'à cette date aux mêmes obligations et aux mêmes statuts militaires que les individus appelés par l'ordre de mobilisation générale ». M. Corneille, commissaire du gouvernement, disait très justement : « Cet engagement..., est tout autre chose qu'un contrat synallagmatique entre l'homme et l'État... ; c'est le statut légal des appelés qui va s'appliquer à l'engagé; sa situation juridique va se trouver désormais réglementaire et non contractuelle. » M. Corneille aurait dû dire : il y a *Vereinbarung,* mais pas contrat; il y a une situation de droit objectif et non une situation subjective. Mais ces expressions auraient certainement quelque peu troublé les conseillers d'État. V. le texte de l'arrêt, les conclusions de M. Corneille et une note de Jèze, *Revue du droit public,* 1920, p. 532.

Les mêmes auteurs, qui estiment que la situation des fonctionnaires ou du moins de certains fonctionnaires dits de gestion est une situation subjective, une situation de mandataire, d'employé, de préposé, disent naturellement en même temps que pour ces fonctionnaires la nomination est un contrat, contrat de mandat s'il s'agit de fonctionnaires faisant des actes d'ordre juridique, contrat de travail s'il s'agit de fonctionnaires ne faisant que des actes d'ordre matériel.

Berthélemy enseigne que la distinction entre les fonctionnaires d'autorité et les fonctionnaires de gestion conduit logiquement à dire que l'acte qui institue un fonctionnaire d'autorité est un acte unilatéral et l'acte qui institue un fonctionnaire de gestion un acte contractuel, « un contrat ordinaire, un contrat de droit privé » (Berthélemy, *Droit administratif,* 1910, 9e édit., p. 48; Nézard, *Théorie juridique de la fonction publique,* 1901, p. 481). Cette distinction tombe du moment que l'on repousse la distinction des fonctionnaires d'autorité et des fonctionnaires de gestion; on a montré plus haut (§ 53) qu'elle était sans fondement et aujourd'hui à peu près unanimement abandonnée. Mais, admettrait-on cette distinction, on ne comprendrait pas comment le caractère des actes que fait le fonctionnaire puisse avoir une conséquence sur le caractère de l'acte par lequel il est nommé.

Cf. Jèze, *Principes généraux du droit administratif,* 2e édit., 1914, p. 28, 399 et s.; Duguit, *L'État, les gouvernants et les agents,* 1903, p. 401.

Les auteurs allemands enseignent sur la nature juridique de l'institution des fonctionnaires une doctrine intéressante qui cadre assez bien avec la loi allemande du 31 mars 1873. Elle a été surtout développée et précisée par M. Laband (*Droit public,* édition française, 1901, II, p. 100 et s.). Cf. Kammerer, *La fonction publique d'après la législation allemande,* Paris, 1898.

On dit : dans l'institution d'un agent l'analyse juridique distingue deux choses qui, au premier abord, paraissent confondues : 1° le contrat de service public, qui donne le titre; 2° l'attribution d'une certaine compétence, dans un emploi déterminé, donnée à celui qui a conclu avec l'État un contrat de service public. La concession d'une certaine compétence dans un emploi déterminé ne crée pas le service public, elle le suppose; elle résulte toujours d'un acte unilatéral de puissance; elle ne donne aucun droit au fonctionnaire; elle détermine seulement le cercle de son activité fonctionnelle ou compétence. La fonction proprement dite résulte au contraire du contrat de service public (*Staatsdienstvertrag*); elle constitue un rapport de service public (*Staatsdienstverhaltniss*). Ce contrat fait acquérir au fonctionnaire non pas la compétence pour tels ou tels actes, mais la qualité de fonctionnaire, l'état actif de fonctionnaire, et pour lui un véritable droit subjectif. C'est de ce contrat que naissent en même temps diverses obligations pour l'État, par exemple l'obligation de payer un traitement au fonctionnaire, l'obligation de lui servir une pension de retraite, de lui assurer d'autres avantages.

Cette théorie forme une construction juridique qui ne manque pas d'élégance. Elle s'harmonise assez bien, on l'a déjà dit, avec la loi allemande du 31 mars 1873 sur les fonctionnaires. Mais peut-on prendre cette conception comme le fondement d'une théorie générale de la fonction publique moderne? Je ne le crois pas. Elle n'est point conforme aux faits desquels est sorti l'État moderne. Elle est une survivance de la conception contractuelle de l'État. M. Laband est lui-même obligé de le reconnaître quand il rapproche le prétendu contrat de service public de l'ancien contrat de *commandation*. Sans doute on fait bien une part à la puissance commandante de l'État en reconnaissant l'existence d'un acte unilatéral attribuant la compétence; mais on fait un amalgame étrange des deux notions qui se sont succédé historiquement, la notion de l'État contractuel et la notion de l'État commandant.

Cf. Lotz, *Geschichte des deutschen Beamtenthums*, 1909.

A quel moment l'individu nommé à une fonction devient-il fonctionnaire? On aperçoit l'importance pratique de la question. D'abord la solution de cette question détermine le moment à partir duquel le fonctionnaire jouit des avantages matériels attachés à la fonction. D'autre part, tout acte portant retrait d'une nomination fait postérieurement au moment où l'individu nommé se trouve investi de la fonction équivaut à une révocation, et, par conséquent, ne peut intervenir que dans les conditions déterminées par les lois et règlements pour la révocation des fonctionnaires considérés.

On aperçoit trois moments auxquels l'individu nommé peut être considéré comme investi de la fonction : 1° le moment de la publication ou de la notification individuelle de la nomination; 2° le moment de l'acceptation; 3° le moment de l'installation.

Théoriquement et pratiquement, j'estime que la solution la meilleure est de considérer l'individu nommé comme étant investi de sa fonction seulement au moment où il en prend possession par l'installation. Il semble, en effet, inadmissible de prétendre que le

gouvernement qui rapporte la nomination d'un individu, lequel, malgré la notification qui lui a été adressée de sa nomination, néglige de se rendre à son poste et de se faire installer, prononce une véritable révocation. Il est, en effet, illogique de prétendre que l'on révoque un individu d'une fonction qu'il n'exerce pas.

D'autre part, en décidant que le fonctionnaire n'est investi de sa fonction qu'au moment où il en prend possession par l'installation, on évite toutes les difficultés pratiques qui se sont élevées quand il n'accepte pas, et aussi quand il accepte, la difficulté de savoir s'il est investi de sa fonction au moment de l'acceptation ou rétroactivement au moment de la publication ou de la notification.

En admettant la solution que je propose, on doit décider sans hésiter que le décret rapportant la nomination d'un fonctionnaire inamovible, comme un magistrat assis ou un professeur titulaire d'université, avant qu'il soit installé, ne constitue pas la révocation d'un fonctionnaire inamovible et, par conséquent, n'est point entaché d'excès de pouvoir.

C'est ainsi qu'à mon avis était parfaitement légal le décret du 22 janvier 1921 rapportant le décret qui avait nommé M. Sourdois professeur à la faculté de droit d'Alger, ce décret spécifiant que M. Sourdois, non installé, n'avait même pas répondu à la lettre l'invitant à prendre possession de son poste (*Bulletin instruction publique,* 5 février 1921, p. 88).

Il convient de dire cependant que la jurisprudence du conseil d'État ne paraît point admettre la solution que je propose. Il semble résulter d'un certain nombre d'arrêts, qui ne sont pas au reste d'une clarté parfaite, d'une part, que l'individu nommé n'est investi de la fonction que par son acceptation et, d'autre part, que, lorsqu'il a accepté, son investiture remonte au jour de la publication ou de la notification de la nomination, que, par conséquent, si l'acte de nomination est rapporté,

il y a une véritable révocation qui ne peut intervenir que dans les conditions déterminées par les lois et règlements relatifs à la fonction considérée. Cette solution a le tort de recourir, quand c'est inutile, à la fiction de rétroactivité. Mais elle confirme pleinement la solution que j'ai exposée et d'après laquelle la nomination de fonctionnaire n'est point un contrat. Si, en effet, elle était un contrat, il en résulterait nécessairement que l'effet de la nomination ne se produirait jamais qu'au moment de l'acceptation, sans rétroactivité, comme l'effet de la donation au moment de l'acceptation. Le conseil d'État exige qu'il y ait un refus formel d'accepter la fonction. Autrement, il décide que l'individu nommé est investi de la fonction au moment de la publication ou de la notification et le retrait de la nomination équivaut à une révocation et ne peut être fait que dans les conditions déterminées par les lois et règlements s'appliquant à la fonction considérée.

Que pour le conseil d'État la nomination de fonctionnaire n'entraîne l'investiture de l'individu nommé que s'il accepte, cela ressort très nettement de l'arrêt *Coucy-les-Eppes*, du 26 février 1909, décidant que lorsqu'un conseiller municipal élu maire déclare refuser les fonctions de maire, il y a lieu, pour le conseil municipal, à procéder immédiatement à une nouvelle élection. Celui qui est élu ou nommé à une fonction publique et qui déclare refuser n'a jamais été investi de cette fonction ; il n'a point à donner une démission en forme, il n'a jamais été fonctionnaire et une autre nomination au poste peut être faite immédiatement.

Recueil, 1909, p. 203, et *Revue du droit public,* 1910, p. 67, avec une note de Jèze.

De nombreux arrêts ont décidé que si le fonctionnaire n'avait pas refusé expressément sa nomination, l'acte qui la rapporte constitue une véritable révocation. L'arrêt *Picquet* du 13 janvier 1911, concernant la nomination d'un membre d'une commission

administrative d'un bureau de bienfaisance, porte : « Considérant que dès la notification qui lui a été faite de l'arrêté de nomination, le sieur Picquet s'est trouvé régulièrement investi de son nouveau mandat; que, dans ces conditions, l'arrêté par lequel le préfet rapporte cette nomination constitue une révocation qu'il ne lui appartenait pas de prononcer » (*Recueil,* 1911, p. 13). L'arrêt *Calas,* concernant la nomination d'un garde forestier, contient un considérant analogue : « Considérant que par le fait de la publication de l'arrêté de nomination au *Journal officiel,* le sieur Calas se trouvait régulièrement investi de ses fonctions dans la résidence à laquelle il avait été nommé sur sa demande; qu'en rapportant cette nomination, le ministre de l'agriculture a pris une mesure qui a le caractère d'un déplacement d'office... » (*Recueil,* 1916, p. 163). Enfin, par un arrêt *Renucci* du 23 janvier 1920, le conseil d'État décide que le gouvernement ne peut pas rapporter quand il est légal, le décret de nomination d'un juge de paix, avant même son installation, parce que le juge de paix, par la publication seule de ce décret, se trouve investi de sa fonction et des droits acquis qui y sont attachés (*Recueil,* p. 93).

Il y a lieu, évidemment, de faire toute réserve sur l'expression droit acquis. Mais il est évident que ce dernier arrêt confirme les décisions antérieures et que, d'après la jurisprudence du conseil d'État, à moins qu'il n'y ait eu un refus exprès, c'est au moment de la publication ou de la notification de la nomination que se produit l'investiture. Pour les raisons que j'ai dites précédemment, je ne puis accepter cette solution.

Sur ce point, v. spécialement Jèze, *Principes généraux de droit administratif,* 2e édit., 1914, p. 126 et s.

Sur le caractère de la situation du fonctionnaire et de l'acte de nomination, il y a une littérature très étendue. Outre les ouvrages déjà plusieurs fois cités d'Hauriou, de Berthélemy, de Jèze, de Nézard, on consultera : *Répertoire du droit administratif,* vo *Fonctionnaire,* par Chante-Grellet et Pichat; Perriquet, *Les contrats de l'État; L'état des fonctionnaires;* Duguit, *L'État, les gouvernants et les agents,* 1903, chap. IV et V; Demartial, *Le statut des fonctionnaires,* 2e édit., 1909; Maxime Leroy, *Les transformations de la puissance publique,* 1907; *Les syndicats et services publics,* 1908; Alcindor, *Le statut des fonctionnaires;* Busquet, *Les fonctionnaires et la lutte pour le droit,* 1910; Harmiginé, *L'État et*

ses agents, étude sur le syndicalisme administratif, 1912; Georgin, *Le statut des fonctionnaires, l'avancement*, 1912; Max Gibert, *La discipline des fonctions publiques*, 1912; Chaigne, *Rapport* à la Chambre, *Documents parlementaires*, Chambre, 1909, n° 2450; Maginot, *Rapport* à la Chambre sur le projet de loi relatif au statut des fonctionnaires, *Documents parlementaires*, Chambre, 1911, n° 1214; *Exposé des motifs* du projet de loi sur le statut des fonctionnaires, 1er juin 1920, *Revue du droit public*, 1920, p. 314 et s.

§ 63. — *Le recrutement des fonctionnaires.*

J'ai jusqu'à présent étudié la nomination des fonctionnaires prise en elle-même, abstraction faite de tous les éléments accessoires qui peuvent l'accompagner. Ceux-ci, quels qu'ils soient, ne changent point le caractère juridique interne de la nomination qui est et reste toujours un acte juridique condition. Les éléments de forme ou de fond qui doivent aujourd'hui accompagner la plupart des nominations ont été établis par les lois et les règlements en vue d'éviter autant que possible l'arbitraire et le favoritisme dans les nominations et de donner les fonctions aux plus compétents et aux plus dignes. On ne saurait méconnaître que pendant les trente années qui ont précédé la guerre beaucoup d'abus s'étaient introduits dans le recrutement des fonctionnaires, que les places étaient trop souvent données à la faveur plutôt qu'au mérite et à la compétence. C'est là incontestablement la cause principale du mouvement syndicaliste qui s'est produit dans le monde des fonctionnaires. Cela explique aussi comment, si le parlement n'a pas encore voté une loi d'ensemble sur le recrutement des fonctionnaires, de nombreuses dispositions ont été portées, qui fixent des conditions précises pour la plupart des nominations. Il est impossible évidemment de les passer toutes en revue. Je ne puis

qu'indiquer quelques conditions d'ordre général mises aux nominations et aussi quelques limitations spéciales particulièrement intéressantes.

Je viens de dire que le parlement n'a pas encore voté une loi générale sur le recrutement des fonctionnaires, bien qu'il soit saisi depuis longtemps de projets en ce sens. A tout prendre, je ne le regrette pas. En effet, les services publics sont tellement nombreux et tellement différents les uns des autres qu'il me paraît bien difficile de faire une loi générale sur le recrutement comme sur le statut des fonctionnaires et qu'il vaudrait mieux, me semble-t-il, établir une réglementation propre à chaque service.

Les conditions générales qui sont le plus habituellement mises à la nomination des fonctionnaires sont, ou bien la possession d'un grade universitaire, ou bien la réception à un concours. L'une et l'autre de ces deux conditions soulèvent quelques difficultés d'ordre juridique sur lesquelles il n'est pas inutile de s'arrêter à cause du développement de plus en plus grand que prennent ces deux modes de recrutement.

Collation des grades universitaires. — Elle est accordée par le ministre, mais elle ne peut l'être que sur le vu de certificats d'examens passés devant les facultés de l'État. Le décret organique de l'Université de France du 17 mars 1808 contenait un article ainsi conçu : « Les grades seront conférés par les facultés, à la suite d'examens et d'actes publics. » Mais l'article 58 du même décret portait : « D'après les examens et sur les rapports favorables des facultés, visés par le recteur, le grand maître ratifiera la réception. » Donc, en réalité, les grades étaient conférés par le grand maître de l'université ; mais il ne pouvait les attribuer qu'à ceux qui avaient subi avec succès, devant les facultés, les examens réglementaires. Cependant, des abus s'intro-

duisirent sous le premier empire et continuèrent sous la Restauration, à la faveur de l'article 11 du décret du 17 septembre 1808, qui portait ceci : « Tous les individus qui ont exercé pendant dix ans des fonctions dans l'instruction publique pourront recevoir du grand-maître le diplôme du grade correspondant aux fonctions qu'ils remplissent. Toutes les nominations du grand-maître qui ne seront pas faites parmi les individus ci-dessus désignés seront soumises à notre approbation, et lorsqu'elle aura été accordée, il sera délivré aux fonctionnaires un diplôme du grade correspondant aux fonctions auxquelles ils auront été promus. »

C'était là certainement une disposition transitoire, mais elle fut invoquée par le grand-maître de l'Université et, sous la Restauration, par le ministre de l'instruction publique qui l'avait remplacé, pour conférer sans examen des grades universitaires. Sous le gouvernement de juillet, le conseil royal de l'instruction publique intervient pour mettre fin à ces abus; une décision du 16 avril 1831 porte : « Considérant que si depuis le 1er février 1815 des collations ont eu lieu dans les sciences et dans les lettres en vertu du deuxième paragraphe de l'article 11 du décret du 17 septembre 1808, la continuation de cet usage aurait de graves inconvénients maintenant que les grades des sciences et des lettres confèrent aussi des fonctions dans l'ordre civil... Il ne sera plus accordé de grade par collation dans aucune faculté. »

Il semble que, malgré cette disposition, les abus aient continué. On parle toujours de la collation du grade de docteur en droit accordée à Rossi, qui avait été nommé sans être docteur à la faculté de droit de Paris en 1833. En 1846, le grade de docteur ès sciences était conféré à MM. Chales, Le Verrier et Stourm. La dernière en date des collations sans examen est de 1865, au profit

d'un recteur qui avait été nommé sans avoir le grade de docteur exigé pour ces fonctions et dont on régularisa ainsi la situation.

Ce sont de pareils abus que la loi du 18 mars 1880 relative à la liberté de l'enseignement supérieur a voulu faire cesser définitivement. L'article 5 de cette loi porte en effet : « Les titres ou grades universitaires ne peuvent être attribués qu'aux personnes qui les auront obtenus après les examens ou les concours réglementaires subis devant les professeurs ou le jury de l'État. » Il ne peut plus donc être question aujourd'hui de collation gouvernementale d'un grade universitaire. Les grades sont obtenus à la suite des examens subis devant les facultés de l'État. Le ministre délivre le diplôme, mais il ne peut le délivrer qu'à ceux qui ont obtenu le grade en passant avec succès les examens réglementaires. Un diplôme délivré sans examen n'aurait aucune valeur.

Ce n'est pas tout; l'article 2 de cette même loi du 18 mars 1880 ajoute : « Tous les candidats sont soumis aux mêmes règles en ce qui concerne les programmes, les conditions d'âge, de grade, d'inscription, de travaux pratiques, de stage dans les hôpitaux et dans les officines, les délais obligatoires entre chaque examen et les droits à percevoir au profit du Trésor. »

Il résulte évidemment de ces deux textes que toute disposition de décret ou d'arrêté ministériel qui dispenserait un candidat ou une catégorie de candidats de tout ou partie des épreuves exigées par les règlements pour l'obtention d'un diplôme, qui lui accorderait le bénéfice de programmes spéciaux plus ou moins restreints, qui diminuerait la durée de scolarité prescrite par les règlements, serait illégale, entachée d'excès de pouvoir et que sur le recours formé par les facultés ou par des candidats ne bénéficiant pas de ces disposi-

tions, le conseil d'État ne manquerait pas d'en prononcer l'annulation.

C'est ainsi que sont certainement illégales les décisions suivantes : décision ministérielle du 19 décembre 1918 portant que les candidats refusés à leur examen de baccalauréat, de licence ou de doctorat en droit, aux sessions de juillet 1913 et de juillet 1914, et qui avaient été mis par leur incorporation dans l'impossibilité de réparer leur échec avant la guerre, seraient déclarés reçus s'ils avaient obtenu la note moyenne 5, quand la note moyenne exigée par les règlements était 10; — le décret du 10 janvier 1919 qui accorde aux jeunes gens démobilisés des classes 1917 et classes antérieures un régime de faveur au point de vue des programmes d'examens et de la durée de la scolarité réduite à dix-huit mois pour la licence en droit; — les nombreuses décisions qui ont accordé aussi un régime de faveur aux jeunes gens des classes 1918 et 1919; — et enfin le décret du 20 mars 1922 qui vient couronner toutes ces illégalités et dispense de toutes les épreuves, sauf de la dernière, exigées pour l'obtention d'un grade, les jeunes gens qui, avant la guerre, avaient pris au moins une inscription et sont restés au moins six ans sous les drapeaux.

On comprend que le gouvernement se soit préoccupé de faciliter aux jeunes gens qui ont été empêchés par la mobilisation générale de se créer une situation le moyen de réparer le temps perdu et d'acquérir le plus tôt possible une position lucrative. Mais il devait demander l'intervention du parlement. Rien ne l'autorisait à violer ainsi ouvertement la loi.

Dans un arrêt *Gillet* du 25 janvier 1918, le conseil d'État rappelle « qu'il n'appartient pas au ministre de l'instruction publique de conférer le titre de bachelier en dehors des épreuves prévues par les règlements sur la matière ou contrairement à leur résultat » (*Recueil*, 1918, p. 76). Il a été décidé aussi que le ministre de l'instruction publique a excédé ses pouvoirs en autorisant un candidat qui ne réunissait pas les conditions réglementaires à se présenter à l'examen de chirurgien dentiste, et il a annulé la délivrance du diplôme (9 février 1906, *Syndicat des chirurgiens dentistes, Recueil,* 1906, p. 177, et *Revue du droit public,* 1910, p. 270 et s., avec une note de Jèze).

Tout individu réunissant les conditions déterminées par les règlements peut prendre des inscriptions dans les facultés, y suivre l'enseignement en étant soumis

au régime disciplinaire des universités et se présenter aux examens. S'il est reçu, le ministre est-il obligé de lui conférer le diplôme correspondant au grade qu'il a obtenu ? Il est évident que le ministre est compétent pour vérifier la régularité en la forme de l'examen et annuler l'épreuve s'il estime qu'elle n'a pas été régulière. D'autre part, il est aussi incontestable que le ministre ne peut pas modifier la décision du jury d'examen. De même qu'il ne peut pas déclarer reçu un candidat qui a été ajourné par le jury, de même il ne peut pas déclarer ajourné un candidat que le jury a déclaré admis. Mais peut-il, pour des motifs d'ordre supérieur, refuser la délivrance d'un diplôme à un candidat régulièrement reçu à ses examens?

L'article 58 du décret du 17 mars 1808, décret organique de l'Université de France, porte : « Dans le cas où le grand-maître de l'université croira devoir refuser cette ratification, il en sera référé à notre ministre de l'intérieur qui nous en fera son rapport pour être pris par nous, en notre conseil d'État, le parti qui sera jugé convenable. » Il semble donc découler de ce texte que le gouvernement en conseil d'État peut, pour des motifs d'ordre supérieur, refuser la délivrance d'un diplôme à un candidat régulièrement reçu.

Le décret du 26 décembre 1875 rendu après la loi du 12 juillet 1875 sur la liberté de l'enseignement supérieur reproduit, en la précisant, la disposition de l'article 58 du décret de 1808. Il est dit « que le ministre peut refuser le diplôme dans l'intérêt de l'ordre public et de la morale publique ».

Il est bien entendu que l'intéressé est toujours recevable à former le recours pour détournement de pouvoir porté devant le conseil d'État, qui prononcera l'annulation de la décision du ministre s'il est prouvé qu'elle a été déterminée par un but autre que l'ordre

public ou la morale publique, par exemple par un but purement politique.

Recrutement des fonctions publiques par concours. — C'est un procédé qui, chaque jour, reçoit une application plus étendue. Il paraît, en effet, que, malgré les inconvénients que présente ce système de recrutement, c'est encore celui qui offre le plus de garanties contre l'arbitraire et le favoritisme. A l'heure actuelle, sauf l'administration préfectorale, je crois qu'il n'y a pas de service public dans lequel on entre autrement que par le concours. L'article 2 du projet de loi sur le statut des fonctionnaires déposé le 1er juin 1920 porte : « Sauf les dérogations expresses déterminées par des lois ou des décrets rendus en forme de règlement d'administration publique, nul ne peut être admis dans une catégorie de fonction publique qu'à la suite d'un examen d'aptitude ou d'un concours. » Si ce texte devient loi, il ne fera que confirmer législativement une situation qui a été établie par de nombreux règlements pour les différents services publics.

Tous ces règlements contiennent une disposition variable en la forme, mais dont le fond est toujours celui-ci : « Le ministre compétent arrête la liste des concurrents. » Dès lors se pose cette question : le ministre compétent, qui arrête la liste des concurrents, peut-il écarter discrétionnairement du concours un candidat qui réunit cependant toutes les conditions d'âge, de diplôme, de stage exigées par les règlements pour ledit concours?

A mon sens, la réponse ne fait pas de doute. Le ministre peut écarter du concours un candidat qui réunit cependant toutes les conditions exigées par les règlements. Mais il ne peut pas le faire discrétionnairement. Il ne peut le faire que pour des raisons relatives au concours lui-même, c'est-à-dire pour assurer

au concours les conditions de moralité et de décence que doit présenter toute épreuve de ce genre.

L'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme porte : « Tous les citoyens sont... également accessibles à toutes dignités, places et emplois publics, sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents. » A mon sens, il faut décider que l'autorité supérieure peut écarter du concours certains candidats, mais qu'elle ne le peut qu'à raison de leur défaut « de vertus ou de talents », les candidats notoirement incapables ou indignes, mais qui cependant ne seraient frappés d'aucune déchéance légale. Si l'autorité supérieure écartait un candidat pour une autre cause, à raison, par exemple, de ses opinions politiques ou religieuses, elle commettrait un détournement de pouvoir susceptible de fonder le recours pour excès de pouvoir. Il n'y a plus aujourd'hui d'actes discrétionnaires; et si le ministre écartait un candidat pour une raison étrangère à l'intérêt du service public, sa décision serait certainement annulée par le conseil d'État pour détournement de pouvoir.

Le conseil d'État, le 5 juillet 1851, déclarait non recevable le recours formé par un candidat contre une décision du ministre qui l'avait exclu du concours d'agrégation. Incontestablement, aujourd'hui, le conseil d'État déclarerait un pareil recours recevable et, s'il était établi que la décision du ministre était inspirée par une considération étrangère à la capacité ou à la moralité du candidat, le déclarerait fondé. On peut invoquer par analogie l'arrêt du 4 août 1905 (*Lespinasse, Recueil,* p. 757), par lequel la haute juridiction a annulé la décision du ministre de la guerre écartant des adjudications un fournisseur à cause de ses opinions politiques.

La question s'est posée en 1904, mais alors, elle ne fut pas portée devant le conseil d'État. Par une décision du 21 juin 1904, quelques prêtres séculiers candidats au concours d'agrégation d'histoire étaient avisés qu'ils n'étaient pas admis à concourir : « L'état ecclésiastique auquel vous vous êtes voués, était-il dit dans la lettre ministérielle, s'oppose à ce que vous soyez admis

dans le personnel de l'enseignement public dont le caractère est la laïcité. » Une question ayant été posée par M. le député Gayraud, le 11 juillet 1904, à M. le Ministre de l'instruction publique, celui-ci répondit qu'il pouvait discrétionnairement établir la liste des concurrents et invoqua l'arrêt précité du 5 juillet 1851. La chambre applaudit. Cf. Jèze, *Revue du droit public*, 1904, p. 530.

En 1912, la question s'est posée devant le conseil d'État à l'occasion du recours formé par l'abbé Bouteyre qui, inscrit comme candidat au concours d'agrégation de philosophie, avait été, à raison de sa qualité de prêtre, rayé de la liste des candidats par le ministre. Le conseil d'État déclare sans hésitation le recours recevable, examine au fond la valeur du motif invoqué par le ministre et décide qu'il n'y a pas détournement de pouvoir, ce qui implique naturellement que la haute juridiction se reconnaît compétente pour apprécier en droit le motif de la décision et l'annuler si elle lui paraît entachée de détournement de pouvoir. Sur le fond, il décide que l'agrégation n'est pas un examen tendant à l'obtention d'un grade, que c'est un mode de recrutement pour les professeurs de l'enseignement secondaire, que le ministre en écartant le candidat a été déterminé par l'intérêt du service placé sous son autorité. Cet arrêt a été rendu sur les remarquables conclusions données par M. Helbronner. Il insistait sur ce point que si, pour l'enseignement secondaire, le principe de la laïcité n'est pas formellement inscrit dans la loi, il résulte certainement d'un ensemble de mesures législatives et il ajoutait que s'il s'agissait d'une agrégation d'enseignement supérieur, la décision du ministre pourrait être entachée de détournement de pouvoir, « qu'aujourd'hui l'acte discrétionnaire est abandonné... » (*Recueil*, 1912, p. 553; le texte de l'arrêt et les conclusions de M. Helbronner, *Revue du droit public*, 1912, p. 463 et s.).

Le 30 juillet 1920 le conseil d'État s'est prononcé dans le même sens, sur la même question soulevée par le même abbé Bouteyre; un des considérants est ainsi conçu : « Considérant qu'en se référant dans sa décision à l'arrêt du conseil d'État, le ministre a implicitement adopté les motifs et qu'il n'a fait qu'user *dans l'intérêt du service* du droit... ». Par conséquent, s'il n'avait pas agi dans l'intérêt du service, il y aurait eu détournement de pouvoir, et sa décision aurait été annulée (*Recueil*, 1920, p. 794).

Le requérant soutenait que, depuis la séparation des églises et de l'État, la qualité de prêtre n'existe pas aux yeux de la loi civile et ne peut entraîner aucune déchéance. L'argument était irréfutable; le conseil d'État n'y répond pas; et pour cause.

Le concours étant achevé et les noms des candidats reçus étant transmis au ministre, celui-ci est-il obligé de nommer et de placer dans le service en vue duquel le concours a été ouvert tous les candidats reçus ou peut-il refuser de nommer tels d'entre eux? J'estime que pour résoudre la question, il faut faire une distinction.

Si le concours est ouvert pour un nombre de postes d'une fonction déterminée, par le fait même qu'il est reçu au concours, le candidat se trouve investi de la fonction et le ministre ne peut l'en écarter. Il ne le pourrait que par une révocation faite conformément à la loi de la fonction.

Si, au contraire, comme il en est le plus habituellement, le concours est seulement un concours d'aptitude à être nommé à une fonction, le ministre n'est certainement pas obligé d'y nommer tous les candidats reçus; il ne peut y nommer que les individus reçus au concours, mais il n'est point obligé d'y nommer tous ceux qui y sont admis. Seulement, ici pas plus que précédemment, l'autorité supérieure ne peut procéder discrétionnairement. En éliminant tel ou tel candidat, elle ne peut se déterminer que par des considérations de service public. L'intéressé serait armé du recours pour détournement de pouvoir à l'effet de faire tomber toute décision arbitraire.

Cons. Sibert, *Le concours comme mode de recrutement de la fonction publique,* thèse Paris, 1912; Jèze, *Le régime juridique des concours de présentation, Revue du droit public,* 1909, p. 698.

Il n'est pas possible d'énumérer les innombrables dispositions qui, sous une forme ou sous une autre, viennent limiter le droit de nomination du gouvernement ou de ses agents. Je dois me borner à indiquer quelques-unes des principales :

Parfois les pouvoirs de l'autorité qui fait la nomination sont limités au point de vue de la forme. Par exemple, la nomination ne peut être faite qu'après une délibération en conseil des

ministres, comme la nomination des conseillers d'État (L. const. 25 février 1875, art. 4); ou bien la nomination ne peut être faite que sur la présentation d'un corps, par exemple la nomination des professeurs titulaires des universités, des doyens des facultés.

Certains fonctionnaires doivent être choisis dans des catégories particulières de personnes. Par exemple, aux termes des articles 69-78 de la loi militaire du 21 mars 1905, beaucoup d'emplois civils sont réservés aux militaires rengagés et ne peuvent être donnés qu'à eux. Rapp. L. 17 avril 1916.

D'après les lois du 13 avril 1900 (art. 24) et du 8 avril 1910 (art. 97), les trois quarts des places de maîtres des requêtes au conseil d'État sont réservées aux auditeurs de première classe et la moitié des places de conseillers d'État aux maîtres des requêtes. Une règle analogue existe à la cour des comptes.

La loi du 28 avril 1919 a réglé minutieusement les conditions d'entrée dans la magistrature. Nul ne peut être nommé aux fonctions judiciaires s'il n'est licencié en droit, s'il n'a l'âge requis par la loi du 20 avril 1910 et qui varie suivant les fonctions, et enfin s'il n'a subi avec succès l'examen établi par le décret du 13 février 1908, à moins qu'il ne se trouve dans certaines catégories déterminées par cette même loi de 1919, notamment les membres du conseil d'État, les professeurs et agrégés des facultés de droit, les avocats et les avoués ayant dix ans d'exercice, etc. (L. 28 avril 1919, art. 17 et 18).

L'article 17, § 4, de la même loi énumère limitativement les catégories de personnes parmi lesquelles seulement peuvent être choisis les membres de la cour de cassation. Ce sont notamment les premiers présidents, les procureurs généraux, les conseillers d'État, les professeurs titulaires des facultés de droit.

La loi du 14 juin 1918 détermine les conditions de recrutement des juges de paix et crée un examen professionnel dont sont seuls dispensés ceux qui ont appartenu à la magistrature ou réunissent les conditions pour y entrer sans passer l'examen.

La loi de finances du 13 juillet 1911, article 141, édicte une disposition intéressante destinée à empêcher les nominations de faveur faites au moment d'une crise ministérielle au profit des chefs ou attachés de cabinet d'un ministre démissionnaire. Est nulle de plein droit toute nomination à une fonction publique ou toute promotion d'une personne attachée à un titre quelconque au cabinet d'un ministre, si elle n'a pas été insérée au *Journal officiel* antérieurement à la démission du ministre.

Je signale enfin la disposition de l'article 34 de la loi de

finances du 27 février 1912, qui porte : « A partir de la promulgation de la présente loi, aucune nomination ou promotion dans le cadre des administrations centrales ne pourra porter sur des fonctionnaires qui ne figureraient pas au tableau d'avancement au moment où la vacance s'est produite... »

On voit que dans toutes ces dispositions, le parlement a voulu prendre des précautions contre le favoritisme, auquel se laissent trop facilement entraîner les gouvernements démocratiques.

Toute nomination faite en violation d'une disposition légale ou réglementaire est entachée de nullité et doit être annulée sur le recours pour excès de pouvoir. Cela est incontestable, et le conseil d'État l'a jugé maintes fois ces dernières années.

Mais quelles personnes sont recevables à former le recours pour excès de pouvoir tendant à faire prononcer cette annulation?

Pendant longtemps, on a décidé que les individus appartenant au service dans lequel il y avait eu une nomination irrégulière, ceux réunissant les conditions exigées pour être nommés à la fonction à laquelle on avait nommé une personne ne réunissant pas ces conditions, n'étaient pas recevables à former le recours tendant à faire prononcer l'annulation de la nomination. Tout au plus admettait-on que celui qui avait été reçu à un concours pouvait attaquer la nomination d'une personne qui n'y avait pas été reçue. Ces solutions se rattachaient à cette idée que seul était recevable à former le recours pour excès de pouvoir fondé sur la violation d'une loi de fond celui dont le droit était lésé. On disait que ceux qui réunissaient les conditions nécessaires pour être nommés à une fonction publique n'avaient point droit à y être nommés, que la nomination irrégulière ne lésait point leur droit et que, par conséquent, ils n'étaient pas recevables à l'attaquer.

Laferrière enseignait encore cette opinion dans la deuxième édition de son livre *Juridiction et contentieux*, 1896, II, p. 439. « Le conseil d'État, écrivait-il, n'a pas admis les membres d'un

tribunal, les professeurs d'une faculté, les notaires d'un canton à attaquer les décrets de nomination d'un magistrat, d'un professeur, d'un notaire qu'ils estimaient irrégulière. » Il ajoutait que c'était tout à fait exceptionnellement que la loi militaire du 18 mars 1889, article 13, autorisait les sous-officiers rengagés candidats à des emplois civils à attaquer par la voie contentieuse les nominations des individus non anciens militaires. Hauriou, *Droit administratif,* 7e édit., 1910, p. 620, paraît admettre la même opinion.

Aujourd'hui cette solution est complètement abandonnée. Dans de nombreux arrêts, le conseil d'État a justement déclaré recevable le recours en annulation contre une nomination irrégulière, formé par les fonctionnaires du service intéressé ou par toute personne réunissant les conditions nécessaires pour être nommée régulièrement à la fonction. Cette jurisprudence se rattache directement à ce que la notion du recours pour excès de pouvoir comme recours objectif s'est dégagée et précisée. Cf. § 31. Le demandeur au recours pour excès de pouvoir ne fait pas valoir un droit; il soutient seulement que la loi a été violée et demande l'annulation de l'acte fait en violation de la loi. Toute personne ayant un intérêt spécial, même simplement moral, à l'annulation de l'acte, est recevable à former le recours. Dans ces conditions, tous les fonctionnaires du service intéressé, toutes les personnes réunissant les conditions nécessaires pour la nomination ont évidemment un intérêt spécial, au moins moral, à l'annulation de la nomination irrégulière; elles sont donc recevables à la poursuivre. Seront aussi recevables les associations professionnelles des fonctionnaires du service intéressé formées conformément à la loi du 1er juillet 1901 et publiées et déclarées conformément à l'article 5 de cette loi. Cf. *infra,* § 70.

Ces solutions sont consacrées par une jurisprudence du conseil d'État très nette et très ferme. Dès 1901, il annulait une nomination faite en violation de la loi de 1889 réservant certains emplois

aux anciens militaires, 24 mai 1901 (*Laffaret, Recueil,* p. 491). Cette jurisprudence s'affirmait dans les deux arrêts *Lot* et *Molinier* du 11 décembre 1903 (*Recueil,* p. 780, et S., 1904, III, p. 113, avec une note d'Hauriou), l'arrêt *Lot* déclarant recevable le recours formé par un archiviste paléographe contre la nomination à la direction des archives nationales d'un individu non muni du diplôme d'archiviste paléographe, et l'arrêt *Molinier* déclarant recevable le recours formé aussi par un archiviste paléographe contre la nomination d'un inspecteur général des archives et bibliothèques non pourvu du diplôme d'archiviste paléographe. Ont suivi beaucoup d'arrêts dans le même sens, par exemple l'arrêt *Savary,* 18 mars 1904 (*Recueil,* p. 238), les quatre arrêts *Alcindor* du 1er juin 1906 (*Recueil,* p. 515), par lesquels le conseil d'État reçoit et fait triompher les recours formés contre les nominations comme rédacteurs stagiaires au ministère de l'intérieur de jeunes gens qui n'avaient point passé par le concours, et faites par suite en violation du décret du 15 juillet 1897; les arrêts *Bigot* et *Lejeune,* 17 mai 1907, avec les intéressantes conclusions de M. Teissier (*Recueil,* p. 460), l'arrêt *Prunget,* 15 février 1907 (*Recueil,* p. 157); l'arrêt *Héligon,* 13 mars 1908 (*Recueil,* p. 268); l'arrêt *Thomas,* 10 avril 1908 (*Recueil,* p. 430). Par son arrêt du 11 décembre 1908, le conseil d'État, sur les remarquables conclusions de M. Tardieu, a déclaré recevable et fait triompher au fond le recours pour excès de pouvoir formé par l'*Association des employés du ministère des colonies* contre des nominations irrégulières faites au ministère des colonies. Il reconnaissait ainsi la légalité des associations professionnelles de fonctionnaires formées conformément à la loi de 1901 (*Recueil,* 1908, p. 1016, avec les conclusions de M. Tardieu, S., 1909, III, p. 17, avec une note d'Hauriou, et *Revue du droit public,* 1909, p. 61). Le conseil d'État a donné une solution identique pour le recours formé par l'*Association des fonctionnaires civils de l'administration centrale de la marine,* 10 décembre 1909 (*Recueil,* p. 971, et *Revue de droit public*, 1910, p. 46, avec une note de Jèze).

Dans les arrêts précités le conseil d'État a prononcé purement et simplement l'annulation de la nomination faite irrégulièrement, soit parce que l'individu nommé ne réunissait pas les conditions exigées par la loi, soit parce qu'il n'avait pas été choisi dans la catégorie fixée par la loi, par exemple dans la catégorie des anciens militaires. Cette annulation *erga omnes* est la conséquence logique du caractère objectif du recours pour excès de pouvoir.

Dans deux arrêts (*Aubry, Butot*) du 10 juin 1910 et des arrêts qui ont suivi, le conseil d'État donne une solution qui paraît contraire aux précédentes et contradictoire avec le vrai caractère du recours pour excès de pouvoir. Il s'agissait de nominations faites par le préfet de police à des places de sergent de ville et d'inspecteur de police en violation du tableau de classement des anciens militaires, établi en vertu de la loi du 21 mars 1901. Le conseil d'État annule les arrêtés du préfet, mais seulement « en tant qu'ils ont méconnu le droit du sieur Butot d'être nommé à l'emploi de sergent de ville... avant les sieurs... », « en tant qu'ils ont méconnu le droit du sieur Aubry d'être nommé à la même date à l'emploi d'inspecteur de la police... ».

J'ai expliqué au tome II, p. 250 et s., que ces décisions, qui ont tant étonné Jèze et que certainement le conseil d'État a rendues inconsciemment, sont très logiques et très justes. En effet, quoique qualifiées recours en annulation pour excès de pouvoir, les demandes formées dans les espèces rapportées ne l'étaient point. L'inscription au *Journal officiel* des anciens militaires devant être appelés à des emplois civils est un acte juridique subjectif à la suite duquel naît pour les inscrits une situation juridique subjective consistant en ce qu'ils doivent être nommés aux emplois vacants dans l'ordre d'inscription. En agissant, ils ne demandent pas, en réalité, l'annulation d'une nomination parce qu'elle est contraire à la loi; ils demandent que l'acte objectif qu'est la nomination ne soit pas opposable à la situation juridique subjective dont ils sont les bénéficiaires. C'est ce que décide le conseil d'État par cette formule bizarre et contradictoire « annule en tant que... ». J'espère que le conseil d'État abandonnera bientôt cette mauvaise formule et dira simplement que « la nomination n'est pas opposable au requérant ».

V. le texte des deux arrêts, 10 juin 1910, *Recueil,* 1910, p. 450, *Revue du droit public,* 1910, p. 682, avec la note de Jèze. Cf. Jèze, *Sanction des règles sur le recrutement des fonctionnaires publics, Revue du droit public,* 1904, p. 517, et *Principes généraux du droit administratif,* 2e édit., 1914, p. 67 et 83.

§ 64. — *La compétence.*

L'élément principal de la situation du fonctionnaire est incontestablement la *compétence*. Dans son sens tout à fait général, le mot compétence désigne le pouvoir

qui appartient à un fonctionnaire de faire tel ou tel acte se rattachant à la mission qui incombe à l'État. On appelle aussi compétence l'ensemble des actes que peut faire légalement un fonctionnaire, le cercle d'activité légale d'un fonctionnaire. Mais ce n'est, à vrai dire, qu'un abus de langage. Il faut voir dans la compétence seulement le pouvoir de faire légalement certains actes.

Assurément, dans son sens tout à fait général, le mot compétence désigne non seulement le pouvoir pour un fonctionnaire de faire des actes juridiques (actes unilatéraux ou plurilatéraux), mais encore de faire régulièrement, pour le compte de l'État, des opérations matérielles n'ayant point le caractère juridique, ne produisant pas des effets de droit. On dit qu'un ministre, un préfet, un maire, ont une compétence, c'est-à-dire le pouvoir de faire un acte juridique ; de même, le fonctionnaire juridictionnel a vraiment une compétence. Mais à la rigueur, on peut dire aussi que les fonctionnaires qui ne font que des opérations matérielles ont une compétence, puisqu'ils ont le pouvoir de faire régulièrement certaines opérations matérielles et pas certaines autres ; un ingénieur, par exemple, peut régulièrement surveiller certains travaux placés dans le cercle de sa circonscription d'inspection, il ne pourrait point surveiller d'autres travaux ; un professeur peut faire son cours, interroger aux examens dans la faculté à laquelle il appartient ; il ne pourrait point régulièrement le faire dans une autre faculté.

L'observation a surtout son importance pour les agents détenteurs de la force publique, qui, en mettant en mouvement cette force publique, ne font point d'actes juridiques. Le commissaire de police, le garde champêtre ou le gendarme qui procèdent à une perquisition domiciliaire, à une arrestation, ne font qu'une

opération matérielle; ils ne peuvent la faire, ils n'ont compétence pour la faire que dans certaines conditions. On verra plus tard les conséquences qui peuvent résulter de ce qu'un agent qui ne peut faire que des opérations matérielles agit en dehors des règles prescrites par la loi.

On peut donc parler de compétence pour tout fonctionnaire, qu'il fasse des actes d'ordre juridique (actes réglementaires, actes administratifs juridiques, actes juridictionnels), ou qu'il fasse seulement des opérations matérielles, qu'il ne peut faire que conformément à la loi. La compétence est un pouvoir de vouloir conformément à la loi, pouvoir appartenant à un fonctionnaire. Mais il est incontestable que, si la langue du droit public était plus riche, il faudrait réserver le mot de compétence pour le pouvoir de vouloir des actes d'ordre juridique et employer un autre mot pour désigner le pouvoir de vouloir des opérations matérielles. En fait, quand on parle de compétence, on a certainement presque toujours en vue le pouvoir du fonctionnaire de faire des actes d'ordre juridique.

J'ai déjà montré (p. 97 et s.) que la compétence n'est pas un élément d'une situation juridique subjective et encore moins un droit subjectif, dont on aurait à déterminer le titulaire. Il est un pouvoir qui est le résultat de la loi relative à la fonction considérée, et le seul sujet possible de ce pouvoir est le fonctionnaire qui exprime cette volonté. On a dit au paragraphe 61 pourquoi rationnellement on ne doit point voir dans la compétence un droit subjectif. Il n'est point inutile de montrer maintenant avec quelques développements que cette conception de la compétence cadre seule avec les législations modernes et particulièrement avec la législation française.

S'il est une règle du droit positif moderne en général,

et du droit positif français en particulier, qui soit incontestable, c'est celle en vertu de laquelle tout droit subjectif fixé sur la tête d'une personne implique un moyen organisé par la loi d'arriver à la réalisation de ce droit. Le droit moderne tout entier repose sur la réalisation toujours possible d'une situation juridique subjective par des moyens de contrainte. Il suit de là que si la compétence était un droit subjectif du fonctionnaire, le fonctionnaire aurait un moyen de faire valoir cette compétence ou, en d'autres termes, de revendiquer cette compétence contre quiconque y porte atteinte. Or, cette possibilité n'existe certainement pas. Aucune disposition de notre droit positif, aucune solution de notre jurisprudence administrative ne reconnaissent au fonctionnaire un moyen quelconque de revendiquer sa compétence. Un ministre ne peut pas revendiquer devant le conseil d'État, statuant juridictionnellement, la connaissance d'une affaire à laquelle prétendrait un autre ministre. De même un préfet ne peut pas revendiquer contre un autre préfet, un maire ne peut pas revendiquer contre un autre maire, par la voie contentieuse, la compétence qu'ils prétendent leur appartenir. Le supérieur ne peut pas empiéter sur la compétence de l'inférieur; et cependant un préfet ne peut pas obtenir la répression des actes d'empiétement du ministre, un maire ne peut pas davantage obtenir répression des actes d'empiétement du préfet.

On ne saurait objecter les arrêts du conseil d'État qui admettent le recours pour excès de pouvoir formé par des maires contre des arrêtés préfectoraux empiétant sur leur pouvoir de police, par exemple l'arrêt du 18 avril 1902 (*Maire de Néris, Recueil*, p. 275). Le conseil d'État part de cette idée, fausse d'ailleurs, que le maire, en remplissant ses fonctions de police, exerce un pouvoir dont la commune est le titulaire, puisque

l'article 91 de la loi du 5 avril 1884 place le maire, exerçant ses fonctions de police, sous la *surveillance*, et non sous l'*autorité* de l'administration supérieure. Par conséquent s'il y a revendication, ce n'est pas d'un droit de compétence appartenant à un fonctionnaire, mais d'un pouvoir concédé à une personne publique.

D'autre part, avec la notion déjà mise en relief (§ 31) du recours pour excès de pouvoir conçu comme recours objectif, on ne saurait parler de revendication d'un droit. Par ce recours on invoque seulement la loi ; on soutient que la loi a été violée et on demande, sans prétendre à aucun droit, l'annulation d'un acte fait en violation de la loi ; on est recevable à faire cette demande toutes les fois qu'on a un intérêt même simplement moral à l'annulation de l'acte. C'est de la même manière que s'explique la recevabilité du recours formé aux termes de l'article 67 de la loi du 5 avril 1884 contre l'arrêté du préfet annulant une délibération du conseil municipal, ou de celui formé contre l'arrêté du préfet inscrivant d'office une dépense prétendue obligatoire au budget municipal (cons. d'État, 4 février 1905, *Recueil,* p. 92).

On ne saurait non plus tirer argument de l'institution d'un *tribunal des conflits* chargé de statuer dans certains cas sur les revendications de compétence formulées par l'autorité administrative à l'encontre des tribunaux judiciaires. On sait que jusqu'à la loi du 24 mai 1872, sauf une courte interruption en 1848-1851, c'est le gouvernement qui statuait en conseil d'État sur les conflits d'attributions entre l'autorité administrative et les tribunaux judiciaires. Depuis la loi du 24 mai 1872, c'est un véritable tribunal, le tribunal des conflits, qui statue juridictionnellement sur ces conflits. En Allemagne et en Autriche existe un tribunal analogue, sous le nom de *tribunal de compétence*. Mais le fait qu'un véritable

tribunal statue sur des conflits de compétence ne prouve nullement que la compétence soit un droit subjectif. Il y a là tout simplement un exemple de *juridiction objective* (cf. t. II, p. 393). La seule question qui se pose est la question de savoir si un tribunal judiciaire, en se déclarant compétent, a violé ou non la règle de la séparation de l'autorité judiciaire et de l'autorité administrative; et cela est purement une question de droit objectif (cf. *supra*, p. 53 et s.).

La délégation de compétence. — On a dit encore que ce qui prouve que la compétence est un droit subjectif, c'est que les fonctionnaires ont le droit de la *déléguer*, c'est-à-dire de charger une personne, en général un autre fonctionnaire, d'exercer leur compétence, de faire à leurs lieu et place les actes qui rentrent dans leur compétence et avec les mêmes effets.

L'objection ne porte pas. Les législations modernes en général, et particulièrement la législation française, autorisent, en effet, certains fonctionnaires et certains corps à déléguer tout ou partie de leur compétence. On peut citer, à titre d'exemple, les nombreux décrets qui autorisent les ministres à déléguer à leurs sous-secrétaires d'État une partie de leur compétence, l'ordonnance du 21 mars 1821 et le décret du 29 décembre 1854 (art. 3), qui autorisent le préfet à déléguer dans certaines conditions tout ou partie de sa compétence au secrétaire général ou à un conseiller de préfecture, l'article 81 de la loi du 5 avril 1884, qui autorise le maire à déléguer tout ou partie de sa compétence à ses adjoints, et l'article 77 de la loi du 10 août 1871 pour les délégations données par le conseil général à la commission départementale. Mais la doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour reconnaître que ces délégations de compétence forment une exception, et qu'un fonctionnaire ne peut faire une délégation totale

ou partielle de ses pouvoirs que si une loi ou un règlement le lui permettent, et dans la mesure et sous les conditions où ils le lui permettent.

D'autre part, bien que passée dans l'usage, l'expression *délégation de compétence* est tout à fait inexacte. Ces mots paraissent impliquer qu'il y a véritablement un mandat par lequel un fonctionnaire charge un mandataire d'exercer à sa place son droit de compétence, ce qui impliquerait que la compétence est un droit subjectif. Or, il n'en est point ainsi : on ne voit aucun des caractères du mandat. Le mandant peut choisir son mandataire ; le fonctionnaire qui délègue sa compétence ne peut choisir son délégué, il lui est imposé par la loi ; le mandat est toujours révoqué par la mort du mandant ; la délégation de compétence subsiste malgré la mort du délégant ; le mandataire est juridiquement lié par les instructions que lui donne son mandant ; le fonctionnaire délégué a une indépendance complète dans l'exercice des pouvoirs qui lui appartiennent ; il n'est point juridiquement lié par les instructions que lui donnerait le fonctionnaire délégant. D'action contre le délégué pour le forcer à rendre compte, le délégant n'en a point ; peut-être seulement le délégué est-il soumis au pouvoir disciplinaire et hiérarchique du délégant (Arg. Décr. 29 décembre 1854, art. 3, et art. 82 L. 5 avril 1884).

En réalité, ce que la loi et l'usage appellent inexactement *délégation* est une nomination ayant tous les caractères précédemment définis. Le fonctionnaire qui reçoit une délégation acquiert une compétence en vertu de la loi et non point par la volonté du fonctionnaire délégant. Le délégué n'est pas plus le mandataire du délégant qu'un fonctionnaire n'est le mandataire du fonctionnaire supérieur qui le nomme. Si le délégué est compétent, c'est en vertu de la loi ; il possède un pou-

voir impliqué par la loi dont l'application lui est faite, et l'application de cette loi est subordonnée à cette condition que la désignation soit faite par un fonctionnaire qui serait lui-même compétent pour exercer les attributions déterminées par la loi. On ne peut donc tirer de la délégation de compétence aucune objection contre notre doctrine.

On doit noter que, quoique la formule soit très souvent employée par la loi, les règlements et même les auteurs, il n'y a point de délégation dans l'acte par lequel une loi ou un règlement confère par voie générale et d'une manière permanente à un fonctionnaire certaines attributions qui appartenaient auparavant à un fonctionnaire supérieur. Il y a là seulement une disposition par voie générale, législative ou réglementaire, modifiant la compétence ; l'emploi du mot délégation est tout à fait inexact et entraîne des confusions.

C'est même à tort que l'article 6 du décret du 13 avril 1861 porte : « Les sous-préfets statueront désormais, soit directement, soit *par délégation* des préfets sur les affaires... » C'est également à tort que beaucoup de décrets déterminant les attributions de sous-secrétaires d'État portent qu'ils les exercent par délégation du ministre. Dans ces exemples il n'y a point délégation, mais simplement une disposition réglementaire qui modifie la compétence des préfets et des ministres et qui donne aux sous-préfets et sous-secrétaires d'État des attributions qui appartenaient auparavant aux préfets et aux ministres.

Sur la prétendue délégation de compétence, cons. l'excellente thèse de Fornel de La Laurentie, *La délégation administrative*, Bordeaux, 1901.

§ 65. — *Le statut des fonctionnaires.*

C'est le troisième élément de la situation générale des fonctionnaires. Le mot statut désigne la situation spéciale qui est faite aux fonctionnaires par l'application des dispositions légales ou réglementaires édictées pour les protéger contre tous actes arbitraires de la part des gouvernants et de leurs agents directs.

Cette définition du statut suffit à montrer qu'il constitue essentiellement une situation de droit objectif résultant directement de l'application du droit objectif formulée par les lois et règlements du service public considéré. C'est un point que j'ai déjà mis en relief au paragraphe 61. Il n'est cependant pas inutile d'y revenir parce que souvent sont répandues dans le public de fausses idées provenant surtout d'expressions mauvaises et de la persistance de la notion contractuelle dans un domaine où elle n'a rien à faire.

On dit notamment, très fréquemment, que le statut constitue un droit acquis pour le fonctionnaire. L'expression droit acquis est absurde, je l'ai dit souvent. En admettant qu'il existe des droits, on a ou on n'a pas de droit; et si on a un droit, il est bien évident qu'il est acquis. Mais il ne faut pas dire davantage, sans ajouter le participe acquis, que le statut constitue un droit pour le fonctionnaire. La loi du service intervient pour en assurer le bon fonctionnement. A cet effet, dans l'intérêt du service, elle édicte des dispositions par voie générale dont l'application a pour résultat de protéger le fonctionnaire contre l'arbitraire. C'est comme agent du service public, je pourrais dire comme rouage de la machine administrative, que le fonctionnaire est protégé, qu'il est garanti contre la perte des avantages moraux et matériels attachés à la fonction. Ce n'est pas

une situation individuelle qui lui est faite dans son intérêt; c'est la loi du service public qui s'applique à lui comme à tout le monde. Il est, en conséquence, dans la situation objective créée par la loi, comme le sont aussi ceux dont cette même loi vient limiter les pouvoirs ou restreindre la liberté. La situation qui constitue le statut de fonctionnaire réagit, en effet, à l'égard des autres fonctionnaires, particulièrement à l'égard des agents directs des gouvernants qui exercent le pouvoir hiérarchique, la surveillance et le contrôle et aussi à l'égard du public. De ce point de vue encore, le statut est bien une situation de droit objectif, puisqu'elle a une portée générale, et non point une portée restreinte à une ou plusieurs personnes individuellement déterminées.

Le statut de fonctionnaire est aussi une situation permanente, qui persiste tant que le fonctionnaire reste en place et tant que subsiste la loi qui l'a créée. Mais elle suit toutes les transformations de cette loi. Si les règles du statut sont modifiées ou supprimées par une loi nouvelle, celle-ci s'applique à tous les fonctionnaires du service, non seulement à ceux qui seront nommés postérieurement, mais à ceux qui avaient été nommés antérieurement et qui étaient en place au moment de la promulgation de la loi nouvelle. Je l'ai déjà dit aux paragraphes précédents; il n'y a pas, il ne peut pas y avoir de discussion sur ce point. Seuls des ignorants ou des démagogues pourraient prétendre le contraire.

Actuellement, la législation française relative au statut des fonctionnaires est à la fois très compliquée et très incomplète. A l'exception de la disposition de l'article 65 de la loi de finances du 22 avril 1905 relative à la communication du dossier au cas de mesure disciplinaire, il n'y a pas de règle unique et générale s'appliquant à l'ensemble des fonctionnaires, mais des

règles différentes suivant les catégories. D'autre part, pour beaucoup de fonctionnaires, leur situation est réglée par de simples décrets et se trouve ainsi à la discrétion du gouvernement. Enfin de certains fonctionnaires, on ne peut pas dire qu'ils aient un statut positif.

Cette complexité et ces lacunes de notre législation s'expliquent d'ailleurs aisément. Pendant qu'était dominante la conception régalienne de l'État, il ne pouvait être question de donner un statut aux fonctionnaires. On considérait qu'ils devaient être, avant tout, les agents dociles du gouvernement, qui devait pouvoir discrétionnairement les nommer, les révoquer, les suspendre, les déplacer, les rétrograder ou les faire avancer. Cependant, on comprit de bonne heure, même dans la conception régalienne de l'État, la nécessité d'assurer l'indépendance des fonctionnaires chargés du service de justice. C'est de ce besoin qu'est née la règle ancienne de l'inamovibilité des magistrats, qui n'est autre chose qu'une règle donnant un statut positif particulier à certains fonctionnaires. Mais, dominés par la conception régalienne, les gouvernements ont, pendant longtemps, voulu que la règle de subordination absolue s'appliquât sans réserve même aux fonctionnaires techniques, et refusé, par conséquent, de leur reconnaître un statut légal.

Aujourd'hui la conception régalienne de l'État perd sa prépondérance; la notion de souveraineté se meurt On ne voit plus dans l'État, avant tout, une puissance souveraine qui commande, mais seulement des individus qui détiennent en fait une force et qui sont obligés d'assurer et de contrôler les services publics et particulièrement les nombreux services publics techniques qui apparaissent avec les transformations économiques. Alors est née cette idée éminemment juste que le

meilleur moyen d'assurer un bon fonctionnement des services publics, c'est de conférer légalement au fonctionnaire une situation stable au point de vue de tous les avantages se rattachant à la fonction, de l'affranchir complètement du favoritisme et des influences politiques, de lui assurer un avancement régulier et de le garantir contre tout danger de révocation, même de déplacement et de rétrogradation arbitraires; la loi pouvant, en retour de ces avantages, très légitimement leur imposer certaines obligations spéciales, auxquelles ne sont pas soumis les simples particuliers, notamment établir certaines restrictions à la liberté d'association et surtout faire un délit de toute tentative de coalition tendant à suspendre le fonctionnement du service public.

Telle est l'idée à laquelle répond le statut des fonctionnaires. Ce n'est pas dans l'intérêt immédiat du fonctionnaire qu'il est établi; c'est dans l'intérêt du service public. Indirectement, il profite au fonctionnaire. On peut dire que l'intérêt du service et celui du fonctionnaire sont solidaires. D'une part, si le fonctionnaire a une situation sûre et stable, il s'attachera au service et il travaillera d'autant mieux et d'autant plus que sa situation sera plus solidement protégée. Et, d'autre part, si la situation du fonctionnaire est protégée légalement, le législateur peut légitimement en retour lui imposer une série d'obligations tendant à éviter toute interruption dans le service et, d'une manière générale, à en assurer le meilleur fonctionnement possible.

Sur le statut des fonctionnaires, il y a une littérature très abondante. Cf. la bibliographie donnée à la fin du paragraphe 62.

L'article 65 de la loi de finances du 22 avril 1905. — La seule disposition légale sur l'état des fonctionnaires s'appliquant par voie générale à tous les fonctionnaires

est aujourd'hui le curieux article 65 de la loi de finances du 22 avril 1905, ainsi conçu : « Tous les fonctionnaires civils et militaires, tous les employés et ouvriers de toutes administrations publiques ont droit à la communication personnelle et confidentielle de toutes les notes, feuilles signalétiques et autres documents composant leur dossier, soit avant d'être l'objet d'une mesure disciplinaire ou d'un déplacement d'office, soit avant d'être retardés dans leur avancement à l'ancienneté. » Ce texte fut introduit dans la loi de finances de 1905 à la suite des incidents provoqués par les faits d'espionnage et de délation qui s'étaient produits fréquemment pendant le ministère Combes (1902-1905), et qui avaient été même encouragés par certains ministres, notamment par le général André, ministre de la guerre.

Le texte de l'article 65 précité a une portée aussi générale que possible. Il s'applique à tous fonctionnaires civils et militaires (cf. D. 25 mai 1910, *Sur le service intérieur des corps de troupes*, art. 211), à tous ouvriers et employés. Il écarte donc toute distinction quelconque qu'on voudrait faire entre les divers fonctionnaires en raison de la nature des actes faits par eux. Il s'applique à tous les fonctionnaires, qu'ils soient agents directs des gouvernants ou non, qu'ils fassent des actes d'ordre juridique ou simplement des opérations matérielles de même ordre que celles accomplies par les employés ou les ouvriers d'une entreprise privée. Il s'applique à tous les fonctionnaires de l'État et aussi à tous les fonctionnaires des départements, des communes et des établissements publics.

Mais en même temps il ne s'applique qu'aux fonctionnaires, c'est-à-dire aux agents qui sont compris dans les cadres permanents d'un service public, en un mot aux agents qui réunissent les conditions qui font le fonctionnaire telles que je les ai déterminées au para-

graphe 53. Qu'on ne se laisse par tromper par ces mots : employés ou ouvriers. Ils désignent les agents publics qui sont fonctionnaires, mais qui font seulement les actes d'ordre matériel que font habituellement des employés ou des ouvriers. Il y a d'ailleurs une raison majeure pour que l'article 65 ne puisse s'appliquer qu'aux agents qui ont vraiment le caractère de fonctionnaire, quel que soit d'ailleurs le caractère des actes qu'ils accomplissent, c'est que eux seuls ont un dossier (notes, feuilles signalétiques). Par conséquent, la loi ne peut pas exiger la communication d'un dossier qui n'existe pas.

C'est ainsi que l'article 65 de la loi de 1905 ne s'applique pas aux agents engagés comme auxiliaires à titre temporaire, aux ouvriers engagés et payés à la journée et non compris dans les cadres normaux et permanents du service, aux agents des établissements d'utilité publique qui n'ont jamais le caractère de fonctionnaires.

Par un arrêt du 6 mai 1921 (*Mourgues*), le conseil d'État a décidé que le recours formé par un ouvrier payé à la journée contre un congédiement prononcé sans communication du dossier était non recevable, « considérant que le sieur Mourgues a été engagé par l'administration des hospices civils de Bordeaux comme ouvrier serrurier électricien, qu'il a toujours été payé à la journée et qu'il n'a jamais été compris dans les cadres permanents du personnel administratif hospitalier... rejette... ».

Le conseil d'État a aussi décidé que l'article 65 de la loi de 1905 ne s'applique pas au cas de suspension ou de révocation des maires dont la situation est protégée par l'article 86 de la loi municipale du 5 avril 1884, modifié par la loi du 8 juillet 1908 (25 février 1916, *Recueil*, p. 92, et S., 1922, III, p. 12).

Si la disposition de l'article 65 est très générale, le législateur n'en a pas indiqué la sanction. C'est par suite la sanction du droit commun, c'est-à-dire l'annulation par le conseil d'État, sur le recours pour excès de pouvoir formé par l'intéressé, de toute décision prévue par l'article 65 et prise sans que communication

de son dossier ait été faite au fonctionnaire. Que telle ait bien été la pensée de la loi, la formule « tous fonctionnaires... *ont droit* à la communication » le démontre. Sans doute, la formule est inexacte, parce que, comme cela a été expliqué précédemment, une loi sur le statut des fonctionnaires ne leur donne pas un droit subjectif et les place seulement dans une situation de droit objectif. Mais l'expression prouve à l'évidence que dans la pensée du législateur toute mesure disciplinaire, toute révocation, toute rétrogradation, décidée sans communication préalable du dossier à l'intéressé, est contraire au droit et doit être annulée pour excès de pouvoir. C'est la solution que très justement le conseil d'Etat a donnée sans hésitation à plusieurs reprises.

A ma connaissance, le premier arrêt rendu sur cette question par le conseil d'État est l'arrêt *Mamet* du 22 février 1907, où il est dit : « Considérant qu'aux termes de l'article 65 de la loi du 22 avril 1905, tous les fonctionnaires civils et militaires ont droit à la communication personnelle et confidentielle de..., qu'aux termes de cette disposition... cette mesure (mise du capitaine Mamet dans la position de non-activité par retrait d'empioi) ne pouvait être prise sans communication spéciale au requérant de son dossier..., que dès lors la décision attaquée est entachée d'excès de pouvoir... » (*Recueil*, 1907, p. 167). Dans le même sens, arrêt *Serres*, 5 novembre 1908, annulant une mesure disciplinaire prise contre un agent des contributions indirectes sans communication préalable du dossier (*Recueil*, 1908, p. 1000); arrêt *Duchêne* (11 décembre 1908) annulant pour la même cause la révocation d'un sous-brigadier des douanes (*Recueil*, p. 1016); arrêt *Baudelot* (22 mai 1908) annulant pour défaut de communication la révocation d'un agent municipal (*Recueil*, p. 559).

Mais dans ses décisions postérieures, le conseil d'État apporte une restriction à l'application de l'article 65 de la loi de 1905. Déjà par les arrêts *Busoni*, 21 février 1908, et *Guéry*, 22 mai 1908, il décide que la règle de l'article 65 est respectée quand l'administration a invité l'intéressé à prendre communication de son dossier et que le fonctionnaire n'en a pas profité (*Recueil*, 1908, p. 174 et 558). Par deux arrêts (*Janvion* et *Sembat*) du 25 juin 1909, le conseil d'État va plus loin, et sur les conclusions de M. Teissier,

il décide que la règle de l'article 65 est observée quand l'agent a été régulièrement informé de la mesure qui le menace et quand il s'est écoulé entre cet avis et la mesure un temps suffisamment long pour qu'il puisse demander la communication du dossier. M. Teissier fait remarquer qu'il serait complètement inexact de soutenir qu'une mesure disciplinaire est nulle par cela seul qu'en fait il n'y a pas eu communication du dossier, que l'agent menacé d'une mesure disciplinaire a le droit d'obtenir cette communication, mais qu'il suffit qu'il ait été à même d'exercer ce droit (*Recueil,* 1909, p. 610). Le conseil d'État a confirmé par *a contrario* cette jurisprudence par deux arrêts (*Vilar*) du 6 août 1909 en annulant les mesures disciplinaires prises par le ministre de l'intérieur contre le sieur Vilar, rédacteur au ministère de l'intérieur, « considérant que le sieur Vilar n'a pas été mis à même de demander communication de son dossier » (*Recueil,* 1909, p. 812). Mais le conseil d'État tient rigoureusement la main à ce que cette garantie soit respectée, et il annule impitoyablement toute mesure disciplinaire à l'occasion de laquelle elle ne l'est pas. Il annule notamment la révocation prononcée sur avis d'un conseil de discipline quand le dossier n'a pas été communiqué au conseil de discipline, ou quand la communication faite au fonctionnaire n'a pas été complète. Le conseil d'État l'a ainsi décidé notamment, 22 décembre 1911 (*Laplace d'Olonde*), par *a contrario* (*Recueil,* 1911, p. 1236); 30 mai 1913 (*Reynaud*) décidant qu'il n'a pas été satisfait aux prescriptions de l'article 65 de la loi de 1905 lorsque la révocation d'un fonctionnaire des contributions indirectes n'a pas été précédée de la communication des deux dossiers, le dossier qui est à l'administration centrale et celui qui est à la direction départementale (*Recueil,* 1913, p. 598); 29 novembre 1912 (*Bourbon*) annulant la mesure disciplinaire pour communication incomplète (*Recueil,* 1913, p. 1053); 4 avril 1914 (*Gén. de Pelacot*), *Recueil,* p. 480, et S., 1921, III, p. 6; 15 février 1918 (*Gervais*) déclare entaché d'excès de pouvoir pour violation de l'article 65 le décret mettant en disponibilité un préfet, sans qu'il ait été averti de la mesure dont il allait être frappé (*Recueil,* 1918, p. 153).

Contrairement à ce que l'on a dit parfois, l'arrêt du conseil d'État du 22 mai 1908 (*Recueil,* p. 559) ne décide pas que l'administration ne peut pas autoriser l'intéressé à prendre copie de son dossier, mais seulement que la disposition de l'article 65 est vêtue si le fonctionnaire, ayant reçu communication de son dossier, n'a pas été autorisé à en prendre copie.

Cf. Jèze, *Revue du droit public,* 1905, p. 362, et 1909, p. 474.

Les grèves des agents des postes qui ont éclaté aux mois de mars et de mai 1909 ont donné naissance à une intéressante question relative à l'application de l'article 65 de la loi du 22 avril 1905. Au moment où éclata, en mars 1909, la première grève, un décret du 18 mars décida que par dérogation au décret du 9 juin 1906, en cas de refus collectif ou concerté de service par les agents des postes, les peines du deuxième et du troisième degré (de l'avertissement comminatoire à la révocation) seraient prononcées directement par le ministre ou le sous-secrétaire d'État. Au mois de mai suivant, quand éclata la seconde grève, plusieurs employés des postes furent, en vertu de ce décret, révoqués directement par arrêté du sous-secrétaire d'Etat. Ils attaquèrent alors cet arrêté par le recours pour excès de pouvoir, demandant que la mesure prise par le sous-secrétaire d'Etat fût annulée parce qu'ils avaient été révoqués sans que la communication de leur dossier ait été donnée aux requérants, et cela contrairement à l'article 65 de la loi du 22 avril 1905, auquel le décret du 18 mars 1909 ne pouvait apporter une dérogation. Il est certain que l'article 65 de la loi de 1905 est très général, qu'il ne semble comporter aucune restriction et paraît devoir s'appliquer quelle que soit la cause de la révocation ; et, d'autre part, il est incontestable que le décret du 18 mars 1909 ne pouvait modifier ou restreindre l'application d'une disposition législative.

Cependant par son arrêt du 7 août 1909, sur les conclusions de M. le commissaire du gouvernement Tardieu, le conseil d'État a rejeté le recours et reconnu par là même la légalité de l'arrêté de révocation. Voici la partie essentielle de l'arrêt ; « Considérant que la grève, si elle est un fait pouvant se produire légalement au cours de l'exécution d'un contrat de travail réglé par les dispositions du droit privé, est au contraire, lors-

qu'elle résulte d'un fait de service concerté entre des fonctionnaires, un acte illicite, alors même qu'il ne pourrait être réprimé par l'application de la loi pénale: que par son acceptation de l'emploi qui lui a été conféré le fonctionnaire s'est soumis à toutes les obligations dérivant des nécessités mêmes du service public et a renoncé à toutes les facultés incompatibles avec une continuité essentielle à la vie nationale; qu'en se mettant en grève les agents préposés au service public, sous quelque dénomination que ce soit, ne commettent pas seulement une faute individuelle, mais qu'ils se placent eux-mêmes, *par un acte collectif*, en dehors de l'application des lois et règlements édictés dans le but de garantir l'exercice des droits résultant pour chacun d'eux du *contrat de droit public* qui les lie à l'administration; que dans le cas d'abandon collectif et concerté du service public, l'administration est tenue de prendre des mesures d'urgence et de procéder à des remplacements immédiats;... considérant qu'il résulte de ce qui précède que, quelle que soit la généralité des termes de l'article 65 de la loi du 22 avril 1905, le législateur n'a pu comprendre la grève dans un service public au nombre des cas en vue desquels il a formulé cette prescription. »

M. le commissaire du gouvernement Tardieu a dit que la grève faisait sortir de plein droit les fonctionnaires du service public; que, d'après la jurisprudence de la cour de cassation, la grève, dans les rapports d'employeurs et d'employés privés, entraînait la rupture du contrat de travail; qu'*a fortiori* la grève d'un service public devait entraîner la rupture du lien juridique unissant le fonctionnaire à l'État. M. le Commissaire du gouvernement concluait: « Pour eux (les fonctionnaires), la grève, même quand elle n'est pas réprimée pénalement, est un moyen révolutionnaire auquel il leur est

interdit de recourir; la grève, en rompant tous les liens qui les unissent à l'État, affranchit l'État de l'obligation d'observer envers les agents en grève les formes qu'il a édictées pour la protection de ses fonctionnaires... »

Conseil d'État, 7 août 1909, deux arrêts *Winkell, Rosier*, *Recueil*, 1909, p. 826, S., 1909, III, p. 145, avec les conclusions de M. Tardieu et une note d'Hauriou, *Revue du droit public*, 1909, p. 194, avec une note de Jèze. Le conseil d'État donne la même solution motivée dans les mêmes termes, dans un arrêt du 6 août 1910 (*Almaric*) sur les conclusions de M. Chardenet, *Recueil*, 1910, p. 721, et dans des arrêts du 6 août 1910 (*Privat*) (*Recueil*, 1910, p. 722) et du 1er mars 1912 (*Tichit*) encore sur les conclusions de M. Chardenet. — Dans ce dernier arrêt, se référant évidemment implicitement aux motifs développés dans les arrêts précédents, le conseil d'État se borne à dire : « Considérant qu'il résulte des rapports de service que le sieur Tichit a donné publiquement son adhésion à la grève et qu'il a cherché à provoquer celle de ses collègues, qu'il n'est donc pas fondé à demander l'annulation de l'arrêté attaqué comme pris en violation de l'article 65 de la loi de 1905 » (*Recueil*, 1912, p. 203, et S., 1913, III, p. 137, avec une longue et intéressante note d'Hauriou).

Ces décisions du conseil d'État ont donné lieu à beaucoup de commentaires, et ce n'est point étonnant. La haute juridiction s'est trouvée, en effet, en présence d'une question extrêmement délicate. D'une part, un texte de loi qui ne contient aucune restriction et décide d'une manière générale qu'aucune mesure disciplinaire ne peut être prise contre un fonctionnaire quelconque et dans une circonstance quelconque sans qu'il ait été mis auparavant dans la possibilité de prendre connaissance de son dossier; et, d'autre part, des fonctionnaires qui se mettent en grève, qui se placent eux-mêmes en dehors du service public, qui commettent un acte insurrectionnel contre lequel le gouvernement a le devoir de sévir énergiquement, puisqu'il doit assurer le fonctionnement sans interruption des services publics. Le conseil d'État pouvait-il, dans ces conditions, annuler pour violation de l'article 65 les actes de révocation

dont avaient été frappés des fonctionnaires en insurrection et qui, en se mettant en grève, s'étaient eux-mêmes placés en dehors du service? La haute assemblée ne l'a pas pensé, et l'on comprend aisément les motifs qui l'ont déterminée.

Cependant, après mûre réflexion, je ne puis approuver ces décisions. Comme on le verra plus loin, la grève de fonctionnaires est un fait incontestablement illicite, peut-être un fait pénal, je dis plus, un acte insurrectionnel, et toute loi sur le statut des fonctionnaires doit interdire sous des peines sévères la cessation collective et concertée du travail et armer fortement le gouvernement en vue de cette éventualité. Mais tout cela ne peut donner au ministre le pouvoir de révoquer un fonctionnaire sans le mettre à même de prendre communication de son dossier, quand un texte de loi formel, l'article 65 de la loi de 1905, exige cette communication sans faire aucune exception. Par quelque subtilité de légiste qu'on essaie de justifier les arrêts précités, on ne peut empêcher qu'ils n'apparaissent comme un retour à la néfaste théorie des actes de gouvernement, que l'on croyait définitivement condamnée, ou tout au moins à la théorie tout aussi dangereuse des actes de nécessité. Je reconnais d'ailleurs volontiers que des considérations de fait expliquent sans la justifier la décision du conseil d'État. Mais, dans un régime de droit, la loi seule peut déterminer les cas et les conditions dans lesquels les garanties légales des citoyens peuvent être momentanément suspendues; c'est ce que fait, par exemple, la loi sur l'état de siège.

Le ministre des travaux publics, dans ses observations, et le commissaire du gouvernement, dans ses conclusions, soutenaient qu'en se mettant en grève, le fonctionnaire rompt le lien qui le rattache à l'État et perd de plein droit la qualité de fonctionnaire et en

même temps la garantie de l'article 65 qui s'y rattache.

Théoriquement, cette proposition est soutenable. Je suis tout à fait disposé à l'admettre. La grève étant en contradiction absolue avec la notion fondamentale de service public qui, à raison de sa nature même, doit fonctionner sans interruption, il semble que logiquement, par l'acte de grève, le fonctionnaire sort du service et cesse d'être fonctionnaire. Mais, dans l'état actuel du droit législatif, peut-on soutenir qu'il en est ainsi?

D'abord aucun règlement n'indique la grève comme une cause de cessation de la fonction. D'autre part, sauf le cas de décès, la sortie du service résulte toujours d'un acte juridique, souvent, d'ailleurs, motivé par un fait; la grève n'est qu'un fait; et comme le dit très justement Jèze, « M. le Commissaire du gouvernement a confondu le fait motivant l'acte juridique qui fait sortir du service public et cet acte juridique même ». Enfin cette thèse conduit à cette conséquence, tout à fait contraire à la réalité, que les agents qui se sont mis en grève et qui n'ont pas été l'objet d'une révocation, n'auraient pu reprendre leur service qu'en vertu d'une nomination nouvelle en forme.

Le ministre des travaux publics ajoutait que « pour qu'il (le fonctionnaire) se démît de ses fonctions, il n'était pas besoin d'un acte exprès, qu'en réalité et quels qu'en soient les termes, l'arrêté attaqué n'avait fait que constater un fait accompli et prendre acte de la renonciation que le requérant avait faite de ses fonctions ». Cette thèse est tout aussi critiquable que la précédente; elle repose sur une présomption inacceptable, contraire à l'évidence des faits. L'agent qui se met en grève n'a point l'intention de quitter le service, d'offrir sa démission; il a si peu cette intention qu'il se met en grève pour obtenir une amélioration de sa situation de fonctionnaire.

Hauriou, dans les deux notes citées précédemment sur les arrêts *Winkell* et *Tichit*, après une analyse très minutieuse de ces décisions, expose dans des termes remarquables une doctrine que je ne suis pas éloigné d'accepter. Il montre ce qu'est la grève en général et la grève des fonctionnaires en particulier, comment les deux notions de grève et de service public s'excluent et comment une loi qui admettrait la légitimité de la grève des fonctionnaires serait antisociale parce que contraire à un principe indispensable pour toute société civilisée. Or, dit Hauriou, il faut admettre aujourd'hui que les tribunaux doivent refuser d'appliquer des lois inconstitutionnelles, et par lois inconstitutionnelles, il faut entendre non seulement les lois qui seraient contraires aux dispositions de la constitution écrite, mais encore celles qui seraient en contradiction avec des lois fondamentales écrites ou non ; et par lois fondamentales, il faut entendre les principes inscrits ou non dans la loi dont le respect est indispensable, à un moment donné, pour le maintien de l'ordre public et de la paix sociale. Le principe qui prohibe la grève des fonctionnaires est incontestablement un de ceux-là ; et par conséquent, si l'article 65 de la loi de 1905 avait eu cette portée de s'appliquer même aux fonctionnaires en grève, il aurait mis en échec un des principes fondamentaux de la société moderne. Les tribunaux appelés à faire l'application des lois ont toujours le pouvoir d'apprécier leur constitutionnalité au sens large et de refuser de les appliquer s'ils jugent qu'elles sont inconstitutionnelles, c'est-à-dire contraires aux règles de la constitution proprement dite ou aux lois fondamentales telles qu'on vient de les définir. Ils sont chargés d'appliquer la loi, toutes les lois, les lois constitutionnelles et fondamentales comme les autres, et s'il y a contradiction entre les lois constitutionnelles et fondamentales d'une part

et les lois ordinaires, ce sont ces dernières, évidemment, que les tribunaux doivent refuser d'appliquer.

Dans les affaires *Winkell* et *Tichit*, le conseil d'État n'a pas fait autre chose. Il a reconnu que la règle prohibant la grève des fonctionnaires est une loi fondamentale parce qu'une pareille grève entraîne l'arrêt d'un ou plusieurs services publics, éléments essentiels de l'État moderne ; il a décidé, en conséquence, que si l'article 65 devait s'appliquer même au cas de grève des fonctionnaires, il serait en contradiction avec cette loi fondamentale, qu'il ne peut donc avoir cette portée et, par suite, il en a écarté l'application au cas de grève. En cela il a bien jugé. Il s'est simplement prononcé sur la constitutionnalité de l'article 65 de la loi de 1905 ou plutôt sur la portée qui doit lui être attribuée pour que cette disposition ne soit pas inconstitutionnelle.

« Il faut, dit Hauriou, supposer que la loi de 1905 a pu être frappée d'inefficacité par le conseil d'État dans le cas spécial de révocation des fonctionnaires pour fait de grève, parce que son application à ce cas eût été inconstitutionnelle. Il ne s'agit pas d'une contradiction qui existerait entre les lois et les règles positives de la constitution écrite ; il s'agit d'une contradiction entre la loi et les conditions nécessaires de l'existence de l'État, dont on peut bien dire qu'elles sont plus fondamentales encore que les règles positives de la constitution écrite. Ces conditions fondamentales de l'existence de l'État exigent, d'une part, que les services publics indispensables à la vie de la nation ne soient pas interrompus et, d'autre part, que les fonctionnaires soient en paix avec le gouvernement. »

Je ne suis pas éloigné, je l'ai déjà dit, d'admettre cette thèse. Voici cependant ce qui me fait hésiter. Comme Hauriou, j'estime que l'interruption, même pen-

dant un temps très court, d'un service public est contradictoire avec l'existence même de l'État, le service public constituant (cf. § 8) un élément essentiel de l'État. Par conséquent, on comprend qu'un tribunal ait pu refuser de donner à une loi une portée telle que cette loi se trouverait être en contradiction avec les conditions fondamentales d'existence de tout État. Mais cependant n'est-ce pas revenir par un détour à la dangereuse théorie de la raison d'État? N'est-ce pas dire qu'un tribunal peut, dans l'intérêt de la conservation de l'État, maintenir un acte fait en violation de la loi et par conséquent violer lui-même la loi? Hauriou a prévu l'objection : « Notons, écrit-il, que nous faisons ainsi appel non pas à la raison d'État, qui est une notion dangereuse, parce que le salut de l'État peut souvent paraître lié à des circonstances momentanées, mais à la théorie de l'*inconstitutionnalité* des lois, qui ne saurait être invoquée qu'à propos des conditions permanentes de la vie des États, que la jurisprudence et la doctrine auraient bientôt déterminées et qui par conséquent ne permettraient pas de surprise. »

Sans doute, comme Hauriou, je pense que la permanence du fonctionnement des services publics est la raison même de l'État, et que par *raison d'État* on entend surtout, au contraire, les conditions momentanées et changeantes qui paraissent s'imposer aux détenteurs du pouvoir. Mais il sera souvent difficile de fixer la ligne de démarcation, et poser en principe que les tribunaux auront le droit de ne pas appliquer une loi dans le cas où son application serait en contradiction avec les conditions fondamentales de l'existence de l'État, n'est-ce pas ouvrir la porte à l'arbitraire et, en fait, revenir tout simplement à la conception régalienne de la raison d'État?

Il va de soi que, comme Jèze et Hauriou, je regrette vivement que le conseil d'État ait fait intervenir l'idée « d'un contrat de droit public qui lie le fonctionnaire à l'administration. » J'ai montré (§ 62) que ce contrat n'existe point. Comme le dit Hauriou : « La donnée du contrat de droit public..., qui est si profondément étrangère à notre droit public, n'était susceptible de produire ici aucun effet ».

Je n'arrive pas à comprendre comment le conseil d'État peut maintenir une expression, mauvaise en soi parce que, s'il y a contrat, il n'y a point à distinguer s'il y a contrat de droit privé ou contrat de droit public, le contrat étant toujours une seule et même chose, et une expression erronée dans l'espèce, puisqu'il est certain qu'il n'existe point de contrat entre l'État et les fonctionnaires.

Notons que la haute assemblée, conformément aux conclusions de M. le commissaire du gouvernement Chardenet, a fait triompher le pourvoi du sieur Porte, qui se trouvait dans les conditions suivantes : la grève ayant été votée le 11 mai 1909 au soir, il s'était abstenu de prendre son service le 12 au matin ; mais il s'était présenté le 12 au soir à son bureau et y avait été réadmis. Malgré cela, dès le 12 au matin, le sieur Porte avait été compris dans la fournée des révoqués, et sa révocation lui fut notifiée le 13, alors qu'il était au travail. Le conseil d'État a estimé que l'administration, en reprenant un agent qui se présentait au plus fort de la grève, s'interdisait par là de le traiter comme les autres, et qu'au moment où l'arrêté de révocation lui a été notifié, elle ne pouvait prononcer cette révocation sans assurer à cet agent toutes les garanties auxquelles il avait droit, notamment celles résultant de l'article 65 de la loi du 22 avril 1905, (6 août 1910, *Porte*, *Recueil*, p. 782).

Bien que cela n'ait plus qu'un intérêt rétrospectif, je crois devoir rappeler qu'au début de la guerre, le gouvernement s'est arrogé le pouvoir de suspendre, pour la durée de la guerre, l'application de l'article 65 de la loi de 1905, d'abord pour les officiers, ensuite pour les fonctionnaires civils.

Le décret du 15 août 1914 porte : « Est suspendue pendant la durée de la guerre l'application des dispositions de l'article 65 de la loi de finances du 22 avril 1905 en ce qui concerne les militaires. » Un mois après,

le 10 septembre 1914, le gouvernement portait un décret ainsi conçu : « L'article 65 de la loi du 22 avril 1905 est suspendu pendant toute la durée des hostilités. Tout fonctionnaire qui pendant toute la durée des hostilités aura subi une peine disciplinaire pourra, à la cessation des hostilités, se pourvoir en revision devant le conseil de discipline. La demande en revision devra être présentée dans le mois qui suivra la cessation des hostilités. »

Ces décrets étaient certainement illégaux. Sans doute on peut, à la rigueur, admettre la notion de règlement de nécessité, c'est-à-dire admettre que, dans des circonstances graves, le gouvernement peut édicter des dispositions par voie générale qui suspendent ou modifient une loi formelle. Mais il faut, à mon avis, deux conditions : 1° que le parlement se trouve, à cause des circonstances, dans l'impossibilité de se réunir; 2° que le gouvernement annonce qu'il demandera le plus tôt possible au parlement la ratification du décret. Or, quand les deux décrets précités ont été portés, aucune de ces deux conditions n'étaient réalisées. Il n'y avait aucune impossibilité véritable à réunir le parlement ; le gouvernement était à Bordeaux et des locaux avaient été aménagés pour la chambre et pour le sénat. D'autre part, le gouvernement n'annonçait point que ces décrets seraient soumis à la ratification du parlement. En fait, le décret du 15 août 1914 concernant les militaires a été ratifié par la loi du 30 mars 1915. Celui du 10 septembre concernant les fonctionnaires civils ne l'a jamais été.

Cependant le conseil d'État, par un arrêt *Heyriès* du 28 juin 1918 (*Recueil*, p. 651) et un arrêt *Fabre* du 16 janvier 1920, a reconnu la légalité de ce décret : « Considérant qu'en le prenant le président de la République n'a fait qu'user légalement des pouvoirs qu'il tient de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875. » Or ce texte donne au chef de l'État le pouvoir « d'assurer et de surveiller l'exécution des lois. » Le conseil d'État

décide donc que le pouvoir d'assurer et de surveiller l'exécution des lois contient en lui le pouvoir d'en ordonner la suspension. C'est tout simplement incohérent (*Recueil*, 1920, p. 38).

§ 66. — *Le statut des fonctionnaires* (suite).

On verra au paragraphe suivant que la loi française, comme beaucoup de lois étrangères, a institué un statut spécialement et fortement protégé pour certaines catégories de fonctionnaires : les magistrats, les professeurs titulaires des universités et les officiers des armées de terre et de mer. Mais il n'existe pas encore en France de loi établissant un statut général des fonctionnaires, sauf toutefois l'article 65 de la loi du 22 avril 1905, qui vient d'être expliqué au paragraphe précédent. Il ne faut pas s'en étonner et peut-être même ne pas le regretter. En effet, aujourd'hui les services publics sont tellement complexes et tellement différents les uns des autres, la diversité de situations qui en résulte pour les fonctionnaires est tellement grande qu'il me paraît bien difficile, pour ne pas dire impossible, de faire une loi générale sur le statut des fonctionnaires. Les essais infructueux qui ont été tentés à cet égard paraissent bien démontrer la vérité de cette observation. Le parlement, depuis quinze ans, a été saisi à plusieurs reprises de projets de loi sur le statut général des fonctionnaires. Le dernier en date est celui, déjà plusieurs fois cité, qui a été déposé par le ministère Millerand le 1er juin 1920, conformément à la loi du 12 mars 1920, dont l'article 4 portait : « Une loi spéciale fixera le statut des fonctionnaires. » Mais la chambre n'a point encore abordé la discussion de ce projet déposé depuis plus de deux ans, pas plus qu'on n'avait entrepris la discussion des projets déposés antérieurement. Si jamais il aborde cette discussion, le parlement fera bien de se pénétrer de l'idée très juste

qui a été exprimée dans les termes suivants au début même de l'exposé des motifs précédant le projet de 1920 : « Il paraît au gouvernement qu'il est impossible de considérer le fonctionnaire indépendamment du service public auquel il collabore. C'est le service public qui donne à la fonction publique sa raison d'être. Ce sont les intérêts généraux du service public qui déterminent l'étendue des devoirs que le fonctionnaire doit remplir et qui fixent la limite des droits qu'il est légitime de lui accorder » (*Revue du droit public*, 1920, p. 314).

S'il n'y a pas encore de loi générale sur le statut des fonctionnaires, pour la plupart d'entre eux, sous l'action des revendications énergiques qui se sont imposées à l'attention du gouvernement, sont intervenus, depuis quinze ans environ, de nombreux décrets, s'inspirant de l'idée qu'on vient de rappeler et qui donne à presque tous les fonctionnaires, sinon un statut légal, du moins un statut réglementaire. Le conseil d'État a maintes fois annulé des décisions concernant ces fonctionnaires et prises en violation de ces dispositions réglementaires. Ces décrets déterminent le mode d'entrée au service (cf. § 63), les conditions d'examen ou de concours qui doivent être remplies, le mode d'avancement au choix et à l'ancienneté. Ils édictent des règles protectrices du fonctionnaire contre l'arbitraire pour l'application des peines disciplinaires, pour les déplacements et les révocations.

Ces décrets ne constituent pas un statut général des fonctionnaires, puisqu'il y a des décrets différents pour chaque catégorie. Mais un certain nombre de dispositions se retrouvent à peu près identiques dans tous ces décrets et forment comme l'embryon d'un statut général et légal des fonctionnaires.

Voici, à titre d'exemples, quelques-uns de ces décrets : décret

du 9 juin 1906, complété par les décrets du 2 février 1907, du 25 février 1908, du 18 mars 1909 et du 18 janvier 1910, sur le personnel de l'administration des postes, télégraphes et téléphones. Ce dernier décret (18 janvier 1910), contresigné par M. Millerand, ministre des travaux publics, des postes et télégraphes, est particulièrement intéressant, parce qu'il organise la représentation du personnel, tant auprès du ministre que des directeurs départementaux et chefs de service, par des délégués élus par l'ensemble des fonctionnaires et aussi la représentation du personnel par des délégués élus aux conseils régionaux de discipline, au conseil central de discipline et à la commission centrale d'avancement (*J. off.*, 25 janvier 1910); décret du 11 janvier 1907 pour le personnel de l'administration centrale du ministère de la marine; décret du 17 janvier 1907 pour le personnel du ministère des affaires étrangères; cinq décrets du 2 février 1907 relatifs aux fonctionnaires des régies financières, précédés d'un long et intéressant rapport du ministre des finances (*J. off.*, 4 février 1907); décret du 3 mai 1907 relatif au personnel de l'inspection du travail; décret du 13 juin 1907 relatif au personnel ouvrier des arsenaux de la marine; décret du 18 juin 1907 relatif aux agents de la police des ports; décret du 20 juin 1907 relatif au personnel de l'administration centrale du ministère du commerce; décret du 6 novembre 1907 relatif au personnel des trésoreries générales et des recettes particulières; décret du 14 janvier 1908 relatif au personnel des manufactures de l'État; deux décrets du 17 mars 1908, l'un relatif au personnel du ministère des finances, l'autre relatif au personnel de la direction générale de l'enregistrement; décret du 9 avril 1908 relatif aux fonctionnaires de la caisse des dépôts et consignations; deux grands décrets du 1er février 1909 portant réorganisation de l'administration centrale du ministère de la guerre; décret du 6 mars 1909 relatif au personnel du ministère de l'agriculture; décret du 11 juin 1912 fixant le statut général des percepteurs; décret du 26 mars 1914 modifiant le décret du 23 février 1907 modifié par celui du 20 décembre 1910, portant réorganisation de l'administration centrale du ministère de l'intérieur en ce qui concerne le recrutement, l'avancement, la discipline.

Parfois le statut de certains fonctionnaires a été réglé par de simples arrêtés ministériels, dont certainement la légalité pourrait être contestée. On ne voit guère sur quel texte le ministre pourrait à cet égard fonder son pouvoir réglementaire. Je citerai à titre d'exemples deux arrêtés du ministre de l'inté-

rieur, l'un du 20 avril 1907 concernant la situation et la discipline des commissaires de police, et l'autre du 1er avril 1908 relatif au régime disciplinaire du personnel de la sûreté générale, modifiés et complétés par des arrêtés du 20 avril 1910 et du 23 novembre 1911.

Je signale aussi la loi du 23 octobre 1919, qui, complétant l'article 88 de la loi municipale du 5 avril 1884, décide que dans les communes de plus de 5.000 habitants, le conseil municipal, dans le délai de six mois, par délibération soumise à l'approbation préfectorale, déterminera les règles concernant le recrutement, l'avancement et la discipline des titulaires des emplois municipaux; que les peines comportant la suspension et la révocation ne pourront être prononcées par le maire qu'après un avis motivé d'un conseil de discipline dont la composition sera déterminée par ladite délibération et où le personnel sera représenté.

La loi du 1er avril 1920 décide que le personnel des bureaux de préfecture et de sous-préfecture constitue dans chaque département un corps d'administration soumis aux dispositions de ladite loi, qui en organise les cadres, décide qu'il est exclusivement recruté au concours, en dehors des cas prévus par la loi sur le recrutement de l'armée, et que les conditions du concours d'admission, les règles générales d'avancement et de licenciement, la composition et les attributions du conseil de discipline seront fixées par un règlement d'administration publique qui devra intervenir dans les six mois de la promulgation de la loi. Ce règlement a été fait; il porte la date du 17 juillet 1920 (*J. off.*, 24 juillet 1920).

Il serait sans intérêt d'analyser en détail les dispositions de ces nombreux textes. Mais on peut déterminer quelques idées générales auxquelles ils se rattachent. Elles sont relatives au recrutement, à l'avancement et à la discipline.

Pour le recrutement, je me suis déjà expliqué (cf. § 63); on peut considérer qu'en principe le concours est exigé pour l'entrée dans les administrations.

Il importait de régler minutieusement et rigoureusement les conditions de l'avancement. C'est là qu'apparaissaient surtout les abus du favoritisme et des recommandations politiques. Pour les éviter, on a quelquefois

demandé que l'avancement n'ait lieu qu'à l'ancienneté. Les décrets ne l'ont pas admis et avec raison. Il faut, en effet, encourager le zèle et le dévouement par l'espoir d'un avancement au choix. Mais il importe de prendre des mesures pour que ce choix ne soit pas arbitraire et que l'avancement ne soit donné qu'au mérite. En général, l'avancement a lieu partie au choix, partie à l'ancienneté. L'avancement au choix est réglementé. Le tableau est établi, non par le ministre ou chef de service seul, mais par une commission spéciale composée des hauts fonctionnaires du service intéressé. Parfois les commissions ou conseils d'avancement se composent de membres de droit et de membres nommés par le ministre. Pour certains services, ils comprennent des membres élus par les fonctionnaires eux-mêmes, par exemple pour le personnel des arsenaux de la marine (Décr. 13 juin 1907), pour le personnel de l'inspection du travail (Décr. 3 mai 1907), pour le personnel des postes (Décr. 18 janvier 1910).

Les décrets ne définissent point les faits qui constituent une faute disciplinaire. D'ailleurs, c'était très difficile, pour ne pas dire impossible. On verra pourquoi au paragraphe 71. Mais ils énumèrent limitativement les peines disciplinaires et restreignent le pouvoir disciplinaire du chef de service par l'intervention plus ou moins active d'un conseil de discipline, qui tend à s'organiser en une véritable juridiction, comme le sont déjà le conseil supérieur de la magistrature et le conseil supérieur de l'instruction publique.

Les peines disciplinaires sont, en général, la réprimande, le blâme, la radiation du tableau d'avancement, la rétrogradation et la révocation. Il semble qu'il y ait une tendance à ne plus inscrire au nombre des peines disciplinaires la retenue de tout ou partie du traitement. Cependant certains décrets maintiennent

cette peine, par exemple les décrets du 2 février 1907 sur le personnel des régies financières, mais en limitant la durée et la quotité. Cette tendance se rattache à cette idée, qui se fait jour de plus en plus nettement, que le traitement lui-même n'est pas établi dans l'intérêt du fonctionnaire, mais pour assurer la bonne gestion du service.

Les conseils de discipline ne sont pas appelés à donner leur avis pour les peines légères, comme la réprimande, le blâme. Pour les peines plus fortes, comme la radiation du tableau d'avancement, la rétrogradation, la révocation, l'avis du conseil de discipline doit toujours être pris. Il convient cependant de rappeler le décret du 18 mars 1909 qui donne au ministre seul le droit de révocation des agents des postes et télégraphes pour fait de grève. En général, les conseils de discipline ne donnent qu'un avis consultatif, que doit prendre le chef de service, mais qui ne le lie pas.

Quant à la composition du conseil de discipline, plusieurs systèmes ont été adoptés par les décrets. Tantôt le conseil de discipline est composé seulement de membres de droit, les hauts fonctionnaires de l'administration dont s'agit. Tantôt le conseil de discipline se compose de membres de droit et de membres désignés par le ministre. Ce système a été assez fréquemment adopté. Enfin, parfois à côté des membres de droit et des membres désignés par le ministre, il y a des membres élus par les fonctionnaires eux-mêmes. Ce système, pratiqué depuis 1880 pour les conseils universitaires, tend à se généraliser, et l'on doit s'en féliciter. Aujourd'hui, il y a des membres élus dans le conseil de discipline pour le personnel de l'administration centrale du ministère du travail (D. 20 juin 1907), pour le personnel ouvrier des arsenaux de la marine (D. 13 juin 1907), pour les commissaires de police (Arrêté du 15 avril

1907), pour le personnel des postes aux conseils régionaux et au conseil central de discipline (D. 18 janvier 1910), pour le personnel des régies financières et de l'administration des manufactures de l'État (D. 2 février 1907). On a vu plus haut que la loi du 23 octobre 1919 décide que le conseil de discipline des employés municipaux doit obligatoirement comprendre un certain nombre de représentants du personnel. Le projet de loi du 1er juin 1920 sur le statut général des fonctionnaires contient un article 15 d'après lequel, dans chaque service, devra être créé un conseil administratif siégeant comme conseil de discipline et se composant pour un tiers des représentants élus par le personnel participant au fonctionnement du service.

Le conseil d'État n'hésite pas à prononcer la nullité de toute décision contraire à une de ces dispositions réglementaires, qu'il s'agisse d'une nomination, de l'établissement du tableau d'avancement, d'une promotion, d'une peine disciplinaire, d'une révocation. V. la jurisprudence du conseil d'État rapportée au paragraphe 63. — Cf. un bon article de Bonnard, *Revue du droit public,* 1907, p. 791.

Un décret du 16 septembre 1914 mérite d'être signalé bien qu'il n'ait plus aujourd'hui qu'un intérêt rétrospectif. Il portait à l'article 1er : « Le fonctionnement des conseils de discipline institué par des lois, décrets ou règlements est suspendu pendant la durée des hostilités. Pendant cette période, les mesures disciplinaires contre les agents des services publics généraux ou locaux sont prises par les autorités compétentes, sans la consultation préalable desdits conseils, mais autant que possible sur le rapport du chef de service et après qu'auront été provoquées les observations de l'intéressé sur les faits relevés contre lui. »

Le gouvernement avait certainement le pouvoir de suspendre le fonctionnement des conseils de discipline établis par des décrets. Mais l'acte du 16 septembre

1914 suspend aussi le fonctionnement des conseils de discipline créés par des lois. En cela, il était incontestablement illégal. Par sa généralité, le décret du 16 septembre 1914 allait à rien de moins qu'à suspendre l'inamovibilité de la magistrature. Sans doute, l'article 3 réservait au fonctionnaire frappé d'une peine disciplinaire le droit de se pourvoir en revision, après la cessation des hostilités, devant le conseil de discipline du service auquel il appartenait. Il n'en est pas moins vrai que le gouvernement s'arrogeait le droit de suspendre, pendant la durée de la guerre, l'application de certaines lois. Ici s'applique encore l'observation que j'ai faite au paragraphe précédent à propos du décret du 10 septembre 1914 suspendant, pendant la durée de la guerre, l'application de l'article 65 de la loi du 22 avril 1905. On peut admettre à l'extrême rigueur, dans des circonstances graves, le règlement de nécessité, mais à la condition que le parlement ne puisse pas être réuni et que le gouvernement déclare expressément dans le texte du décret son intention de le soumettre à la ratification du parlement aussitôt que possible. Aucune de ces deux conditions n'existait, pas plus pour le décret du 16 septembre que pour celui du 10 septembre 1914; l'un et l'autre, il ne faut pas craindre de l'affirmer nettement, étaient des actes dictatoriaux entachés d'excès de pouvoir. Je reviendrai sur ce point au tome IV, en étudiant le pouvoir réglementaire du président de la République.

On a montré au paragraphe précédent que le conseil d'État a cependant reconnu la légalité de ce décret par un arrêt *Fabre* du 16 janvier 1920 (*Recueil,* p. 38), arrêt que je n'ai pas craint de qualifier d'incohérent.

La révocation directe ou indirecte d'un fonctionnaire peut-elle entraîner la responsabilité pécuniaire de l'administration? Si la révocation est faite en violation de la loi ou des règlements, cette responsabilité n'est

pas douteuse. Le fonctionnaire illégalement révoqué est armé du recours pour excès de pouvoir pour faire annuler l'acte et se faire réintégrer. Mais il a de plus, incontestablement, l'action en responsabilité tout à fait distincte du recours pour excès de pouvoir et par son objet et par sa procédure. Le recours pour excès de pouvoir ne peut être formé que dans les deux mois à partir de la notification de la révocation. L'expiration de ce délai ne rend point le fonctionnaire forclos pour l'action en indemnité qu'il peut intenter au moins pendant cinq ans, durée au terme de laquelle sont, en principe, éteintes toutes les réclamations contre l'État.

Comme l'a écrit M. Teissier, « il n'est pas admissible que le développement du recours pour excès de pouvoir et la faculté d'obtenir l'annulation des actes administratifs illégaux aient pour conséquence de restreindre la faculté de demander la réparation du préjudice; l'action en annulation est une chose; l'action en réparation en est une autre; et la première ne commande nullement la seconde. »

Teissier, *Répertoire du droit administratif,* V° *Responsabilité,* n° 154.

Le conseil d'État a consacré cette solution le 29 mai 1903 (*Le Berre*). Il s'agissait d'un sous-officier qui avait été l'objet de deux cassations successives de son grade, régulièrement prononcées comme contraires aux prescriptions des lois des 23 juillet 1881 et 18 mars 1882, et qui demandait l'annulation des mesures qui l'avaient frappé et une indemnité. Le recours en annulation est déclaré recevable et fondé; les mesures prises contre le requérant sont annulées; la demande d'indemnité est rejetée en fait, mais le conseil d'État reconnaît implicitement le principe de la responsabilité. M. Teissier, commissaire du gouvernement, après avoir rappelé l'arrêt *Adda* du 15 décembre 1899 (*Recueil,* p. 734), paraissant écarter en principe toute responsabilité, a soutenu énergiquement la thèse de la responsabilité : « ... S'il y a méconnaissance des règles protectrices mises par la loi au fonctionnement des pouvoirs de l'administration, s'il y a violation des conditions intrinsèques imposées pour l'exercice de l'*imperium*,

il y a *faute du service public* qui a fonctionné à faux... et par suite, en cas de dommage, la responsabilité doit être considérée comme engagée. » Le conseil, dans son arrêt, semble bien reconnaître le principe de la responsabilité ; on lit dans un des considérants : « Considérant que les réparations qui précèdent sont les seules auxquelles le sieur Le Berre *était en droit* de prétendre... » (29 mai 1903, *Recueil,* p. 415; S., 1904, III, p. 123, avec une note d'Hauriou).

Le conseil d'État a consacré encore la même solution dans un arrêt du 1er décembre 1916 (*Pomaret*) : « Considérant que si le requérant se croit fondé à soutenir que le paiement qui lui a été alloué de son traitement à partir du 19 septembre 1907, date à laquelle il lui a été indûment supprimé..., ne saurait lui tenir lieu de l'indemnité à laquelle il prétend avoir droit... » (*Recueil,* 1916, p. 498; *Revue du droit public,* 1917, p. 100, avec les conclusions de M. Corneille).

J'estime qu'il faut aller plus loin et dire qu'alors même que la révocation ou une mesure disciplinaire quelconque est régulière en la forme, l'intéressé est toujours recevable à soutenir qu'elle a été déterminée par un but étranger au service public auquel il appartient, qu'elle est alors entachée de détournement de pouvoir et doit être annulée de ce chef. C'est l'application de la théorie générale du recours pour excès de pouvoir dont j'ai indiqué les éléments au paragraphe 27 et sur laquelle il est inutile de revenir. Dans le cas actuel, comme dans le cas précédent, l'intéressé pourrait obtenir en outre une indemnité.

Il suffit de rappeler l'arrêt déjà ancien du conseil d'État (16 novembre 1900, *maire de Denain*) annulant pour détournement de pouvoir l'arrêté par lequel un maire, en frappant un agent de police de suspension, a été déterminé par un autre but que la sauvegarde des intérêts qui lui sont confiés (*Recueil,* 1900, p. 617; S., 1901, III, p. 57, avec une note d'Hauriou).

Enfin, il faut admettre que même au cas de révocation absolument régulière quant à la forme et quant au fond, le fonctionnaire a droit à une indemnité s'il n'y a pas eu de juste motif de renvoi. C'est l'application d'une idée générale sur laquelle je reviendrai au chapitre V,

en étudiant la responsabilité de l'État dans son ensemble, idée d'après laquelle, lorsque l'activité administrative même fonctionnant régulièrement occasionne un préjudice spécial à un particulier, une indemnité lui est due par l'entité administrative à laquelle se rattache cette activité.

Par conséquent, si l'État, le département, la commune révoquent un fonctionnaire, même légalement, mais sans qu'il y ait en fait de juste motif de révocation, une indemnité pourra lui être allouée. On suppose bien entendu qu'il n'y a pas eu une décision juridictionnelle d'un conseil de discipline, ce qui écarterait toute demande en indemnité.

La jurisprudence du conseil d'État reconnaît d'une manière très nette la responsabilité des communes envers leurs fonctionnaires, révoqués sans doute légalement, mais sans qu'il y ait juste cause de renvoi. V. notamment 7 avril 1911 (*Demont*), *Recueil,* 1911, p. 436; 15 février 1918 (*Borianne*) : « Considérant qu'il résulte de l'instruction que la révocation du sieur Borianne n'était justifiée par aucune faute de service; que le requérant est donc fondé à réclamer à la commune de La Garnache la réparation du préjudice que cette mesure lui a causé... » (*Recueil,* 1918, p. 154). Cf. arrêt du conseil d'État du 31 mars 1911 décidant que l'agent municipal dont l'emploi est supprimé a droit à sa retraite proportionnelle (*Recueil,* p. 407); arrêt du 26 mars 1920 accordant au titulaire d'un emploi supprimé trois mois de traitement à titre d'indemnité (*Recueil,* p. 333).

Outre les auteurs cités précédemment, cons. Lecourte, *Des garanties accordées aux fonctionnaires contre les actes qui les révoquent,* Paris 1911; Georgin, *Le statut des fonctionnaires,* thèse Paris, 1911; *Discussion* sur le statut des fonctionnaires à la Société d'études législatives, *Bulletin,* 1913, p. 125 et s.; 1914, p. 121 et s., 156 et s.; Carboni, *Lo stato giuridico degli impiegati al scrvizio amministrazioni diretti dello stato in Italia;* Sibert, *Le statut des fonctionnaires en Angleterre, Bulletin de la Société de législation comparée,* 1912, p. 121; M. L. Lyon-Caen, *Le statut des fonctionnaires en Allemagne, Ibid.,* p. 137; Lotz, *Geschichte des deutschen Beamtenthum,* 2 vol., 1907.

§ 67. — *Fonctionnaires qui ont un statut légal spécial.*

Dans presque tous les pays, certaines catégories de fonctionnaires ont un statut spécial et particulièrement protégé. Il consiste essentiellement en ce qu'ils ne peuvent être révoqués que par une décision émanant d'une véritable juridiction et statuant suivant les formes juridictionnelles et qu'ils ne peuvent être frappés d'une mesure disciplinaire, impliquant une diminution quelconque dans leur situation de fonctionnaires, qu'après avis conforme d'une véritable juridiction statuant encore suivant les formes juridictionnelles. En France, les fonctionnaires qui ont ainsi un statut spécial fortement protégé sont : les magistrats assis des cours et tribunaux de la métropole, les professeurs des universités et de l'enseignement secondaire, et enfin les officiers des armées de terre et de mer.

Il est vrai de dire de ces diverses catégories de fonctionnaires qu'ils sont inamovibles. Cependant l'expression inamovibilité est réservée pour qualifier la situation des magistrats assis de l'ordre judiciaire. C'est à tort; car, on le verra par ce qui suit, leur situation ne diffère pas juridiquement de celle des autres fonctionnaires indiqués. Les juridictions compétentes pour statuer ne sont pas les mêmes; les expressions employées pour déterminer leur rôle sont différentes; mais la situation de ces divers fonctionnaires est identiquement la même au point de vue du droit : elle est une situation de pur droit objectif; pour aucun d'eux, elle n'implique un droit subjectif ayant pour objet la fonction elle-même.

Magistrats assis de l'ordre judiciaire. — Aux termes de l'article 13 de la loi du 30 août 1883, la cour de cassation constitue le conseil supérieur de la magistrature. Elle ne peut statuer en cette qualité que toutes

chambres réunies. Le procureur général près la cour de cassation représente le gouvernement devant le conseil supérieur. Aux termes de l'article 16, le conseil supérieur ne peut être saisi que par le garde des sceaux; et il ne devra statuer ou donner son avis qu'après que le magistrat aura été entendu ou dûment appelé.

La révocation ou déchéance ne peut être prononcée contre un des magistrats précédemment indiqués que par une décision de la cour de cassation statuant toutes chambres réunies comme conseil supérieur de la magistrature et saisie par le garde des sceaux. A cet égard, la situation des magistrats est déterminée par les articles 13, 14 et 16 de la loi du 30 août 1883 combinés avec les articles 50-59 de la loi du 20 avril 1810, 4 et 5 du décret du 1er mars 1852 et l'article 82 du sénatus-consulte du 16 thermidor an X. De ces textes il résulte aussi que la censure simple, la censure avec réprimande et la suspension provisoire ne peuvent être prononcées contre un magistrat que par la cour de cassation constituée en conseil supérieur de la magistrature. En outre, aux termes de l'article 5 de la loi de 1810, « tout juge qui se trouve sous les liens d'un mandat d'arrêt ou de dépôt, d'une ordonnance de prise de corps ou d'une condamnation correctionnelle, même pendant l'appel, est suspendu provisoirement de ses fonctions », et, d'après l'article 59, tout jugement de condamnation rendu contre un juge, même à une peine de simple police, est transmis au ministre de la justice qui dénoncera, s'il y a lieu, le magistrat condamné à la cour de cassation, aujourd'hui le conseil supérieur de la magistrature.

L'article 15 de la loi du 30 août 1883, qui pour le déplacement d'un magistrat, exigeait l'avis conforme de la cour de cassation siégeant toutes chambres réunies comme conseil supérieur de la magistrature, a été

modifié par la loi du 12 juillet 1918 qui décide que les magistrats assis (membres des cours et des tribunaux) peuvent être déplacés sur l'avis conforme d'une commission spéciale composée du premier président de la cour de cassation et de six conseillers élus chaque année par elle en audience solennelle de rentrée. La commission ne peut délibérer que si cinq au moins de ses membres sont présents. Elle statue le procureur général entendu. Le déplacement ne peut entraîner, pour le magistrat qui en est l'objet, aucun changement de fonction, aucune diminution de classe ni de traitement (L. 30 août 1883, art. 15, § 1, rédaction de la loi du 12 juillet 1918).

Les magistrats que des infirmités graves ou permanentes mettraient hors d'état d'exercer leurs fonctions peuvent être mis d'office à la retraite sur un avis conforme de la commission spéciale (L. 30 août 1883, art. 15, § 2, rédaction de la loi du 12 juillet 1918).

Celle-ci, comme le conseil supérieur, ne peut être saisie que par le garde des sceaux. Elle ne peut statuer que lorsque le magistrat intéressé aura été entendu ou dûment appelé (L. 30 août 1883, art. 16, rédaction de la loi du 12 juillet 1918).

La loi du 17 novembre 1918 a institué, en faveur des magistrats et pour raison de santé seulement, la position de disponibilité. Les magistrats comptant au moins dix ans de service peuvent, sur leur demande et pour raison de santé, être mis en disponibilité. Cette position ne peut durer plus de trois ans. Si, à l'expiration de ce délai, le magistrat n'a pas demandé sa réintégration, il est invité à la demander ou à se démettre. S'il ne le fait pas, il peut être admis d'office à la retraite sur l'avis du conseil supérieur de la magistrature. Si le magistrat demande sa réintégration et que le ministre la lui refuse, il peut saisir le conseil supé-

rieur de la magistrature par requête adressée au garde des sceaux. Le magistrat réintégré est pourvu d'un poste égal à celui qu'il occupait auparavant.

L'inamovibilité de la fonction n'implique pas qu'elle soit donnée à vie. Le législateur peut donc, sans qu'il y ait là une mesure contraire à la règle de l'inamovibilité, fixer un âge auquel les magistrats seront de plein droit à la retraite. C'est ce qu'a fait le décret du 1er mars 1852, encore en vigueur, et d'après lequel sont mis de plein droit à la retraite les membres de la cour de cassation à l'âge de 75 ans accomplis, les magistrats des cours d'appel et des tribunaux de première instance à l'âge de 70 ans accomplis.

Le conseil d'État a décidé à tort qu'il résultait de cette mise de plein droit à la retraite que les magistrats ne pouvaient bénéficier de la disposition de l'article 28 de la loi de finances du 31 décembre 1920, aux termes de laquelle le fonctionnaire admis à la retraite continue à exercer ses fonctions jusqu'à la délivrance de son brevet de pension (25 novembre 1921, Dal., 1922, III, p. 25).

Jusqu'en 1908, s'il y avait des règles protégeant les magistrats contre les déplacements et les révocations, il n'y en avait pas limitant les pouvoirs du gouvernement au point de vue de l'entrée dans la magistrature et de l'avancement. Cela avait le double inconvénient de permettre au gouvernement de placer librement ses favoris, de donner arbitrairement de l'avancement à ses amis et, d'autre part, de diminuer l'indépendance de certains magistrats qui, pour obtenir de l'avancement, pouvaient être enclins à statuer et à agir dans le sens qu'ils croyaient agréable au gouvernement ou au député de l'arrondissement. En 1908, on a ébauché un système sur l'avancement des magistrats, venant limiter, dans une mesure bien restreinte d'ailleurs, les pouvoirs du gouvernement à cet égard. L'article 38 précité de la loi de finances du 17 avril 1906 avait décidé que, dans le délai de trois mois, un règlement d'administration publique déterminerait les conditions de nomination et d'avancement dans la magistrature. En exécution de ce texte, le décret du 18 août 1906 créa le tableau d'avancement. Le décret du 13 février 1908, qui a remplacé le décret de 1906, a maintenu le tableau d'avance-

ment; il y est dit : « Aucun magistrat ne peut être promu à un poste comportant une augmentation de traitement s'il n'a été, au préalable, inscrit au tableau d'avancement » (art. 17). Les articles 22 et 24 déterminent les conditions dans lesquelles est établi ce tableau d'avancement. On doit noter que la règle s'applique à tous les magistrats des cours et tribunaux, aux magistrats assis et aux magistrats du parquet.

Un décret du 20 juin 1913 a modifié le décret du 13 février 1908 sur le recrutement et l'avancement des magistrats. Il a été lui-même modifié par les décrets du 8 janvier et du 24 mai 1919.

Enfin, la loi du 28 avril 1919 a minutieusement réglé les conditions d'entrée dans la magistrature. Aux termes de l'article 17 de cette loi, nul ne peut être nommé à des fonctions judiciaires en France, en Algérie, au Maroc et en Tunisie, s'il n'a subi avec succès l'examen établi par le décret du 12 février 1908, à moins qu'il n'appartienne à certaines catégories déterminées par les articles 18 et 19 de la loi.

La loi maintient le tableau d'avancement arrêté par la commission de classement, tableau qui ne dépassera pas, pour chaque fonction, trois fois le nombre moyen des vacances dans les cinq dernières années.

Le décret du 29 décembre 1919, modifié par le décret du 30 mai 1922, complémentaire de la loi du 28 avril 1919, détermine les règles de détail en ce qui concerne l'avancement des magistrats.

Les magistrats coloniaux ne bénéficient pas de l'inamovibilité. On s'était demandé, après la loi du 30 août 1883, qui comprend dans le classement général des cours et tribunaux la cour d'Alger et les tribunaux algériens, si la règle de l'inamovibilité ne s'appliquait pas désormais aux magistrats algériens. Devant ces difficultés, le garde des sceaux consulta la cour de cassation. Dans un avis du 9 juin 1886, rendu toutes chambres réunies, la cour de cassation a déclaré que la loi du 30 août 1883 n'a pas eu pour effet de substituer l'inamovibilité à l'amovibilité qui jusque-là avait été le régime légal de la magistrature en Algérie (S., 1887, I, p. 265, note 7). En faveur de l'opinion contraire, cf. Charmont, *L'inamovibilité de la magistrature d'Algérie, Revue algérienne*, 1881, 1re partie, p. 220; *De l'application à l'Algérie de la loi du 30 août 1883,* même *Revue,* 1886, 1re partie, p. 139.

Avant la loi du 12 juillet 1905, les juges de paix étaient entièrement amovibles. Cette loi leur a donné un statut spécial : « Les

juges de paix ne pourront être révoqués ni diminués de classe que sur l'avis d'une commission nommée par le garde des sceaux et composée du procureur général à la cour de cassation, de trois conseillers à la cour de cassation et des trois directeurs au ministère de la justice et après avoir été entendus s'ils le demandent » (art. 21).

Cette loi a été complétée par la loi du 14 juin 1918, qui détermine minutieusement les catégories de personnes parmi lesquelles peuvent être choisis les juges de paix et qui exige un examen professionnel dont ne sont dispensés que ceux appartenant auxdites catégories. La même loi règle en détail les conditions d'avancement des juges de paix; elle crée un tableau d'avancement. Nul ne peut être inscrit à ce tableau s'il ne compte au moins quatre années de service effectif dans sa classe. Le décret portant règlement d'administration publique du 6 août 1918 fixe les conditions et les programmes de l'examen professionnel institué par la loi du 14 juin 1918.

La règle de l'inamovibilité des magistrats judiciaires a t-elle le caractère de règle constitutionnelle? Quelques auteurs estiment que cette règle a encore le caractère constitutionnel et que par conséquent elle ne peut être ni supprimée, ni suspendue, ni modifiée par une loi ordinaire. S'il en était ainsi, la loi du 30 août 1883, qui a suspendu l'inamovibilité pour trois mois et qui en a modifié le régime, serait une loi inconstitutionnelle.

Au moment de la discussion du projet de loi qui devait devenir la loi du 30 août 1883, la thèse du caractère constitutionnel de l'inamovibilité fut soutenue par quelques orateurs et particulièrement au sénat par MM. Juin et Batbie. M. Humbert, ministre de la justice en 1882, et M. Martin-Feuillée, ministre de la justice en 1883, répondaient : « L'inamovibilité n'est plus un dogme; elle n'est pas même un principe constitutionnel. Ce n'est pas davantage un contrat passé avec le juge. On n'envisage pas l'intérêt du juge, mais celui du justiciable. » Le président du conseil, M. J. Ferry, ajoutait : « Il n'y a pas de droit constitutionnel par réticence; tout cela est fondamental, mais pas constitutionnel »

(*Année politique*, 1883, p. 156). Les chambres acceptèrent cette manière de voir, puisque le 10 juin 1882 la chambre des députés votait le principe de l'*amovibilité* et que la loi du 30 août 1883 (art. 11) venait suspendre l'inamovibilité pendant trois mois.

Théoriquement, la question se rattache au caractère que l'on attribue à l'ordre judiciaire. Il est certain que si l'on voit dans l'ordre judiciaire un pouvoir autonome, rentrant dans le système de la séparation des pouvoirs, un élément constitutif de la souveraineté, un pouvoir au sens que l'on donnait à ce mot en 1789-1791 (cf. t. II, p. 514 et s.), un pouvoir distinct, indépendant du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif et égal à chacun d'eux, l'inamovibilité doit être un principe constitutionnel. En effet, lorsque les magistrats sont, comme en France, nommés par le gouvernement, l'inamovibilité est le seul élément qui puisse assurer l'indépendance et l'autonomie de l'ordre judiciaire et en faire un troisième pouvoir. L'inamovibilité est alors un principe constitutionnel, comme la séparation des pouvoirs elle-même. Mais cette conception de l'ordre judiciaire considéré comme un pouvoir est théoriquement fausse et contraire au droit positif français (cf. t. II, p. 538 et s.). Par conséquent, théoriquement, l'inamovibilité des magistrats ne peut pas être une règle constitutionnelle, pas plus que les dispositions législatives qui donnent un statut spécial, une véritable inamovibilité à des fonctionnaires autres que les magistrats judiciaires et dont il sera parlé plus loin, les officiers, les professeurs.

Actuellement, aucun texte constitutionnel ne consacre la règle de l'inamovibilité de la magistrature. Au contraire, beaucoup de nos constitutions antérieures formulaient expressément ce principe ; et pour certaines, c'était parfaitement logique. Les constitutions de 1791 (tit. III, pr., art. 5 et chap. v), de l'an III (tit. VIII), de

1848 (art. 19 et chap. VIII) faisaient de l'ordre judiciaire un pouvoir indépendant des deux autres et égal à eux. Il était donc logique qu'elles consacrassent expressément l'inamovibilité comme règle constitutionnelle. Cf. const. de 1791, tit. III, chap. V, art. 2; const. an III, art. 206; const. 1848, art. 87. Mais, au contraire, ni la constitution de l'an VIII, ni les chartes de 1814 et de 1830, ni les constitutions du second Empire ne firent de l'ordre judiciaire un véritable pouvoir. C'est donc par une véritable contradiction que ces constitutions édictèrent la règle de l'inamovibilité. Cf. const. an VIII, art. 41 et 68; charte de 1814, art. 58 et 61; charte de 1830, art. 49 et 52; const. de 1852, art. 21 et 26; S.-C. 21 mai 1870, art. 15 et 25.

Les auteurs de la constitution de 1875 ne sont point tombés dans cette contradiction; aucun texte de nos lois constitutionnelles actuelles ne vise de près ou de loin l'inamovibilité de la magistrature. La question s'était cependant posée à l'Assemblée nationale dans la séance du 25 mars 1871. Deux décrets de la Délégation de Bordeaux (28 janvier et 3 février 1871) avaient révoqué certains magistrats qui, en 1852, avaient fait partie des commissions mixtes. M. le garde des sceaux Dufaure ayant déposé un projet tendant à l'annulation de ces décrets par l'Assemblée, la commission proposa le texte suivant : « Les décrets du 28 janvier et du 3 février 1871... sont déclarés nuls et non avenus comme contraires au principe *constitutionnel* de l'inamovibilité de la magistrature. » Mais ce texte n'est pas voté; sur la demande d'un député, l'Assemblée y substitue la formule suivante : « Les décrets... sont déclarés nuls et non avenus comme contraires à la règle de la séparation des pouvoirs et au principe de l'inamovibilité de la magistrature... » Sans doute, on parle encore de la séparation des pouvoirs; mais le mot *constitutionnel*

disparaît du texte définitivement voté (*Annales Assemblée nationale 1871*, II, p. 115 et s.).

Il reste à noter que l'inamovibilité d'un fonctionnaire en général et d'un magistrat judiciaire en particulier n'implique pas l'investiture à vie et que, par conséquent, une disposition législative ou réglementaire qui fixe pour tous un âge auquel des fonctionnaires inamovibles seront mis de plein droit à la retraite n'est pas une atteinte à la règle de l'inamovibilité. C'est ainsi que, quoi qu'on en ait dit, le décret du 1er mars 1852, toujours en vigueur et qui en son article 1er porte : « Sont mis de plein droit à la retraite les membres de la cour de cassation à l'âge de 75 ans accomplis, les magistrats des cours d'appel et des tribunaux de première instance à l'âge de 70 ans accomplis », n'est point une atteinte à la règle de l'inamovibilité.

Professeurs des universités. — Ils ne peuvent être frappés de suspension, de retrait d'emploi ou de révocation que par une décision du conseil de l'université dont ils font partie, avec appel toujours possible devant le conseil supérieur de l'instruction publique. La décision du conseil supérieur doit être prise aux deux tiers des suffrages. L'intéressé doit toujours être entendu et peut prendre un défenseur. Ces règles résultent de l'article 7 de la loi du 27 février 1880, *sur le conseil supérieur et les conseils académiques*, combiné avec la loi du 10 juillet 1896, qui a donné, en ce qui concerne les professeurs de l'enseignement supérieur, aux conseils d'université les pouvoirs qui, d'après la loi de 1880, appartenaient aux conseils académiques.

La loi de 1880 n'avait prévu que la révocation, le retrait d'emploi, la suspension, mais non le déplacement avec emploi équivalent qui était ainsi laissé à la discrétion du gouvernement. Il y avait là évidemment une grave lacune qui a été comblée par l'article 34 du

décret précité du 28 décembre 1885 : « Nul professeur titulaire ne peut être déplacé d'office pour un emploi équivalent qu'après avis conforme de la section permanente du conseil supérieur de l'instruction publique et après avoir été entendu par elle. »

La loi du 6 octobre 1919 a déterminé le principe du classement et les règles d'avancement de classe.

Les professeurs titulaires ne peuvent être mis à la retraite qu'à l'âge de 70 ans et à l'âge de 75 s'ils sont membres de l'Institut. Avant cet âge, ils ne peuvent être mis à la retraite que sur leur demande ou au cas d'impossibilité constatée de remplir leurs fonctions (Décr. 28 décembre 1885, art. 39, § 1).

L'article 40 du décret du 28 décembre 1885 avait créé des professeurs adjoints. Ce texte a été abrogé par le décret du 3 janvier 1921 qui supprime les professeurs adjoints et les remplace par des professeurs sans chaire. C'est un simple changement de nom. Les professeurs sans chaire jouissent de toutes les prérogatives des professeurs titulaires, sous certaines réserves. Ils ont l'inamovibilité de la fonction, mais non pas celle de l'enseignement.

Les professeurs titulaires des lycées et collèges ne peuvent être frappés de suspension pendant plus d'un an avec privation totale ou partielle du traitement, de retrait d'emploi, de révocation, d'interdiction du droit d'enseigner ou de diriger un établissement d'instruction, que par une décision du conseil académique après débat contradictoire et avec appel toujours possible devant le conseil supérieur de l'instruction publique, qui doit statuer à la majorité des deux tiers (L. 27 février 1880, art. 7, § 3, art. 11, § 2, et art. 15). La mutation pour un emploi inférieur ne peut être prononcée par le ministre qu'après avis de la section permanente du conseil supérieur de l'instruction publique (L 27 février 1880, art. 14).

Mais le ministre peut toujours prononcer librement la mutation pour emploi équivalent. Les professeurs de l'enseignement secondaire ne bénéficient pas de la disposition de l'article 34 du décret du 28 décembre 1885 (qui ne s'applique qu'aux professeurs de l'enseignement supérieur (Cons. d'État, 8 décembre 1899 et 15 mars 1901).

L'avancement des professeurs de l'enseignement secondaire est aussi aujourd'hui réglé par la loi du 6 octobre 1919.

La situation des instituteurs est réglée par les articles 31 et 32 de la loi du 30 octobre 1886 et le décret du 4 décembre 1885 et, pour l'avancement, aussi par la loi du 6 octobre 1919.

Un instituteur ne peut être frappé de l'interdiction d'enseigner absolue ou à temps que par une décision du conseil départemental susceptible d'appel devant le conseil supérieur de l'instruction publique (L. 27 février 1880, art. 7, § 2). Quant à la révocation, elle peut être prononcée par le préfet sur la proposition de l'inspecteur d'académie après avis motivé du conseil départemental; mais la loi n'exige que l'avis et non l'avis conforme. Par conséquent, le préfet est obligé de prendre l'avis du conseil départemental, mais pas de le suivre.

C'est ainsi qu'était parfaitement régulier l'arrêté du préfet de la Seine du 27 avril 1907 révoquant l'instituteur Nègre, signataire d'une lettre injurieuse à M. Clemenceau, président du conseil, et par suite parfaitement régulier l'arrêté du ministre de l'instruction publique du 19 mai 1907, confirmant la décision du préfet de la Seine sur le recours hiérarchique de l'intéressé. V. le texte de l'arrêté ministériel, *Le Temps*, 20 mai 1907. Le conseil d'État, très justement aussi, a rejeté le recours pour excès de pouvoir formé par l'instituteur Nègre contre l'arrêté ministériel (26 mars 1909, *Recueil*, p. 350).

Cf. la loi du 17 juillet 1908 *sur le relèvement des interdictions, exclusions ou suspensions prononcées par les juridictions disciplinaires de l'instruction publique.*

État des officiers des armées de terre et de mer. — Il est réglé dans son principe par la loi du 19 mai 1834. Tout le système de la loi repose sur la distinction du grade et de l'emploi (art. 1^er^). Le grade, d'après la loi elle-même, constitue l'*état* de l'officier. C'est une situation légale, qui ne peut lui être enlevée que dans certaines conditions déterminées et seulement à la suite d'un jugement contradictoire. Le grade est conféré par un décret du gouvernement, et l'officier ne peut le perdre que par la perte de la qualité de Français constatée par un jugement, par la condamnation à une peine afflictive et infamante, par la condamnation à certaines peines correctionnelles et par la destitution, pour des infractions déterminées, prononcée par jugement d'un conseil de guerre.

L'*emploi* est l'affectation à un service ou à un commandement déterminé. Les officiers sont, quant à leur emploi, à la disposition du gouvernement ou du ministre de la guerre suivant les cas. Cependant, parfois, il ne peut être statué sur l'emploi que suivant un avis conforme d'un conseil.

En ce qui concerne l'emploi, l'officier peut se trouver dans quatre positions. La position d'*activité* est celle de l'officier appartenant à un cadre ou placé hors cadre et affecté à un emploi déterminé. Le ministre de la guerre fixe librement pour chaque officier la position d'activité. La *non-activité* est la position de l'officier hors cadre et sans emploi. La mise en non-activité ne peut être prononcée que par décret du président de la République sur rapport du ministre de la guerre et pour les causes suivantes : licenciement de corps, suppression d'emploi, infirmités temporaires, retrait ou suspension d'emploi. C'est une position temporaire qui ne peut durer plus de trois ans. La *réforme* est la position de l'officier sans emploi qui, n'étant pas susceptible d'être

rappelé à l'activité, n'a pas de droit acquis à la pension de retraite. La mise en réforme peut être prononcée pour infirmités incurables d'après certaines règles déterminées par la loi du 11 avril 1831 et de nombreux règlements postérieurs, qui donnent toute garantie à l'officier. La mise en réforme par mesure disciplinaire ne peut être prononcée que pour inconduite habituelle, faute grave contre la discipline ou dans le service, faute contre l'honneur, prolongation au delà de trois ans de la position de non-activité. La mise en réforme par mesure disciplinaire est prononcée par décret, sur le rapport du ministre de la guerre, après avis d'un conseil d'enquête, dont la composition est déterminée par des décrets. L'avis du conseil d'enquête ne peut être modifié qu'en faveur de l'officier (L. de 1834, art. 13).

La loi du 11 avril 1911 a créé la position dite en réserve spéciale, dans laquelle l'officier est mis sur sa demande; il occupe un emploi de son grade ou d'un grade supérieur dans les réserves et ne peut être rappelé à l'activité qu'en cas de mobilisation générale ou partielle. Rapp. les loi du 13 août 1919 et loi de finances du 31 juillet 1920, articles 86 et 87. Je dois signaler aussi la loi du 8 juillet 1920 sur l'état des officiers généraux et des colonels.

Le décret du 9 septembre 1914 avait déclaré suspendu pendant la durée de la guerre le fonctionnement des conseils d'enquête. Il a été ratifié par la loi du 30 mars 1915, n° 12.

De l'inamovibilité. — Des trois catégories de fonctionnaires dont il vient d'être parlé, on peut dire qu'ils sont *inamovibles*. Mais ce serait une erreur de croire et de dire, comme on le fait quelquefois, que cette inamovibilité constitue pour eux un véritable droit réel, dont l'objet serait la fonction elle-même. La formule suivante, employée parfois : « Le magistrat est propriétaire de son siège; le professeur est propriétaire de sa chaire: l'officier est propriétaire de son grade », est

tout à fait inexacte. Ces catégories de fonctionnaires ont un état, un statut plus particulièrement protégé, mais ils restent dans une situation purement objective. Cette situation consiste uniquement en ce que ces fonctionnaires ne peuvent être révoqués qu'avec certaines formes et par une certaine autorité. Pour leur reconnaître un droit subjectif sur leur fonction, il faudrait dire qu'ils ont un droit subjectif à ce que telle formalité soit accomplie, à ce que telle compétence soit respectée, un droit aux formes, aux compétences. Cette idée d'un droit aux formes, aux compétences, qui a été quelquefois soutenue, est aujourd'hui totalement abandonnée; elle n'est pas soutenable.

D'autre part, l'inamovibilité n'est point un droit subjectif du fonctionnaire, parce qu'elle n'est point établie dans son intérêt. Lorsque l'État décide que tels et tels fonctionnaires ne pourront être suspendus, déplacés ou révoqués que suivant certaines formalités et par une certaine autorité, son but est uniquement d'assurer un bon fonctionnement des services publics. Sans doute, il en résulte des avantages pour ces fonctionnaires, et certainement l'État compte sur ces avantages pour avoir de meilleurs agents; mais tel n'est point le but déterminant de la loi d'inamovibilité. Si les magistrats ne peuvent être destitués par le gouvernement, c'est pour qu'ils soient plus impartiaux et que la justice soit mieux rendue; si les officiers ne peuvent être mis en réforme qu'après la décision d'un conseil spécial, c'est pour qu'ils soient plus attachés à l'armée et qu'ils aient plus d'autorité. Si le professeur d'enseignement supérieur est inamovible dans sa chaire, c'est pour qu'il se spécialise et fasse avancer la science. En un mot, toute disposition légale créant l'inamovibilité totale ou relative a en vue l'intérêt public et non l'intérêt du fonctionnaire. Or, si le droit subjectif est un pouvoir de vouloir, il

n'est que le pouvoir de vouloir la réalisation d'un intérêt du titulaire du droit subjectif (cf. t. I, p. 192 et s.). Ainsi donc, on ne peut pas parler du droit subjectif du fonctionnaire inamovible, puisque son inamovibilité a une tout autre cause que son intérêt.

De cela résulte cette conséquence très importante que la situation du fonctionnaire inamovible peut être, à chaque instant, modifiée par la loi sans qu'il y ait rétroactivité de cette loi. D'un avis unanime, l'inamovibilité d'un fonctionnaire subit toutes les modifications qu'il plaît au législateur d'y apporter. Les modifications aux règles de l'inamovibilité de la magistrature introduites par la loi du 30 août 1883 se sont appliquées à tous les magistrats, sans qu'on songeât à parler de rétroactivité, à tous les magistrats déjà en fonction au moment où cette loi a été promulguée. Je laisse de côté la question de savoir si la règle de l'inamovibilité de la magistrature est en France une règle constitutionnelle. Ce que j'ai dit au paragraphe 61 trouve son application ici tel quel. L'inamovibilité est un élément de la situation du fonctionnaire ayant le même caractère que les autres et soumis au même régime juridique. Je ne comprends pas comment le conseil d'État, dans son arrêt du 29 janvier 1920, a pu parler des *droits acquis* d'un juge de paix.

Une autre conséquence de ce que l'inamovibilité ne constitue pas un droit subjectif au profit du fonctionnaire, c'est que celui-ci étant irrégulièrement suspendu, déplacé ou révoqué, il n'aura d'autre recours que la voie de droit objectif qu'est le recours pour excès de pouvoir, par lequel il ne pourra obtenir que l'annulation de l'acte attaqué. Le droit pour le fonctionnaire de former dans ces conditions le recours pour excès de pouvoir est incontestable et a été reconnu dans des espèces nombreuses par le conseil d'État.

Le fonctionnaire qui est l'objet de la décision de suspension, de déplacement ou de révocation irrégulière est certainement recevable à former le recours pour excès de pouvoir contre cette décision, parce qu'il a un intérêt spécial évident à l'annulation de l'acte attaqué. Dans les espèces soumises au conseil d'État, c'est toujours le fonctionnaire lui-même objet de la décision qui l'attaque et qui est déclaré recevable. Mais il n'est point seul recevable à agir. Il faut reconnaître ce droit à toute personne ayant un intérêt spécial, même simplement moral, à l'annulation de l'acte, et notamment à tous les fonctionnaires appartenant au même corps que celui qui a été l'objet d'une décision irrégulière et aux associations de fonctionnaires du service. Cf. § 70. Cela est parfaitement logique avec la notion du recours pour excès de pouvoir, recours contentieux objectif fondé sur la violation de la loi et accordé d'une manière très large à tout intéressé, en attendant qu'il devienne une véritable action populaire.

L'acte de révocation étant anéanti, les choses doivent être remises en l'état. Le fonctionnaire est dans la situation où il aurait été s'il n'avait jamais été révoqué, et, par conséquent, l'État lui devra son traitement, sa pension de retraite et les autres avantages attachés à sa fonction. Mais cela n'est point le résultat d'un prétendu droit qui dériverait de l'inamovibilité. Ces avantages pécuniaires appartiennent à tout fonctionnaire, inamovible ou non ; la révocation du fonctionnaire considéré étant annulée, il n'a jamais cessé d'être fonctionnaire et a conservé tous les avantages attachés à cette qualité. V. la jurisprudence aux paragraphes 65 et 66.

Théorie d'Hauriou. — Hauriou estime, contrairement à ce qui vient d'être dit, que l'état du fonctionnaire qu'il appelle *privilégié* (magistrats judiciaires, officiers, professeurs) se « présente sous la forme de droits de possession et de propriété sur le titre de la fonction et aussi sur l'emploi, mais moins fortement », que

les avantages de la fonction sur lesquels porte le droit de propriété du fonctionnaire sont matérialisés en un objet sensible, la chaire du professeur, le siège du magistrat, le grade de l'officier; chacun de ces objets représente un groupe d'avantages, ainsi la chaire du professeur représente le droit à un certain poste, à un certain enseignement, à un certain traitement, à un certain avancement. Ces propositions se rattachent d'ailleurs à la théorie générale d'Hauriou qui fait de la fonction publique une chose sur laquelle le fonctionnaire aurait un droit réel.

Droit administratif, 6e édit., 1907, p. 562 et s.; 7e édit., 1911, p. 621 et p. 630; *Principes de droit public,* 1910, p. 92. Hauriou n'a pas reproduit cette théorie dans sa dernière édition du *Droit public,* 1916, et du *Droit administratif,* 1921, mais il ne l'a point désavouée, ce qui permet de penser qu'elle est toujours la sienne.

Cette conception n'est pas vraie de la fonction publique en général (cf. § 61). Elle n'est pas vraie non plus des fonctions publiques pour lesquelles la loi a donné aux individus qui les exercent une situation particulièrement protégée. Hauriou n'hésite pas à dire que le magistrat a la propriété de son siège, le professeur la propriété de sa chaire, l'officier la propriété de son grade. Je persiste à penser que ce sont là des formules tout à fait inexactes. Assurément, comme Hauriou, j'estime qu'il ne faut pas voir dans la situation de ces fonctionnaires un rapport de droit entre eux et la personne publique que serait l'État. Mais il n'en est pas moins inexact d'attribuer au magistrat, à l'officier, au professeur un droit réel de propriété, qui aurait pour objet la fonction elle-même. Le droit réel de propriété, on l'a déjà dit, est une institution juridique qui a été inventée pour protéger socialement l'affectation à une utilité individuelle d'une certaine richesse. Or, une fonction publique, quelle qu'elle soit, n'est pas une richesse; elle est une certaine activité sociale. Hauriou le dit lui-même (*Droit administratif,* 6e édit., p. 563, note 1 *in fine*). On ne peut donc concevoir que cette activité sociale devienne l'objet d'une appropriation individuelle. La loi assure certains avantages à ceux auxquels est conféré l'accomplissement de cette activité sociale. Mais ils sont distincts de la fonction. Et si le fonctionnaire est titulaire d'un droit réel, il ne peut avoir pour objet que ces avantages et non la fonction. Or, ces avantages ne sont pas établis dans l'intérêt du fonctionnaire, mais en vue d'assurer l'accomplissement exact de l'activité fonctionnelle; ils ne peuvent donc être l'objet d'un droit réel individuel du fonctionnaire. Le droit protège non pas une situation individuelle, mais l'accom-

plissement d'une fonction sociale ; cette protection ne peut être assurée que par une sanction donnée directement à la règle sociale, c'est-à-dire par l'annulation de tout acte fait en violation de cette règle. S'il y avait un droit réel du fonctionnaire, au cas de révocation illégale, il aurait une action en revendication de sa fonction, une action tendant à se faire réintégrer dans sa fonction. Bien plus, Hauriou parle de possession, de droit de possession (expression d'ailleurs inexacte) ; il faudrait donc logiquement en conclure que le fonctionnaire évincé de son emploi, ou troublé dans sa possession, a une action possessoire pour obtenir sa réintégration ou faire cesser le trouble. Or, il n'en est pas ainsi, et tout le monde reconnaîtra qu'il ne peut pas en être ainsi.

Hauriou, répondant aux critiques que j'avais adressées (*L'État, les gouvernants et les agents*, p. 389 et s.) à sa théorie des *fonctions-choses* ou *offices*, écrit : « Visiblement, dans la théorie des fonctions publiques, nos contradicteurs n'aperçoivent que ce seul élément qui est celui du pouvoir exercé par le fonctionnaire et qui résulte de sa commission ; et il est bien vrai que cette commission ne prend jamais la figure d'une chose sur laquelle le fonctionnaire aurait des droits... ; mais il y a un autre élément dans la fonction publique qu'un pouvoir à exercer, il y a un *office social* à remplir, un office qui a sa réalité en dehors de l'administration de l'État et des pouvoirs qu'elle donne... Cet élément-là est la base de toute la théorie juridique des offices, et tant qu'on n'en aura pas démontré l'inexistence, on n'aura pas réfuté cette théorie » (*Droit administratif*, 6e édit., 1907, p. 561, note 1).

Hauriou ne joue-t-il pas sur les mots ? Il n'est pas douteux, et je l'ai dit plusieurs fois, que toute fonction publique a pour substratum une certaine activité sociale, est, j'accepte l'expression, un *office* social que le législateur ne crée pas, qu'il ne fait que réglementer. Conclure de cela que la fonction publique est un *office*, c'est-à-dire une certaine dépendance du domaine public concédée, une chose, c'est faire un raisonnement purement verbal. C'est précisément parce que la fonction publique est une certaine activité sociale qu'elle ne peut être une chose, objet d'un droit individuel de propriété. Elle est une activité réglementée par la loi ; elle est toujours cela, quelque rigoureuse que soit cette réglementation et quelles que soient les conséquences qui en résultent pour le titulaire de la fonction.

§ 68. — *Les obligations et les charges des fonctionnaires.*

Le fonctionnaire a-t-il, à raison même de sa qualité de fonctionnaire, des obligations d'ordre général qui ne s'imposent pas aux autres individus ? Si ces obligations existent, elles sont, naturellement, d'ordre objectif comme les diverses prérogatives qui sont reconnues au fonctionnaire. Elles sont un élément de sa situation légale. Il est bien entendu que le fonctionnaire est obligé de remplir les charges de sa fonction, d'assurer le service qui s'y rattache. Telle n'est pas maintenant la question. Elle est seulement de savoir si, à raison de sa qualité même, existent pour le fonctionnaire des obligations qui constituent pour lui des restrictions à la situation légale qui est faite au simple citoyen.

Incontestablement ces restrictions existent et doivent exister. Mais il n'est pas sans difficulté de les déterminer, aussi bien théoriquement que dans le droit positif français. Notre législation sur ce point est encore très imparfaite. Ces restrictions à la situation normale du citoyen n'existent pour les fonctionnaires en général qu'en vertu de règlements, ou même de simples usages, rappelés parfois par des circulaires ministérielles. Il serait indispensable que ce qu'on pourrait appeler le statut négatif, comme le statut positif du fonctionnaire, fût déterminé d'une manière précise et générale par une loi. Au reste, les deux choses sont dépendantes l'une de l'autre. Ce n'est qu'à la condition que le statut positif des fonctionnaires soit nettement déterminé et fortement garanti que des restrictions peuvent être établies dans l'intérêt de la fonction au statut normal, qu'un statut négatif peut être déterminé et sanctionné. Toute violation par le fonctionnaire des dispositions établissant son statut négatif constituera une faute disciplinaire. Cf. § 71.

Si l'on part de cette formule (critiquable assurément, mais commode et couramment admise), d'après laquelle le statut normal des citoyens comprend des droits civils, des droits politiques et des droits civiques, il y a lieu de rechercher si les fonctionnaires peuvent être privés, en raison de leur fonction, de certains droits civils, de certains droits politiques et de certains droits civiques.

Droits civils. — Les fonctionnaires conservent, en principe, la plénitude de leurs droits civils : droits de famille, droits patrimoniaux.

Cependant les simples soldats, brigadiers, caporaux et sous-officiers des armées de terre et de mer ne peuvent se marier qu'après avoir obtenu l'autorisation du conseil d'administration de leur corps. Le nombre des hommes mariés est limité dans chaque corps. Les officiers et assimilés de tous grades des armées de terre et de mer ne peuvent, en principe, se marier qu'après avoir obtenu l'autorisation écrite du ministre de la guerre ou de la marine (Décr. 16 juin 1808). Les militaires et marins qui contractent mariage sans les autorisations nécessaires perdent leurs droits à toute pension militaire.

Il est aussi unanimement admis que les fonctionnaires ne peuvent pas faire le commerce. Ils doivent consacrer toute leur activité aux devoirs de leur fonction ; et la gestion d'un commerce pourrait les amener à des actes incompatibles avec la dignité de vie qu'ils doivent avoir. Des lois ont expressément interdit le commerce à certains fonctionnaires, notamment la loi du 21 juin 1865 sur les conseils de préfecture, la loi du 24 mai 1872 sur le conseil d'État, la loi du 30 octobre 1886 sur l'enseignement primaire. Quand la loi n'a pas expressément prononcé l'interdiction, il n'est pas douteux que le chef de service peut toujours, par un ordre de service, interdire expressément aux fonctionnaires de son service de se livrer à aucun commerce, et que la violation de cette interdiction serait une faute disciplinaire grave.

Mais le chef de service ne peut pas aller plus loin. Il commettrait certainement un excès de pouvoir pour atteinte au principe de la liberté du commerce si, comme le préfet de police par sa note du 12 mai 1919, il décidait que « tout fonctionnaire dont la femme désire exercer un commerce ou une profession quel-

conque est tenu de demander une autorisation spéciale au chef de service ». Cependant le conseil d'État, par son arrêt du 17 février 1922, a reconnu la légalité de cette décision, et cela contrairement aux conclusions de M. le commissaire du gouvernement Corneille. La solution du conseil d'État est indéfendable. Elle aussi révèle la période de régression que traverse la jurisprudence de la haute juridiction (*Revue du droit public*, 1922, p. 238, avec les conclusions contraires de M. Corneille et une note critique de Jèze).

Droits politiques. — Les fonctionnaires conservent dans leur intégrité leurs droits politiques. Ils peuvent voter et doivent avoir une liberté complète dans leur vote. Il faut que cette liberté ne soit entravée ni directement ni indirectement. En fait, pour les petits fonctionnaires, dans les petites localités, cette liberté de vote est souvent compromise. Les chambres ont, après une élaboration qui a duré douze ans, voté enfin une loi sur le secret du vote. C'est la loi du 29 juillet 1913, modifiée par la loi du 31 mars 1914.

Les militaires sont les seuls fonctionnaires qui ne puissent pas voter et encore sont-ils privés seulement de l'exercice du droit et non de la jouissance. Ils restent inscrits sur la liste électorale et peuvent voter lorsqu'ils sont en congé régulier. Cf. L. 30 novembre 1875; art. 2. En 1910, M. Guesde et plusieurs de ses collègues ont déposé à la chambre une proposition tendant « à réintégrer l'armée nationale dans la nation en lui rendant l'exercice du droit de vote » (*Le Temps*, 13 décembre 1910).

Les fonctionnaires sont, en principe, éligibles à toutes les fonctions électives. Pour beaucoup, il y a incompatibilité entre leurs fonctions et le mandat électif; ce n'est pas une incapacité. L'élection du fonctionnaire est parfaitement régulière; mais, dans l'intérêt du mandat comme dans celui de la fonction, le fonctionnaire élu doit opter entre l'un ou l'autre. Certains fonctionnaires cependant, comme les préfets, les sous-préfets, sont inéligibles dans la circonscription où ils exercent leurs fonctions. Par là, la loi a eu surtout en vue de protéger l'indépendance des électeurs.

Les militaires et marins sont encore les seuls fonctionnaires frappés d'une inéligibilité politique générale (L. 30 novembre 1875, art. 7, et L. 9 décembre 1884, art. 5).

Le 16 janvier 1923, le gouvernement a déposé un projet de loi tendant à réglementer les droits électoraux des fonctionnaires. En voici les dispositions essentielles : « Ne peuvent être élus à un mandat politique dans le département ou la colonie où ils occupent leur emploi, les fonctionnaires, agents ou employés qui appartiennent, à titre permanent ou temporaire, aux cadres réguliers d'une administration publique. Cette inéligibilité subsistera pendant un an à partir du jour de la cessation des fonctions. » J'estime que si ce projet était voté, l'incapacité générale qui en résulterait ne se justifierait pas.

Les droits civiques. — C'est la liberté sous toutes ses formes et avec toutes ses conséquences : liberté individuelle, liberté religieuse, liberté d'opinion, liberté du travail, liberté d'association.

Aucune restriction n'est apportée et ne doit être apportée à la liberté individuelle des fonctionnaires. Ils jouissent, comme tous les citoyens, de toutes les garanties établies par les lois en faveur de la liberté individuelle.

Seuls les militaires, officiers et simples soldats, sont privés des garanties accordées à la liberté individuelle. Ils peuvent être frappés par la volonté unilatérale et discrétionnaire d'un chef d'une peine privative de liberté qui peut aller, de la part du général, jusqu'à trente jours d'arrêts de rigueur (règlement du 25 mai 1910, art. 208).

Quant à la liberté religieuse de tous les fonctionnaires civils et militaires, elle doit rester intacte en fait, comme elle l'est en droit. Les gouvernements l'ont trop souvent oublié. Les uns ont contraint indirectement les fonctionnaires à prendre part aux cérémonies d'un certain culte. Les autres ont frappé de disgrâce les fonctionnaires qui allaient à la messe ou dont la femme et

les enfants y allaient. Ces pratiques contraires procèdent d'une même déplorable mentalité. La loi devrait les interdire et prendre des mesures pour les empêcher.

Quant à la liberté d'opinion, elle doit rester intacte pour le fonctionnaire. Cependant, il y a certains tempéraments à y apporter. Le fonctionnaire est évidemment libre d'avoir les opinions religieuses, politiques, philosophiques, économiques et sociales que bon lui semble. A-t-il liberté pleine et entière, dans les limites du droit commun, de les exprimer par la parole ou par l'écrit? Il est bien entendu que les fonctionnaires qui sont agents directs du gouvernement et qui pour cette raison dépendent absolument de lui peuvent toujours être révoqués par le gouvernement, s'ils expriment des opinions qui lui déplaisent.

Mais la question se pose pour la grande masse des fonctionnaires qui ne sont pas agents directs du gouvernement. Un fonctionnaire peut-il, sans commettre une faute disciplinaire, attaquer par la parole ou par l'écrit la forme de gouvernement établi, ou la politique générale suivie par les hommes au pouvoir? Logiquement, il semble que puisque le fonctionnaire a la plénitude de ses droits politiques, il doit avoir le droit d'exprimer et de défendre librement ses opinions politiques. C'est ce que prétendent maintenant beaucoup de fonctionnaires. Mais on fera difficilement admettre cela à un gouvernement, qui sera toujours disposé à exiger la fidélité politique de tous ses agents, même des fonctionnaires techniques. Cependant, je ne puis pas voir dans une manifestation antigouvernementale d'un fonctionnaire une faute disciplinaire. Il est d'ailleurs inepte de dire, comme on le fait souvent, qu'un fonctionnaire ne peut pas critiquer le gouvernement qui le paie. C'est la caisse publique et non le gouvernement qui paie.

Toutefois, il conviendra que le fonctionnaire apporte dans l'expression de ses opinions politiques un certain tact, une certaine réserve.

On doit signaler l'article 14, §§ 3 et 4, de la loi du 30 août 1883 sur la magistrature, ainsi conçu : « Toute manifestation ou démonstration d'hostilité au principe ou à la forme du gouvernement de la république est interdite aux magistrats. L'infraction aux dispositions qui précèdent constitue une faute disciplinaire. » Une pareille disposition est, à mon avis, contraire à tous les principes. Elle est d'ailleurs restée isolée, et l'on n'en trouve point de similaire dans le projet sur le statut des fonctionnaires dont la chambre est actuellement saisie.

Quant aux opinions qui ne sont pas proprement politiques, mais religieuses, philosophiques, économiques, sociales, on ne peut soutenir à aucun point de vue que le droit du fonctionnaire de les exprimer puisse être limité. D'abord il est absolument impossible de fixer le critérium de distinction des opinions qui pourraient être exprimées et de celles qui ne le pourraient pas. Le gouvernement n'est pas un concile chargé de frapper d'anathème les opinions qui lui déplaisent. Les hommes au pouvoir ne sont cependant que trop enclins à imposer leur opinion au personnel des services publics. Ici encore, il serait utile qu'une loi intervînt pour garantir l'indépendance et la liberté des fonctionnaires.

Mais évidemment, pour que l'expression d'une opinion ne constitue pas une faute disciplinaire, il faut que l'expression de cette prétendue opinion philosophique, religieuse, économique, sociale, ne constitue pas une infraction prévue et punie par la loi, par exemple le délit de diffamation ou d'injures envers l'armée, les cours et tribunaux, les corps constitués, les administrations publiques, envers un ou plusieurs membres du ministère (L. 29 juillet 1881, art. 30, 31 et 33), ou les délits d'appel à la sédition, de provocation à des faits qualifiés crimes ou délits (L. 1881, art. 23-25, et LL. 28 juillet 1894, 12 décembre 1893), ou le délit d'offense

au président de la République (L. 1881, art. 26), le délit d'apologie de faits qualifiés crimes par la loi (L. 12 décembre 1893), les crimes de machinations avec l'étranger, d'intelligences avec l'ennemi (C. pén., art. 76 et s.), ou encore les crimes de complots, d'attentat contre la sûreté de l'État (C. pén., art. 86 et s.). La faute disciplinaire peut alors exister ; elle se superpose à l'infraction pénale, et le fonctionnaire, acquitté par les tribunaux, pourrait être certainement frappé d'une peine disciplinaire. Le gouvernement a, ces dernières années, révoqué des fonctionnaires des postes et des instituteurs qui avaient soutenu des doctrines antipatriotiques, défendu la grève générale et le droit syndical des fonctionnaires. Il est incontestable que si, par exemple, un fonctionnaire, sous couleur d'exposer une opinion économique, prêche la grève, il commet un acte d'indiscipline caractérisé. Ce n'est pas alors l'exposé d'une doctrine. L'appréciation juste des choses sera parfois malaisée. Il y aurait tout intérêt pour le gouvernement et pour les fonctionnaires que dans tous les services il y eût des juridictions disciplinaires indépendantes qui statueraient avec toute garantie d'impartialité.

Pendant longtemps les militaires ne pouvaient publier aucun écrit sans l'autorisation préalable du ministre de la guerre. Il en est différemment depuis le règlement du 25 mai 1910, dont l'article 76 porte : « Les officiers peuvent, sous leur signature et sous leur responsabilité, publier des écrits... L'autorité militaire conserve tout pouvoir d'appréciation et de sanction vis-à-vis des auteurs dont les écrits seraient jugés préjudiciables à la discipline, à l'esprit militaire ou à l'intérêt du pays. Les sous-officiers, caporaux et soldats ne peuvent publier des écrits qu'en conformité des instructions ministérielles à ce sujet. »

D'après une circulaire ministérielle du 15 mai 1912, les officiers auteurs d'écrits doivent adresser à leur chef de corps un exemplaire ou une copie de l'article dès le moment de la publication, et le chef de corps, sous le contrôle supérieur du ministre, prononcera éventuellement les sanctions qu'il reconnaîtra justifiées. D'après une circulaire subséquente, les officiers de complément

sont libres de publier ce qui leur plaît, à la condition de ne pas faire suivre leur signature de la mention de leur grade.

Liberté du travail. — Le fonctionnaire peut-il, outre le travail impliqué par sa fonction, se livrer à un autre travail matériel ou intellectuel? Incontestablement, il peut accidentellement faire un autre travail même rétribué. Mais il ne peut évidemment pas accomplir habituellement et professionnellement un autre travail que celui de sa fonction. Il y aurait dans ce fait une faute disciplinaire certaine. Cela est juste et logique, parce que l'exercice d'une profession par un fonctionnaire serait un acte de nature à compromettre l'accomplissement exact de la fonction.

De fait, en France, cette règle subit certaines exceptions. C'est ainsi que les professeurs des facultés de droit peuvent être en même temps avocats inscrits à un barreau, et les professeurs aux facultés de médecine médecins pratiquants.

Pendant longtemps ce cumul n'était autorisé que par l'usage. Aujourd'hui il est autorisé implicitement, mais très nettement, par l'article 67 de la loi de finances du 30 avril 1921, qui décide que les professeurs dans les universités qui exercent en même temps une profession imposée à la patente ne peuvent être promus à la 1re et à la 2e classe qu'à titre honorifique.

D'autre part, l'exercice du commerce est interdit expressément par certains textes à certains fonctionnaires. Ainsi le commerce est interdit aux magistrats de l'ordre judiciaire par l'édit de mars 1765 considéré comme toujours en vigueur, aux militaires par divers règlements, aux instituteurs et institutrices par l'article 25 de la loi du 30 octobre 1886. L'article 176 du code pénal interdit certains commerces (grains, farines, vins) aux préfets, commandants militaires. Cette dernière disposition s'explique par la crainte du législateur que ces fonctionnaires ne profitent de leur situation pour favoriser des accaparements.

Je crois devoir reproduire ici les paroles prononcées le 10 juillet 1922 au banquet du comité républicain du commerce et de l'industrie par M. Raymond Poincaré, président du conseil, et qui déterminent en une précision parfaite l'attitude qui s'impose aux fonctionnaires : « Il ne faut pas, a dit M. le Président du conseil, que dans certaines administrations, quelques personnalités turbulentes, abusant de leurs fonctions et de l'autorité qu'elles leur

prêtent, oublient non seulement les égards qu'elles doivent au gouvernement, mais leurs obligations même envers le public. Le langage et l'attitude de certains fonctionnaires laisseraient supposer qu'ils se considèrent comme au-dessus des ministres et des chambres ; nous nous chargeons au besoin de les détromper » (*Le Temps*, 12 juillet 1922).

§ 69. — *Les grèves de fonctionnaires.*

Le fonctionnaire peut-il refuser d'accomplir le travail qu'implique l'exercice de la fonction dont il est investi ? Évidemment non. S'il le faisait, il commettrait une faute disciplinaire parfaitement caractérisée, car le premier devoir pour un fonctionnaire, c'est d'accomplir sa fonction. On ne peut pas dire que ce soit là, en ce qui concerne le fonctionnaire, une dérogation au statut normal des citoyens. Ce n'est que la conséquence directe des obligations qu'il a assumées en acceptant sa nomination de fonctionnaire. Cependant, ce qui a été dit précédemment sur le caractère de la nomination des agents montre que ce serait une erreur d'assimiler la situation d'un fonctionnaire à celle d'un employé lié par un contrat de travail envers un patron. C'est une erreur très commune et très dangereuse qu'il importe tout de suite d'indiquer et d'écarter. Beaucoup de juristes, le conseil d'État lui-même, parlent encore du contrat de service public intervenu entre l'État personne et le fonctionnaire, analogue au contrat de travail intervenu entre le patron et l'employé. Les meneurs des syndicats, les promoteurs des grèves dans les services publics, s'emparent de cette prétendue analogie pour soutenir que l'État est un patron comme un autre et que les fonctionnaires se trouvent vis-à-vis de lui dans une situation identique à celle de tout employé à l'égard de son employeur, que par conséquent toutes les règles et toutes les lois applicables aux rapports des employeurs

et des employés sont applicables aux rapports de l'État et des fonctionnaires.

Tout cela est faux. C'est un pur sophisme d'assimiler la situation du fonctionnaire vis-à-vis de l'État à celle de l'employé vis-à-vis du patron. L'employé est lié à l'employeur par un contrat de travail. S'il abandonne son travail, s'il refuse d'exécuter les obligations qui résultent pour lui du contrat de travail (et il est bien entendu que pour le moment je ne prévois que le refus individuel de travail), il faut appliquer les articles 1142, 1184 et 1780 du code civil. Le fonctionnaire n'est pas (on l'a démontré au paragraphe 61) dans une situation juridique subjective née d'un contrat; il est dans une situation objective ou légale, et par conséquent, s'il refuse individuellement d'accomplir les charges de sa fonction, il viole la loi du service; il commet donc une faute disciplinaire parfaitement caractérisée. Il n'y a point lieu de faire l'application des principes de droit civil rappelés précédemment et consacrés par les articles 1142, 1184 et 1780 du code civil, qui sont ici parfaitement inapplicables. Si le fonctionnaire, en refusant individuellement d'accomplir les charges de sa fonction, a l'intention de résigner sa fonction, on appliquera la règle normale sur la démission. Un fonctionnaire ne peut pas, par sa volonté unilatérale, faire cesser sa fonction; il offre sa démission, et il ne cesse d'être fonctionnaire que lorsque la démission est acceptée; jusqu'à ce moment, il doit remplir toutes les charges de sa fonction. Le chef de service peut toujours refuser cette démission et, en se conformant naturellement aux dispositions légales ou réglementaires sur le statut du fonctionnaire intéressé, prononcer par mesure disciplinaire la révocation. Si le fonctionnaire, tout en refusant d'accomplir les charges de sa fonction, n'a pas l'intention de les résigner, il viole ouvertement la loi de sa

fonction ; il refuse d'accomplir les obligations objectives que la loi lui impose ; il commet une faute disciplinaire caractérisée, et il pourra, il devra être révoqué par le chef de service, conformément, bien entendu, aux dispositions légales et réglementaires relatives à la catégorie de fonctionnaires à laquelle il appartient.

Si le fonctionnaire ne peut pas sans violer la loi de sa fonction refuser individuellement d'accomplir son travail, il est évident qu'*a fortiori* le refus concerté et collectif d'un groupe de fonctionnaires, aboutissant à l'arrêt ou à la désorganisation d'un service, c'est-à-dire la grève d'un groupe de fonctionnaires, est une violation parfaitement caractérisée de la loi du service, par conséquent un fait illicite, et constitue une faute disciplinaire grave. C'est même la plus grave des fautes disciplinaires. C'est même un crime. Le service public étant par définition même un service qui est d'une importance telle pour la vie collective qu'incombe aux gouvernants l'obligation juridique d'en assurer l'accomplissement sans interruption, les fonctionnaires, en se mettant en grève, s'insurgent contre le but essentiel de la loi du service. Ils commettent le plus grave des attentats à la vie collective elle-même.

Ce fait extraordinaire et au premier chef antisocial de la cessation d'un service public par la grève des fonctionnaires s'est produit en France aux mois de mars et de mai 1909 avec la grève des employés des postes, et aux mois d'octobre 1910 et de mai 1920 avec la grève des employés de chemin de fer.

Ces événements très graves ont soulevé beaucoup de discussions. On a beaucoup écrit et beaucoup parlé, et écrit et dit beaucoup d'erreurs. Je voudrais, faisant abstraction de tout parti pris, établir la vérité juridique qui pour moi se résume dans les trois propositions suivantes : 1° le droit de grève en général n'existe pas ;

2° *a fortiori,* le droit de grève n'existe pour aucune catégorie de fonctionnaires; 3° la grève des fonctionnaires de toutes catégories doit constituer une infraction pénale.

1° *Le droit de grève en général n'existe pas.* Non seulement les gréviculteurs professionnels, mais même quelques jurisconsultes sérieux parlent du droit de grève et prétendent que depuis la loi du 25 mai 1864, modifiant les articles 414 à 416 du code pénal, la grève constitue un véritable droit pour tout employé, que ce serait la conséquence de la liberté du travail, tout individu ayant le droit de travailler ou de ne pas travailler. Il n'y a pas d'idée plus fausse que celle-là. D'abord il faudrait démontrer que tout individu a également le droit de travailler ou de ne pas travailler. Mais là n'est pas la question. Les employés qui se mettent en grève sont liés par un contrat de travail; or, nul n'a le droit de ne pas exécuter les obligations nées d'un contrat. S'il est évident que l'employé lié par un contrat de travail n'a pas le droit de refuser individuellement d'exécuter les obligations de ce contrat, il est certain qu'un groupe d'employés liés par un contrat de travail n'ont pas le droit de refuser collectivement et de concert d'exécuter les obligations nées de ce contrat.

Si l'ouvrier est engagé à la journée, il est bien évident que chaque jour il est libre de renouveler ou non le contrat de travail, ou de ne le renouveler qu'à telle ou telle condition. Mais ce n'est pas là évidemment un droit particulier, c'est tout simplement la liberté contractuelle du droit commun. Pour que le droit de grève existât, il faudrait que l'ouvrier, lié par ce contrat de travail, eût le droit de refuser de l'exécuter, le contrat subsistant quand même; or, ce droit n'existe pas, ne peut pas exister.

La loi du 25 mai 1864, en modifiant les articles 414 à 416 du code pénal, n'est point venue reconnaître le droit

de grève, ce qu'elle ne pouvait pas faire, ce qu'aucun législateur au monde ne peut faire ; elle est venue tout simplement décider que le concert de la part des ouvriers à l'effet de cesser le travail, ou le concert entre patrons pour imposer la baisse des salaires, c'est-à-dire les coalitions d'ouvriers et les coalitions de patrons, ne constitueraient plus une infraction pénale. Rien de plus.

La loi Le Chapelier des 14-17 juin 1791 interdisait non seulement les associations professionnelles entre patrons et entre ouvriers, mais encore les coalitions, c'est-à-dire les ententes momentanées à l'effet de refuser le travail afin de faire varier le taux des salaires : « Si, contre les principes de la liberté et de la constitution, les citoyens attachés aux mêmes professions prenaient des délibérations ou faisaient entre eux des conventions tendant à refuser de concert ou à n'accorder qu'à un prix déterminé le secours de leur industrie ou de leurs travaux, lesdites délibérations et conventions, accompagnées ou non du serment, sont déclarées inconstitutionnelles, attentatoires à la liberté et à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et de nul effet » (art. 4). La loi du 23 nivôse an II contenait une disposition analogue : « Les coalitions entre les ouvriers... pour provoquer la cessation du travail seront regardées comme des attentats à la tranquillité... » Les articles 414 et 415 du code pénal prohibèrent, sous des peines relativement sévères, les coalitions entre ouvriers et les coalitions entre patrons ; les premières étaient au reste punies de peines plus sévères que les secondes. La loi du 27 novembre 1849 égalisa les peines, mais maintint le caractère délictueux des coalitions.

Enfin intervint la loi du 25 mai 1864, dont M. Émile Ollivier fut le rapporteur au corps législatif. Elle modifie les articles 414-416 du code pénal. Cessent alors d'avoir le caractère délictueux « la coalition entre ceux qui font travailler et les ouvriers... » « et la coalition de la part des ouvriers pour faire cesser en même temps de travailler, interdire le travail dans un atelier ou empêcher de s'y rendre avant ou après certaines heures et en général suspendre, empêcher ou enchérir les travaux, s'il y a tentative ou commencement d'exécution. » Mais la loi de 1864 maintient comme délit les violences et les manœuvres frauduleuses ayant pour but de contraindre à la grève les ouvriers qui veulent con-

tinuer le travail. L'article 1er de la loi du 21 mars 1884 abroge l'article 416 qui punissait le concert accompagné d'exclusion, ce qu'on appelle aujourd'hui la mise à l'index; mais cette abrogation ne change rien au fond du régime établi par la loi de 1864 et qui est toujours en vigueur.

Le régime légal est bien précis et bien simple; il ne faut pas le compliquer inutilement en parlant du droit de grève. Le concert entre ouvriers, non accompagné de violence, de manœuvres frauduleuses, à l'effet de cesser le travail collectivement, en un mot la coalition simple, même suivie d'exécution, ne constitue pas un délit. Mais cela n'implique point l'existence d'un prétendu droit de grève. Quelles seront alors les conséquences juridiques de la cessation du travail? Il faut appliquer le droit commun tel qu'il a été rappelé au commencement de ce paragraphe. On demande souvent si la grève entraîne rupture du contrat de travail. La question est mal posée. Il faut faire les distinctions indiquées précédemment au cas de cessation individuelle du travail.

Si en cessant le travail les ouvriers ont l'intention de rompre le contrat de travail, il y a en effet résiliation conformément à l'article 1780 et le patron aura droit à une indemnité, s'il est établi que cette résiliation est sans cause et si l'on n'a pas suivi l'usage quant au délai de prévenance. Mais en fait il est très rare que les ouvriers en grève veuillent rompre le contrat de travail. En général, ils en veulent le maintien, et ils refusent de travailler, ou bien parce qu'ils prétendent que le patron n'exécute pas ses obligations, ou bien parce qu'ils veulent lui imposer l'acceptation de conditions plus avantageuses pour eux. Encore ici, il faut appliquer le droit commun. Les ouvriers qui se mettent en grève n'exercent point le droit de ne pas travailler, « le droit au loisir »; ils refusent d'exécuter une obligation contractuelle qu'ils ont assumée; ils n'exercent pas un droit;

on n'a jamais le droit de ne pas exécuter une obligation contractée. Les articles 1142 et 1184 du code civil règlent la situation. Si le patron n'exécute pas en effet les obligations résultant pour lui du contrat de travail, les tribunaux devront prononcer la résiliation du contrat de travail aux torts du patron et le condamner à des dommages et intérêts envers les ouvriers. Si, au contraire, le patron exécute toutes ses obligations et si malgré cela les ouvriers se sont mis en grève, les tribunaux pourront prononcer la résiliation du contrat de travail aux torts des ouvriers et les condamner à des dommages et intérêts envers le patron, ou condamner le syndicat qui a organisé la grève, les syndicats professionnels ayant aujourd'hui, depuis la loi du 12 mars 1920, la pleine capacité civile. En tout cas, on voit que l'on ne peut dire ni que la grève est un droit, ni qu'elle est ou qu'elle n'est pas une cause de rupture du contrat de travail.

Cf. dans le sens de ce qui vient d'être dit, Esmein, *Droit constitutionnel,* 7e édit., 1921, II, p. 534 et s.; Perreau, *Si la grève suspend le contrat de travail,* p. 102 et s. du livre publié sous le titre *Le droit de grève,* 1909, et contenant des conférences de MM. Gide, Berthélemy et autres; Gide, *Le droit de grève*, p. 1 du même livre. La jurisprudence de la cour de cassation sur ce point est obscure et vacillante. Cf. Cass., 28 juin 1897, S., 1898, I, p. 17, avec une note d'Esmein; 15 mai 1907 (arrêt très mal rédigé), Dal., 1907, I, p. 369, avec une note d'Ambroise Colin et les critiques de Perreau, *loc. cit.,* p. 124. V. cependant un arrêt très net de la cour de cassation du 9 juillet 1921 décidant que la grève rompt le contrat de travail entre le commettant et le préposé; qu'elle met fin, par suite, à la responsabilité du commettant prévue par l'article 1384 du Code civil; que, par suite, une compagnie de chemins de fer n'est pas responsable du fait d'une garde-barrière refusant d'ouvrir la barrière, parce qu'elle déclare qu'elle est en grève (9 juillet 1921, S., 1922, I, p. 137, avec une note de Roux).

2° A fortiori, *le droit de grève n'existe pour aucune catégorie de fonctionnaires.* Puisque je viens d'établir

que la grève n'est pas un droit même pour les ouvriers de l'industrie privée, *a fortiori* ne peut-elle pas être un droit pour les fonctionnaires, pour aucune catégorie de fonctionnaires.

Pour eux, la question ne peut même pas se poser de savoir si le patron a ou n'a pas tenu ses engagements. Il n'y a pas de patron; il n'y a pas de contrat de travail. Il ne peut être question d'appliquer l'article 1184 du code civil. Les fonctionnaires sont placés par la loi du service dans une situation objective qui les astreint à des obligations légales. Par la cessation concertée du travail, ils violent ces obligations légales; en suspendant le fonctionnement du service, ils commettent la faute disciplinaire la plus grave qui puisse être commise par des fonctionnaires. Le législateur doit armer énergiquement le gouvernement pour réprimer de pareils faits. Mais j'estime que la contre-partie est un statut fortement garanti au profit du fonctionnaire. La grève d'un service public est inadmissible, et je ne vois d'autres moyens de l'empêcher qu'un pouvoir énergique et fort entre les mains du gouvernement et une situation avantageuse et sûre faite aux fonctionnaires.

Ce que je dis de l'impossibilité de la grève des fonctionnaires est vrai de tous les fonctionnaires quels qu'ils soient. J'ai repoussé (§ 53) la distinction des fonctionnaires d'autorité et des fonctionnaires de gestion. Je rejette aussi la distinction que l'on a voulu quelquefois établir entre les fonctionnaires et les ouvriers de l'État et qu'on a eu le tort de faire pour les syndicats (cf. § 70). Pour tous, sans distinction, la grève, entraînant arrêt du service public, est la plus grave des fautes disciplinaires.

Il va sans dire que je parle non seulement des fonctionnaires de l'État, mais aussi de ceux des départements, des communes, des établissements publics. Il s'agit encore de services publics, et pour les services

publics décentralisés ou personnifiés, l'interruption n'est pas plus admissible que pour les services centralisés.

L'impossibilité juridique de la grève s'applique aussi aux agents des services publics concédés. Pour être concédé, un service public ne cesse pas d'être un service public, et les agents qui en assurent l'exploitation sont des fonctionnaires. Ce que je dis là s'applique notamment aux employés des chemins de fer, non seulement aux employés des chemins de fer de l'État, mais aussi à ceux des compagnies concessionnaires. On a montré plus haut, aux pages 9 et 19, qu'il était aujourd'hui impossible de ne pas voir dans les chemins de fer de véritables services publics. Par conséquent, les agents des chemins de fer sont des fonctionnaires, et on doit, au point de vue de la grève, les traiter comme tels.

La grève des employés de chemins de fer, qui a éclaté au mois d'octobre 1910, a été un fait très grave, et l'émotion qu'elle a causée dans le pays a montré mieux que tout argument quelle place occupent les chemins de fer dans la vie nationale. Il n'est pas admissible qu'un pareil fait se renouvelle. Si le gouvernement et le parlement ne savent pas l'empêcher, ils manquent à leur mission essentielle. Il convient de dire que par son énergie calme et méthodique le gouvernement sut réprimer rapidement le mouvement et ramener les grévistes dans le devoir. Il fit arrêter quelques-uns des meneurs sous l'inculpation des délits prévus par les articles 23-25 de la loi du 30 juillet 1881 (provocation à des faits qualifiés crimes ou délits par la loi) et par les articles 16 et 17 de la loi du 15 juillet 1845. De plus, les arrêtés du ministre de la guerre des 11 et 12 octobre 1910 rendus conformément à la loi du 28 décembre 1888 et aux décrets du 5 février 1889, du 8 décembre 1909, modifié par un décret du 16 juillet 1910, convoquaient le personnel des réseaux du Nord, de l'Etat, de l'Est, du P.-L.-M. et de l'Orléans pour une période de vingt et un jours. Les cheminots étaient ainsi militarisés et placés sous le coup des lois militaires punissant l'insoumission, la désertion et le refus d'obéissance (*J. off.*, 12 et 13 octobre 1910).

On a contesté la légalité de ces arrêtés; on a prétendu qu'ils étaient entachés de détournement de pouvoir. Ce n'est pas sérieu-

sement soutenable. L'article 27 de la loi du 28 décembre 1888 porte : « Des décrets détermineront : ... 2° L'organisation des chemins de fer de campagne et leurs réunions et appels en temps de paix, la durée annuelle de ces réunions et appels ne pouvant dépasser vingt et un jours. » Le gouvernement est donc compétent pour apprécier l'opportunité des appels, sous cette seule réserve que la période d'instruction ne peut excéder vingt et un jours par an.

Au mois de mai 1920, a éclaté une nouvelle grève des cheminots et celle-là de caractère nettement révolutionnaire. Elle avait été provoquée par quelques meneurs extrémistes. Les dirigeants de la confédération générale du travail hésitèrent un instant à soutenir le mouvement. Ils s'y décidèrent cependant sous la pression des extrémistes et imaginèrent de prétendre que la grève avait pour but d'obtenir la nationalisation des chemins de fer, espérant à la faveur de ce mot, auquel semble s'attacher une vertu magique, provoquer une grève générale, non seulement des chemins de fer, mais de toutes les grandes industries nécessaires à la vie même de la nation. Ce fut un échec misérable. Le pays comprit, en effet, qu'une bande de criminels voulaient, à l'exemple des Lénine et des Troski, établir leur dictature à la faveur de la misère et de la souffrance devant nécessairement résulter de la grève générale. Il brisa, en 1920, cette offensive de l'ennemi intérieur, comme, en 1914, il avait brisé celle du Boche. Il en est résulté la dislocation même de la confédération générale du travail. Il y a aujourd'hui une scission complète entre l'ancienne confédération générale du travail et la confédération nouvellement instituée avec le titre de confédération générale du travail unitaire. Je crois bien que, depuis, la grosse masse des ouvriers et des fonctionnaires est éclairée sur l'impuissance criminelle des meneurs extrémistes, communistes ou autres et comprend que si elle les suivait, elle irait aux abîmes.

L'article 12 de la loi du 29 octobre 1921 sur le régime des chemins de fer établit l'arbitrage obligatoire pour toute contestation d'ordre collectif s'élevant entre un ou plusieurs réseaux et leur personnel. La contestation sera réglée par un tribunal arbitral comprenant deux arbitres désignés par les représentants du réseau au conseil supérieur, deux désignés par les représentants du personnel à ce même conseil, un cinquième étant désigné par le conseil supérieur et qui sera, de droit, le président du tribunal arbitral.

Dans le sens des solutions qui précèdent, cf. Esmein, *Droit*

constitutionnel, 7e édit., 1921, II, p. 534, avec mes réserves cependant relativement à ce que dit notre savant collègue, quand pour justifier sa solution il écrit : « C'est toujours en droit la volonté nationale qui commande, et toujours elle commande dans l'intérêt public, puisque même quand il s'agit d'un acte de gestion, il est accompli dans l'intérêt de tous. »

Les auteurs qui, comme Berthélemy, persistent à maintenir la distinction des fonctionnaires de gestion et des fonctionnaires d'autorité, sont assez embarrassés. La logique de leur distinction doit les conduire à traiter en matière de grève les fonctionnaires de gestion absolument comme les employés de l'industrie privée; or, cela est impossible et contraire à la nature même des services publics. Cet embarras apparaît bien dans les dernières éditions du *Précis de droit administratif,* notamment celle de 1921, page 55, de Berthélemy. Notre collègue écrit que les articles 123 à 126 du code pénal, qui prévoient et punissent les coalitions de fonctionnaires, ne s'appliquent qu'aux fonctionnaires d'autorité et que personne n'a songé à demander leur application aux agents des postes en grève en 1909. On verra bientôt que c'est une question de savoir si l'article 126 prévoit la grève des fonctionnaires. En tout cas, il est général et s'applique à tous les fonctionnaires sans distinction. L'article 123, qui lui, en effet, ne vise que les fonctionnaires détenteurs d'une part d'autorité, est relatif à une tout autre hypothèse que la grève des fonctionnaires.

Rapp. Bourguin, *De l'application des lois ouvrières aux ouvriers et employés de l'État,* qui admet lui aussi cette distinction des fonctionnaires d'autorité et des fonctionnaires de gestion. Quoi qu'en dise Berthélemy (6e édit., 1910, p. 50), les agitateurs du monde des fonctionnaires, et particulièrement les instituteurs et les postiers, ont pu exploiter à leur profit cette malheureuse distinction des fonctionnaires d'autorité et des fonctionnaires de gestion, et aujourd'hui encore les meneurs syndicalistes extrémistes l'invoquent pour désorganiser les services publics et tenter de désagréger la nation.

3° *La grève des fonctionnaires doit constituer une infraction pénale.* Il ne me paraît pas douteux que le législateur français pénal ait eu l'intention de prévoir et de réprimer les grèves de fonctionnaires. Il punissait la cessation concertée de travail des ouvriers de l'industrie privée (art. 414 et 415); *a fortiori* devait-il

prévoir et punir la cessation concertée de travail de la part des fonctionnaires. Cependant, il est certain que les textes du code pénal, sur ce point, sont assez vagues.

Ce sont les articles 123 à 126 placés sous la rubrique: *Coalitions de fonctionnaires*. L'article 123 porte : « Tout concert de mesures contraires aux lois, pratiqué soit par la réunion d'individus ou de corps dépositaires de quelque partie de l'autorité publique, soit par députation ou correspondance entre eux, sera puni d'un emprisonnement de deux à six mois... » Évidemment, ce texte ne prévoit pas la grève de fonctionnaires. La coalition est ici le concert à l'effet de prendre des *mesures actives* contraires aux lois, et non point le concert à l'effet de provoquer une suspension du service. C'est une coalition du même ordre que prévoient les articles 124 et 125. Mais ils supposent que ce concert a eu pour objet des mesures contre l'exécution des lois ou contre les ordres du gouvernement ou un complot attentatoire à la sûreté de l'État. Aucun de ces articles ne prévoit évidemment les grèves de fonctionnaires.

Reste l'article 126 : « Seront coupables de forfaiture et punis de la dégradation civique les fonctionnaires publics qui auront, par délibération, arrêté de donner des démissions dont l'objet ou l'effet serait d'empêcher ou de suspendre, soit l'administration de la justice, soit l'accomplissement d'un service quelconque. » Voilà bien prévu le concert dans le but de suspendre un service quelconque, et ici la disposition vise tous les fonctionnaires sans aucune distinction. Ce texte, à mon sens, est applicable à toute entente de fonctionnaires ayant pour objet ou pour effet d'empêcher le fonctionnement d'un service quelconque, en un mot à toute grève de fonctionnaires sans distinction.

Mais, dit-on, ce texte suppose que des fonctionnaires

ont arrêté de *donner leur démission...*; or, au cas de grève, les fonctionnaires n'arrêtent pas de donner leur démission, mais seulement s'abstiennent de faire leur service; donc l'article ne prévoit pas le cas de grève proprement dite. On peut répondre que le législateur a eu en vue avant tout le refus collectif et la cessation du service; qu'il a pensé que le refus supposait habituellement chez les fonctionnaires l'intention de donner leur démission, mais que, lorsque ce refus collectif de service existe, les conditions de l'infraction sont réunies. Je reconnais que, les textes de droit pénal devant s'interpréter *stricto sensu*, on peut avoir quelques hésitations à faire application de l'article 126 à la grève proprement dite des fonctionnaires.

La cour de cassation en a fait une application très nette aux maires des départements de l'Aude et de l'Hérault qui donnèrent leur démission en masse en juin 1907, après les événements provoqués par la crise viticole. Plusieurs d'entre eux ayant été poursuivis pour crime de coalition de fonctionnaires par application de l'article 126 du code pénal, ils furent renvoyés en cour d'assises par arrêt du 5 octobre 1907 (cour d'appel de Montpellier). Les accusés s'étant pourvus en cassation, la chambre criminelle a rejeté leur pourvoi et confirmé l'arrêt de Montpellier (Cass., 6 décembre 1907, *Revue du droit public*, 1908, p. 69 et la note, et S., 1908, I, p. 433). Rapp. Rolland, *Revue du droit public*, 1907, p. 722 et s.

Je n'hésite pas à penser que le parlement devrait voter un texte clair et précis prévoyant et punissant de peines très sévères la coalition et la grève de fonctionnaires de toute catégorie, y compris les employés de chemins de fer. Qu'on n'objecte pas que les fonctionnaires sont des travailleurs libres, que, depuis 1864, la coalition et la grève des travailleurs ne constituent pas une infraction. J'ai d'avance écarté l'objection. On peut dire des services publics que leur fonctionnement intéresse directement la solidarité sociale par similitudes. Or, il paraît établi que constitue une infraction pénale

toute atteinte directe aux conditions de la solidarité par similitudes. Par conséquent, la coalition et la grève des fonctionnaires sont bien une infraction pénale que la loi doit prévoir et ne saurait réprimer trop sévèrement. J'estime du reste qu'en le faisant le législateur n'aurait rempli qu'une partie de son devoir. Il lui resterait, et c'est l'essentiel, à donner aux fonctionnaires des garanties et des protections, une situation qui rendraient la grève impossible parce qu'inutile.

Un projet déposé au sénat en 1895 par M. Trarieux, alors garde des sceaux, prohibait les coalitions dont le but était de suspendre le travail dans les services publics et dans les compagnies de chemins de fer. Ce projet, abandonné par le gouvernement, a été repris comme proposition par M. Cordelet et voté en 1896 par le sénat. Il n'a jamais été soumis à la chambre.

Le projet sur le statut des fonctionnaires déposé par le ministère Briand le 30 juin 1910, pas plus que le projet Clemenceau, ne contient de disposition attribuant le caractère d'infraction pénale à la coalition et à la grève des fonctionnaires. Il y a seulement une disposition qui reproduit et généralise le décret du 18 mars 1909 édicté au moment de la grève des postes et touchant les fonctionnaires de cette administration : « En cas de cessation collective ou concertée du service, toutes peines disciplinaires peuvent être prononcées sans l'intervention des conseils de discipline... » (art. 32). Une pareille disposition n'est pas suffisante (*J. off., Documents parl.,* Chambre, session ordinaire, 1909, p. 1180, et 1910, p. 577).

Le projet de la commission de 1909 paraissait faire de la cessation concertée du service une infraction pénale. En effet, à l'article 20, §§ 7 et 8, il était dit : « Dans le cas de cessation concertée du travail, les peines disciplinaires sont prononcées directement par le ministre..., le tout sans préjudice des sanctions prévues aux articles 123-126 du code pénal lorsqu'ils seront applicables. » Une pareille disposition était évidemment insuffisante ; on a montré plus haut l'incertitude qui existe sur le sens et la portée de ces articles du code pénal qui, dans leur rédaction actuelle, sont difficilement applicables. V. le texte du projet de la commission, *Revue du droit public*, 1909, p. 595, et *J. off., Documents parl.*, Chambre, session ordinaire, 1909, p. 1179.

Le projet sur le statut des fonctionnaires déposé le 1er juin

1920 et déjà plusieurs fois cité, contient un article 21, § 2, qui prévoit et punit en ces termes la grève des fonctionnaires: « Les directeurs ou administrateurs de groupements ou d'unions coupables d'avoir provoqué les fonctionnaires à la cessation concertée de leur service seront punis d'une amende de 10.000 à 15.000 francs et d'un emprisonnement de six jours à deux ans, sans préjudice de la dissolution du groupement ou de l'union qui pourra toujours être prononcée. Les groupements et unions sont civilement responsables du paiement des amendes... »

A mon sens, la peine édictée n'est pas assez forte. D'autre part, je ne vois pas pourquoi le projet de loi ne punit que les directeurs ou administrateurs des groupements et pas tous les fonctionnaires qui se sont mis en grève. Enfin, il y a lieu de regretter que le projet ne contienne pas un article décidant que tout fonctionnaire qui se met en grève perd, par là même, les garanties de son statut et doit pouvoir être immédiatement révoqué par le gouvernement.

La commission du travail de la chambre, dans un projet de loi sur l'arbitrage au cas de conflit collectif du travail, a admis, en principe, l'interdiction de la grève dans les services publics et édicté des sanctions pénales contre ceux qui, en violation de la loi, provoqueraient ou ordonneraient l'arrêt des services publics. Mais le même projet institue l'arbitrage obligatoire dans ces services, ce qui implique la reconnaissance de la légitimité de la grève dans les services publics et se trouve en contradiction avec la disposition qui l'interdit (9 juillet 1920). Cf. l'article de Lescure, *Revue d'économie politique,* 1920, p. 342.

Les législations les plus libérales contiennent des dispositions prévoyant et punissant les coalitions et les grèves de fonctionnaires, par exemple la législation anglaise. Cf. Pic, *Législation industrielle*, 2e édit., p. 221.

Sur les grèves de fonctionnaires en général, et particulièrement la grève des postiers de 1909, cons. de bons articles de Rolland, *Revue du droit public,* 1909, p. 285, et 1910, p. 740; Alibert, *Les syndicats, associations et coalitions de fonctionnaires,* thèse Paris, 1909; Chardon, *Le pouvoir administratif,* 1911. Cet auteur écrit justement : « Il serait puéril de dire que les agents des chemins de fer ne sont pas des fonctionnaires » (p. 135). « Toute grève dans un service public quelconque, aussi bien dans un service concédé que dans un service assuré directement par l'administration, est absolument inadmissible, parce qu'elle est en contradiction avec la notion même de service public » (p. 205).

Cf. les intéressants articles de M. Enée Bouloc, qui démontre que c'est un pur sophisme de parler du droit de grève, même des ouvriers et employés de l'industrie privée (*Le Temps*, 25, 28, 29 octobre et 14 décembre 1910).

Lire la vive et intéressante discussion à la chambre des députés sur les interpellations à l'occasion de la grève des cheminots d'octobre 1910, et particulièrement les discours de M. Briand, président du conseil (séances des 25 et 29 octobre 1910), le discours de M. Millerand, ministre des travaux publics (séance du 27 octobre), le discours de M. Puech (séance du 30 octobre). Le 30 octobre, la chambre, par 350 voix contre 91, votait un ordre du jour de confiance. — Cf. discussion à la Chambre et spécialement discours de M. Paul-Boncour, 20 mai 1920. — Sur le mouvement ouvrier en général, depuis la guerre, lire Lescure, *Le mouvement ouvrier depuis l'armistice*, *Revue d'économie politique*, 1920, p. 350 et s. (tirage à part); Maxime Leroy, *Les techniques nouvelles du syndicalisme*, 1920; Duguit, préface de la 3e édition de *Droit social et droit individuel*, 1922.

§ 70. — *Les associations et syndicats de fonctionnaires.*

Il n'est pas douteux que les fonctionnaires jouissent de la liberté d'association en ce sens que, comme tous les citoyens, ils peuvent faire partie de toute association constituée conformément à la loi du 1er juillet 1901, de toute association même poursuivant un but politique, philosophique, économique, religieux, puisque leur liberté politique, leur liberté religieuse, leur liberté d'opinion, on l'a montré au paragraphe 68, doivent rester intactes. Mais la question qui se pose est toute différente. Elle est celle de savoir si les fonctionnaires peuvent former des associations entre eux pour défendre par les moyens légaux leurs intérêts professionnels en tant que fonctionnaires. Depuis quelques années, un mouvement associationniste d'une intensité remarquable s'est produit dans le monde des fonctionnaires. Le gouvernement s'en est profondément ému. On a déjà indiqué aux paragraphes 4 et 46, et on y reviendra plus loin, comment ce mouvement se rattache intimement à la trans-

formation profonde qui s'accomplit dans l'État moderne et comment il s'harmonise avec ce que j'ai appelé la décentralisation par service. Mais pour le moment je veux rechercher seulement si les associations professionnelles de fonctionnaires sont légales.

La question, à vrai dire, ne présente aucune difficulté et la solution est très simple. Mais elle a été faussée par une erreur du législateur et d'autre part aussi par l'équivoque qu'ont créée et que s'efforcent de maintenir les meneurs du syndicalisme fonctionnariste.

L'erreur du législateur a été de maintenir, sans raison, deux lois sur la liberté d'association, la loi de 1884 sur la liberté des associations professionnelles, des syndicats, et la loi de 1901 sur la liberté générale d'association. Quand, en 1884, on fit la loi sur les syndicats, la liberté générale d'association n'existait pas encore. Devançant le moment qui ne pouvait pas être éloigné où cette liberté générale serait organisée, le législateur de 1884 fit une loi spéciale qui, à titre exceptionnel, autorisait la libre formation « de syndicats ou associations professionnelles même de plus de vingt personnes exerçant la même profession, des métiers similaires ou des professions connexes concourant à l'établissement de produits déterminés... ». L'article 3 de la loi portait : « Les syndicats professionnels ont exclusivement pour objet l'étude et la défense des intérêts économiques, industriels, commerciaux et agricoles. » Et l'article 5 : « Les syndicats professionnels régulièrement constitués, d'après les prescriptions de la présente loi, pourront librement se concerter pour l'étude et la défense de leurs intérêts économiques, industriels, commerciaux et agricoles. Ces unions devront faire connaître... »

En 1901, le législateur vote la loi du 1er juillet, qui permet, dans des conditions aussi larges que possible, la libre formation de toute association poursuivant un

but quelconque sous cette seule condition que ce but soit licite. « Les associations de personnes pourront se former librement sans autorisation ni déclaration préalable... ; toute association fondée sur une cause ou en vue d'un objet illicite, contraire aux lois, aux bonnes mœurs ou qui aurait pour but de porter atteinte à l'intégrité du territoire national et à la forme républicaine du gouvernement est de nul effet. »

Dans ces conditions, la loi de 1884 devenait absolument sans objet. Toute association pouvant se former librement pourvu qu'elle poursuive un but licite, les associations professionnelles pouvaient évidemment, elles aussi, se former librement, le but de défense professionnelle par les moyens légaux étant évidemment absolument licite. Il n'y avait donc qu'à déclarer la loi de 1884 sur les syndicats abrogée purement et simplement. Soit ignorance, soit faiblesse, le législateur de 1901 ne le fit pas. Craignant sans doute de mécontenter le monde ouvrier dans lequel la loi de 1884 était devenu très populaire, il inscrivit dans la loi une disposition (art. 21, § 2) où il était dit : « Il n'est en rien dérogé pour l'avenir aux lois spéciales relatives aux syndicats professionnels, aux sociétés de commerce et aux sociétés de secours mutuels. » Que les lois sur les sociétés commerciales et les sociétés de secours mutuels fussent maintenues, rien de plus logique parce que les unes et les autres étaient tout à fait différentes des associations formées « dans un but autre que de partager des bénéfices », les seules associations qu'avait en vue la loi de 1901 et auxquelles elle donnait la liberté. Mais les associations professionnelles étaient bien des associations formées « dans un but autre que celui de partager les bénéfices », associations dont la loi de 1901 réglementait le régime général et consacrait la libre formation. Il n'y avait donc aucune raison de maintenir la loi de 1884, qui était désormais sans objet.

C'est cette erreur du législateur qui a ouvert la porte à tout le mouvement syndicaliste fonctionnariste. Si le législateur déclarait maintenir la loi sur les syndicats professionnels, c'est, pouvait-on dire, que cette loi donne aux syndicats des avantages que la loi générale de 1901 ne donne pas aux associations ordinaires. Ces avantages on ne sait pas bien quels ils sont. Peu importe. Ils apparaissent d'autant plus grands qu'on ignore ce en quoi ils consistent exactement. Alors, on lance dans le monde des fonctionnaires l'expression *droit syndical*. Droit syndical, puis droit de grève, mots vides de sens, avec lesquels on enflamme les esprits et dont les meneurs se servent habilement pour exploiter la crédulité des simples à leur profit.

En même temps des juristes et des économistes éminents, Berthélemy, Bourguin, mènent grand bruit, avec la prétendue distinction des fonctionnaires d'autorité et des fonctionnaires de gestion. Ils soutiennent (cf. § 53) que les fonctionnaires dits de gestion, ne faisant aucun acte d'autorité, sont exactement dans la même situation que les employés des entreprises privées, qu'ils peuvent donc former des syndicats de la loi de 1884 et se mettre en grève, qu'ils ont, suivant la formule inexacte, mais devenue courante, le droit syndical et le droit de grève. De son côté, le gouvernement, par faiblesse ou par ignorance, autorise la formation des syndicats de fonctionnaires ouvriers. Il ne comprend pas que la qualité de fonctionnaires ne dépend point de la nature des actes faits par les agents, que tous les agents publics compris dans les cadres permanents d'un service public sont des fonctionnaires, quel que soit le caractère des actes faits par eux.

C'est à la faveur de cette erreur du législateur, de cette attitude des juristes, de cette faiblesse ou de cette ignorance du gouvernement que s'est produite toute

l'agitation fonctionnariste tendant à la revendication du droit syndical. On a bien dit aux meneurs que si par droit syndical ils entendent le droit de former entre eux des associations conformément à la loi de 1901, à l'effet de défendre leurs intérêts professionnels, nul ne leur conteste ce droit. Mais ils persistent. Et, en effet, en revendiquant le droit syndical, ils ont en vue un tout autre objet. Ce qu'ils demandent, ce n'est point le droit en soi de former des associations suivant la loi de 1884 plutôt que suivant la loi de 1901. Au moment, en effet, où ils revendiquaient le plus fortement le droit syndical, la différence entre les associations de la loi de 1884 et celles de 1901 était nulle ou à peu près. Aujourd'hui, il est vrai, depuis la loi du 12 mars 1920, les syndicats de la loi de 1884 ont la pleine capacité d'acquérir meubles et immeubles à titre onéreux et à titre gratuit, capacité que n'ont point encore, mais qu'auront certainement bientôt, les associations de la loi de 1901. Aussi bien, en réclamant bruyamment le droit syndical, les meneurs du mouvement fonctionnariste n'ont point en vue cette capacité d'acquérir ; elle leur est complètement indifférente ; et même la loi de 1920 a été plutôt mal accueillie par les militants syndicalistes.

En réclamant bruyamment le droit syndical, les dirigeants du mouvement fonctionnariste ont en vue le droit de constituer des associations professionnelles de fonctionnaires conformément à la loi de 1884 pour pouvoir leur donner le nom de syndicat et pouvoir adhérer ainsi aux unions de syndicats des ouvriers de l'industrie privée et participer par là à la confédération générale du travail, aujourd'hui, depuis la scission, à l'une des C. G. T., à la C. G. T. tout court ou à la C. G. T. extrémiste ou unitaire (C. G. T. U.). Or, quelle que soit celle des C. G. T. à laquelle adhéreraient les associations professionnelles de fonctionnaires, elles sont l'une et

l'autre des organisations révolutionnaires. Par des moyens différents, elles poursuivent l'une et l'autre le même but, c'est-à-dire l'anéantissement de la société actuelle. La C. G. T. U. le déclare nettement et franchement. La C. G. T. semble redouter les moyens violents et l'action directe. Elle n'en est pas moins une organisation révolutionnaire. Dans l'acte que ses chefs appellent pompeusement la charte d'Amiens de 1906 il était dit : « Le congrès considère que cette déclaration est une reconnaissance de la lutte des classes qui oppose sur le terrain économique les travailleurs en révolte contre toutes les forces d'exploitation tant matérielles que morales, mises en œuvre par la classe capitaliste contre la classe ouvrière. » A Lyon, en 1919, la C. G. T. a déclaré : « Sans qu'aucune équivoque puisse être possible, le syndicalisme déclare qu'il est dans son origine, son caractère présent, son idéal permanent, une force révolutionnaire... Le mouvement syndical ne peut être que révolutionnaire puisque son action doit avoir pour but de délivrer le travail de toutes les servitudes, de soustraire tous les producteurs à tous les privilèges, de mettre toutes les richesses entre les mains de ceux qui concourent à la créer. » Pour réaliser son objet, la confédération générale du travail tentait, au mois de mai 1920, de déchaîner la grève générale qui devait régénérer le pays.

Ainsi l'anéantissement de la classe bourgeoise et possédante comme but, la grève générale comme moyen, voilà tout le programme de la C. G. T., que ce soit celle qui se qualifie d'unitaire ou que ce soit l'autre, qu'elle siège rue Lafayette ou rue Grange-aux-Belles.

Dans ces conditions, il n'est pas possible de reconnaître aux associations de fonctionnaires, quels qu'ils soient, la possibilité d'adhérer à une quelconque des deux C. G. T. Les fonctionnaires, en acceptant leur

nomination, ont accepté d'assurer le fonctionnement du service conformément aux lois existantes. Le service fonctionne dans l'intérêt de la nation elle-même, dans l'intérêt de toutes les classes, sans distinction, qui composent la nation. La doctrine qui prêche la lutte des classes est sauvage, abominable; cependant, pour le moment, la question n'est pas là. Chacun peut croire ce qu'il veut. Qu'il y ait des fous qui croient sincèrement qu'en attisant la haine, en dressant les classes sociales les unes contre les autres, ils préparent à l'humanité une ère de bonheur, c'est leur affaire. Qu'il y ait des criminels qui, s'inspirant de cette doctrine, travaillent volontairement et consciemment à créer de la misère, de la souffrance, c'est infiniment triste; mais l'État ne doit intervenir que pour réprimer les infractions de droit commun et faire régner l'ordre et la sécurité sur la voie publique. Il n'en est plus de même quand des associations de fonctionnaires prétendent avoir le droit d'adhérer à des organisations révolutionnaires, qui non seulement prêchent la lutte des classes, mais prétendent déchaîner l'offensive, armer le prolétariat contre la bourgeoisie et travailler à la destruction de la société actuelle par la grève générale. Une pareille prétention est inadmissible. Il n'y a pas un gouvernement qui puisse la tolérer. En le faisant, il méconnaîtrait la notion fondamentale de service public qui est, on l'a vu, l'élément essentiel de l'État moderne. Tout gouvernement qui le permettrait se ruinerait lui-même.

Je n'ai pas à rechercher si le gouvernement français a toujours eu, à l'égard des syndicats de fonctionnaires, une attitude suffisamment nette et énergique, si parfois il n'a pas pris des décisions contradictoires, si, à certains moments, il n'a pas eu le tort de traiter d'égal à égal avec la C. G. T., de la considérer comme une sorte d'institution officielle, qui devenait peu à peu un État

dans l'État, et aussi de se lier les mains à l'égard des associations de fonctionnaires qui y adhéraient. Ce sont là des questions d'ordre politique et je n'étudie ici que des questions de droit.

En droit, les fonctionnaires peuvent-ils former des associations ou syndicats professionnels conformément à la loi du 21 mars 1884?

Les fonctionnaires et les syndicats professionnels de la loi du 21 mars 1884. — J'ai déjà dit que près de vingt années avant que la loi du 1er juillet 1901 eût consacré, au moins en principe, la liberté générale d'association, la loi du 21 mars 1884 avait décidé que « les syndicats ou associations professionnelles, même de plus de vingt personnes, exerçant la même profession, des métiers similaires, ou des professions connexes concourant à l'établissement de produits déterminés, pourront se constituer librement sans l'autorisation du gouvernement » et que « les syndicats professionnels ont exclusivement pour objet l'étude et la défense des intérêts économiques, industriels, commerciaux et agricoles » (art. 2 et 3). Ces syndicats pouvaient être des syndicats de patrons, des syndicats d'ouvriers ou des syndicats de patrons et d'ouvriers.

Les fonctionnaires peuvent-ils légalement former, pour la défense de leurs intérêts professionnels, des syndicats dans les termes de la loi du 21 mars 1884? A cette question, je réponds négativement sans hésiter. Et je ne fais aucune distinction et aucune réserve suivant la qualité des fonctionnaires. On a dit à plusieurs reprises qu'il fallait repousser toute distinction entre fonctionnaires d'autorité et fonctionnaires de gestion; je ne reviens pas sur ce point. Je repousse aussi toute distinction entre fonctionnaires ouvriers et fonctionnaires proprement dits (cf. § 53). Tous les fonctionnaires, quelle que soit la nature des actes qu'ils accomplissent, sont,

juridiquement, dans la même situation. Ils ne sont pas liés à l'État par un prétendu contrat de travail ou de service; l'État n'est pas un patron; les fonctionnaires sont chargés d'assurer le fonctionnement d'un service public; et pour cette raison, ils se trouvent dans une certaine situation légale; ils n'ont donc pas à défendre des intérêts professionnels au sens de la loi de 1884. Le législateur de 1884 a eu seulement en vue les rapports d'ouvriers et de patrons, d'employés et d'employeurs. Les fonctionnaires ne sont pas des employés au regard de l'État, qui n'est pas un employeur. Donc les fonctionnaires ne peuvent pas former des syndicats de la loi de 1884, pas plus les fonctionnaires ouvriers que les autres.

Remarquons qu'en disant que les fonctionnaires ne peuvent pas se syndiquer, je n'en donne pas pour raison que leur reconnaître le droit syndical, ce serait leur reconnaître le droit de grève. En effet, les deux choses sont tout à fait distinctes; et auraient-ils le droit de former des syndicats de la loi de 1884, la grève des fonctionnaires n'en resterait pas moins un acte absolument contraire au droit. Cf. § 69.

Il semble qu'aujourd'hui, en droit positif français, il ne puisse pas exister de doute sur la solution de la question. Effectivement, la loi du 12 mars 1920 sur l'extension de la capacité des syndicats professionnels contient un article 4 ainsi conçu : « Il est ajouté à la loi du 21 mars 1884 un article 9 nouveau ainsi conçu : La présente loi est applicable aux professions libérales; une loi spéciale fixera le statut des fonctionnaires. » Il résulte évidemment de ce texte que si la loi de 1884 sur les syndicats professionnels est applicable aux professions libérales, elle n'est point applicable aux fonctionnaires dont le statut sera déterminé par une loi spéciale. Ils ne peuvent donc pas légalement former

des associations syndicales en se plaçant sous l'application de la loi de 1884.

C'est bien ainsi, au reste, que le gouvernement a compris la loi de 1920. En effet, dans le projet de loi sur le statut des fonctionnaires déposé le 1er juin 1920, on lit les articles 20 à 22 ainsi conçus : « Les fonctionnaires peuvent constituer entre eux, en vue de l'étude et de la défense de leurs intérêts corporatifs et de ceux du service auquel ils appartiennent, des groupements professionnels. Ces groupements ne pourront poursuivre aucun but politique. Ils seront soumis aux formalités de déclaration prévues par l'article 5 de la loi du 1er juillet 1901... Les groupements professionnels de fonctionnaires et leurs unions ne peuvent se former qu'entre fonctionnaires appartenant à une même administration centrale ou à un même service extérieur, ou encore qu'entre fonctionnaires qui, bien qu'appartenant à des administrations centrales ou à des services extérieurs distincts, y exercent une fonction semblable. Toute union avec d'autres groupements leur est interdite. Les groupements professionnels de fonctionnaires et leurs unions jouissent de la capacité civile telle qu'elle est réglée par la loi du 21 mars 1884 et du 12 mars 1920. » Sauf quelques réserves de détail sur la rédaction, j'approuve entièrement ces dispositions. Mais je dois ajouter qu'à mon sens, le tort grave du projet est de le déclarer inapplicable aux fonctionnaires ouvriers. L'article 1er du projet de loi, après avoir donné une définition relativement exacte du fonctionnaire, ajoute : « A l'exclusion du personnel ouvrier. » Ainsi donc, dans la pensée de ses auteurs, si le projet de loi est voté, aucune de ces dispositions ne s'appliquera aux fonctionnaires ouvriers. Et cependant, je crois l'avoir démontré, il n'y a pas de distinction à établir entre les divers fonctionnaires d'après la nature des actes faits

par eux. Si l'on doit prohiber les syndicats de fonctionnaires, cela doit s'appliquer à tous les fonctionnaires, qu'ils accomplissent des actes d'ordre juridique ou non, simples opérations matérielles, actes d'ordre intellectuel ou manuel. La raison qui fonde la prohibition des syndicats existe avec la même force pour tous les fonctionnaires.

Il est vrai que pour les fonctionnaires ouvriers la question n'est pas entière. Après quelques hésitations, le parlement et le gouvernement ont accepté et autorisé la pratique suivante. Les fonctionnaires non ouvriers ne peuvent pas se syndiquer; mais les fonctionnaires ouvriers le peuvent, par exemple les ouvriers des arsenaux maritimes, des ateliers militaires, des manufactures de produits monopolisés par l'État (tabacs, allumettes). Ils rentrent, dit-on, dans les termes de la loi de 1884; car ils exercent un métier, une profession, tendant à l'établissement de produits déterminés; ils ont des intérêts d'ordre économique, industriel à défendre. Je viens de répondre d'avance qu'ils n'ont pas de patron, qu'ils n'ont pas d'intérêts contradictoires à débattre, qu'ils ont ou doivent avoir un statut légal, et qu'ils ne peuvent pas profiter d'une loi qui a eu uniquement pour but de permettre aux ouvriers privés de défendre contre les patrons leurs intérêts professionnels. Mais aujourd'hui la discussion n'a plus beaucoup d'intérêt pratique, puisque la légalité des syndicats de fonctionnaires ouvriers a été reconnue en fait, il y a déjà longtemps, par le parlement et le gouvernement.

Dès le 22 mai 1894, la chambre des députés vote un ordre du jour (qui entraîne la chute du ministère Casimir-Perier) par lequel, visant plus particulièrement les employés des chemins de fer de l'État, elle déclare que la loi du 21 mars 1884 s'applique aussi bien aux ouvriers des exploitations de l'État qu'à ceux des industries privées. Par une circulaire de mars 1901, le général André, alors ministre de la guerre, a reconnu la légalité des

syndicats formés entre ouvriers militaires, et par une circulaire du 22 octobre 1902, M. Pelletan, alors ministre de la marine, a reconnu la légalité des syndicats des ouvriers des arsenaux maritimes. Cependant au même moment, une circulaire du 12 juillet 1903 concertée entre le ministre de l'intérieur président du conseil, M. Combes, et le ministre des travaux publics a refusé le droit syndical aux cantonniers. On doit citer aussi un arrêt de la cour de Paris du 8 juillet 1903, confirmant un jugement du tribunal de la Seine refusant le droit syndical aux égoutiers de la ville de Paris, parce qu'ils collaboraient à un service public.

Il faut d'ailleurs noter que tout en reconnaissant le droit syndical aux fonctionnaires ouvriers, le gouvernement leur a toujours énergiquement dénié le droit de grève. M. Thomson, alors ministre de la marine, a fait à cet égard des déclarations très nettes à la chambre en 1905 et 1906, au moment où régnait une assez vive effervescence à l'arsenal de Toulon. J'estime, au reste, que s'il était établi qu'un syndicat de fonctionnaires ouvriers préparait une grève, c'est-à-dire la cessation d'un service public, il n'y aurait pas là défense des intérêts économiques au sens de l'article 3 de la loi de 1884, et que le gouvernement pourrait, conformément à l'article 9 de la loi, provoquer des poursuites pénales et la dissolution du syndicat par les tribunaux. J'applique cette proposition sans hésiter aux syndicats des employés de chemins de fer. Aux fonctionnaires non ouvriers, le gouvernement et les chambres ont toujours refusé le droit syndical, et la jurisprudence a, d'une manière constante, prononcé la nullité des syndicats formés par eux. Dans la note adressée au nom du gouvernement, le 7 septembre 1905, à l'Association générale des sous-agents des postes et des télégraphes, il était dit : « D'un très minutieux examen il ressort nettement pour le gouvernement l'impossibilité de reconnaître semblable groupement (un syndicat de sous-agents des postes et télégraphes) ; seuls peuvent se syndiquer les ouvriers des exploitations industrielles et les employés de services nettement commerciaux de l'État, à l'exclusion de tous les fonctionnaires » (*Le Temps*, 9 septembre 1905). Dans la lettre écrite le 7 avril 1907 à MM. Nègre et Desirat, instituteurs, délégués du syndicat des instituteurs, en réponse au mémoire qu'ils lui avaient remis pour justifier la prétention des instituteurs de constituer des syndicats et d'adhérer aux bourses du travail, M. Clemenceau, alors président du conseil des ministres, disait notamment :

« Aucun gouvernement n'acceptera jamais que les agents des services publics soient assimilés aux ouvriers des entreprises privées, parce que cette assimilation n'est ni raisonnable ni légitime »; et encore : « Vous êtes placés hors du droit commun des travailleurs des entreprises privées. C'est pourquoi la loi du 21 mars 1884, faite pour les salariés que menacent les variations dans les échanges économiques, ne peut ni ne doit s'appliquer à votre cas » (*Le Temps,* 8 avril 1907).

Le 3 juin 1909, au moment où après la seconde grève des agents des postes le gouvernement sévissait énergiquement contre les meneurs, un certain nombre d'agents des postes constituèrent un syndicat dit : « Syndicat national des agents des postes ». Le gouvernement provoqua alors devant le tribunal de la Seine la poursuite des membres de ce syndicat et sa dissolution, qui fut en effet prononcée. Dans la deuxième séance du 22 juin 1909, M. le député Wilm a demandé à la chambre d'ordonner la suspension de la poursuite jusqu'au vote du projet de loi sur le statut des fonctionnaires. M. Briand, alors garde des sceaux, combattit la motion, en insistant sur ce fait que les statuts portaient que le syndicat considérait comme un devoir d'adhérer aux bourses du travail et à la confédération générale du travail. La chambre repoussa la motion de M. Wilm par 446 voix contre 122, approuvant par là l'attitude du gouvernement à l'égard des syndicats de fonctionnaires.

Le gouvernement avait ordonné des poursuites contre les membres du syndicat national des agents des postes, fondé le 3 juin 1909 après la seconde grève postale, et il avait provoqué la dissolution de ce syndicat. Le 29 juillet 1909, sur les réquisitions du ministère public agissant d'ordre du gouvernement, le tribunal de la Seine a rendu un jugement condamnant chacun des membres du syndicat des agents des postes à 16 francs d'amende et prononçant la dissolution dudit syndicat. Outre l'argument précédemment indiqué et consistant à dire que la loi de 1884 ne peut s'appliquer dans ses termes qu'aux ouvriers et employés d'une industrie ou d'un commerce privés, le tribunal de la Seine invoque comme raison « que le droit de grève étant une des prérogatives de la loi de 1884, il ne pourrait se comprendre que les employés de l'État puissent en user ». On a dit plus haut que, d'une part, le droit de grève n'existe pas, et que, d'autre part, la loi de 1884 pas plus que la loi de 1864 ne reconnaît ce prétendu droit. V. le texte complet du jugement, *Revue du droit public,* 1909, p. 510. Il a été confirmé par un arrêt de la

cour de Paris du 27 octobre 1910, *Revue du droit public,* 1910, p. 721, et Dal., 1911, II, p. 329, avec une note de Capitant qui le critique à tort.

Après la guerre, au moment de l'effervescence provoquée dans le monde des fonctionnaires par les tentatives de grève générale qui se produisirent au mois de mai 1920, le gouvernement adressa aux fonctionnaires des divers services publics la note suivante : « Le gouvernement informe les fonctionnaires qu'il dépose sur le bureau de la chambre un projet de loi fixant leur statut. Le projet les autorise à former des groupements professionnels qui devront être constitués sous la forme prévue par la loi du 1er juillet 1901, mais qui auront la capacité civile étendue par la loi du 21 mars 1884 et la loi du 12 mars 1920. D'autre part, ces associations ne pourront adhérer à aucun groupement dont les intérêts corporatifs seraient différents des leurs. Le gouvernement compte sur l'esprit de discipline des fonctionnaires en même temps que sur leur sentiment du devoir pour se conformer sans tarder à ses instructions. Il ne saurait tolérer plus longtemps que; contrairement aux lois existantes, des associations de fonctionnaires continuassent à vivre sous la forme syndicale ni que, sous quelque forme que ce soit, des groupements de fonctionnaires adhérassent à la C. G. T. Les présentes prescriptions ne s'appliquent pas au personnel ouvrier. »

Cet avertissement gouvernemental n'impressionna pas beaucoup les syndicats et unions syndicales de fonctionnaires. Pour la plupart, ils ne bougèrent pas. Quelques-uns seulement se transformèrent en associations de la loi de 1901. Le 17 juin 1920, la fédération des fonctionnaires adressait à ses 60 groupes adhérents une note dans laquelle il était dit : « Nous croyons devoir vous rappeler qu'aux termes de l'article 5 de la Déclaration des droits de l'homme, tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché..., qu'aucun texte de loi n'interdit aux employés des services publics de se constituer en syndicat » (*Le Temps,* 17 juin 1920, p. 4).

Un an après, le congrès de la fédération des syndicats de fonctionnaires, tenu à Paris au mois de septembre 1921, revendiquait encore le droit syndical intégral pour les fonctionnaires. Pour faire triompher cette revendication, il invitait les sections départementales à entreprendre une action électorale énergique (*Le Temps,* 27 septembre 1921).

Et la chambre des députés ne vote toujours pas le projet de loi sur le statut des fonctionnaires dont elle est saisie depuis deux ans bientôt.

Berthélemy se cramponne à la fausse et néfaste distinction des fonctionnaires d'autorité et des fonctionnaires de gestion. Il écrit encore dans la neuvième et dernière édition de son *Traité de droit administratif* (1921) : « Si notre théorie est exacte, on doit admettre que les fonctionnaires d'autorité ne peuvent jamais se syndiquer... Les fonctionnaires de gestion, au contraire, placés dans les mêmes conditions que les agents de l'industrie privée, sont libres de former des syndicats. » Il ajoute : « En ce qui les concerne, il n'y a plus lieu de distinguer, comme nous avons dû le faire jusqu'au vote de la loi du 12 mars 1920, entre les fonctions dont les agents ont un caractère industriel, agricole ou commercial et ceux dont les fonctions sont assimilables à des professions libérales. Par l'effet de la loi du 12 mars 1920, les instituteurs, les commis des régies financières, les percepteurs sont admis à se syndiquer comme y étaient admis les cheminots, les ouvriers des manufactures nationales » (p. 57).

Sur ce point, Berthélemy commet certainement une erreur. On a vu plus haut, en effet, que le même article de la loi de 1920, qui décide que la loi de 1884 est désormais applicable aux professions libérales, ajoute : « Une loi spéciale fixera le statut des fonctionnaires » ; ce qui signifie incontestablement que la loi de 1884, complétée par la loi du 12 mars 1920, ne s'applique à aucune catégorie de fonctionnaires. Je ne comprends pas vraiment comment Berthélemy ait pu écrire le contraire et surtout qu'il l'ait écrit en présentant le texte de l'article 4 *in fine* de la loi de 1920 comme une objection à la solution qu'il donne. Ce n'est point une objection, mais sa condamnation expresse ; si bien qu'il ne répond point à la prétendue objection. La décision de la loi de 1920 est d'une clarté absolue et pour ne pas la voir, il faut être, comme mon ami Berthélemy, obsédé par la distinction des fonctionnaires de gestion et des fonctionnaires d'autorité.

Esmein, comme moi, estime qu'aucune catégorie de fonctionnaires ne peut former des syndicats conformément à la loi de 1884 ; il refuse ce droit même aux ouvriers de l'État (*Droit constitutionnel*, 7e édit., 1921, II, p. 121 et s.).

Dans le même sens, Fernand Faure, *Revue politique et parlementaire*, mars 1906, p. 433 ; G. Cahen, même Revue, juillet 1906, p. 80 ; Larnaude, *Revue pénitentiaire*, juin 1906, et tirage à part. Cf. Th. Ferneuil, *Le syndicalisme*, même Revue, juillet 1908, p. 51 ; A. Budon, *L'association professionnelle et le syndicat chez les fonctionnaires*, *Revue politique et parlementaire*, avril 1922, p. 104 ;

J. Zapp, *Le syndicalisme dans les services publics*, même Revue, décembre 1921 et avril 1922, p. 119.

Les tribunaux judiciaires et le conseil d'État viennent de rendre plusieurs décisions reconnaissant l'illégalité des syndicats de fonctionnaires et en prononçant la dissolution.

La cour de Bordeaux, par un arrêt du 7 décembre 1921, a condamné à une amende tous les membres, moins deux démissionnaires, du bureau du syndicat des instituteurs de la Gironde, et ordonné la dissolution du syndicat. Le tribunal de la Seine, par un jugement du 10 mars 1922, a condamné les représentants du syndicat national des agents du service actif des douanes, des agents de la caisse des dépôts et consignations, du syndicat national des instituteurs et institutrices, du syndicat national des agents et employés des P. T. T., des agents des contributions indirectes et plusieurs autres syndicats et prononcé la dissolution desdits syndicats. Rapp. Tribunal de Moulins, 13 juin 1922.

Le conseil d'État, par un arrêt du 13 janvier 1922 fortement motivé, a reconnu l'illégalité des syndicats de fonctionnaires, en déclarant non recevable le recours formé par le syndicat national des agents des contributions indirectes contre une décision du directeur arrêtant le tableau du personnel pour 1920. On lit notamment dans l'arrêt « qu'il résulte tant des travaux préparatoires que des expressions limitatives employées dans les articles, que la législation de 1884 n'a eu en vue que les représentants d'intérêts particuliers libres de discuter ensemble les relations du capital et du travail, et non les fonctionnaires représentants des intérêts généraux; que ces derniers ont un régime propre tout différent de celui du droit privé, que, bénéficiant d'un ensemble de garanties qui résultent des règlements relatifs à leur carrière et à leur traitement ainsi que du contrôle exercé par le parlement sur le fonctionnement des administrations, ils se sont, par contre, soumis en acceptant leur emploi à toutes les obligations dérivant des nécessités mêmes du service public et ont renoncé à certaines facultés, telles que le droit de grève que suppose l'article 1er de la loi de 1884, et qui serait incompatible avec la continuité indispensable à la marche dudit service et à la vie nationale; qu'en outre, le parlement a, dans la suite, manifesté expressément sa volonté sur ce point; que notamment la loi du 12 mars 1920, qui a eu pour objet d'étendre la capacité des syndicats et de rendre la loi de 1884 applicable aux professions libérales, ayant décidé qu'une loi spéciale fixera le statut des fonctionnaires, il résulte de cette disposition et des rapports dont

elle a été précédée que le législateur entend refuser aux associations de fonctionnaires le droit de se placer sous le régime de la loi du 21 mars 1884; que de ce qui précède il résulte qu'aucun groupement de fonctionnaires ne peut prétendre constituer un syndicat professionnel de la loi de 1884 ayant comme tel qualité pour ester en justice; que, par suite, la requête présentée devant le conseil d'État, en tant qu'elle est formée au nom du groupement qualifié comme il est dit ci-dessus, n'est pas recevable » (*Revue du droit public,* avec une note de Jèze, 1922, p. 55, et S., 1922, III, p. 2, avec une note d'Hauriou, qui dit très justement que la lutte des classes est inconcevable à l'intérieur de l'administration de l'État).

Malgré les instructions du gouvernement et les décisions du conseil d'État, le congrès du syndicat national des instituteurs, qui s'est tenu au Havre au mois d'août 1922, a voté l'ordre du jour suivant : « Le congrès proteste contre toutes les tentatives de restriction des libertés politiques des fonctionnaires; maintient son adhésion comme fédération d'industrie à la C. G. T. de la rue Lafayette et confirme son adhésion à la confédération des fonctionnaires » (*Le Temps,* 9 août 1922).

Les fonctionnaires et les associations de la loi du 1er juillet 1901. — Les fonctionnaires de tous ordres peuvent incontestablement former entre eux, dans les termes de la loi du 1er juillet 1901 sur la liberté d'association, des associations ayant pour but la défense de leurs intérêts de fonctionnaires par tous les moyens légaux, ou, en d'autres termes, les fonctionnaires peuvent former des associations professionnelles conformément à la loi du 1er juillet 1901, en vertu de l'article 2 de cette loi : « Les associations de personnes peuvent se former librement sans autorisation ni déclaration préalable. » Seule est déclarée nulle et de nul effet « l'association fondée sur une cause ou en vue d'un objet illicite, contraire aux lois, aux bonnes mœurs ou qui aurait pour but de porter atteinte à l'intégrité du territoire national et à la forme républicaine du gouvernement » (art. 3). Or, il est bien évident que la défense par les moyens légaux des intérêts professionnels des fonctionnaires est

un but licite, qu'il n'a rien de contraire aux lois et aux bonnes mœurs, qu'une association fondée en vue de ce but n'a point pour objet de porter atteinte à l'intégrité du territoire français ou à la forme républicaine du gouvernement. Donc une pareille association est parfaitement valable.

Cependant cette solution a rencontré à un moment une objection d'ordre juridique qui peut se résumer ainsi. Sans doute la loi de 1901 a établi la liberté générale d'association ; mais elle contient un article 21, § 2, ainsi conçu : « Il n'est en rien dérogé pour l'avenir aux lois spéciales relatives aux syndicats professionnels, aux sociétés de commerce et aux sociétés de secours mutuels. » Ou bien, disait-on, cet article n'a aucune portée ou il signifie ceci : toute association ayant pour but la défense des intérêts professionnels est un syndicat professionnel et par conséquent reste régie par la loi du 21 mars 1884. Donc si des fonctionnaires veulent former une association professionnelle, ils ne peuvent que constituer un syndicat dans les termes de la loi de 1884 ; or, on l'a vu précédemment, cela leur est certainement interdit ; donc ils ne peuvent former une association professionnelle.

Cette interprétation était absolument inadmissible. Elle était, en effet, en contradiction flagrante avec les dispositions si générales et si libérales des articles 2 et 3 de la loi de 1901. Si elle avait été exacte, elle aurait eu pour conséquence de frapper de déchéance toutes les personnes exerçant des professions libérales qui n'auraient pas pu former des associations professionnelles, à l'exception des médecins qui avaient reçu une situation spéciale de la loi du 30 novembre 1892. La loi de 1901 n'aurait pas été une loi de liberté, mais une loi de restriction.

Le sens et la portée de l'article 21, § 2, de cette

loi sont évidents. Le législateur déclare que la loi de 1884 ne reçoit point de dérogation. Par conséquent, tous ceux qui se trouvent dans les conditions prévues par ladite loi et qui veulent former une association professionnelle peuvent la constituer, ou bien conformément à la loi de 1884, ou suivant la loi de 1901. Ceux qui ne rentrent pas dans les conditions prévues par la loi de 1884 ne pourront former d'association professionnelle que conformément aux dispositions générales de la loi de 1901. Au plus pourrait-on soutenir que d'après l'article 21 ceux qui rentrent dans les conditions de la loi de 1884 ne peuvent former qu'un syndicat professionnel régi par cette loi. Mais on ne saurait prétendre un instant que ceux qui ne peuvent former un syndicat de la loi de 1884 soient privés de la liberté d'association professionnelle par l'article 21, § 2, de la loi de 1901. Les auteurs qui ont défendu cette thèse ont été déterminés, à leur insu assurément, par des considérations extrajuridiques. Effrayés par le mouvement associationniste qui s'est développé, avec l'intensité que l'on sait, dans le monde des fonctionnaires, estimant que les associations professionnelles de fonctionnaires formées conformément à la loi de 1901 présenteraient autant de danger que les syndicats de la loi de 1884, ils ont tenté d'en démontrer juridiquement la nullité. Mais la démonstration était impossible; la tentative devait échouer et effectivement elle a totalement échoué.

Le conseil d'État a dans plusieurs arrêts reconnu expressément la légalité des associations professionnelles de fonctionnaires constituées conformément à la loi de 1901 et a déclaré recevables les recours pour excès de pouvoir formés par ces associations et tendant à l'annulation des décisions du gouvernement ou des ministres prises en violation des lois ou règlements concernant la situation des fonctionnaires appartenant aux dites associations. Par son arrêt du 11 décembre 1908 (*Association professionnelle des employés civils de l'administration centrale du ministère des colonies*), le conseil d'État a déclaré recevable le recours pour

excès de pouvoir formé par une association de fonctionnaires constituée conformément à la loi du 1er juillet 1901 et tendant à faire annuler une nomination faite en violation des règlements organiques qui garantissent l'état de ces fonctionnaires. Dans ses conclusions, M. Tardieu disait : « La loi de 1901 ne fait aucune distinction. Elle est ouverte à tous... Nous ne voyons rien dans la loi de 1901 qui s'oppose à ce que ces associations (de fonctionnaires) aient un caractère professionnel. Cette loi ne limite nullement l'objet des associations qu'elle régit » (*Recueil,* 1908, p. 1016; *Revue du droit public,* 1909, p. 61 et la note de Jèze; S., 1909, III, p. 17). Par un second arrêt du 10 décembre 1909 (*Association des fonctionnaires civils de l'administration centrale de la marine*), le conseil d'État a reconnu expressément la légalité d'une association professionnelle de fonctionnaires. Il s'agissait encore de la recevabilité d'un recours pour excès de pouvoir formé par ladite association dans l'intérêt de ses membres; et il est dit dans l'arrêt : « Il résulte de l'examen des statuts de l'association requérante que les requêtes susvisées ont été introduites par les membres de ladite association qui ont qualité pour la représenter en justice » (*Recueil,* p. 974; *Revue du droit public,* 1910, p. 46, note de Jèze). V. encore conseil d'État, 6 août 1910 (*Association des fonctionnaires de l'administration centrale du ministère de l'instruction publique*), *Recueil,* 1910, p. 718; 10 novembre 1911 (*Mouton*), *Recueil,* 1911, p. 1020; S., 1913, III, p. 33, avec une note d'Hauriou; 17 janvier 1913 (*Fédel*), *Recueil,* p. 84 et *Revue du droit public,* 1913, p. 532.

Les tribunaux judiciaires ont, eux aussi, reconnu la légalité des associations professionnelles de fonctionnaires constituées conformément à la loi de 1901. La cour d'appel de Paris, par un arrêt du 4 janvier 1912, a reconnu la recevabilité de l'action en indemnité formée contre le cardinal Luçon par l'association des instituteurs de la Marne et la fédération des amicales d'instituteurs de France (S., 1912, II, p. 1). Saisie d'un pourvoi formé par le cardinal Luçon et fondé sur la violation des articles 1 et 3 de la loi du 1er juillet 1901, la cour de cassation (chambre civile) a reconnu expressément la légalité des associations professionnelles des fonctionnaires en général et des instituteurs en particulier : « Considérant qu'à la différence de la loi du 21 mars 1884, la loi du 1er juillet 1901 n'a formulé aucune restriction..., que, par suite, il est loisible aux fonctionnaires de former des associations pour l'étude et la défense de leurs intérêts professionnels. » Mais la cour suprême casse l'arrêt de Paris : « Considérant que les

associations de fonctionnaires ne peuvent cependant pas, sans usurper les attributs essentiels de l'État, assurer à l'encontre des tiers la protection des intérêts généraux de la fonction qu'ils exercent » (4 mars 1913, S., 1913, I, p. 345, avec une note de Chavegrin). L'affaire fut renvoyée devant la cour d'Orléans qui adopta la solution de la cour de Paris, reconnaissant la recevabilité de l'action des associations d'instituteurs et condamnant le cardinal Luçon (10 décembre 1913, S., 1914, II, p. 97, avec une nouvelle note de Chavegrin, qui, comme dans la précédente, paraît regretter que les juridictions administratives et judiciaires reconnaissent la légalité des associations de fonctionnaires).

Les différents ministères qui se sont succédé au pouvoir depuis vingt ans ont tous reconnu la possibilité pour tous les fonctionnaires de constituer des associations professionnelles conformément à la loi du 1er juillet 1901. Une circulaire du 12 janvier 1903, concertée entre le président du conseil, ministre de l'intérieur, M. Combes, et le ministre des travaux publics, déclarait que les cantonniers ne pouvaient pas former de syndicats conformément à la loi de 1884; et elle ajoutait : « Depuis la loi du 1er juillet 1901, la question de la légalité du syndicat paraît avoir perdu la plus grande partie de son intérêt. Aux termes de cette loi, en effet, les citoyens peuvent former entre eux, sans condition de profession, des associations régulières. Il en résulte que le groupement dissous comme syndicat peut librement se reformer comme association. » Le 7 décembre 1905, M. Rouvier, président du conseil, M. Dubief, ministre de l'intérieur, et M. Bienvenu-Martin, ministre de l'instruction publique, faisaient des déclarations identiques : « Tous les gouvernements, disait notamment M. Rouvier, ont considéré que la loi du 21 mars 1884 ne s'applique pas aux fonctionnaires. La liberté de s'associer, la loi de 1901 la donne à tous les fonctionnaires. » Et M. Bienvenu-Martin : « De la jurisprudence il résulte que les instituteurs publics ne rentrent pas dans les catégories visées par la loi et ne peuvent constituer un syndicat professionnel... Il est loisible d'ailleurs aux membres de l'enseignement public de former entre eux, avec le concours de la loi du 1er juillet 1901, des associations régulières qui, une fois déclarées, présentent sensiblement les mêmes avantages que les syndicats professionnels. » M. Briand, dans une circulaire du 6 avril 1906, déclare que les associations d'instituteurs ont une existence légale et le 7 avril 1906 il fait une déclaration identique au sénat.

Toutes les instructions et décisions du gouvernement inter-

disent aux fonctionnaires de former des syndicats sous le régime de la loi de 1884, mais leur permettent expressément ou implicitement de s'associer conformément à la loi de 1901. La pensée du gouvernement se traduit d'ailleurs très nettement dans les articles 20 et suivants du projet de loi sur le statut des fonctionnaires déposé le 1er juin 1920 : « Les fonctionnaires peuvent constituer entre eux, en vue de l'étude et de la défense de leurs intérêts corporatifs et de ceux du service auquel ils appartiennent, des groupements professionnels. Ces groupements ne pourront poursuivre aucun but politique. Ils seront soumis aux formalités de déclaration prévues par l'article 5 de la loi du 1er juillet 1901 et, en outre, aux prescriptions de la présente loi. »

Ainsi, aujourd'hui, la légalité des associations professionnelles de fonctionnaires n'est plus ni discutée ni discutable. Elles sont certainement recevables à défendre par tous les moyens légaux les intérêts professionnels de leurs membres en tant que fonctionnaires, notamment à s'adresser, par voie de pétition, au ministre et aux chefs de service, et aussi à former tout recours pour excès de pouvoir contre toute décision, nomination, révocation qu'elles prétendraient contraire à la loi du service. Elles peuvent intenter toutes actions tendant à défendre les intérêts matériels et moraux des fonctionnaires appartenant au service et par là même les intérêts matériels et moraux du service lui-même, les uns et les autres étant inséparables. L'action des associations d'instituteurs contre le cardinal Luçon, dans l'espèce rapportée plus haut, était certainement recevable, comme l'a décidé finalement, on l'a vu quelques lignes plus haut, après le renvoi de la cour de cassation, la cour d'appel d'Orléans (10 décembre 1913, S., 1914, II, p. 97). Quant à la recevabilité des recours pour excès de pouvoir contre les nominations ou révocations irrégulières, formés par les associations de fonctionnaires, les nombreux arrêts du conseil d'État précédemment rapportés semblent l'avoir formellement et définitivement reconnue.

Cependant un arrêt (*Fédel*) du 17 février 1922 semble montrer un certain flottement dans la jurisprudence du conseil d'État. Il décide, en effet, contrairement d'ailleurs aux conclusions de M. Corneille, commissaire du gouvernement, qu'une association de fonctionnaires n'est pas recevable à former le recours quand il s'agit d'un intérêt de caractère individuel. Il s'agissait du recours formé par l'association des professeurs de lycée contre une décision du ministre de l'instruction publique touchant le traitement des professeurs des lycées chargés d'un enseignement dans une faculté. Il ne peut s'agir là que d'une décision d'espèce et je ne puis croire que cet arrêt marque l'abandon par le conseil d'État d'une jurisprudence qui paraissait si fermement établie. Ce serait un recul qui me paraît inadmissible. Cf. les conclusions de M. Corneille et la note de Jèze avec le texte de l'arrêt, *Revue du droit public*, 1922, p. 68.

Esmein admet bien que les fonctionnaires peuvent constituer, conformément à la loi de 1901, des associations ayant pour but l'étude des questions techniques qui intéressent la fonction. Mais il lui paraît inadmissible que les fonctionnaires puissent former des associations « en vue de défendre leurs intérêts en tant que fonctionnaires, au besoin contre l'administration ». Il y a là, dit-il, au premier chef, un but contraire à l'ordre public, et de semblables associations sont nulles de droit par application même de l'article 3 de la loi du 1er juillet 1901 (*Droit constitutionnel*, 7e édit., 1921, II, p. 121).

Vraiment, je ne comprends pas comment c'est avoir un but contraire à l'ordre public que de s'associer afin de poursuivre par les voies légales, par l'exercice du droit de pétition, par l'exercice du recours pour excès de pouvoir, le retrait ou l'annulation des actes de l'administration qui lèsent les fonctionnaires et qui sont contraires à une loi ou à un règlement. Le fonctionnaire qui, individuellement, adresse une pétition au gouvernement contre une décision qui le lèse, qui forme un recours pour excès de pouvoir contre une décision qu'il prétend illégale, ne fait pas un acte contraire à l'ordre public, mais un acte parfaitement légal. Comment alors l'association, qui se constitue pour faire précisément cela, le cas échéant, dans l'intérêt de ses membres, serait-elle constituée en vue d'un but contraire à l'ordre public ? Ce n'est pas soutenable.

En réalité, jusqu'à la fin de sa vie, notre savant et regretté collègue s'est fait le défenseur de la doctrine régalienne dans tout ce qu'elle a de plus absolu. Il est bien entendu que s'il était

établi que l'association de fonctionnaires a pour but de préparer une grève et d'amener la suspension d'un service public, je n'hésiterais pas à la considérer comme nulle par application de l'article 3 de la loi de 1901.

Nézard, le dernier éditeur d'Esmein (1921, II, p. 122), est obligé de faire observer que « cette condamnation *de lege lata* et *de lege ferenda*, prononcée par Esmein contre les associations de défense de fonctionnaires, a été cassée par la pratique ».

Berthélemy (*Droit administratif*, 9e édit., 1921, p. 57) persiste encore à enseigner contre l'évidence que les fonctionnaires ne peuvent former des associations professionnelles conformément à la loi de 1901. Pour le démontrer, il invoque l'article 21, § 2, de la loi de 1901 ; il prétend que d'après ce texte les associations professionnelles ne peuvent se constituer que conformément à la loi de 1884 et que, par conséquent, les fonctionnaires, qui ne peuvent pas former de syndicats, ne peuvent pas s'associer. Je crois avoir fait déjà justice de cette façon de raisonner. Notre collègue ajoute : « Qui oserait dire qu'une société commerciale n'a qu'à s'intituler *association* pour se dérober aux règles du code de commerce ; qu'une société de secours mutuels n'a qu'à s'appeler association pour se soumettre à la loi du 1er avril 1898 ? » L'argument est sans valeur. On ne saurait, en effet, en les appelant *associations*, créer des sociétés commerciales ou des sociétés de secours mutuels, qui ne seraient pas régies par le code de commerce ou par la loi de 1898, mais par la loi de 1901. On ne peut le faire, parce que ni les sociétés de commerce ni les sociétés de secours mutuels ne sont des associations au sens déterminé par l'article 1er de la loi de 1901 et que cette loi ne s'applique qu'à ces associations. Mais, au contraire, une association constituée pour la défense des intérêts professionnels rentre bien dans les termes de la définition de l'article 1er et peut toujours être régie par la loi de 1901.

Berthélemy maintient avec une persistance singulière la distinction, aujourd'hui abandonnée par tout le monde, des fonctionnaires d'autorité et des fonctionnaires de gestion (9e édit., 1921, p. 56). Je ne reviens pas sur ce point. J'ai rejeté cette distinction et j'ai dit une fois pour toutes pourquoi. Avant la loi du 12 mars 1920 sur l'extension de la capacité des syndicats professionnels, Berthélemy enseignait que les fonctionnaires, à quelque catégorie qu'ils appartinssent, ne pouvaient pas former des associations professionnelles régies par la loi de 1901 ; que

les fonctionnaires de gestion pouvaient former des syndicats professionnels de la loi de 1884, à la condition toutefois qu'ils appartinssent à des services pouvant être assimilés à des entreprises commerciales ou industrielles; que les fonctionnaires de gestion appartenant à des services n'ayant pas ce caractère, comme, par exemple, les professeurs et les instituteurs, ne le pouvaient pas. Aujourd'hui, notre collègue prétend que la loi du 12 mars 1920 ayant décidé (art. 4) « que la loi du 21 mars 1884 est applicable aux professions libérales », tous les fonctionnaires de gestion, sans aucune distinction, peuvent former des syndicats (9e édit., 1921, p. 56).

Berthélemy est certainement dans l'erreur. J'ai dit plus haut pourquoi les syndicats de fonctionnaires, quels qu'ils soient, ne peuvent pas se former légalement. D'autre part, la solution donnée par Berthélemy est formellement condamnée par le texte même de l'article 4 de la loi du 12 mars 1920 qui, après avoir dit : « La présente loi est applicable aux professions libérales », ajoute : « Une loi spéciale fixera le statut des fonctionnaires. » Ou les mots n'ont plus de sens, ou cela veut dire que la loi de 1884, qui désormais s'appliquera aux professions libérales, ne s'appliquera pas cependant aux fonctionnaires, pour lesquels une loi spéciale sera faite. Le gouvernement et les chambres le comprenaient si bien que le 1er juin 1921, conformément à l'invitation qui lui en était faite par le parlement, le gouvernement déposait le projet de loi déjà souvent cité sur le statut des fonctionnaires et dont les articles 20 et suivants réglaient d'une manière précise la question des associations de fonctionnaires.

Les fonctionnaires et les fédérations d'associations. — L'article 5 de la loi de 1884 porte ceci : « Les syndicats professionnels régulièrement constitués d'après les prescriptions de la présente loi pourront librement se concerter pour l'étude et la défense de leurs intérêts économiques, industriels, commerciaux et agricoles... Ces unions ne pourront posséder aucun immeuble ni ester en justice. » C'est à la faveur de cette disposition que se sont constituées non seulement les fédérations de syndicats de professions similaires, mais encore les bourses du travail, c'est-à-dire les unions de syndicats

de professions différentes, et enfin la confédération générale du travail, c'est-à-dire l'union des unions et des fédérations de syndicats ouvriers.

La confédération générale du travail a eu un moment la prétention de concentrer et de diriger toutes les forces ouvrières du pays et de les conduire à l'assaut de la classe capitaliste pour l'anéantir, au risque de déchaîner dans le pays, comme les bolchevistes en Russie, la famine et la mort. Pour réaliser son entreprise révolutionnaire, elle a vainement tenté, au mois de mai 1920, de déchaîner la grève générale. Le gouvernement a poursuivi sa dissolution ; un jugement du tribunal de la Seine du 13 janvier 1921 l'a prononcée. Cette décision n'a point été exécutée, mais à sa suite une scission s'est produite. A côté de la confédération générale du travail s'est constituée la confédération générale du travail unitaire (C. G. T. U.). Au fond, le programme est le même : destruction de la société actuelle, renversement du gouvernement établi ; la différence ne porte que sur les moyens employés et sur l'opportunité de l'action. Elles sont aussi illégales l'une que l'autre par le but qu'elles poursuivent. Il n'est pas inutile de le rappeler pour comprendre comment se pose la question de la participation à l'une ou l'autre des C. G. T. des associations professionnelles de fonctionnaires.

Il va de soi que les associations professionnelles de fonctionnaires ne peuvent à aucun prix adhérer légalement aux unions ou confédérations de syndicats ouvriers. J'ai déjà fait observer que lorsque les meneurs du syndicalisme fonctionnariste réclament bruyamment ce qu'ils appellent le droit syndical, c'est, dans leur pensée, le droit de s'affilier aux unions et aux confédérations ouvrières. Or, comme les fonctionnaires, je crois l'avoir établi, ne peuvent former que des associations profes-

sionnelles sous l'application de la loi de 1901, ils ne peuvent incontestablement pas se fédérer avec des groupements constitués conformément à la loi de 1884.

D'autre part, admettrait-on que les fonctionnaires peuvent former des associations professionnelles soumises au régime de la loi de 1884, comme le prétend à tort Berthélemy et comme le gouvernement a eu la faiblesse de l'admettre pour les fonctionnaires ouvriers, il faudrait dire que ces syndicats de fonctionnaires ne peuvent point adhérer légalement à l'une ou l'autre confédération générale du travail, puisque, elles le déclarent formellement, elles poursuivent l'une et l'autre un but nettement révolutionnaire. Tous les sophismes, toutes les habiletés oratoires, comme celles de M. Paul-Boncour dans son discours à la chambre du 20 mai 1920, n'y changeront rien. La solution en droit ne peut pas faire de doute ; si l'on admet que certains syndicats de fonctionnaires peuvent exister légalement, ils ne peuvent certainement pas, légalement, s'affilier à des confédérations qui poursuivent des buts illégaux.

Une question plus délicate, dans l'état du droit actuel, est celle de savoir si les associations professionnelles constituées conformément à la loi du 1er juillet 1901 peuvent se fédérer entre elles. La loi de 1901 ne le dit pas expressément, mais cela a été reconnu au moment de la discussion de la loi. D'autre part, comme ces fédérations ne sont pas interdites par la loi, elles sont par là même possibles. Enfin l'article 7 du règlement d'administration publique du 16 août 1901, complémentaire de la loi de 1901, porte : « Les unions d'associations sont soumises aux dispositions qui précèdent (déclaration et publication). » Les unions ou fédérations d'associations ont la même capacité juridique que les associations. De cela il semble résulter que les associa-

tions professionnelles de fonctionnaires peuvent se fédérer entre elles et constituer une vaste union ou confédération soumise au régime de la loi de 1901, et qui sera légale si, bien entendu, elle poursuit la défense des intérêts professionnels des fonctionnaires exclusivement par des moyens légaux.

Cela a été reconnu très nettement par M. Barthou, garde des sceaux, répondant le 17 décembre 1909 à la chambre des députés à une question de M. Georges Berry touchant le caractère licite d'une *Fédération des associations professionnelles de fonctionnaires* qui venait de se constituer. « Il est certain, disait le garde des sceaux, il est incontestable que les associations constituées en vertu de la loi de 1901 peuvent constituer entre elles des unions et que ces unions peuvent à leur tour constituer une fédération. Dès lors, la question qui se pose est très simple. C'est celle de savoir si les fonctionnaires peuvent revendiquer le bénéfice de la loi de 1901 sur les associations. » Comme ses prédécesseurs, M. le garde des sceaux Barthou (citant d'ailleurs les deux arrêts du conseil d'État de 1908 et de 1909) reconnaît aux fonctionnaires le droit de former des associations professionnelles conformément à la loi de 1901 (*Revue du droit public,* 1910, p. 48).

Dans l'état actuel de notre législation positive, il est difficile de donner une autre solution; mais je dis franchement que le législateur ne doit pas la consacrer. En effet, permettre à toutes les associations de fonctionnaires de France de se confédérer, c'est permettre la formation d'une sorte de gouvernement de fonctionnaires se constituant en face du gouvernement central constitutionnellement établi. Au moment où on a voté la loi de 1901 sur la liberté des associations, on a placé les congrégations religieuses sous un régime draconien de police, sous prétexte qu'elles pourraient constituer, suivant la formule consacrée, un État dans l'État. Une confédération générale des fonctionnaires présenterait un danger autrement grand. Si elle pouvait se constituer, c'est alors qu'il serait vrai de dire qu'il y a un État dans l'État. Qu'on permette les unions d'associations de fonctionnaires appartenant au même service, rien de

mieux. Mais qu'on n'aille pas au delà. Tout gouvernement qui le ferait irait à sa ruine. Au reste, il est logique de n'autoriser que les unions d'associations de fonctionnaires appartenant au même service. Ces associations ont pour but la défense des intérêts professionnels. Ceux-ci diffèrent de service à service. Si des unions se formaient entre des associations de fonctionnaires appartenant à des services différents, elles ne pourraient pas prétendre avoir pour but la défense des intérêts professionnels, puisqu'ils ne sont pas les mêmes. Il y aurait dans ce fait même la preuve que les fonctionnaires, en se fédérant, poursuivent un but autre que la défense de leurs intérêts. Il n'est pas admissible que tous les fonctionnaires d'un pays se groupent en un vaste corps pour parler d'égal à égal au gouvernement, représentant des intérêts généraux, et lui opposer la défense de leurs intérêts de classe.

Aussi j'approuve entièrement les dispositions contenues dans l'article 21 du projet sur le statut des fonctionnaires (1er juin 1920) : « Les groupements professionnels de fonctionnaires et leur union ne peuvent se former qu'entre fonctionnaires appartenant à une même administration centrale ou à un même service extérieur, ou encore qu'entre fonctionnaires qui, bien qu'appartenant à des administrations centrales ou à des services extérieurs distincts, y exercent une fonction semblable. Toute union avec d'autres groupements est interdite. »

J'ai essayé de montrer comment la question des associations de fonctionnaires a été faussée par l'erreur du législateur de 1901, maintenant la loi de 1884, devenue sans objet sous un régime de liberté générale d'association. La question a été aussi faussée par la vertu mystérieuse qu'on se plaît à donner à certaines formules, telles le droit syndical. Il est plus que temps que le législateur vote enfin le projet de loi sur le statut des fonctionnaires et les dispositions précises qu'elle contient relativement aux associations.

Ce n'est point cependant que j'aie l'illusion de croire

que toutes les difficultés seraient écartées par le vote de ce texte législatif. En effet, si le devoir du législateur, du gouvernement et des juristes est de limiter et de diriger le mouvement qui pousse les fonctionnaires à s'associer et à se fédérer, mouvement que, pour adopter une expression commode et déjà passée dans l'usage, j'appellerai le syndicalisme fonctionnariste, on ne saurait méconnaître qu'il n'est qu'une des manifestations du grand mouvement syndicaliste qui restera la marque caractéristique de l'évolution sociale au XX^e^ siècle.

Je l'ai défini ailleurs (t. II, p. 30) le mouvement qui entraîne les différentes classes sociales vers l'acquisition d'une forme juridique définie, l'établissement dans la société moderne de groupes forts et cohérents, à structure juridique précisée, et composés d'hommes déjà unis par la communauté de besogne sociale et d'intérêts professionnels. Les fonctionnaires accomplissent dans la division du travail social des besognes qui ont un caractère commun particulièrement saillant et déterminé par ce fait que leur travail est considéré comme nécessaire à la vie même du groupe. Les fonctionnaires forment par eux-mêmes certainement une classe sociale distincte; et cette classe est entraînée comme les autres dans le grand courant syndicaliste. Elle tend elle aussi à acquérir une structure juridique définie. D'ailleurs, quoique mouvement un, le syndicalisme fonctionnariste est un mouvement complexe qui revêt des formes différentes suivant les divers services publics et provoque la formation d'autant de syndicats qu'il y a de services publics différents, pouvant former d'ailleurs les éléments d'une vaste fédération.

Le syndicalisme fonctionnariste, s'il est une manifestation du grand mouvement syndicaliste, a cependant son domaine propre. Parce que les fonctionnaires sont chargés d'assurer le fonctionnement des

services publics, ils forment une classe tout à fait distincte de celle des travailleurs de l'industrie privée. Ce serait fausser complètement le mouvement que de vouloir l'associer au mouvement ouvrier proprement dit. Ce serait de la part des fonctionnaires méconnaître complètement leurs intérêts que de vouloir fédérer leurs associations avec les syndicats ouvriers. Je crois que les éléments perturbateurs s'élimineront d'eux-mêmes, et que par la force des choses le syndicalisme fonctionnariste suivra la route que lui tracent les conditions naturelles de sa formation et de son développement.

Outre les auteurs déjà cités, on consultera : Berthod, *Revue politique et parlementaire,* mars 1906, p. 413 ; Paul-Boncour, *Revue socialiste,* janvier 1906, p. 17 et s., qui estime que sans qu'on puisse l'empêcher « nous marchons vers une décentralisation complète, un fédéralisme intégral, à la fois corporatif et administratif » ; *Id., Les syndicats de fonctionnaires,* 1906 ; Bouglé, *Les syndicats de fonctionnaires et les transformations de la puissance publique, Revue de métaphysique et de morale,* 1907, p. 671 ; Chardon, *L'administration de la France,* 1908 ; *Le pouvoir administratif,* 1911 ; Maxime Leroy, *Le droit des fonctionnaires,* 1906 ; *Les transformations de la puissance publique, les syndicats de fonctionnaires,* 1907 ; Demartial, *Le statut des fonctionnaires,* 1909 ; Duguit, *Le droit social et le droit individuel,* 3e édit., 1921, surtout p. 114 et s. et la préface. Hauriou exprime des idées sensiblement analogues aux miennes ; il écrit notamment très justement : « La conception syndicaliste des fonctions publiques n'est point révolutionnaires, mais purement corporative et décentralisatrice (*Principes du droit public,* 1910, p. 488-489) ; Paul Louis, *Le syndicalisme contre l'État,* 1909 ; Cahen, *Les syndicats de fonctionnaires, Revue politique et parlementaire,* juillet 1906, p. 80 ; sur les syndicats d'instituteurs, Steeg, *Rapport* sur le budget de l'instruction publique pour 1910, *J. off., Doc. parl.,* Chambre, 1909, p. 1793 et 1796 ; la lettre de M. Clemenceau, alors président du conseil, du 7 avril 1907, aux instituteurs syndiqués, où il termine en disant : « Vous avez organisé un congrès d'instituteurs syndiqués, dont le titre seul est une attestation d'illégalité. Vous avez pris, en outre, la décision d'adhérer à la confédération générale du travail, ce qui témoigne dans vos esprits d'une méconnaissance absolue de vos obligations » (*Le Temps,* 8 avril 1907) ; le discours à la

chambre de M. Paul-Boncour, le 20 mai 1920, à propos de la grève des chemins de fer de mai 1920; Zapp, *Le syndicalisme dans les services publics, Revue politique et parlementaire,* avril 1922, p. 119; A. Budon, *L'association professionnelle et le syndicat chez les fonctionnaires, Revue politique et parlementaire,* avril 1922, p. 104; Sibert, *Situation juridique des fonctionnaires en Angleterre, Revue du droit public,* 1911, p. 254; L. Rolland, *L'état actuel de la question des groupements de fonctionnaires, Revue du droit public,* 1922, p. 270 et s.; Francesco, *Del diritto di associazione e di syndicato dei publici funzionari, Rivista di diritto publico,* 1912, I, p. 209.

§ 71. — *La hiérarchie et la discipline des fonctionnaires.*

Le fonctionnaire a non seulement le pouvoir de procéder aux actes qui rentrent dans sa fonction; mais il en a encore le devoir. Ce devoir, ayant le même fondement que le pouvoir, a naturellement le même caractère. Il n'est pas une obligation subjective; il est une obligation légale résultant de la loi de la fonction. Comme le pouvoir du fonctionnaire, son devoir se modèle sur la loi fonctionnelle; il n'est point déterminé une fois pour toutes par l'acte de nomination; il est déterminé par la loi qui régit la fonction; et il suit toutes les modifications qui interviennent dans cette loi, qu'elle augmente ou diminue l'étendue du devoir qui s'impose au fonctionnaire. Une action n'existe point contre le fonctionnaire pour le forcer directement à accomplir ses obligations fonctionnelles, et cela cadre très bien avec le caractère objectif des obligations fonctionnelles. Mais l'administration supérieure, en vertu même de la loi de la fonction, a des moyens d'action très énergiques, organisés, par tous les législateurs modernes, sur des principes à peu près identiques; c'est essentiellement la discipline, la hiérarchie et le contrôle. Ces moyens n'ont rien de commun avec la voie de droit venant sanctionner une obligation subjective.

Du contrôle, il a été parlé au paragraphe 58, où j'ai montré que le propre des fonctionnaires décentralisés est de n'être jamais soumis qu'à un pouvoir de contrôle.

Tous les agents sont soumis à un pouvoir disciplinaire. Quelques-uns sont soumis, en outre, au pouvoir hiérarchique qui, d'une manière générale, est le pouvoir qui appartient à un agent de suspendre, d'annuler ou de réformer un acte fait par un autre agent.

On aperçoit aisément que ce pouvoir ne peut s'exercer qu'à l'égard des agents centralisés et qu'à l'occasion des actes administratifs juridiques unilatéraux. Ce pouvoir ne peut s'exercer ni pour les actes contractuels ni pour les opérations matérielles. De ce pouvoir naît pour l'agent, qui peut suspendre, annuler ou réformer, la qualité d'agent supérieur par rapport à l'agent dont l'acte peut être suspendu, annulé ou réformé. Cette définition de la hiérarchie répond tout à fait au but pour lequel elle a été établie : garantir les particuliers et les services publics contre les conséquences d'un acte illégal ou inopportun ; elle doit, dès lors, consister essentiellement dans la compétence, reconnue par la loi à un agent, d'anéantir ces conséquences.

Le supérieur hiérarchique peut annuler l'acte du subordonné pour raison d'opportunité ou pour raison de droit ; il peut agir spontanément ou sur la demande de toute personne. Ce recours, appelé recours hiérarchique, est, en somme, l'exercice du droit de pétition. Il peut être formé à toute époque et il peut être formé par toute personne. Il n'est point nécessaire, pour le former, d'avoir la capacité d'ester en justice. Ce recours n'a rien de juridictionnel. Le supérieur hiérarchique peut réformer l'acte de son subordonné. Mais le supérieur ne peut point se substituer à lui et faire aux lieu et place de l'inférieur un acte de la compétence de ce dernier. Il y aurait là une violation de la loi de compé-

tence tout aussi grave et entraînant les mêmes conséquences que le fait d'un inférieur faisant un acte de la compétence du supérieur. Ce serait d'ailleurs la négation même de la règle hiérarchique. Si le supérieur pouvait se mettre aux lieu et place du subordonné, tout recours hiérarchique serait supprimé, et ainsi l'administré serait privé des garanties que lui offre ce recours.

Il est bien entendu que le recours contentieux en annulation reste complètement indépendant du recours hiérarchique et que sa recevabilité n'est en rien modifiée par le fait que le recours hiérarchique est ou n'est pas exercé.

On peut dire que le principe du pouvoir hiérarchique domine tout le droit administratif et qu'il devrait recevoir son application, alors même qu'aucun texte ne viendrait le consacrer. Au surplus, les textes ne manquent pas dans la législation française. Voici les principaux : L'article 6 du décret du 25 mars 1852 sur la décentralisation administrative : « Les préfets rendront compte de leurs actes aux ministres compétents... ; ceux de ces actes, qui seraient contraires aux lois et règlements ou qui donneraient lieu aux réclamations des parties intéressées, pourront être annulés ou réformés par les ministres compétents. » Malgré cette formule, tout le monde reconnaît que le ministre peut, même d'office, annuler pour inopportunité ou réformer l'acte de son subordonné. L'article 7, § 2, du décret du 13 avril 1861 donne des pouvoirs identiques aux préfets relativement aux actes faits par les sous-préfets.

Enfin les pouvoirs du préfet relativement aux actes du maire sont déterminés par les articles 85, 95, § 2, et 99 de la loi municipale du 5 avril 1884. Mais la situation du maire est complexe, parce que le maire agit tantôt comme agent centralisé, tantôt comme agent décentralisé. Les actes que le maire fait comme agent

centralisé, le préfet peut les annuler pour raison de droit ou d'inopportunité et les réformer. Quand le maire ne les fait pas, le préfet peut se substituer à lui et les faire à sa place. L'article 85 donne là un pouvoir spécial au préfet qui s'explique à cause du caractère électif du maire. Pour les actes que le maire fait comme agent décentralisé, le préfet peut les annuler pour raison de droit; mais il ne peut ni les annuler pour raison d'inopportunité, ni les réformer. Il ne peut pas non plus se substituer au maire. Exceptionnellement, il peut, d'après l'article 99 de la loi du 5 avril 1884, au cas d'abstention du maire, et après une mise en demeure à lui adressée et restée sans résultat, se substituer au maire pour faire des actes de police locale. Ce droit exceptionnel du préfet s'explique encore par le caractère électif du maire.

Sur le pouvoir hiérarchique, pour plus de détails, cf. Laferrière, *Juridiction et contentieux*, 2e édit., 1896, I, p. 446; Duguit, *L'État, les gouvernants et les agents*, 1907, p. 454 et s.

La discipline. — Elle est la sanction du pouvoir de *surveillance* qui appartient à l'administration supérieure sur les fonctionnaires subordonnés pour garantir l'accomplissement par eux de leurs obligations fonctionnelles. Le mot surveillance, qui se rencontre assez rarement dans les traités doctrinaux de langue française, n'est point cependant étranger à la terminologie de notre législateur. Il se trouve dans plusieurs lois de la période révolutionnaire, et notamment dans la loi du 14 décembre 1789, article 50. On le lit aussi dans certaines lois administratives modernes, notamment dans l'article 91 de la loi du 5 avril 1884. Il importe toutefois de bien distinguer la surveillance d'autres institutions avec lesquelles on la confond souvent, et notamment de la hiérarchie et du contrôle.

La surveillance n'est pas la hiérarchie, car elle peut s'exercer sur tous les agents sans distinction, quel que

soit leur mode de nomination, quelles que soient la nature et l'étendue de leurs attributions, sur les agents nommés et les agents élus, sur les agents judiciaires, sur les agents administratifs, qu'ils fassent des actes d'ordre juridique ou simplement des opérations matérielles. Au contraire, la hiérarchie, comprise avec sa portée véritable, ne peut subordonner les uns aux autres que des agents faisant des actes juridiques unilatéraux et à l'occasion de ces sortes d'actes. Quant au contrôle, il ne s'exerce que sur des agents décentralisés; il se distingue aussi bien de la surveillance que de la hiérarchie. L'agent investi de la compétence de contrôle peut refuser son approbation à un acte fait par un agent décentralisé, et même l'annuler; mais il ne peut point le réformer, lui substituer sa propre décision, comme le peut faire le supérieur hiérarchique. D'autre part, la surveillance, à la différence du contrôle, ne donne point compétence pour annuler ou refuser d'approuver un acte; mais à la différence de la surveillance, le contrôle ne donne point à l'agent de contrôle le droit d'adresser des ordres ou des instructions.

La *surveillance* implique d'abord, pour l'agent investi de ce pouvoir, la possibilité d'adresser des instructions aux agents surveillés, instructions par voie individuelle, instructions par voie générale (circulaire), instructions proprement dites indiquant à l'agent surveillé la ligne de conduite à suivre, mais lui laissant une liberté d'appréciation, *ordre de service* imposant à l'agent l'obligation d'agir dans tel cas prévu d'une manière strictement déterminée. Cf. § 57.

Ni l'instruction ni l'ordre de service, émanés du fonctionnaire compétent, ne font naître à l'égard du fonctionnaire inférieur une obligation juridique subjective de s'y conformer.

Cf. *supra*, t. II, p. 275 et *infra*, § 72 *in fine*. Rapp. arrêts conseil

d'État, 7 juillet 1905, *Recueil*, p. 609 et 611, et *Revue du droit public*, 1906, p. 246.

La surveillance a pour sanction la *discipline* des fonctionnaires, laquelle se traduit dans les actes disciplinaires, c'est-à-dire dans les décisions d'un fonctionnaire frappant un autre fonctionnaire d'une certaine répression pour une faute commise dans l'exercice de ses fonctions ou pour une faute pouvant réagir sur l'exercice de ses fonctions.

Le pouvoir disciplinaire. — C'est une des questions les plus délicates du droit public que celle du vrai caractère du pouvoir disciplinaire et de son fondement. La répression disciplinaire se distingue-t-elle de la répression pénale? Repose-t-elle sur le même fondement ou sur un fondement différent?

A mon avis, la répression disciplinaire est une répression pénale au point de vue de son fondement, en ce sens qu'elle s'explique par une même conception de l'État. Si l'on rattache le pouvoir de répression pénale à l'*imperium* de l'État, c'est aussi de lui que dérive la répression disciplinaire. Si l'on nie la réalité et la légitimité de l'*imperium* étatique en soi, si l'on explique la répression pénale par le pouvoir légitime, à certaines époques et dans certains pays, pour les plus forts d'assurer l'observation de certaines normes par la menace d'une pénalité, c'est aussi la même idée qui sera le fondement de la répression disciplinaire. La répression disciplinaire est donc une répression pénale; mais c'est une répression pénale qui s'exerce en tout ou en partie au moyen d'actes administratifs, et non pas, comme la répression pénale, au moyen d'actes juridictionnels.

On a montré au tome II, p. 360 et s., que les décisions rendues en matière pénale sont des actes de juridiction objective : des actes de juridiction objective parce que

l'autorité qui les rend n'a point à constater l'existence ou l'étendue d'une situation juridique préexistante, mais seulement à résoudre la question de savoir si le droit objectif, si la loi ont été ou non violés; des actes juridictionnels parce que l'autorité répressive est liée étroitement et *logiquement* par le droit, sa décision devant être la conclusion d'un syllogisme dont la règle de droit est la majeure et la constatation du fait la mineure. L'autorité répressive est en effet liée logiquement par la loi au point de vue du fait qui ne peut entraîner condamnation que s'il est prévu et défini par la loi, et au point de vue de la répression, la seule peine qui puisse être prononcée étant celle prévue par la loi et dans les limites fixées par elle.

Au contraire, la décision disciplinaire est restée une décision administrative; elle est une décision pénale qui n'a pas été entièrement *juridictionnalisée*. D'abord dans les pays où existe la séparation de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire, la décision est prise par des agents administratifs. Parfois c'est le gouvernement agissant comme organe administratif; le plus habituellement, l'agent disciplinaire compétent est le ministre au département duquel ressortit le fonctionnaire intéressé ou simplement les chefs de service; le préfet et le maire ont un pouvoir disciplinaire étendu. Pour les fonctionnaires judiciaires, le pouvoir disciplinaire appartient à la cour de cassation constituée en *conseil supérieur de la magistrature* (L. 30 août 1883, art. 13), et cette désignation suffit à montrer que ce n'est pas comme juridiction judiciaire qu'elle intervient. On peut en dire autant des cours et des tribunaux statuant comme conseils disciplinaires des officiers ministériels et des avocats.

En général, l'autorité qui exerce la discipline n'est liée en aucune espèce de façon par des lois ou des

règlements, au point de vue des faits qui peuvent entraîner une répression disciplinaire. Elle peut apprécier d'une manière absolument discrétionnaire les faits susceptibles d'entraîner à son avis cette répression. Ce sont non seulement des négligences, des faits plus ou moins graves commis dans le service, mais aussi des faits de la vie privée susceptibles de réagir sur le service. En un mot, tandis que la juridiction pénale, étroitement limitée par les termes de la loi, ne peut infliger une peine que pour un fait prévu, défini et qualifié d'infraction par la loi, l'agent disciplinaire peut apprécier lui-même en toute liberté les faits susceptibles d'entraîner une répression. Il y a cependant certaines exceptions.

D'autre part, on peut, il me semble, définir le principe déterminant de la faute disciplinaire en disant : il y aura faute disciplinaire dans tout acte par lequel le fonctionnaire viole les obligations spéciales que lui impose sa qualité de fonctionnaire. Cela montre qu'il y a faute disciplinaire non seulement dans le fait que le fonctionnaire n'accomplit pas ou accomplit mal sa fonction, mais encore dans le fait que le fonctionnaire viole les obligations de son statut négatif, bien qu'il n'y ait pas là inaccomplissement ou mauvais accomplissement de la *fonction*. Le fonctionnaire peut avoir très bien fait son service et cependant avoir commis une faute disciplinaire, parce qu'il a méconnu les obligations spéciales, étrangères sans doute à l'exercice même de la fonction, mais établies dans l'intérêt du service public et qui constituent son statut négatif spécial. Cela montre comment la conception principielle de la faute disciplinaire est une conception très large, et qu'il est très difficile de prévoir et de définir tous les cas de faute disciplinaire.

L'agent disciplinaire possède aussi toute latitude pour

déterminer les peines qu'il prononcera. Il va sans dire cependant qu'il ne peut prononcer une peine qui serait une atteinte à la liberté personnelle ou à la propriété de l'agent. D'après le droit moderne et particulièrement d'après le droit français, la liberté et la propriété de tout individu sont placées sous la sauvegarde de l'autorité judiciaire. Cela ne reçoit d'exception que pour la discipline militaire : le supérieur peut infliger des peines privatives de liberté, déterminées d'ailleurs par les règlements.

Les peines disciplinaires consistent essentiellement en des décisions relatives à l'exercice de la fonction elle-même. En France, d'après de nombreux règlements administratifs et surtout d'après d'anciennes traditions très nettement établies, les peines disciplinaires sont l'avertissement, la réprimande, la privation de tout ou partie du traitement, la suspension pendant un temps déterminé. Enfin la mise à la retraite d'office et la révocation sont souvent les peines disciplinaires les plus graves. Mais elles ne sont pas toujours des peines disciplinaires. Pour certains fonctionnaires, par exemple en France pour les magistrats inamovibles, pour les professeurs et certains autres fonctionnaires, la révocation est toujours une peine disciplinaire. Pour d'autres fonctionnaires, elle ne l'est pas nécessairement : par exemple, les préfets, les sous-préfets, les membres du parquet, agents directs du gouvernement, peuvent être révoqués sans qu'il y ait aucunement à leur reprocher une faute d'ordre disciplinaire.

Dans tous les pays, et particulièrement en France, apparaît une tendance marquée de la répression disciplinaire à se rapprocher de la répression pénale, à se *juridictionnaliser*. Cette transformation s'explique naturellement par le besoin, qui se fait sentir plus pressant chaque jour, d'accorder à tous les individus,

fonctionnaires ou simples particuliers, une protection aussi complète que possible contre l'arbitraire. Cette transformation se rattache aussi à l'idée très juste que si les agents se sentent mieux protégés contre l'arbitraire des chefs de service, ils géreront plus utilement, avec plus de zèle et d'activité, les charges qui leur sont confiées. La tendance de la répression disciplinaire à se *juridictionnaliser* apparaît à divers points de vue.

D'abord, très fréquemment, ce n'est plus le chef de service seul qui est compétent pour l'exercer; il est souvent obligé de prendre l'avis d'un conseil. Parfois même, la décision disciplinaire est prise par un corps organisé en juridiction et s'impose au chef de service. Quelquefois, les peines disciplinaires qui peuvent être prononcées sont énumérées limitativement par les lois et les règlements, et l'autorité disciplinaire, chef de service ou conseil de discipline, ne peut prononcer que la peine ainsi prévue. Enfin, certaines lois ébauchent une définition de la faute disciplinaire. On peut citer comme exemple l'article 14 de la loi du 30 août 1883 sur la réforme de la magistrature.

C'est sur ce dernier point que l'évolution est le moins avancée. Dans toutes les législations modernes subsiste encore cette différence entre la répression pénale et la répression disciplinaire : l'une ne peut intervenir que pour un fait prévu et défini comme infraction par la loi, l'autre peut intervenir pour un fait dont il est loisible à l'agent compétent de décider s'il constitue une faute susceptible d'entraîner une répression. Mais je suis convaincu qu'il arrivera un moment où, pour la répression d'une faute de service de tout fonctionnaire, il y aura une véritable juridiction devant laquelle se déroulera un débat contradictoire, un moment où il y aura une définition légale et une énumération limitative des faits pouvant constituer une faute de service, et

une énumération légale et limitative des peines pouvant être prononcées pour réprimer cette faute. Alors la répression disciplinaire sera complètement *juridictionnalisée* ; elle aura le même caractère que la répression pénale.

Mais aura-t elle le même domaine? La portée pratique de la question est celle-ci. Sans doute, certains faits pourront être des infractions disciplinaires sans être des infractions pénales et ne donneront lieu qu'à une répression disciplinaire *juridictionnalisée*. Mais si l'on suppose un fait prévu à la fois par la loi pénale et la loi disciplinaire, pourra-t-il être poursuivi devant la juridiction pénale et devant la juridiction disciplinaire, et ayant été acquitté par la juridiction pénale, le fonctionnaire pourra-t-il être condamné par la juridiction disciplinaire? Dans l'état actuel du droit, il est certain qu'il peut l'être, et c'est logique, puisque l'autorité disciplinaire a une liberté d'appréciation complète pour déterminer le fait susceptible d'entraîner une peine disciplinaire. Je suis tenté de croire que lorsque la répression disciplinaire sera tout à fait *juridictionnalisée,* elle se confondra complètement avec la répression pénale, et par conséquent, un fonctionnaire ayant été acquitté par la juridiction pénale ne pourra pas être poursuivi pour le même fait devant la juridiction disciplinaire. Il y aurait alors deux poursuites répressives pour le même fait, ce qui est contraire au principe de toute équité formulé dans le vieil adage *non bis in idem*. Je pense, en un mot, que les législations modernes évoluent non seulement vers l'assimilation des deux répressions, mais même vers la disparition complète de la répression disciplinaire.

Cette évolution de la répression disciplinaire vers l'assimilation à la répression pénale apparaît notamment très nettement dans les lois récentes qui décident

que l'amnistie s'applique aux infractions disciplinaires comme aux infractions pénales, quand il était autrefois de principe, au contraire, que l'amnistie ne s'appliquait jamais aux infractions disciplinaires, mais seulement aux infractions pénales. La loi du 2 novembre 1905 (art. 2) décide « qu'amnistie est accordée à raison des faits antérieurs au dépôt du présent projet de loi ayant donné lieu ou pouvant donner lieu à des sanctions pénales ou disciplinaires et qui se rattachent, soit directement, soit indirectement, à la publication d'indications secrètes sur des fonctionnaires ».

Il ne s'agissait là que d'une catégorie spéciale de fautes disciplinaires. Au contraire, les lois d'amnistie du 24 octobre 1919 et du 29 avril 1921 s'appliquent à tous les faits pouvant donner lieu à des poursuites disciplinaires. L'article 2, n° 17, de la loi de 1919 décide qu'amnistie est accordée, pour les faits commis antérieurement au 19 octobre de la même année, à tous les faits ayant donné lieu ou pouvant donner lieu à des sanctions disciplinaires, sans qu'il en résulte aucun droit à réintégration. La même formule se retrouve à l'article 2, n° 14, de la loi d'amnistie du 29 avril 1921.

Dans sa thèse de doctorat, intitulée : *De la répression disciplinaire,* Bordeaux, 1902, Bonnard a développé une idée intéressante. Il pense que le droit disciplinaire est le droit pénal des corporations distinctes de l'État, qu'il y a donc une différence de fondement et d'étendue entre la répression disciplinaire et la répression pénale, que les fonctions publiques dans le droit moderne tendent à s'organiser en corporations, et que le droit disciplinaire des fonctions publiques est le droit pénal des corporations *fonctionnelles,* que cela explique très bien les tendances notables, dans les lois et les règlements modernes sur la discipline, à donner le pouvoir disciplinaire à des sortes de conseils corporatifs composés des hauts fonctionnaires du service public auquel appartient le fonctionnaire incriminé. V. notamment la loi du 30 août 1883 pour le conseil supérieur de la magistrature, la loi du 27 février 1880 sur le conseil supérieur de l'instruction publique, la loi du 10 juillet 1896 relative à la constitu-

tion des universités (art. 3), et les nombreux décrets cités au paragraphe 66 et relatifs aux diverses catégories de fonctionnaires. D'après l'auteur, cela expliquerait d'une part pourquoi la peine ne peut jamais consister qu'en une atteinte à la situation corporative ou fonctionnelle de l'inculpé, et d'autre part pourquoi les répressions pénale et disciplinaire sont et seront toujours distinctes, pourquoi le même individu pourra toujours pour le même fait être acquitté par la juridiction pénale, condamné par la juridiction disciplinaire.

Jellinek estime que la répression disciplinaire est complètement distincte de la répression pénale, qu'elle ne dérive point de la puissance commandante de l'État (*Herrschaft*), de laquelle dérive au contraire certainement la répression pénale. « La puissance de discipline, dit-il, n'est point la puissance de la *Herrschaft*. » Les raisons qu'en donne le savant auteur sont de deux sortes. D'abord, dit-il, il n'y a pas que l'État qui ait un pouvoir disciplinaire : les communes, les églises, les sociétés, les établissements publics et même les simples particuliers possèdent un pouvoir de discipline; par exemple, le père sur ses enfants, l'employeur sur ses employés. D'autre part, si le pouvoir disciplinaire était un dérivé de la puissance de l'État, celui-ci aurait certainement le droit de contraindre directement le fonctionnaire à l'accomplissement du service fonctionnel; or, dit Jellinek, l'État ne peut pas contraindre directement les fonctionnaires à obéir aux ordres de service; il peut seulement les révoquer s'ils ne les exécutent pas.

La discipline des fonctionnaires, dit le savant professeur, a pour fondement le *contrat de service public* intervenu entre l'État et le fonctionnaire (cf. *supra,* § 62), contrat duquel naît pour l'État le droit d'exiger de la part du fonctionnaire l'accomplissement exact de la mission rentrant dans sa fonction et le pouvoir de le révoquer s'il ne remplit pas les obligations qu'il a prises, comme l'employeur peut renvoyer l'ouvrier infidèle à ses devoirs, une communauté, une église ou une société exclure le membre qui s'insurge contre le but social. Si l'on comprend ainsi le fondement de la discipline, dit Jellinek, on comprend comment, d'une part, la faute disciplinaire n'est pas définie d'une manière générale par la loi et peut être librement appréciée par l'agent chargé d'exercer cette discipline. En effet, l'État n'intervenant pas ici comme souverain appliquant une peine pour un fait qualifié, mais comme contractant, possède, en vertu du contrat, le droit d'apprécier en pleine liberté si son employé remplit

bien ou mal la charge qu'il a acceptée. D'autre part, on comprend pourquoi les peines disciplinaires ne sont pas prononcées par une véritable juridiction. Enfin, on comprend comment la discipline n'entraîne jamais de peines corporelles et que la peine disciplinaire la plus forte soit l'exclusion ou la révocation. En effet, la faute consiste pour le fonctionnaire dans l'atteinte portée au lien qui l'unit à l'État, dans le mauvais accomplissement de sa mission fonctionnelle ; on le punira en lui retirant cette mission (Jellinek, *System der subjecktiven öffentlichen Rechte*, 2e édit., 1905, p. 214 et s.).

Je ne comprends guère ce pouvoir de l'État qui ne serait pas la puissance commandante de l'État; et d'autre part, il faudrait démontrer, ce que ne fait point Jellinek, que le pouvoir disciplinaire auquel sont soumis les fonctionnaires de l'État est quelque chose d'identique au droit du père de famille sur ses enfants, à la faculté qui appartient à une association d'exclure ceux de ses membres qui, par exemple, ne paient pas leur cotisation, au droit reconnu, non d'ailleurs sans contestation, à l'employeur de faire parfois, sous le nom d'amende, des retenues sur le salaire de ses employés. Il me semble qu'il y a là des choses absolument différentes. De plus, le système de Jellinek a le défaut très grand de ne point expliquer l'évolution mise plus haut en relief et suivant laquelle la répression disciplinaire tend constamment à s'identifier à la répression pénale.

Sur la discipline, outre les auteurs déjà cités, cons. Drouille, *Le pouvoir disciplinaire,* thèse Toulouse, 1900; Nézard, *Les principes généraux du droit disciplinaire,* thèse Paris, 1903; Duguit, *L'État, les gouvernants et les agents,* 1903, p. 462 et s.; Kübel, *Die rechtliche Natur der Disziplinarstrafe,* thèse Erlangen, 1892; Max Gibert, *La discipline des fonctions publiques,* Paris, 1912; Ricol, *Les tendances du droit disciplinaire,* thèse Toulouse, 1908; Hervy, *L'action disciplinaire et l'action pénale,* thèse Caen, 1900; Lacourte, *Des garanties accordées aux fonctionnaires contre les actes qui les révoquent*, 1911.

Hauriou donne au droit disciplinaire une étendue telle qu'il paraît comprendre tout ce qu'on est convenu communément de faire rentrer dans le droit administratif. Il développe sa conception du droit disciplinaire dans ses *Principes de droit public,* 1916, où il écrit : « Trois formes de droit, le droit disciplinaire, le droit coutumier et le droit statutaire ou légal, sont engendrées spontanément par l'institution corporative. » Il ajoute : « Le droit disciplinaire est constitué par l'ensemble des actes juridiques et des

règles juridiques émanant de l'autorité sociale instituée qui ont pour objet, soit d'imposer aux individus des mesures, soit de créer des situations opposables, soit de réprimer des écarts de conduite, le tout principalement dans l'intérêt de l'institution et sous la seule sanction de la force de coercition dont elle dispose » (p. 128).

Évidemment, on peut, si l'on veut, déterminer ainsi le domaine du droit disciplinaire. Mais en lui donnant une telle extension, on ne résout point la difficulté. Il semble, au contraire, que l'on en crée de nouvelles. Le droit disciplinaire, tel que paraît le comprendre Hauriou, contient tout le droit, à l'exception du droit privé : tout le droit administratif et tout le droit pénal. Or, la question est précisément d'expliquer comment dans le droit administratif il y a une partie des règles qui nous apparaissent avec un caractère propre et que l'on a coutume d'appeler disciplinaires, et surtout d'expliquer comment la même personne pour le même fait peut être légitimement soumise à une double répression, l'une pénale, l'autre disciplinaire. Hauriou ne l'explique point.

D'autre part, le savant doyen ajoute que certainement « toute la hiérarchie administrative, avec les institutions du recours hiérarchique et du recours pour excès de pouvoir, en dépendent aussi ». Il me semble qu'on est tout à fait en dehors de la réalité si l'on attribue le même caractère à des règles aussi différentes que celle qui permet d'infliger la révocation ou la suspension à un fonctionnaire pour une faute de service et celle qui institue un recours contentieux, tendant à obtenir l'annulation d'un acte pour violation du droit objectif, et cela en dehors de toute faute de la part de l'agent.

Enfin, Hauriou écrit à la page 131 que le droit disciplinaire est une morale juridique autant qu'un droit. J'ai beau me creuser la tête, je n'arrive pas à comprendre quelle différence peut exister entre un droit et une morale juridique.

§ 72. — *La responsabilité des fonctionnaires.*

La question de la responsabilité des fonctionnaires est une des plus graves et des plus complexes du droit public moderne. Elle doit être envisagée, d'une part, dans les rapports des fonctionnaires avec l'État ou, d'une

manière générale, avec l'entité administrative à laquelle se rattache le service administratif auquel ils appartiennent et, d'autre part, dans les rapports avec les particuliers. En outre, la question de responsabilité se pose logiquement dans des conditions différentes suivant les diverses catégories de fonctionnaires, fonctionnaires de l'ordre administratif, fonctionnaires de l'ordre judiciaire, et parmi les premiers, fonctionnaires comptables et fonctionnaires non comptables. Enfin, il y a lieu de se demander si la responsabilité des ministres ne doit pas être soumise à des règles spéciales.

Pour quelques-unes de ces catégories de fonctionnaires, des lois sont intervenues qui déterminent minutieusement l'étendue et la sanction de leur responsabilité. Il en est ainsi notamment pour les fonctionnaires judiciaires et pour les comptables. Au contraire, en ce qui concerne la grande masse des agents administratifs, les lois sont en général restées muettes. En France, la doctrine et la jurisprudence ont su édifier une théorie de la responsabilité véritablement remarquable et dont je vais un peu plus loin déterminer les éléments essentiels, en montrant qu'ils répondent bien au double desideratum que doit réaliser toute théorie de ce genre : d'une part, donner une sanction efficace à la responsabilité des fonctionnaires et par là protéger les administrés ; d'autre part, protéger en même temps les agents publics contre des poursuites téméraires qui pourraient entraver le fonctionnement des services publics et même le rendre impossible ou tout au moins d'une extrême difficulté.

Quand on lit les constitutions et les lois de l'époque révolutionnaire, on est frappé à la fois de l'absence de texte relatif à la responsabilité de l'Etat et du nombre considérable de dispositions consacrant au contraire la responsabilité personnelle des agents. Les législateurs

de la Révolution y voyaient la garantie indispensable et essentielle des libertés publiques et la protection par excellence des citoyens contre l'arbitraire toujours possible de l'État.

Le principe de la responsabilité des agents publics a été formulé pour la première fois par l'article 15 de la Déclaration des droits de 1789, ainsi conçu : « La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration. » De ce texte, il faut rapprocher les articles suivants de la constitution de 1791 : tit. III, pr., art. 4 ; tit. III, chap. III, sect. I, art. 1 et 2 ; tit. III, chap. V, art. 23 ; tit. V, art. 3.

L'article 24 de la Déclaration des droits de 1793 formulait le principe d'une manière particulièrement énergique : « Elle (la garantie sociale) ne peut exister si les limites des fonctions publiques ne sont pas clairement déterminées par la loi et si la responsabilité de tous les fonctionnaires n'est pas assurée. » Rap. Déclaration des droits de 1793, art. 31 ; const. 1793, art. 55, 71-73, 83 ; Déclaration des droits de l'an III, art. 22 ; const. an III, art. 200, 201, 323 ; const. an VIII, art. 69-75.

La charte de 1830 (art. 69) annonçait qu'une loi serait faite sur la responsabilité des ministres et des autres agents du pouvoir exécutif. En effet, dès 1832, le parlement était saisi de projets et de propositions relatifs à la responsabilité. De longues et intéressantes discussions s'élevèrent dans la chambre. Elles s'échelonnent de 1833 à 1837 ; mais la tentative échoua et la révolution de 1848 éclata sans qu'aucune loi sur la responsabilité ait été votée.

La constitution de 1848 contenait une formule générale à la mode de la Révolution : « Le président de la République, les ministres, les agents dépositaires de l'autorité publique sont responsables, chacun en ce qui

le concerne, de tous les actes du gouvernement et de l'administration » (art. 68).

Depuis, aucune loi constitutionnelle ni ordinaire n'a formulé le principe général de la responsabilité des fonctionnaires. Il est bien entendu que je ne parle pas des comptables dont la responsabilité envers l'État, dans tous les pays, fait l'objet d'une législation très complexe et très touffue, qu'il n'y a pas lieu d'étudier ici. Mais les comptables mis à part, certains fonctionnaires, à cause de leur caractère propre, sont dans une situation spéciale. En ce qui les concerne, il est intervenu en France, récemment, des dispositions importantes, je veux parler des ministres.

Responsabilité civile des ministres. — Dans les pays qui pratiquent le régime parlementaire, les ministres sont dans une situation complexe : ils ont un double caractère ; ils sont membres du gouvernement, organe politique agissant sous le contrôle des chambres ; d'autre part, ils sont de hauts fonctionnaires administratifs, chefs de tous les services publics ressortissant au département ministériel à la tête duquel ils sont placés.

Comme membres du gouvernement, les ministres peuvent être atteints par une triple responsabilité que j'étudierai en détail au tome IV, en exposant l'organisation politique de la France. Les ministres sont politiquement responsables devant les chambres (L. const. 25 février 1875, art. 6). Cette responsabilité forme l'élément essentiel du gouvernement parlementaire. Cf. *supra*, § 50. Les ministres peuvent être mis en accusation par la chambre des députés devant le sénat pour crime commis dans l'exercice de leurs fonctions (L. const. 16 juillet 1875, art. 12, § 2). Ce texte donne ainsi une sanction spéciale à la responsabilité pénale des ministres. Enfin, les ministres sont responsables

civilement envers l'État lorsqu'ils engagent des dépenses sans qu'il y ait des crédits régulièrement ouverts par le parlement ou au delà de ces crédits.

La responsabilité civile des ministres a donné lieu à beaucoup de difficultés ; on a même contesté son existence. Elle est aujourd'hui reconnue par des textes législatifs formels. A mon avis, l'article 9, § 2, de la loi du 15 mai 1850 la consacrait déjà expressément. Mais ce texte était bien oublié, et d'ailleurs sa portée était contestée. Au lendemain de la guerre, le législateur introduisit dans une loi de douzièmes provisoires (L. 31 décembre 1920) un article 5 ainsi conçu : « Il est interdit aux ministres de prendre des mesures nouvelles entraînant des augmentations de dépense imputables sur les crédits ouverts aux articles 1, 2 et 3 et qui ne résulteraient pas de l'application des lois antérieures et des dispositions de la présente loi. Le ministre ordonnateur et le ministre des finances seront personnellement responsables des décisions prises à l'encontre de la disposition ci-dessus. » Depuis, cette disposition est devenue une clause de style reproduite dans toutes nos lois de finances : 28 février 1921, article 5 ; 30 avril 1921, article 115 ; 31 décembre 1921, article 175. Le principe même de la responsabilité civile des ministres envers l'État ne peut donc aujourd'hui en France soulever aucun doute. Mais il n'en est pas de même de l'étendue et de la sanction de cette responsabilité. On ne voit pas bien, en effet, comment elle pourrait, le cas échéant, être mise en œuvre et dans quelle mesure. Cette question sera étudiée au tome IV.

Quant à la responsabilité des ministres, soit envers l'État, soit envers les particuliers, quand ils agissent comme fonctionnaires administratifs supérieurs, chefs des services publics ressortissant à leurs départements, elle est soumise au droit commun de la responsabilité

des fonctionnaires, et désormais, en étudiant cette responsabilité, j'aurai en vue tous les fonctionnaires, y compris les ministres.

Je viens de dire : droit commun de la responsabilité des fonctionnaires. Il n'est pas aisé d'en déterminer exactement tous les éléments. On peut cependant fixer les éléments généraux de la théorie telle qu'elle a été édifiée par la doctrine et surtout par la jurisprudence. Il convient de distinguer la responsabilité pénale d'une part et, d'autre part, la responsabilité civile envers l'État et envers les particuliers. Il est bien entendu que je ne parle que des fonctionnaires non comptables.

Responsabilité pénale.— Elle ne peut guère soulever de difficulté. Chaque législation a déterminé un certain nombre de cas où la violation de la loi fonctionnelle par l'agent constitue une infraction pénale. On peut citer par exemple les articles 114 à 131 et 166 à 168 du code pénal français. Les articles 114 à 121 punissent les actes attentatoires à la liberté individuelle et aux droits civils des citoyens. Les articles 123 à 126 sont relatifs aux coalitions de fonctionnaires; et ce dernier texte prévoit et punit le fait de fonctionnaires publics « qui auraient par délibération arrêté de donner des démissions dont l'objet ou l'effet serait d'empêcher ou de suspendre, soit l'administration de la justice, soit l'accomplissement d'un service quelconque ». J'ai examiné, au paragraphe 69, la question de savoir si cet article peut s'appliquer au cas de grève de fonctionnaires. Les articles 128 à 131 établissent des sanctions pénales à la règle de la séparation de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif, articles très rarement appliqués parce qu'il est extrêmement rare que, sciemment et volontairement, un fonctionnaire de l'un des deux ordres empiète sur le domaine de l'autre.

« Tout crime commis par un fonctionnaire public

dans l'exercice de ses fonctions est une forfaiture. Toute forfaiture pour laquelle la loi ne prononce pas de peine plus grave est punie de la dégradation civique. » Tel est le texte des articles 166 et 167 du code pénal. On en comprend très bien le sens et la portée. Assurément la forfaiture n'est pas une infraction ayant un caractère spécifique propre. Ce mot est un terme générique par lequel la loi désigne tout crime commis par un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions. D'autre part, l'article 167 n'a évidemment pas d'application puisqu'il ne peut y avoir de crimes commis par un fonctionnaire que ceux que la loi prévoit et définit, et que pour chacun d'eux elle a déterminé la peine. Cependant le sénat, constitué en haute cour de justice, en condamnant par son arrêt du 6 août 1918, pour crime de forfaiture, M. Malvy, ancien ministre de l'intérieur, a déclaré expressément faire application des articles 166 et 167 du code pénal. En cela, il s'est trompé du tout au tout, et j'ai pu qualifier son arrêt d'illégal et d'incohérent (*Revue politique et parlementaire,* août 1919, p. 137).

En ce qui concerne la responsabilité pénale des fonctionnaires, les décisions de chaque législation positive sont déterminées par les idées que le législateur se forme, à une époque et dans un pays donnés, du domaine de la répression pénale. Tout ce qu'on peut dire ici, c'est que la tendance du droit moderne est certainement de restreindre l'étendue de la répression pénale en ce qui concerne les fautes des fonctionnaires. En France, les différents articles du code pénal qu'on vient de citer ne sont appliqués que dans de très rares occasions, et les législations pénales les plus récentes ne contiennent qu'un petit nombre de dispositions relatives aux infractions fonctionnelles.

Cependant, je dois rappeler que très justement le

projet de loi du 1er juin 1920 sur le statut des fonctionnaires contient un article 24, § 2, qui crée une infraction nouvelle. Ce texte tend, en effet, à punir de peines sévères les directeurs ou administrateurs de groupements ou d'unions de fonctionnaires « coupables d'avoir provoqué les fonctionnaires à la cessation concertée de leur service ».

Responsabilité civile. — Au contraire, le domaine de la responsabilité civile des fonctionnaires va certainement en s'accroissant. C'est une matière qui soulève de nombreuses et de graves difficultés. Il est impossible de les examiner en détail. Mon intention est surtout de montrer les solutions générales auxquelles conduit la notion de fonction publique que j'ai développée, et qui cadrent d'ailleurs exactement avec les décisions de la jurisprudence.

Il importe tout d'abord de marquer bien nettement que la question de la responsabilité personnelle des fonctionnaires se pose dans des termes tout à fait différents de ceux dans lesquels se présente celle de la responsabilité de l'État. Quand j'étudierai cette importante question, dans la suite de cet ouvrage, je montrerai que cette dernière ne peut être une responsabilité pour faute, mais seulement une responsabilité pour risque. L'État assure le risque qu'implique pour tout administré le fonctionnement des services publics. L'État n'est pas une personne et ne peut pas commettre de faute. L'État serait-il une personne collective, comme la majorité des juristes le prétendent encore, il ne pourrait point en réalité commettre une faute. Parler des fautes d'une personne collective, c'est employer une métaphore et rien de plus.

Au contraire, quand on étudie la responsabilité personnelle des fonctionnaires, on se trouve en présence de volontés individuelles, de volontés humaines cons-

cientes. On sait ce qu'il faut penser de toutes ces vaines théories qui prétendent que les agents sont les mandataires ou les organes des personnes publiques. Les agents publics sont des individus comme les autres; quand ils font un acte, ce sont eux qui le font et non point une prétendue personne publique dont ils seraient les représentants. Ce sont donc des individus qui se trouvent en présence d'autres individus. C'est vraiment et exclusivement une question de responsabilité individuelle qui se pose. Or la responsabilité individuelle ne peut être fondée que sur la faute de l'individu. La question de responsabilité dans les rapports de deux individus se ramène à un conflit entre deux volontés individuelles. Celle qui doit succomber et doit être déclarée responsable, c'est naturellement celle dont la manifestation s'est produite consciemment en violation d'une règle de droit. Cela est précisément la faute.

En résumé, tandis que la responsabilité de l'État est toujours une responsabilité pour risque, la responsabilité des fonctionnaires envers les particuliers est toujours une responsabilité pour faute et ne peut être encourue que lorsqu'il y a eu de la part du fonctionnaire une violation consciente d'une règle de droit. Dès lors, le problème est de savoir dans quel cas et à quelle condition la faute du fonctionnaire sera de telle nature qu'elle entraînera la responsabilité personnelle du fonctionnaire.

Avant de répondre à la question, il importe de prévoir et d'écarter une objection d'ordre général qui ne tend à rien de moins qu'à nier d'une manière complète la responsabilité des fonctionnaires envers les particuliers.

Quand, a-t-on dit, on ne reconnaissait pas le principe général de la responsabilité de l'État, ou que du moins on ne l'admettait que pour les actes de gestion,

la question de la responsabilité des fonctionnaires envers les particuliers se posait et présentait un grand intérêt. Mais aujourd'hui, l'État étant reconnu responsable de tout préjudice occasionné par le mauvais fonctionnement d'un service public, la question de la responsabilité personnelle des fonctionnaires ne se pose plus. Quelle que soit la faute commise par un fonctionnaire, elle se traduit en un mauvais fonctionnement du service public auquel il est préposé. C'est l'État qui en est responsable envers le particulier lésé et qui doit être d'autant plus responsable que la faute de son agent est plus grave. Il y aura lieu sans doute de rechercher si et dans quel cas l'État aura un recours contre le fonctionnaire en faute. Mais rien de plus. Les particuliers ne s'adresseront jamais au fonctionnaire, mais toujours à l'État; et ils y auront un grand intérêt, car ils seront certains d'avoir un débiteur solvable.

En réalité, l'objection ne porte pas; elle suppose une méconnaissance complète de l'idée vraie sur laquelle repose la responsabilité de l'État et elle est inspirée par de vieilles idées civilistes qui n'ont rien à faire ici. On part de ce principe que, si l'État est responsable, il l'est comme un préposant qui, en vertu de l'article 1384 du code civil, est responsable des fautes de son préposé, de toutes les fautes sans distinction, que par conséquent l'État doit être responsable de toutes les fautes de ses fonctionnaires et qu'il n'y a point de distinction à faire au moins au regard des particuliers. Mais la vérité n'est pas là. On verra aux paragraphes 81 et 83 que, dans le droit public moderne exprimé par la jurisprudence, la caisse collective doit supporter la réparation des conséquences dommageables qu'aurait pour un particulier le mauvais fonctionnement d'un service public, qu'il n'y a point là une responsabilité pour faute, une responsabilité pour le fait d'autrui,

mais comme une assurance au profit des particuliers contre le risque résultant pour eux du mauvais fonctionnement du service public établi et fonctionnant dans l'intérêt de la collectivité.

L'étendue de cette responsabilité de l'État trouve naturellement sa mesure dans l'élément même sur lequel elle est fondée. Logiquement, elle ne doit jouer que lorsque et dans la mesure où le préjudice a véritablement pour cause le mauvais fonctionnement du service public. Si donc le préjudice est né à l'occasion du fonctionnement du service public, mais s'il n'en est pas la conséquence directe, s'il n'y a pas une relation de cause à effet entre le fonctionnement du service et le préjudice, la caisse publique ne doit pas le supporter, l'État ne doit pas être responsable. Il en sera ainsi quand le préjudice est né sans doute à l'occasion du service, mais d'un acte d'un fonctionnaire qui est en réalité étranger au service. C'est cet acte, accompli à l'occasion du service, mais qui est cependant un acte étranger au service, qu'on appelle, suivant une terminologie consacrée, la *faute personnelle* du fonctionnaire.

Dès lors, on peut formuler la proposition suivante, qui dérive logiquement de tout ce qui a été dit précédemment : Lorsque le préjudice du particulier, quoique né à l'occasion du fonctionnement d'un service public, a pour cause un acte du fonctionnaire qui est étranger au service, l'État, le patrimoine public ne sont pas responsables, et le fonctionnaire est seul personnellement responsable envers le particulier lésé. On montrera plus loin les applications de cette proposition, qui je le reconnais aisément, soulève aujourd'hui de vives controverses. Cf. § 84.

La solution ainsi donnée est cependant pleinement protectrice des intérêts individuels, en réalité plus protectrice que celle qui consiste à admettre dans tous les

cas la responsabilité de l'Etat. En effet, d'une part, le particulier lésé sera peut-être mieux armé contre le fonctionnaire que contre l'État; en tout cas, il pourra procéder par voie d'exécution forcée contre le fonctionnaire; il ne le peut pas contre l'État. D'autre part et surtout, le meilleur moyen de tenir le fonctionnaire en haleine, de lui inspirer le sentiment de ses devoirs, est de l'avertir qu'il y a un certain point où il perd le caractère impersonnel de rouage d'un grand service public, où il est un homme avec ses devoirs et sa responsabilité, et où il se trouve comme tel, d'homme à homme, en face des administrés envers lesquels il pourra être déclaré personnellement responsable.

Cependant, on mène grand bruit d'un arrêt (*Lemonnier, commune de Roquecourbe*) du 26 juillet 1918, par lequel le conseil d'État reconnaît la responsabilité de l'administration dans un cas où les tribunaux judiciaires avaient déjà reconnu la responsabilité personnelle de l'administrateur (*Recueil,* 1918, p. 772; S., 1918-1919, III, p. 41). Il faut noter que l'arrêt de la cour de Toulouse a été cassé par la cour de cassation par arrêt du 5 janvier 1921 (S., 1922, I, p. 177, avec une note de Mestre), la cour suprême décidant avec juste raison que la négligence du maire de Roquecourbe ne constituait pas une faute personnelle. Cet arrêt du conseil d'État ne serait, dit-on, que le couronnement d'une jurisprudence inaugurée par l'arrêt *Compagnie commerciale du Congo français,* 12 février 1909, *Recueil,* 1919, p. 154, affirmée à nouveau dans l'arrêt *Anguet,* 3 février 1911, *Recueil,* 1911, p. 146, et encore dans l'arrêt *Thévenet*, 23 juin 1916, *Recueil,* p. 245.

A propos du premier de ces arrêts, Jèze écrivait « que la distinction entre la faute de service et la faute lourde des agents est une théorie subtile qui a été imaginée uniquement pour régler une question de procédure, celle de savoir devant quel tribunal, judiciaire ou administratif, l'action devait être portée... C'est une conséquence néfaste de la fameuse théorie politique de la séparation des autorités administrative et judiciaire » (*Revue du droit public,* 1910, p. 154). Jèze, d'habitude si exact, commet ici de manifestes confusions. D'abord, ce n'est pas la distinction entre la faute de service et la faute lourde qui a été imaginée, c'est la

distinction entre la faute de service et la faute personnelle, et la question est précisément de savoir quand il y a faute personnelle. D'autre part, ce n'est pas pour résoudre une question de compétence que la distinction a été faite; mais la distinction ayant été faite pour résoudre une question de responsabilité, la question s'est posée de savoir, après le décret du 19 septembre 1870, quel était le tribunal compétent pour décider dans chaque espèce s'il y avait ou non faute personnelle.

Naturellement, Jèze triomphe avec les arrêts Thévenet et Lemonnier.

Je persiste à penser qu'ils n'ont pas la portée qu'on veut leur donner. Je reviendrai sur la question quand j'étudierai la responsabilité de l'État, § 84. Mais, dès à présent, je dois dire qu'il me paraît impossible d'admettre que, lorsque le fonctionnaire s'est véritablement placé en dehors du service, l'administration soit responsable. Je vais montrer un peu plus loin que la faute personnelle, susceptible d'entraîner la responsabilité propre du fonctionnaire, peut apparaître dans deux hypothèses très différentes : au cas de faute détachable de l'acte fonctionnel et au cas de faute incluse. On peut admettre la coexistence des deux responsabilités au cas de faute incluse; je ne la conçois pas au cas de faute détachable. Je dis donc : si le préjudice dont souffre un particulier, quoique né à l'occasion du service, a pour cause un acte du fonctionnaire complètement distinct du service, le fonctionnaire est responsable, l'administration ne l'est pas. Reste à rechercher quand il y a un fait personnel complètement distinct du service quoiqu'il se soit produit à son occasion. Dans certains cas, au contraire, il peut y avoir faute personnelle incluse dans l'acte fonctionnel; on conçoit alors la coexistence des deux responsabilités.

Avant d'étudier cette distinction, il n'est pas inutile de dire quelques mots de la responsabilité des fonctionnaires judiciaires pour lesquels existe en France une législation spéciale.

Responsabilité des fonctionnaires judiciaires. — Le droit français tout en reconnaissant la responsabilité des fonctionnaires judiciaires l'a limitée étroitement, et quant aux cas dans lesquels elle peut être engagée, et au point de vue de la procédure par laquelle seulement elle peut être mise en jeu. Les règles de cette procédure appelée *prise à partie* sont minutieusement déterminées au code de procédure, articles 505-516; elle est compliquée et périlleuse.

Quant aux cas de responsabilité personnelle des fonctionnaires judiciaires, ils sont énumérés limitativement par le législateur. Au reste, ils rentrent tous dans la notion de faute personnelle qui vient d'être indiquée : il s'agit d'un fait accompli à l'occasion du service, mais qui n'est pas, en réalité, un fait de service. La responsabilité du juge est engagée quand il y a dol, fraude ou concussion, soit dans le cours de l'instruction, soit au moment du jugement. En pareil cas, le fait est bien distinct du fait de service; si le magistrat a commis un acte de ce genre, il s'est placé véritablement en dehors du service. Il en est évidemment de même lorsque le juge commet un déni de justice, c'est-à-dire, d'après la définition même de la loi, lorsque le juge « refuse de répondre les requêtes ou néglige de juger les affaires en état ou en tour d'être jugées » (C. proc., art. 505 et 506).

La prise à partie est soumise à des règles de procédure très compliquées, qui la rendent périlleuse et qui font son succès bien aléatoire. Elle est d'abord soustraite aux règles ordinaires de la compétence. Si elle est dirigée contre un juge de paix, un tribunal de première instance, un tribunal de commerce ou un de leurs membres, un membre d'une cour d'appel, elle est portée devant la cour d'appel. Si elle est dirigée contre une cour d'appel ou une cour d'assises, elle est portée

directement devant la cour de cassation. D'autre part (et c'est une restriction qu'il serait urgent que le législateur supprimât), « la prise à partie ne peut être introduite qu'avec l'autorisation de la juridiction devant laquelle elle doit être portée » (C. proc., art. 510). Cette disposition vient limiter d'une manière absolument injustifiable le droit du particulier de mettre en œuvre la responsabilité du magistrat. Que le législateur prenne des garanties pour le jugement de la responsabilité, soit; mais qu'il subordonne l'exercice de l'action en responsabilité à une autorisation préalable, c'est inadmissible.

C'est très justement que dans l'exposé des motifs de sa proposition de loi de 1904, relative à la protection de la liberté individuelle, M. Clemenceau déclarait que la garantie primordiale de la liberté individuelle se trouvait dans une responsabilité sévère et fortement organisée des magistrats judiciaires (*J. off.*, *Doc. parl.*, Sénat, session extraordinaire, 1903, p. 59). La même idée inspirait aussi la proposition de loi de M. Cruppi (*J. off.*, *Doc. parl.*, Chambre, session ordinaire, 1905, p. 50).

Dans le projet de loi sur la liberté individuelle adopté en deuxième lecture par le sénat le 2 mars 1909, par la chambre en 1914 et à nouveau par le sénat en 1921, on a élargi et précisé les causes de la prise à partie, qui restent cependant limitativement énumérées. Bien qu'on ait déclaré pendant la discussion que la procédure de la prise à partie, telle qu'elle est organisée par le code de procédure, est si périlleuse qu'il n'y a peut-être pas, depuis la promulgation du code, deux cas où la prise à partie ait en fait abouti, on a maintenu les règles de cette procédure. Mais le projet de loi décide que l'État pourra être déclaré civilement responsable du magistrat reconnu en faute. Ainsi c'est le magistrat qui est poursuivi, et l'État pourra être condamné en même temps que lui. Le projet entremêle la responsabilité du magistrat et la responsabilité de l'État; et s'il devient loi, il est à craindre que finalement, en fait, la responsabilité n'atteigne personne. M. Ribot a très justement critiqué ce système. Les explications de M. Monis, rapporteur du projet, ont été fort confuses. Cf. les débats au sénat, séance du 9 féyrier 1909.

Sur la procédure qui pourrait être organisée pour rendre efficace la responsabilité des magistrats de l'ordre judiciaire, cons.

l'excellent rapport de Larnaude, à la Société des prisons, sur les garanties de la liberté individuelle, *Revue pénitentiaire,* 1901, p. 185, et le rapport de Lacoin, *Revue pénitentiaire,* 1906, p. 396 et s.

Sur la responsabilité des fonctionnaires de l'ordre judiciaire, cf. Rolland, *Des réparations dues aux particuliers pour arrestations arbitraires, Revue du droit public,* 1909, p. 723 et spéc. p. 730 et s.; Lerebour-Pigeonnière, *Rapport, Revue pénitentiaire,* 1901, p. 1158; Nesmes-Desmarets, *De la responsabilité civile des fonctionnaires de l'ordre administratif et judiciaire,* 1910, surtout p. 207 et s.

Pour les fonctionnaires qui, au point de vue de la responsabilité, doivent être considérés comme ayant le caractère judiciaire, cf. *supra,* § 54.

Finalement, de toutes les discussions qui se sont élevées sur cette question de la responsabilité des fonctionnaires de l'ordre judiciaire, je suis amené à conclure que le mieux serait d'abroger les dispositions du code de procédure sur la prise à partie et de voter une loi qui se composerait de deux articles : 1° l'État est responsable envers les particuliers du préjudice résultant pour eux du mauvais fonctionnement du service de la justice quand il n'y a pas décision juridictionnelle ayant force de chose jugée; 2° les fonctionnaires de l'ordre judiciaire sont responsables, à l'exclusion de l'État, envers les particuliers des fautes personnelles commises à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions. La jurisprudence déterminerait, comme elle le fait pour les fonctionnaires de l'ordre administratif, les faits constituant la faute personnelle.

Responsabilité des fonctionnaires administratifs. — En ce qui la concerne, la jurisprudence et la doctrine ne sont gênées par aucune loi, et cela fort heureusement. Elles peuvent donc, en toute liberté, déterminer pour chaque espèce ce qu'on doit entendre par faute personnelle. Et parfois la détermination ne laisse pas de présenter quelques difficultés.

S'il est nécessaire qu'il y ait une faute du fonctionnaire pour qu'il soit responsable, toute faute n'entraîne

pas sa responsabilité. Il faut que ce soit une faute personnelle; si c'est une faute de fonction, l'administration peut être responsable, le fonctionnaire ne l'est point. On aperçoit assez aisément les raisons de cette solution. Quand il n'y a qu'une faute de fonction, la personnalité du fonctionnaire est en quelque sorte absorbée par le service public. On peut dire très justement que ce n'est pas le fonctionnaire qui a agi, que c'est le service public qui a fonctionné. Je ne dis point que le fonctionnaire est l'organe ou le préposé de la personne administrative. Je rejette, on le sait, tout ce fatras de personnes collectives et d'organes. Mais il est d'évidence que l'expression même de faute de fonction montre que dans l'hypothèse prévue ce n'est pas le fonctionnaire, en tant qu'homme, qui a lésé le particulier, mais bien le fonctionnement du service public.

Au reste, il ne suffit pas de se borner à faire sentir ce qu'est la faute personnelle et ce qu'est la faute de fonction. Il faut déterminer d'une manière précise dans quel cas il y a l'une ou l'autre. A mon avis, les auteurs qui ont écrit sur la question n'y sont qu'imparfaitement parvenus, faute de n'avoir pas fait une distinction déjà annoncée, qui me paraît essentielle, entre ce que j'appelle la faute détachable et la faute incluse.

Laferrière, qui le premier a tenté de préciser la distinction entre la faute personnelle et la faute de fonction, a écrit : « Si l'acte dommageable est impersonnel, s'il révèle un administrateur plus ou moins sujet à erreur, et non l'homme avec ses faiblesses, ses passions, ses imprudences, l'acte reste administratif et ne peut entraîner la responsabilité personnelle du fonctionnaire. » (*Juridiction et contentieux*, 2e édit., I, p. 648).

La formule est élégante, mais bien imprécise. Jèze, voulant très justement arriver à donner un critérium de distinction plus précis, s'est attaché à faire une

longue analyse de la jurisprudence, et il résume ainsi le droit français actuel, tel que, d'après lui, il aurait été élaboré par les tribunaux. Il y a faute personnelle, dans deux séries d'hypothèses : lorsque la faute révèle une intention mauvaise, lorsque la faute est lourde. Il y a faute lourde dans trois cas : 1° lorsque l'agent s'est trompé grossièrement dans l'appréciation des faits qui ont motivé sa conduite ; 2° lorsqu'un fonctionnaire s'est trompé grossièrement sur l'étendue de ses pouvoirs légaux; 3° lorsqu'un fonctionnaire a violé une loi pénale (Jèze, *Revue du droit public,* 1909, p. 274).

Hauriou a fait très justement observer que la distinction de la faute lourde et de la faute légère ne résout point le problème, que le fonctionnaire peut être responsable sans que sa faute puisse être qualifiée de lourde, qu'au contraire il peut échapper à toute responsabilité bien qu'il ait commis une faute grave quand, ni de fait ni d'intention, il n'est sorti du domaine administratif et que, finalement, il faut s'en tenir pour la faute personnelle à la définition de Laferrière. Cependant, dans sa dernière édition du *Précis de droit administratif* (1921), il ajoute : « Nous arrivons à cette formule : le fait personnel consiste en une circonstance qui constitue une faute détachable dans les conditions administratives ordinaires, qu'elle soit ou non détachable d'un acte administratif déterminé » (p. 372).

Une formule équivalente se retrouve dans de nombreuses décisions de justice. Il y est dit qu'il y a ou qu'il n'y a pas faute personnelle, suivant qu'il y a ou qu'il n'y a pas un fait détachable de l'acte administratif.

J'estime que toutes ces formules sont insuffisantes et qu'on ne peut arriver à une détermination précise de la faute personnelle qu'en faisant la distinction déjà annoncée entre la faute détachable et la faute incluse.

Première hypothèse : La faute détachable. — Il y a à côté de l'acte administratif, accompli sans doute à son occasion, mais tout à fait distinct de lui, un acte du fonctionnaire, qui n'a en soi rien d'administratif, ni par son objet, ni par son but. C'est un acte complètement distinct de l'acte fonctionnel et qui immédiatement apparaît comme n'ayant rien d'un acte fonctionnel. Si cet acte est fautif, il a le caractère d'une faute personnelle qui entraîne la responsabilité de l'agent.

En pratique, c'est l'hypothèse qui se présente le plus fréquemment et celle qu'ont en vue les auteurs et les tribunaux quand ils disent que la faute personnelle est un acte détachable de l'acte administratif. Aussi bien, en pareille hypothèse, la question de savoir s'il y a faute personnelle ne peut présenter de difficulté sérieuse. Voici cependant, à titre d'exemple, trois espèces qui me paraissent bien illustrer la solution.

Première espèce : Le maire, aux termes du décret réglementaire du 2 février 1852, articles 2 et 8, doit, avant toute élection, faire afficher un tableau rectificatif des listes électorales. Voilà l'acte administratif, l'acte de fonction. A l'occasion de cet acte, au moment des élections municipales, un maire fait porter à la connaissance de ses administrés, par le crieur public et par une affiche spéciale, que c'est à bon droit que M. X... (un adversaire politique) a été rayé de la liste électorale, parce qu'il a été déclaré en faillite. Voilà l'acte personnel nettement distinct de l'acte administratif qui, assurément, constitue une faute personnelle engageant la responsabilité du maire (Tribunal des conflits, 4 décembre 1897, S., 1899, III, p. 76).

Deuxième espèce : Un inspecteur des contributions indirectes, procédant à des vérifications dans un entrepôt de tabacs, constate des irrégularités. Il accomplit là, évidemment, un acte de sa fonction. Mais, à cette occa-

sion, il accuse un garçon distributeur de détournement et le traite en public de voleur. Voilà bien un acte accompli à l'occasion du service, mais qui lui est cependant tout à fait étranger; il constitue de toute évidence une faute personnelle de l'inspecteur engageant sa responsabilité (Tribunal des conflits, 22 juillet 1909, S., 1912, III, p. 33).

Troisième espèce : Un instituteur apprend à lire et à écrire à ses élèves, leur enseigne quelques éléments d'histoire et de morale générale. Voilà la fonction administrative. Dans sa classe, il tient des propos obscènes ou révoltants, attentatoires aux croyances religieuses. Il dit notamment : « Les Allemands ont bien fait, en 1870, de tuer les enfants au berceau; le Bon Dieu est un porte-monnaie bien garni. » Voilà, évidemment, un acte personnel tout à fait distinct de l'activité administrative de l'instituteur et engageant sa responsabilité (Tribunal des conflits, 1er juin 1908, S., 1908, III, p. 81).

Dans ces trois espèces et dans toutes espèces similaires, le fait qui constitue la faute personnelle est complètement distinct de l'acte fonctionnel. Dans les espèces suivantes, au contraire, l'acte fonctionnel et l'acte personnel ne font qu'un et la discrimination de la faute personnelle est alors singulièrement plus délicate.

Deuxième hypothèse : La faute incluse. — Il n'y a pas, à côté de l'acte administratif et distinct de lui, un acte accompli par le fonctionnaire à l'occasion de son activité administrative; en apparence tout au moins, il n'y a qu'un acte fonctionnel. Mais celui-ci peut contenir en lui-même un élément de faute personnelle engageant la responsabilité de l'agent.

Comment le reconnaître? A l'aide des conclusions auxquelles nous a conduit l'analyse de l'acte volontaire.

J'ai montré au tome I, pages 213 et suivantes, que, pour apprécier la valeur d'un acte volontaire, tant au point de vue juridique qu'au point de vue moral, il fallait considérer et son objet et le but qui l'a déterminé. En conséquence, l'acte du fonctionnaire administratif, bien qu'il ait en apparence exclusivement le caractère fonctionnel et qu'il ne soit accompagné d'aucun acte personnel, contient en lui un élément de faute personnelle lorsqu'il porte sur un objet ou est déterminé par un but étrangers au domaine administratif.

L'acte fonctionnel contient un élément de faute personnelle quant à l'objet toutes les fois que le fonctionnaire administratif ordonne un acte d'exécution sur la personne ou sur les biens d'un particulier en dehors des cas où la loi lui a donné expressément compétence à cet effet. Le principe n'est pas douteux. Il est admis de tout le monde, en doctrine et en jurisprudence ; mais l'application présente de graves difficultés et a donné lieu à de vives controverses dans le détail desquelles il n'y a pas lieu d'entrer.

La question s'est posée notamment pour les actes d'exécution contre les congrégations religieuses après la loi du 1er juillet 1901 et contre les curés restés dans leur presbytère après la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des églises et de l'État.

A tort, selon moi, le tribunal des conflits a décidé qu'il y a un acte administratif par son objet, sans faute personnelle, dans l'ordre donné par un préfet d'apposer les scellés sur une école congréganiste fermée en application de l'article 13, §§ 1 et 2, de la loi du 1er juillet 1901 (1er décembre 1902, S., 1904, III, p. 17, avec les conclusions conformes de M. Romieu et une note d'Hauriou). Dans le même sens, cons. d'État, 12 mars 1909 (*Commune de Triconville*), *Recueil*, 1909, p. 275, S., 1909, III, p. 51, qui reconnaît la régularité de l'apposition des scellés faite, conformément à l'ordre du préfet, sur un presbytère pour en assurer l'évacuation par le desservant. La même théorie a été développée par M. Léon Blum, commissaire du gouvernement, dans des conclusions pour deux affaires de presbytère (Cons. d'État, 17 mars 1911, *Recueil*, p. 341, et S., 1913, III, p. 129).

Au contraire, le tribunal des conflits a très nettement décidé qu'il y avait une faute personnelle dans l'acte d'un maire ordonnant la démolition d'un mur construit par un particulier en bordure d'un ruisseau, le maire agissant ainsi en dehors de la compétence que lui donne l'article 16 de la loi du 8 avril 1898, concernant la démolition des murs menaçant ruine en bordure de la voie publique (24 décembre 1904, *Recueil,* p. 888, et S., 1907, III, p. 3).

L'élément de faute personnelle contenu dans l'acte fonctionnel peut consister en ce que le but qui a déterminé l'agent est étranger à tout service public. Celui-ci fait un acte qui est de sa compétence par l'objet, mais il est déterminé par un but qui n'est pas administratif. Il existe alors une faute personnelle pouvant entraîner la responsabilité du fonctionnaire.

La tribunal des conflits l'a très nettement décidé dans deux espèces identiques. Il a reconnu qu'il y a une faute personnelle dans l'acte par lequel le maire ordonne de sonner les cloches de l'église pour un enterrement civil. Que le maire ait compétence pour ordonner de sonner les cloches, ce n'est pas douteux (L. 9 décembre 1905, art. 27, §§ 2 et 3, et Décr. 16 mars 1906, art. 50-52). En ordonnant de sonner les cloches, le maire fait donc un acte qui, par son objet, rentre dans ses fonctions. Mais en ordonnant de sonner les cloches d'une église pour un enterrement civil, il apparaît déterminé par un but étranger à tout service public. Il est évident, en effet, qu'en agissant ainsi, il ne poursuit d'autre but que d'exercer des vexations à l'égard des catholiques et du curé ; dès lors, sa responsabilité personnelle se trouve engagée.

Cf. en ce sens deux décisions du tribunal des conflits du 22 avril et du 4 juin 1910, rendues l'une sur le rapport de M. Romieu et les conclusions de M. l'avocat général Mérillon, et l'autre sur le rapport de M. Roullier et les conclusions de M. le maître des requêtes Chardenet. On y lit notamment : « Considérant qu'un tel ordre (ordre donné par le maire de sonner les cloches) n'a le caractère d'acte administratif que s'il peut se rattacher à l'une des circonstances limitativement énumérées où l'article 51 du règlement du 16 mars 1906 admet la possibilité de l'usage des cloches pour des causes civiles..., que le maire de la commune de X... ne peut invoquer, pour justifier les sonneries ordonnées par lui à l'occasion d'un enterrement civil, ni le

péril commun, ni un texte de loi, ni un usage local; qu'ainsi il a agi en dehors des prescriptions de l'article 51 du règlement précité de 1906...; qu'ainsi l'ordre verbal donné de sonner les cloches pour un enterrement civil ne saurait être envisagé comme un acte administratif fait par le maire dans le cercle de ses attributions, mais constitue une simple voie de fait ou tout au moins un fait personnel dont les conséquences ne peuvent être appréciées que par le tribunal judiciaire (*Recueil,* 1910, p. 324 et 442, S., 1910, III, p. 129, avec une note d'Hauriou).

Les décisions de la jurisprudence sur la question de la faute personnelle sont extrêmement nombreuses, il est évidemment impossible de les rapporter toutes. En voici cependant quelques-unes particulièrement intéressantes et qu'il y a lieu de rapprocher de celles précitées. Le tribunal des conflits a reconnu une faute personnelle dans le fait d'un instituteur qui dicte à ses élèves des passages qui, en termes grossiers, sont la violation de la neutralité scolaire (9 mai 1914, *Recueil,* p. 571, et S., 1921, III, p. 11, à rapprocher de la décision *Morizot,* précédemment citée, du 2 juin 1908, S., 1908, III, p. 81). Il y a faute personnelle dans le fait d'insérer dans un recueil publié au nom du ministre de l'instruction publique des dessins, après avoir effacé la signature de l'auteur de ces dessins, pour illustrer l'article d'un autre auteur (Conflit négatif, 2 mai 1914, *Recueil,* p. 529).

Au contraire, il a été décidé qu'il n'y a pas faute personnelle dans le fait d'un maire qui, pour assurer l'application d'un arrêté municipal relatif à l'importation des viandes foraines, fait saisir lesdites viandes (Cass. crim., 21 mars 1918, S., 1918-1919, I, p. 17, avec une note de Duguit; Cass. req., 5 juin 1918, S., 1918-1919, p. 209, avec une note de Mestre, et Dall., 1921, I, p. 42, avec une note de Jean Appleton; Bordeaux, 19 juin 1917, S., 1918-1919, II, p. 1, avec une note de Duguit; ces diverses décisions ont été rendues dans les affaires *Monpillié c. maire de Bordeaux*).

Il n'est pas inutile de noter que dans les remarquables conclusions données dans l'affaire Rougegré (28 juillet 1911), à propos d'une association cultuelle, M. Chardenet, commissaire du gouvernement, a déclaré que si un maire ne se soumettait pas à la décision du conseil d'État annulant un acte municipal, il commettrait une faute personnelle se détachant de l'exercice de ses fonctions et qu'une action en dommages et intérêts portée devant les tribunaux judiciaires pourrait être intentée contre lui (*Recueil,* 1911, p. 913).

De la responsabilité du fonctionnaire agissant sur l'ordre de son supérieur. — J'estime que lorsqu'un fonctionnaire agit sur l'ordre de son supérieur, sa responsabilité personnelle reste intacte, qu'en d'autres termes elle sera engagée comme elle l'aurait été s'il avait agi spontanément. Tout ce qui vient d'être dit s'applique encore dans cette hypothèse. S'il y a, de la part du subordonné, une faute personnelle, sa responsabilité est engagée et il ne peut s'y soustraire en établissant qu'il n'a fait qu'obéir aux ordres d'un supérieur auquel il doit obéissance.

Cette solution découle logiquement de ce qui a été dit précédemment, à savoir qu'un ordre donné par un fonctionnaire supérieur à son subordonné ne fait pas naître à l'égard de celui-ci l'obligation juridique de s'y conformer. Cf. § 71. S'il en est ainsi, la liberté du fonctionnaire subordonné reste entière, sa responsabilité personnelle subsiste. Elle peut être atténuée ; mais à cet égard il y a simplement un point de fait laissé à l'appréciation des tribunaux.

J'ajoute que la solution que je donne est celle qui protège le mieux les administrés contre l'action administrative. Ils trouvent, en effet, une sérieuse garantie dans le fait qu'au cas d'acte arbitraire la responsabilité puisse atteindre, non seulement celui qui l'ordonne, mais encore celui qui l'exécute, par exemple, non seulement le ministre ou le préfet qui donne l'ordre, mais encore le maire ou le commissaire de police qui le reçoit et l'exécute. On peut dire, il est vrai, que le gouvernement est ainsi exposé à se trouver désarmé et que pour qu'il soit vraiment fort, il faut qu'il puisse exiger de tous ses fonctionnaires une obéissance passive.

C'est là une doctrine régalienne qui n'est plus de notre époque. Dans un État de droit, le gouvernement ne peut jamais agir que conformément à la loi; par

conséquent on ne peut raisonner dans l'hypothèse où il pourrait lui être permis d'agir en dehors de la légalité, et on ne peut lui reconnaître les moyens de le faire. A l'extrême rigueur, on peut soutenir que l'obéissance passive est due aux gouvernants par les chefs militaires, parce que l'existence même de la nation peut alors être engagée. Mais il ne me paraît pas possible d'aller plus loin, et après mûre réflexion, je persiste à penser que le fonctionnaire subordonné ne doit pas obéissance aux ordres illégaux de son supérieur et que par conséquent cet ordre n'exclut pas sa responsabilité personnelle.

Pour soutenir la solution contraire, en droit positif français, on invoque parfois l'article 114, § 1, du code pénal qui punit de la dégradation civique tout fonctionnaire public « qui aura ordonné ou fait quelque acte arbitraire ou attentatoire à la liberté individuelle.... », et qui porte au paragraphe 2 : « Si néanmoins il justifie qu'il a agi par ordre de ses supérieurs pour les objets du ressort de ceux-ci, sur lesquels il leur était dû obéissance hiérarchique, il sera exempt de la peine... » On rapproche les articles 184 et 190 qui déclarent la même disposition applicable au cas de violation de domicile et au cas de réquisition de la force publique contre l'exécution d'une loi.

On remarquera que ces textes ne prévoient qu'un certain nombre d'espèces et que, d'autre part, ils font de l'ordre du supérieur hiérarchique une excuse absolutoire et non une cause exclusive de culpabilité. Par là, ils laissent absolument intacte la question de responsabilité civile. On ne saurait donc tirer argument de ces textes pour soutenir que l'ordre du supérieur exclut la responsabilité du subordonné.

Je persiste donc à penser qu'il est impossible d'admettre que le fonctionnaire qui agit sur l'ordre de son supérieur échappe à toute responsabilité personnelle.

Mais en même temps, il est équitable d'admettre que le tribunal saisi de la question peut décider que, suivant les circonstances, la responsabilité du subordonné reçoit une atténuation, même dans une très large mesure, du fait qu'il a agi sur l'ordre du supérieur. Je ne vais pas jusqu'à dire, comme Joseph Barthélemy dans son excellent article de la *Revue du droit public* de 1914, « que l'ordre hiérarchique peut influer sur la responsabilité de l'agent subordonné comme un élément contribuant à donner au fait de cet agent le caractère d'un acte administratif, d'un fait de service susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat et de lui enlever le caractère de faute personnelle... » (p. 547).

Si, en fait, l'acte constitue une faute personnelle, on ne peut pas concevoir que parce qu'il a été accompli sur l'ordre du supérieur il puisse devenir une faute de service. Ou bien, en effet, l'acte est distinct du service; il est un de ces actes personnels, dont il a été parlé plus haut, qui sont accomplis à l'occasion du service, mais qui s'en détachent complètement; ils conservent forcément ce caractère, même s'ils sont faits par un fonctionnaire subordonné sur l'ordre du supérieur. Ou bien l'acte ayant l'apparence d'un acte fonctionnel est cependant étranger à tout service public à raison de son objet ou de son but; le fait qu'il est accompli sur ordre ne peut avoir pour conséquence de lui donner un objet ou un but de service public et de le transformer en un acte de service. Tout ce qu'on peut dire, c'est que l'ordre donné par le supérieur peut atténuer, dans une très large mesure, la responsabilité du subordonné, que même les circonstances peuvent être telles qu'il paraîtra équitable aux tribunaux de ne prononcer aucune condamnation. Mais il ne faut pas aller plus loin. Les tribunaux devront tenir compte de la gravité de l'acte; par exemple, il sera difficile d'admettre une

atténuation de la responsabilité quand l'acte fait sur ordre par le subordonné est une infraction pénale. Au contraire, si le fait a en soi peu de gravité, si, d'autre part, il était difficile au subordonné de ne pas se conformer aux ordres de son supérieur, les tribunaux peuvent équitablement décider que la responsabilité du subordonné n'est pas engagée.

Les décisions de la jurisprudence sur cette question sont très nombreuses; je n'en citerai que quelques-unes qui sont les plus caractéristiques et qui me paraissent confirmer la solution qui vient d'être donnée.

Un arrêt, déjà ancien, de la cour d'appel d'Angers, du 7 novembre 1871, reconnaît la responsabilité personnelle d'un préfet qui a fait précéder un arrêté de suspension d'un journal de considérants diffamatoires, responsabilité reconnue, bien que ledit préfet ait agi sur les ordres du ministre de l'intérieur (17 novembre 1871, Dall., 1873, I, p. 288). A une époque plus rapprochée, le tribunal des conflits (15 février 1890) reconnaît la responsabilité pour faute personnelle d'un sous-préfet et des agents de police pour lacérations d'affiches, délit prévu par l'article 17 de la loi du 29 juillet 1881, alors que cependant le sous-préfet a agi sur l'ordre formel du ministre et les agents de police sur l'ordre du sous-préfet. « Considérant que l'acte interdit aux fonctionnaires par une prohibition spéciale de la loi pénale ne saurait, alors même qu'il a été accompli sur les ordres du ministre de l'intérieur, revêtir le caractère ni d'un acte administratif, ni d'un acte de gouvernement » (*Recueil,* 1890, p. 183).

Au contraire, le tribunal des conflits, par une décision du 25 mars 1891, a écarté implicitement la responsabilité personnelle d'un fonctionnaire agissant sur l'ordre d'un supérieur (S., 1891, III, p. 32). Il s'agissait d'un receveur des postes qui sur l'injonction à lui adressée par le préfet lui avait remis des lettres et effets confiés par des particuliers au service postal. Une action en responsabilité ayant été intentée devant les tribunaux judiciaires, le conflit fut élevé; le tribunal des conflits annula l'arrêté de conflit en ce qui concerne le préfet, et le maintint en ce qui concerne le receveur des postes, ce qui implique que la question de responsabilité de l'agent des postes ne pouvait se poser, parce qu'il n'avait fait que déférer aux injonctions de l'autorité supérieure. Enfin, dans la décision précitée du 10 avril 1910, le tribunal des conflits, qui reconnaît le principe de la responsabi-

lité personnelle du maire qui a donné l'ordre verbal de sonner les cloches de l'église catholique pour un enterrement civil, reconnaît au contraire, en confirmant l'arrêté de conflit à son égard, l'irresponsabilité de l'agent communal qui, en sonnant les cloches, n'a fait qu'exécuter les ordres du maire (S., 1910, III, p. 129).

Les auteurs allemands se sont ingéniés vainement à construire une théorie qui pût concilier le principe de la responsabilité des fonctionnaires et l'idée régalienne dont ils s'inspirent, laquelle implique l'obligation pour le fonctionnaire subordonné d'obéir passivement aux ordres du supérieur. C'est assurément la théorie de Laband qui est la plus ingénieuse.

D'après cet auteur, le fonctionnaire a le devoir d'examiner la légalité des ordres qu'il reçoit de ses supérieurs, mais seulement la légalité formelle; ce qui implique trois questions : 1° l'autorité qui commande est-elle compétente pour donner l'ordre? 2° le fonctionnaire commandé est-il compétent pour exécuter l'acte qui lui est ordonné? 3° l'ordre a-t-il été donné dans la forme régulière? L'ordre donné étant régulier quant à ces trois éléments formels, le fonctionnaire subordonné lui doit obéissance et échappe à toute responsabilité (Laband, *Droit public,* édition française, II, p. 151).

J. Barthélemy fait très justement observer que la doctrine allemande aboutit en fin de compte, dans tous les cas, au devoir d'obéissance pour le fonctionnaire et par conséquent à son irresponsabilité; que, d'autre part, depuis que Laband a édifié sa théorie et postérieurement à la mise en application du code civil allemand, ont été votées la loi prussienne du 1er août 1909, la loi d'empire du 22 mars 1910 et des lois similaires dans plusieurs États allemands, d'après lesquelles le particulier lésé ne peut jamais s'adresser au fonctionnaire, mais seulement à l'État, celui-ci ayant un recours contre le fonctionnaire au cas de faute personnelle. Il est bien évident que l'État n'exercera pas ce recours contre le fonctionnaire qui s'est borné à obéir.

Cons. l'article précité de J. Barthélemy, *L'influence de l'ordre hiérarchique sur la responsabilité des agents, Revue du droit public,* 1914, p. 491 et s. L'article, très intéressant et très substantiel, contient des renseignements très détaillés sur le droit anglais et sur le droit américain.

Comme je l'ai dit plus haut, il convient d'admettre que dans l'armée, obéissance passive est due par le subordonné à son supérieur, et que, par conséquent, la responsabilité de celui-là

doit toujours être écartée lorsqu'il est établi qu'il n'a fait qu'exécuter un ordre. Cf. en ce sens jugement du tribunal de Lille du 27 mai 1909 (Affaire *Desreumaux,* Dall., 1910, II, p. 349).

J. Barthélemy fait très justement observer que cette subordination entière de l'agent militaire à son supérieur n'existe que pour ce qui touche le service militaire proprement dit, et que pour tout ce qui est en dehors de la fonction militaire, il n'y a pas d'inférieur et de supérieur, mais des hommes responsables suivant les principes généraux du droit.

La question de l'obéissance passive en matière militaire, et par conséquent de la responsabilité des subordonnés pour l'exécution des ordres de leur supérieur, a été l'objet d'une longue et vive discussion au sénat, le 29 juillet 1882. M. le sénateur Labordère demandait une modification à l'article 218 du code de justice militaire, d'après laquelle n'aurait pas été punissable le militaire qui n'aurait pas obéi à un ordre illégal. Le sénat refusa de voter cette proposition (*J. off.*, 1882, *Déb. parl.,* Sénat, p. 937).

De la compétence en matière de responsabilité des fonctionnaires. — Elle a soulevé de grosses difficultés qui sont aujourd'hui résolues.

Aux termes de la constitution de l'an VIII, les ministres ne pouvaient être poursuivis qu'en vertu d'un décret du corps législatif, même pour la mise en jeu de leur responsabilité envers les particuliers. Aujourd'hui, cette disposition n'est plus certainement en vigueur, et tout ce qui va être dit des tribunaux compétents pour juger la responsabilité des fonctionnaires en général, s'applique aux ministres comme aux autres fonctionnaires.

L'article 75 de la constitution de l'an VIII portait : « Les agents du gouvernement autres que les ministres ne peuvent être poursuivis pour les faits relatifs à leurs fonctions qu'en vertu d'une décision du conseil d'État; en ce cas, la poursuite a lieu devant les tribunaux ordinaires. » Cette disposition fut appliquée comme loi ordinaire jusqu'en 1870. Constamment attaquée par le parti libéral comme contraire aux vrais principes du gouvernement libre, la règle de l'article 75 se main-

tint jusqu'à la fin du second empire; elle fut enfin abrogée par le décret du gouvernement de la défense nationale du 19 septembre 1870 : « L'article 75 de la constitution de l'an VIII est abrogé. Sont également abrogées toutes autres dispositions des lois générales ou spéciales ayant pour objet d'entraver les poursuites dirigées contre les fonctionnaires publics de tout ordre. »

L'application de ce texte souleva de nombreuses difficultés. On se demanda si, désormais, les tribunaux judiciaires se trouvaient compétents pour apprécier tous les éléments d'un acte administratif susceptibles d'entraîner la responsabilité des fonctionnaires; on se demanda si, en donnant une pareille solution, on ne portait pas atteinte à la règle, que le décret de 1870 n'avait certainement pas voulu abroger, de la séparation de l'autorité judiciaire et de l'autorité administrative et de l'incompétence des tribunaux judiciaires pour apprécier les actes administratifs. Sur ces points, la jurisprudence a été fixée par un jugement du tribunal des conflits du 26 juillet 1873 rendu sur le rapport de M. Mercier, plus tard premier président à la cour de cassation, dans l'affaire *Pelletier* (poursuite par le propriétaire d'un journal suspendu contre le général Ladmirault, commandant l'état de siège dans le département de l'Oise).

Il est dit : « ... Le décret..., qui abroge l'article 75 de la constitution de l'an VIII, n'a eu d'autre effet que de supprimer la fin de non-recevoir résultant du défaut d'autorisation et de rendre ainsi aux tribunaux judiciaires toute leur liberté d'action, *dans les limites de leur compétence*; mais il n'a pu avoir également pour conséquence d'étendre les limites de leur juridiction, de supprimer la prohibition qui leur est faite... de connaître des actes administratifs et d'interdire, dans ce cas, à l'autorité administrative le droit de proposer le décli-

natoire et d'élever l'arrêté de conflit... Une telle interprétation serait inconciliable avec la loi du 24 mai 1872 qui, en instituant le tribunal des conflits, consacre à nouveau le principe de la séparation des pouvoirs et les règles de compétence qui en découlent... » Le jugement relève ensuite le caractère administratif des décisions invoquées à l'appui de la poursuite; et il constate « qu'en dehors de cet acte le demandeur n'impute aux défendeurs *aucuns faits personnels* de nature à engager leur responsabilité particulière... » Ainsi était posé le principe de la distinction du fait personnel et de la faute de fonction.

V. le texte du jugement du tribunal des conflits du 26 juillet 1873, *Recueil*, 1873, 1er supplément, p. 117, et S., 1874, II, p. 28. Ont suivi une longue série de décisions du tribunal des conflits dans le même sens qu'il est inutile de rapporter.

J'estime que même si le préfet n'oppose pas le déclinatoire d'incompétence, le tribunal judiciaire doit d'office se déclarer incompétent quand la faute personnelle que le demandeur allègue à la charge du fonctionnaire est incluse dans l'acte fonctionnel. Il est, en effet, matériellement impossible, en pareille hypothèse, que le tribunal judiciaire apprécie s'il y a ou non une faute incluse dans l'acte fonctionnel sans apprécier en même temps l'acte fonctionnel lui-même, ce qu'il ne peut pas faire en vertu du principe de la séparation des deux autorités administrative et judiciaire. Quand la faute personnelle est constituée par un fait complètement distinct de l'acte fonctionnel, le tribunal judiciaire peut décider qu'il y a faute personnelle sans qu'il ait à apprécier l'acte fonctionnel et sans qu'il viole le principe de la séparation des deux autorités. Mais il en est incontestablement autrement dans le cas de faute incluse. C'est précisément dans une hypothèse semblable qu'est intervenue la décision *Pelletier*, déjà indiquée, du 26 juillet 1875 et dans laquelle il est dit

que le décret du 19 décembre 1870 n'a pas pu avoir pour conséquence de supprimer le principe fondamental de la séparation de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif et « de supprimer la prohibition qui est faite aux tribunaux judiciaires de connaître des actes administratifs ». Si l'on décidait que le tribunal judiciaire est compétent pour rechercher si un acte fonctionnel contient inclus en lui un élément de faute personnelle, on enlèverait toute portée à la décision *Pelletier* et à toutes les décisions postérieures qui sont venues la confirmer. Qu'on remarque bien que si le tribunal judiciaire se déclare d'office incompétent, l'administré qui se prétend lésé ne se trouve point désarmé. Il peut former contre l'entité administrative, au nom de laquelle le fonctionnaire prétend avoir agi, une action en responsabilité portée devant un tribunal administratif. Si celui-ci reçoit l'action, les intérêts de l'administré sont sauvegardés ; s'il se déclare incompétent, il y a conflit négatif ; le tribunal des conflits peut être saisi à la diligence de l'administré et décider s'il y a ou non faute personnelle.

C'est ainsi qu'il a été procédé dans une affaire soumise au tribunal des conflits, le 29 janvier 1916. Le tribunal civil de Bar-sur-Seine, la cour d'appel de Paris et le conseil de préfecture de l'Aube s'étaient successivement déclarés incompétents pour statuer sur une action en dommages et intérêts formée par l'abbé Thinez contre le maire de Cussangi qui avait ordonné de sonner les cloches pour un enterrement civil. Le tribunal des conflits a été saisi par le demandeur ; sur conflit négatif, et reconnaissant que dans l'acte fonctionnel du maire il y avait un fait personnel, il a annulé l'arrêt d'incompétence de la cour de Paris et, par là même, reconnu la compétence judiciaire (*Recueil*, 1916, p. 52). Cf. ma note sous Bordeaux, 19 juin 1917, S., 1918-1919, II, p. 1, et sous cass., 21 mars 1918, S., 1918-1919, I, p. 17. La solution que je donne a été critiquée par Mestre dans une note sous cass., 5 juin 1918, S., 1918-1919, I, p. 209. Notre collègue allègue, d'une part, que la jurisprudence reconnaît la compétence des tribunaux judiciaires pour statuer sur l'existence de la faute

personnelle dans tous les cas et, d'autre part, que le système que je défends a pour conséquence d'entraîner des complications inutiles et coûteuses.

J'estime, au contraire, qu'il découle de la jurisprudence inaugurée par la décision *Pelletier* en 1873 et maintes fois confirmée depuis, que le décret du 19 septembre 1870 n'a pas pu avoir pour conséquence de supprimer la prohibition faite aux tribunaux judiciaires de connaître des actes administratifs de quelque nature qu'ils soient, et que permettre à un tribunal judiciaire de décider que dans un acte, qui n'est extérieurement qu'un acte administratif, il y a une faute personnelle, ce serait incontestablement violer la règle de la séparation.

Comme l'a fait observer Hauriou à plusieurs reprises, depuis 1870, c'est au tribunal des conflits seul qu'il appartient de décider qu'un acte administratif contient en lui-même un élément de faute personnelle susceptible d'entraîner la responsabilité de l'agent. Sans doute, il y a une complication, mais c'est le meilleur moyen d'atteindre le double desideratum précédemment indiqué : d'une part, reconnaître et sanctionner la responsabilité personnelle des fonctionnaires ; d'autre part, les protéger contre les poursuites téméraires des administrés, lesquelles seraient susceptibles d'entraver la bonne administration.

Sur cette question de compétence, cf. Laferrière, *Juridiction et contentieux,* 2e édit., I, p. 646; Hauriou, *Droit administratif,* 10e édit., 1921, p. 168 et s.; Jacquelin, *Principes dominants du contentieux administratif*, 1901, p. 115, qui critique vivement la jurisprudence du tribunal des conflits.

Sur la théorie générale de la responsabilité des fonctionnaires, outre les auteurs déjà cités, cons. Perreau, *La responsabilité des fonctionnaires,* thèse Bordeaux, 1894; Depaule, *Responsabilité des fonctionnaires*, thèse Toulouse, 1902; Nézard, *Théorie juridique de la fonction publique,* thèse Paris, 1901, p. 722 et s.; *Répertoire* Becquet et Laferrière, v° *Fonctionnaires,* nos 269 et. s.; Berthélemy, *Poursuites contre les fonctionnaires, Revue générale d'administration*, 1898, I, p. 5; Artur, *Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions,* 1905, p. 272 et s., p. 280 et s.; Saleilles, *Revue du droit public,* 1901, II, p. 258, note 2; Geser, *Die civilrechtliche Verantwortlichkeit der Beamten,* Fribourg, 1899; Freund, *Die Verantwortlichkeit der Beamten, Archiv des öffentlichen Rechts,* I, p. 108 et 365; Bernard, *De la responsabilité des fonctionnaires envers les particuliers,* thèse Bordeaux, 1908; Duguit, *L'État, les gouvernants et les agents,* 1903, p. 634 et s.; Jèze, *Revue du droit*

public, 1909, p. 263 ; Nesmes-Desmarets, *De la responsabilité civile des fonctionnaires,* 1909 ; Bertaud, *La responsabilité personnelle des fonctionnaires,* thèse Bordeaux, 1922; P. Cot, *La responsabilité civile des fonctionnaires publics;* thèse Paris, 1922; Dupeyroux, *Faute personnelle et faute du service public,* thèse Paris, 1922. Cf. l'excellent livre de Bonnard, *La responsabilité de l'État et des fonctionnaires dans le droit anglais et dans le droit allemand,* 1914.

CHAPITRE V

LE PATRIMOINE DE L'ÉTAT

§ 73. — *La notion générale de patrimoine.*

Tout le monde connaît la théorie du patrimoine qu'ont édifiée MM. Aubry et Rau, théorie devenue célèbre. Elle a été adoptée, avec quelques modalités de détails, par tous les civilistes. Ils définissent le patrimoine l'ensemble des biens d'une personne envisagés comme formant une universalité de droit. Ils ajoutent immédiatement que l'idée de patrimoine se déduit directement de celle de personnalité, que, quelle que soit la variété des objets sur lesquels l'homme peut avoir des droits à exercer, quelle que soit la diversité de leur nature constitutive, ces objets, en tant que formant la matière des droits d'une personne déterminée, se trouvent soumis au libre arbitre d'une seule et même volonté, à l'action d'un seul et même pouvoir juridique. Ils constituent par là même un tout juridique (*Universum jus*). Le patrimoine considéré comme un ensemble de biens ou de valeurs pécuniaires exprime lui-même l'idée d'une pareille valeur. Pour en déterminer la consistance, il faut, de toute nécessité, déduire le passif de l'actif; toutefois, la circonstance que le passif surpasserait l'actif ne ferait pas disparaître l'existence du patrimoine qui comprend les dettes comme il comprend les biens.

Les savants auteurs concluent : « Le patrimoine étant une émanation de la personnalité et l'expression de la puissance juridique dont une personne se trouve investie comme telle, il en résulte que les personnes physiques ou morales peuvent seules avoir un patrimoine; que toute personne a nécessairement un patrimoine, alors même qu'elle ne possède actuellement aucun bien ; qu'une personne ne peut avoir qu'un seul patrimoine dans le sens propre du mot. »

Aubry et Rau, *Cours du droit civil français,* VI, p. 229-231. — Rapp. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil,* I, n° 126 ; Planiol, *Traité élémentaire de droit civil,* 9e édit., 1922, I, p. 632. A la suite d'Aubry et Rau, Planiol écrit : « Il existe un lien intime entre la personne et le patrimoine. La nature de ce rapport ressort des quatre observations suivantes : 1° les personnes seules peuvent avoir un patrimoine; 2° toute personne a nécessairement un patrimoine; 3° chaque personne n'a jamais qu'un patrimoine; 4° le patrimoine est inséparable de la personne. »

Cf. Gazin, *Essai critique sur la notion de patrimoine,* thèse Dijon, 1910; Bonnard, *La conception juridique de l'État, Revue du droit public*, 1922, p. 41 et s., qui montre bien ce qu'a d'artificiel cette conception purement subjectiviste du patrimoine (p. 52 et s.) (*Tirage à part,* p. 52 et s.).

La conception civilistique et classique du patrimoine apparaît ainsi très nettement. Elle se rattache directement à celle de personnalité juridique. Le patrimoine est un ensemble de droits d'ordre pécuniaire et de charges ou, comme disent certains civilistes, un ensemble de droits actifs et passifs. Or, tout droit, actif ou passif, implique l'existence d'un sujet, lequel ne peut être qu'une personne. Tous les droits actifs et passifs ayant pour titulaire une même personne, étant, suivant l'expression d'Aubry et Rau, soumis au libre arbitre d'une même personne, sont nécessairement soumis au même régime juridique, forment un tout juridique, qui est précisément le patrimoine. Celui-ci ne comprend que des droits actifs et passifs de nature pécuniaire,

c'est-à-dire correspondant à des intérêts appréciables en argent. En un sens, le patrimoine est le produit de l'activité d'une personne dans l'ordre économique ; ou, en d'autres termes, toute personne est support d'un patrimoine. Il ne peut y avoir un patrimoine que s'il y a une personne ; et toute personne possède un patrimoine, c'est-à-dire un ensemble de droits actifs et passifs, dérivant de son activité économique, correspondant à des intérêts appréciables en argent et soumis au même régime juridique.

Lorsqu'il s'agit d'un ensemble de biens affectés à l'utilité d'un individu humain, l'application de cette notion ne soulève pas de difficultés à proprement parler. En effet, dans les conceptions juridiques modernes, tout individu humain est une personne juridique et par là même peut posséder un patrimoine, tel qu'on le définit. Ce qui constitue son patrimoine, ce ne sont pas les choses dont il est propriétaire ou créancier ou celles qu'il doit, c'est l'ensemble des droits dont il est titulaire et des dettes dont il est grevé ; c'est même peut-être plus exactement le droit général d'ordre pécuniaire dont il est titulaire, avec la possibilité générale d'être grevé de dettes correspondantes. Sa personnalité réelle et une donne à ses droits actifs et passifs une unité d'ordre juridique et en fait un patrimoine.

Toutefois, j'ai tort de dire que la conception classique du patrimoine ne soulève pas de difficultés quand il s'agit d'une personne individuelle. En effet, elle implique qu'une même personne ne peut avoir qu'un patrimoine, ou, en d'autres termes, elle implique l'unité et l'indivisibilité patrimoniale d'une même personne. Or, dans la vie moderne, on aperçoit non rarement des cas où une même personne est le support de deux ou plusieurs patrimoines distincts, par exemple l'héritier bénéficiaire qui est en même temps le support de son

patrimoine propre et du patrimoine successoral, les deux étant distincts. Mais le lieu n'est pas ici d'examiner les questions que soulèvent ces sortes de situations.

Lorsqu'un ensemble de biens, avec des charges correspondantes, sont affectés à un but d'utilité collective, pour qu'ils puissent constituer un patrimoine, dans le sens de la doctrine civilistique traditionnelle, il faut que l'élément collectif auquel ces biens sont affectés ait la personnalité, soit véritablement une personne. Ces biens et ces charges ne peuvent former un patrimoine que s'il y a véritablement une seule et même personne qui est titulaire de droits correspondant aux biens et grevée de dettes correspondant aux charges. Ainsi, la notion de patrimoine pose plus impérieuse que jamais la question de la personnalité juridique des collectivités.

Je l'ai étudiée longuement au tome I, chapitre IV, pages 318 et suivantes, sous le titre : *Le sujet de droit*. J'ai montré que toute doctrine qui veut édifier la personnalité juridique des collectivités, ou bien, comme Gierke et son école, énonce une affirmation d'ordre métaphysique dont la démonstration positive est absolument impossible, ou bien construit un système de technique juridique reposant sur une série de fictions, et par conséquent sur le vide. Je n'y reviens pas ; je voudrais montrer seulement ici comment s'est posé particulièrement le problème de la personnalité patrimoniale de l'État.

Pour l'Etat, en effet, le problème s'est présenté dans des conditions particulières. En ce qui concerne les collectivités secondaires, on a pu dire, sans doute, que l'État, par sa toute-puissance, leur attribue la personnalité et que, devenant ainsi, par le fait du prince, des personnes juridiques, elles peuvent avoir un patrimoine. Toutes les doctrines, en effet, si l'on excepte celle de

Gierke, aboutissent finalement à faire de la personnalité collective une chose fictive à laquelle, par sa toute-puissance, l'État donne une réalité juridique. Mais pour l'État, on ne peut pas raisonner de cette sorte, puisqu'il ne peut pas se donner une personnalité à lui-même. J'ai montré au tome I, page 441, les difficultés insurmontables auxquelles on se heurte quand on veut faire de l'État une personne titulaire du droit subjectif de puissance publique. Les difficultés, je devrais dire les impossibilités, sont les mêmes quand on veut faire de l'État un sujet de droit patrimonial, une personnalité patrimoniale.

Les difficultés sont même accrues de ce fait qu'on doit combiner la personnalité patrimoniale de l'État avec sa personnalité de puissance publique. Et quand on fait cette tentative, on crée un véritable labyrinthe duquel on ne peut sortir. On ne peut expliquer, en effet, comment l'État est, en même temps ou suivant les cas, une personnalité patrimoniale et une personnalité de puissance publique. Pour montrer les difficultés inextricables dans lesquelles on s'est engagé en voulant maintenir coûte que coûte la notion de personnalité, il suffit d'indiquer en quelques mots les diverses doctrines qui ont été imaginées pour combiner la personnalité patrimoniale de l'État avec sa personnalité de puissance publique.

La plus ancienne, celle qui pendant longtemps a été enseignée en France comme indiscutable, est la doctrine de la double personnalité politique et patrimoniale de l'État. Elle est renouvelée du droit romain, et par suite de son origine on l'appelle souvent la doctrine de l'État-fisc, le *fiscus* étant en droit romain l'État en tant qu'il est le titulaire de droits patrimoniaux. On admet, parce qu'on ne peut pas faire autrement, que l'État, en tant que personne titulaire de la puissance

publique, s'est formé spontanément, qu'il est une personne réelle. Il n'a pu se donner la personnalité avant d'exister et il n'existe que lorsqu'il a la personnalité. L'État-puissance, existant ainsi naturellement, crée, par une décision de sa volonté souveraine, l'État patrimonial, l'Etat personne patrimoniale ou, suivant l'expression héritée des Romains, l'État-fisc. Cette personnalité patrimoniale de l'État, création de la puissance publique, est, dans la théorie que j'expose, complètement distincte de la personnalité politique; elle est créée par l'État-puissance, comme sont créées par lui les diverses personnalités collectives secondaires qui existent sur le territoire soumis à sa domination. L'État-puissance affecte aux différents buts de services publics un ensemble de biens avec des charges correspondantes, lesquelles forment le patrimoine de l'État-fisc. Ainsi celui-ci est une personne collective du type fondation qu'on a appelée parfois un établissement public.

Comme je l'ai dit plus haut, cette doctrine a pendant longtemps été enseignée en France à peu près unanimement. Elle a trouvé surtout son expression dans l'œuvre d'un jurisconsulte publiciste aujourd'hui bien oublié, mais qui, il y a quelque quarante ans, avait encore une grande notoriété, M. Ducrocq. Il écrivait : « Il n'existe pas, suivant nous, de notion de droit plus nette, plus simple que celle de la personnalité civile de l'État. L'État est possesseur, propriétaire, débiteur, dépositaire, créancier ; il acquiert, il aliène, il peut ester en justice, il passe des contrats. Il n'est pas douteux que c'est une fiction légale, puisque l'État est ainsi assimilé à une personne physique douée de la vie naturelle... L'assimilation entre les personnes physiques et les personnes civiles est nécessairement partielle..., restreinte dans ses effets juridiques, elle ne peut être que l'œuvre du législateur ; et dans ces

limites, la puissance publique ne dépasse en rien ses pouvoirs. L'État est investi dans notre pays de la personnalité civile par un nombre considérable de dispositions de nos codes et de nos lois non codifiées » (*Cours de droit administratif*, 7e édit., 1900, IV, p. 12).

La doctrine est donc bien nette : c'est l'État législateur qui, par sa toute-puissance, crée la personnalité de l'État patrimonial, laquelle est parfaitement distincte de la personnalité politique, comme la chose créée est distincte du créateur. Beaucoup de civilistes français et même quelques publicistes en sont encore là. Berthélemy, notamment, bien que les formules qu'il emploie soient différentes, enseigne une doctrine analogue. Pour lui, en effet, l'État-puissance n'est point une personne ; seul l'État patrimonial possède la personnalité. La puissance publique n'a pas besoin d'une personne pour lui servir de support, car elle n'est pas un droit, mais un ensemble de fonctions. La notion de personne n'est indispensable que pour les droits patrimoniaux. Il y a donc seulement une personnalité patrimoniale de l'État et elle est créée par la puissance publique. Dans la doctrine de Berthélemy, comme dans celle de Ducrocq, l'État patrimonial est une personne collective du type fondation. La puissance publique affecte une quantité de biens aux services publics et crée ainsi l'établissement public qu'est l'État-fisc ou patrimonial. « Au lieu de dire État personne privée, écrit Berthélemy, État personne publique, il est infiniment plus simple de dire État-personne et puissance publique » (*Droit administratif*, 9e édit., 1921, p. 44-46).

C'est possible, mais cela revient absolument au même, et la doctrine de Berthélemy, comme celle de Ducrocq, admet dans l'État deux entités distinctes, la puissance publique et le patrimoine, celle-ci étant une création de celle-là. On ne saurait nier, au reste,

que la doctrine cadre assez bien avec beaucoup de textes des législations positives modernes, par exemple avec les articles 541, 560, 2121 et 2227 du code civil et les articles 83, 398, 481 du code de procédure. Elle paraît avoir été même consacrée expressément par l'article 89 du code civil allemand ainsi conçu : « La disposition de l'article 31 (relatif à la responsabilité des associations) est appliquée par analogie au fisc, de même qu'aux corporations, fondations et établissements de droit public. »

Malgré cela, la doctrine de l'État-fisc est aujourd'hui très vivement combattue par la grande majorité des publicistes français et étrangers. En France, Michoud (*Théorie de la personnalité*, 1906-1909) et Hauriou (*Droit administratif*, 10e édit., 1921) l'ont fortement battue en brèche. Dans ses divers ouvrages, Jellinek l'a aussi violemment attaquée. Ces auteurs insistent sur ce point que voir dans l'État deux entités, deux personnalités distinctes, l'une politique, l'autre patrimoniale, c'est rendre impossible toute construction juridique de l'État. Michoud et Jellinek enseignent que l'État est une personnalité juridique une, qui s'est créée spontanément, qui a existé du moment où des organismes collectifs se sont constitués pour réaliser une volonté commune d'atteindre un certain but. Pour réaliser cet objectif, l'État emploie des moyens différents, tantôt la voie de la puissance publique, tantôt la voie de la richesse patrimoniale, et c'est toujours l'État qui agit, un et indivisible dans sa personnalité juridique. Jellinek fait même observer que l'individu lui-même a des droits de puissance, comme le droit de puissance paternelle, et que cependant il n'y a dans l'individu qu'une seule personnalité juridique, qu'il en est de même pour l'État. Celui-ci apparaît donc, tantôt exerçant des droits de puissance, tantôt des droits patrimoniaux, tantôt des

droits ayant le double caractère politique et patrimonial, comme l'impôt, l'expropriation, la réquisition. Mais c'est toujours l'État un dans son indivisible et naturelle personnalité juridique. Il peut y avoir, suivant l'expression de Michoud, une personnalité à double face, mais il n'y a qu'une seule personnalité de l'État. « Sans doute, écrit Michoud, il peut être utile à certains points de vue de distinguer dans l'État les deux faces de sa personnalité, et nous essaierons nous-même de le faire plus tard, mais on n'arrivera jamais à une théorie juridique satisfaisante si l'on ne maintient pas le principe que tous les actes de l'État doivent être considérés comme ceux d'une personne unique, qui a seulement des organes différents et des manifestations diverses » (*Loc. cit.*, I, p. 276).

Dans les diverses éditions de son *Droit administratif* et de ses *Principes de droit public,* la pensée d'Hauriou paraît avoir été un peu flottante et, à de certains moments, il semble bien avoir enseigné, comme Berthélemy, que l'État patrimonial se distingue de l'État-puissance dont il est une création. Aujourd'hui, Hauriou paraît admettre avec Michoud l'idée d'une personnalité une et indivisible, mais à double face, de l'État, et la considération qui semble l'avoir surtout déterminé, ainsi d'ailleurs que son savant collègue de Grenoble, c'est que cette conception serait le seul moyen de donner un fondement juridique au caractère obligatoire des contrats passés par l'État et à la responsabilité de l'État à l'occasion des actes apparaissant comme une manifestation de la puissance publique. Cette considération n'a point préoccupé les auteurs allemands qui, au contraire, soutiennent l'unité et l'indivisibilité de la personnalité étatique, surtout pour établir que l'État n'est lié par ses contrats que dans la mesure où il le veut bien et qu'il peut, quand il le veut, se soustraire à

toute responsabilité. J'ai déjà cité au tome I le mot de Jellinek : « L'État est placé plus haut que toute règle de droit particulière, comme l'étude des rapports de droit public interne nous l'a déjà appris » (*Allgemeine Staatslehre*, p. 340).

A l'opposé, les auteurs français, et c'est leur honneur, s'efforcent de démontrer l'unité et l'indivisibilité de la personnalité étatique pour donner un fondement aux obligations naissant pour lui de ses contrats et de sa responsabilité. « En matière de contrat, dit Michoud, il est inadmissible que l'État puissance publique puisse violer sans indemnité un contrat passé par l'État personne privée : les deux actes, contrat et acte d'autorité, sont faits en vue des mêmes intérêts collectifs et, par conséquent, pour le compte de la même personne. En matière de responsabilité, la jurisprudence a toujours admis que l'État est pécuniairement responsable des fautes commises par ses organes ou agents dans la gestion des services publics. Cette solution n'est explicable que par l'unité de la personnalité étatique » (*Loc. cit.*, p. 272).

Hauriou, comme je l'ai dit, enseigne aujourd'hui l'unité et l'indivisibilité de la personnalité étatique et rattache cela, avant tout, à la responsabilité de l'État qui prend chaque jour un plus grand développement. Il écrit : « Il y a un parti dans la doctrine qui s'obstine à restreindre la personnalité administrative au seul domaine de la personnalité civile ou personnalité privée... Cette doctrine s'arrête à une vue superficielle des choses. Sans doute, la personnalité juridique ne naît qu'à l'occasion de l'acquisition des biens... Mais une fois constituée, cette personnalité ne demande qu'à s'étendre par le principe de la responsabilité subjective, qui est un attribut de la personnalité tout aussi essentiel que la capacité d'acquérir... Par la responsa-

bilité qu'elle peut entraîner, toute la gestion des services publics l'intéresse... Or, la gestion des services publics, qu'on y fasse attention, c'est l'exercice même des droits de puissance publique » (*Droit administratif*, 10e édit., 1921, p. 90 et note 1).

Je ne puis qu'approuver les motifs qui déterminent les auteurs que je viens de citer. J'adopte sans réserve les solutions qu'ils donnent touchant le caractère obligatoire des contrats faits par l'État et sa responsabilité à l'occasion du fonctionnement de tous les services publics sans distinction. Mais j'estime que, pour donner un fondement juridique à ces solutions qui s'imposent, il est complètement inutile de faire intervenir le concept de personnalité étatique. D'autre part, en admettant la personnalité une et indivisible de l'État, à la fois puissance publique et personne patrimoniale, on est conduit logiquement à nier et l'existence de ses obligations contractuelles et l'existence de sa responsabilité. Avec ce point de départ, il faut admettre, comme la doctrine allemande, que l'État ne peut être obligé que dans la limite où il veut lui-même s'obliger. J'ai le regret de dire que c'est la doctrine allemande de l'auto-limitation, et non la doctrine française de l'obligation pure et simple, qui est dans la logique.

Il va de soi que si, comme moi, on nie l'existence de toute personnalité collective, si l'on y voit seulement un concept de l'esprit ne correspondant à aucune réalité positive, la théorie de la personnalité étatique à double face, comme celle de la double personnalité, est inadmissible. Mais, pour les besoins du raisonnement, j'admets un instant qu'il y ait dans la réalité des personnes collectives et je prétends que, même en acceptant ce postulat, la doctrine de Michoud et d'Hauriou est indéfendable. Pour que l'État puisse employer à son gré, tantôt le procédé de la puissance publique, tantôt le

procédé de la personne patrimoniale, il faut qu'il ait une volonté par nature supérieure aux volontés de ceux avec lesquels il entre en relation, en un mot, une volonté souveraine. Quoi qu'on dise, la volonté étatique aura toujours ce caractère; quel que soit l'acte qu'elle fasse, ce sera toujours une volonté souveraine qui interviendra. On ne peut pas dire que ce soit tantôt une volonté de puissance, tantôt une volonté patrimoniale. Ce sera toujours l'État souverain. Qu'on ne vienne donc pas dire que l'attribution à l'État d'une personnalité juridique une et indivisible, mais à double face, est le seul moyen de donner un fondement juridique à ses obligations contractuelles et à sa responsabilité. Cette conception conduit au contraire à dire que lorsque l'État agit, quel que soit l'acte qui est accompli, c'est toujours la volonté souveraine de l'État qui intervient et, par conséquent, une volonté qui n'est déterminée que par elle-même et ne peut pas être grevée d'obligations supérieures à elle. Les juristes allemands l'ont bien compris, et c'est pourquoi ils combattent à la fois et la théorie de l'État-fisc et la théorie de la personnalité étatique à double face. Je regrette que des auteurs aussi avertis que Michoud et Hauriou ne l'aient pas aperçu et soient venus, de la meilleure foi du monde, apporter un appui aux doctrines régaliennes des juristes allemands.

Sur l'état de la doctrine allemande, concernant la question de l'État-fisc, cons. Hatschek, *Die rechtliche Stellung des Fiskus im bürgerlichen Gezetzgebuche,* 1899.

Je persiste donc à rejeter toute doctrine admettant la personnalité juridique de l'État, aussi bien celle qui lui attribue une double personnalité politique et patrimoniale que celle qui n'admet qu'une personnalité patrimoniale ou une personnalité une et indivisible dans sa réalité, double dans ses manifestations. Mais alors, je me trouve en face de cette affirmation sans

cesse répétée et qui, dans l'esprit de certains juristes, s'impose avec la même force qu'un dogme révélé : pour qu'il y ait un patrimoine, il faut qu'il y ait un sujet personnel qui en soit le titulaire ; pour comprendre l'existence de droits et de charges, il faut une personne bénéficiaire de ces droits, grevée de ces charges ; pour comprendre que des droits et des charges puissent naître, il faut un sujet-personne qui les acquière ou qui les supporte ; pour qu'un ensemble de droits et de charges soit soumis au même régime juridique, il faut qu'ils aient un même sujet auquel précisément s'applique ce régime. Affirmations traditionnellement répétées, s'inspirant de conceptions juridiques subjectivistes, toujours persistantes et dont il n'est pas cependant difficile de montrer le néant, si l'on se place tout simplement en présence de la réalité pratique.

Il ne faut jamais perdre de vue cette idée que ce que protège le droit objectif, c'est un certain but poursuivi par des volontés humaines. Ce but est protégé lorsqu'il est conforme au droit objectif et il est protégé par l'ouverture de voies de droit, très variables dans leur organisation et leurs effets, mais ayant toutes et toujours ce caractère commun qu'elles impliquent l'intervention de la force collective. Ce n'est pas la volonté d'un sujet qui est protégée comme telle, c'est le but poursuivi par cette volonté ; et cette protection elle-même n'est pas l'œuvre d'une volonté personnelle, mais la conséquence de l'application même du droit objectif. Voilà l'idée générale dont je me suis efforcé d'établir les fondements dans le tome I de cet ouvrage, et de montrer les applications dans tous les développements que j'ai essayé de présenter. C'est cette même idée qui est à la base de tout le système juridique auquel est soumis le patrimoine de l'État.

Si on l'accepte, la notion de patrimoine apparaît très

simple, et toutes les questions que l'on prétend insolubles sans l'intervention du concept de personnalité juridique reçoivent facilement leur solution. Dans ce qu'on appelle le patrimoine d'une personne, il n'y a pas, en réalité, autre chose que l'affectation socialement protégée d'une certaine quantité de richesses à un but déterminé. Cette affectation est protégée par l'ouverture des voies de droit établies par le droit objectif considéré. Une ou plusieurs volontés reçoivent du droit objectif compétence pour faire les actes qui conditionnent toute modification introduite dans la consistance de ce patrimoine et pour écarter tous les actes qui tendent à y porter atteinte. On a beau chercher dans ce qu'on appelle un patrimoine, un patrimoine quel qu'il soit, on ne trouve pas autre chose, quel que soit le but auquel il est affecté. Quand un ensemble de richesses est affecté à un but d'utilité individuelle et que cette affectation est protégée, quand c'est le bénéficiaire de cette affectation qui d'après le droit objectif est compétent pour faire les actes qui conditionnent la protection de cette affectation ou les modifications en plus ou en moins conformes à cette affectation, on a été amené à donner pour support à ce patrimoine la personnalité du bénéficiaire individuel, à dire que cet ensemble de richesses est soumis à un même régime juridique parce qu'il appartient à une même personne, et on a rattaché la compétence de cette personne à sa qualité de sujet patrimonial. On raisonnait ainsi parce qu'on considérait que le droit protégeait avant tout la volonté individuelle en elle-même, que par conséquent il ne pouvait y avoir de situation protégée que lorsque derrière cette situation il y avait une volonté, et parce que, enfin, on croyait que c'était la volonté elle-même qui était la cause génératrice des effets de droit.

Mais si l'on démontre, comme je crois l'avoir fait au

tome I, d'une part que ce n'est pas la volonté individuelle en soi qui est protégée par le droit objectif, mais bien un certain but poursuivi, d'autre part que ce n'est pas la volonté qui est la cause créatrice de l'effet de droit, c'est-à-dire de la protection sociale accordée à certaines situations, mais que ces effets sont produits directement par l'application du droit objectif, il est complètement inutile de faire intervenir le concept de personnalité même pour expliquer le patrimoine individuel. On a beaucoup parlé de la théorie dite des patrimoines-buts (*Zweckvermögen*), proposée par Von Brinz; on s'est récrié et on n'a pas été loin de dire qu'elle était absurde, parce que c'était admettre l'existence de droits sans sujet, ce qui est inconcevable. Évidemment, on ne conçoit pas qu'un droit subjectif puisse exister, sans qu'il y ait en même temps une personne qui en soit le sujet. Si le patrimoine est un ensemble de droits, il faut nécessairement une personne patrimoniale. Mais si le patrimoine est un ensemble de richesses affectées à un certain but, cette affectation peut être socialement protégée, sans qu'il y ait une personne titulaire du patrimoine. Von Brinz ne voulait pas dire autre chose; et il était dans le vrai.

Qu'on prenne le fait dans sa simple réalité; quand on constate l'existence d'un patrimoine individuel, on aperçoit seulement l'affectation protégée d'un ensemble de richesses à un but d'utilité individuelle. Le caractère juridique consiste uniquement en ce qu'une voie de droit est ouverte pour écarter toute atteinte ou toute entrave apportée à cette affectation. Pour comprendre cette protection, je ne vois pas pourquoi il est nécessaire de supposer l'existence d'une personne individuelle en laquelle elle s'incarnerait. Je cherche vainement, et je ne comprends pas pourquoi il est nécessaire d'établir une correspondance permanente entre l'affectation de

ces biens et une personne déterminée. Ce qui fait que les biens considérés constituent un patrimoine et sont soumis à un même régime juridique, c'est précisément qu'ils sont affectés à un même but. C'est ce but qui est protégé par le droit objectif. Il y a, suivant l'expression de Von Brinz, un patrimoine-but, ce qui n'a rien que de très logique et de très simple.

De même, pour les actes touchant la consistance de ce patrimoine, il n'y a point correspondance nécessaire entre la capacité de les faire et la qualité de bénéficiaire du but individuel auquel est affecté le patrimoine. La capacité juridique est une création du droit objectif; les effets consécutifs aux actes juridiques dérivent directement du droit objectif et non de la volonté qui les fait; par conséquent, sans faire intervenir aucune idée de représentation, on comprend aisément que la capacité de faire tel ou tel acte patrimonial soit accordée par le droit objectif à une personne qui n'est point titulaire du prétendu droit patrimonial.

Si j'écrivais un traité de droit privé, je montrerais que cette conception du patrimoine-but et de la capacité patrimoniale est la seule qui puisse rendre compte de toute une série de situations reconnues aujourd'hui par une jurisprudence constante et qui sont en contradiction complète avec la théorie traditionnelle du patrimoine personnel, c'est-à-dire du patrimoine correspondant rigoureusement et exclusivement à une personnalité individuelle déterminée. Il suffit de rappeler d'un mot les cas de plus en plus nombreux dans le droit moderne, droit civil et droit commercial, où l'on constate l'existence de plusieurs patrimoines distincts bien qu'il n'existe qu'un seul et même sujet. La conception du patrimoine-but est la seule aussi qui puisse expliquer les décisions constantes de la jurisprudence qui valide les aliénations consenties de bonne foi par l'héritier

apparent. S'il y a correspondance absolue et rigoureuse entre la qualité de titulaire d'un patrimoine et la capacité de faire des actes d'aliénation, on ne peut pas comprendre comment puisse être valable l'aliénation consentie par le simple détenteur de ce patrimoine. Au contraire, si c'est la notion de but qui fonde la capacité relativement aux actes patrimoniaux, tout s'explique aisément puisque, par hypothèse, l'acte a été fait conformément au but d'affectation patrimoniale.

Sur les questions que soulève, en droit privé, la théorie traditionnelle du patrimoine personnel, cons. le livre déjà cité de Gazin et ses critiques sur la notion de patrimoine, thèse Dijon, 1910. Sur la validité des ventes consenties par l'héritier apparent, cf. les deux arrêts les plus récents de la cour de cassation à ma connaissance, 26 janvier 1897, S. 1897, I, p. 313, et Dall. 1900, I, p. 33, avec une note de M. Sarrut.

Si la théorie juridique du patrimoine peut s'établir sans admettre l'existence d'une personne juridique titulaire de ce patrimoine, quand il s'agit de biens affectés à un but d'utilité individuelle, *a fortiori* en est-il ainsi quand il s'agit de biens affectés à un but d'utilité collective, et particulièrement affectés au but d'utilité collective que poursuit l'État, ou, ce qui est la même chose, de biens affectés aux buts des services publics étatiques. Ici, comme pour toute situation juridiquement protégée, la protection consiste en ce que le droit objectif ouvre certaines voies de droit pour garantir cette ituation contre tout acte qui y apporterait une atteinte ou une entrave, contre toute attitude qui serait contraire à son maintien et à son développement. La protection juridique consiste aussi en ce qu'une voie de droit ouverte par le droit objectif vient sanctionner tous les actes qui sont faits en vue de cette affectation, et vient, au contraire, annuler ou réprimer tous les actes qui y sont contraires, comme aussi assurer la réparation des troubles qui y sont apportés et des dimi-

nutions de valeur occasionnées aux richesses qui en sont l'objet.

En d'autres termes, de même que la protection de l'affectation de richesses à un but d'utilité individuelle consiste dans l'attribution à certaines volontés individuelles d'une capacité déterminée, de même, la protection de l'affectation à un but d'utilité collective consiste essentiellement dans l'attribution par le droit objectif aux agents publics d'une compétence pour intervenir, soit d'office, soit sur certaines demandes, à l'effet de faire tous actes conformes à cette affectation et de réprimer, au sens général du mot, toutes les atteintes qui y seraient portées.

On peut présenter la même idée sous une forme concrète en prenant pour point de départ un groupement humain extrêmement simple, et en remontant jusqu'au groupement si vaste et si complexe qu'est l'État moderne.

Un certain nombre d'individus se réunissent ; ils mettent en commun une certaine quantité de richesses, l'affectent à un but déterminé par eux, but supposé licite, à la réalisation duquel ils se proposent de travailler en commun. Par cela seul que ce but est supposé licite, cette affectation doit être protégée en vertu d'une norme générale du droit objectif. Qu'est-ce à dire ? Tout simplement ceci : tous les actes qui seront faits conformément à ce but seront protégés par des voies de droit ; tous les actes qui y seront contraires seront réprimés. Le droit objectif intervient pour donner une certaine compétence aux agents publics à l'effet de protéger cette affectation et de réprimer les atteintes qui y sont apportées. Dans la réalité, il n'y a pas autre chose que cela. Cette affectation à un but d'utilité collective est protégée par l'ouverture de voies de droit, par l'intervention des agents publics, par cela seul qu'il est licite.

Pour expliquer cette protection, est-il besoin de dire que l'association a la personnalité et qu'elle est titulaire de droits subjectifs dont l'ensemble forme son patrimoine? Simple affirmation verbale; scolastique pure, qui crée sans raison des difficultés et des obscurités.

Une volonté quelconque, celle d'un simple particulier ou celle d'un organe ou d'un agent public, affecte une certaine quantité de richesses à un but licite d'utilité collective, à un but de service public par exemple. Cette affectation doit être et est protégée par le droit objectif; tous les actes qui y sont conformes seront sanctionnés; tous ceux qui y sont contraires seront annulés ou réprimés; toutes les atteintes qui y seront apportées entraîneront réparation. C'est tout simplement l'application de la norme juridique générale d'après laquelle tout acte fait conformément à un but licite est protégé socialement, c'est-à-dire par l'ouverture d'une voie de droit organisée. Je donne là la notion générale de la fondation, l'acte par lequel une volonté affecte une certaine richesse à un but d'utilité collective. Pourquoi, pour expliquer la protection de cette affectation, faut-il personnifier la fondation et la considérer comme titulaire de droits subjectifs dont l'ensemble formerait le patrimoine fondation? On a amoncelé dissertations sur dissertations, controverses sur controverses et l'on n'a abouti à rien. En réalité, quand on dit qu'une association, une fondation ont la personnalité juridique et que, par conséquent, elles ont un patrimoine, on ne dit pas autre chose que ceci : l'affectation de richesses au but de l'association ou de la fondation est protégée par des voies de droit. La formule ne contient pas d'autre réalité; ce qu'elle paraît contenir en plus est irréel, par conséquent sans valeur, et doit être écarté.

Si l'on considère l'affectation de richesses au but col-

lectif le plus important entre tous, le plus compréhensif, le but étatique, les choses ne se présentent pas différemment. Dans les grands États modernes, une quantité de richesses considérables, mobilières et immobilières, sont affectées au but étatique, c'est-à-dire à l'ensemble des services publics. Naturellement, cette affectation doit être socialement protégée. Elle l'est, conformément à la règle générale de droit objectif précédemment énoncée, et d'après laquelle toute affectation d'une richesse à un but licite doit être garantie par l'ouverture d'une voie de droit. Cette formule a la même portée et les mêmes conséquences que précédemment. Il en résulte d'abord que tous les actes qui seront contraires à cette affectation, qu'ils émanent de simples particuliers ou d'agents publics, seront annulés ou réprimés, que s'ils ont diminué la valeur des choses affectées, le juge devra ordonner une réparation. A l'inverse, tous les actes faits conformément à cette affectation seront garantis, d'une manière plus ou moins énergique, au moyen de voies de droit qui présenteront des caractères variables, mais qui ont toujours pour objet de protéger cette affectation.

Les notions de personnalité de l'État, de droit subjectif, de sujet de droit, de patrimoine comprenant un ensemble de droits subjectifs et soumis à un même régime juridique, parce qu'ils ont un seul et même titulaire, sont des notions vides de sens et de contenu, contraires à la réalité et qui ne viennent que compliquer inutilement les choses. Dans ce qu'on appelle la personnalité patrimoniale de l'État, il n'y a pas autre chose qu'une affectation de richesses aux buts étatiques et une compétence des agents publics, soit des agents de juridiction, soit des agents administratifs, pour écarter et réprimer toute atteinte portée à cette affectation, pour la gérer, la développer et la garantir.

On le verra par la suite, de ce point de vue, toutes les questions si nombreuses qui se sont posées à l'occasion du patrimoine public se ramènent à une question de compétence pour les agents publics, et ainsi elles reçoivent facilement leur solution. Toute l'encre qu'on a consommée pour disserter longuement sur ces questions l'a été en pure perte.

Je sais bien qu'on me dit : vous avez raison ; dans la réalité, il n'y a pas de droits subjectifs patrimoniaux, pas plus qu'il n'y a de droits subjectifs de puissance publique; il n'y a pas de personnalité étatique; il n'y a pas de patrimoine dont l'État-personne serait le titulaire. Mais les choses se passent comme si tout cela existait, comme si l'État était une personne patrimoniale en même temps qu'une personne de puissance publique. Il y a dans tout cela un procédé de construction juridique d'ordre technique, commode, dont il y a tout intérêt à se servir et qu'il y aurait grand inconvénient à écarter. C'est, je l'ai montré au tome I, page 339, la pensée de Saleilles avec sa théorie conceptualiste et aussi l'idée de Geny, avec toute sa théorie de la technique.

Saleilles, *Personnalité juridique,* 1910; Geny, *Science et technique,* III, 1921; Id., *Les bases fondamentales du droit civil en face des théories de M. L. Duguit, Revue trimestrielle de droit civil,* n° octobre-décembre 1922 (tirage à part), spécialement, p. 805 et s.

J'ai déjà dit que, malgré toute l'admiration que j'ai pour ces éminents juristes, je ne puis admettre cette manière de comprendre les choses. Ces prétendus concepts juridiques qui tirent leur réalité de la réalisation pratique d'un but de droit, ces procédés de technique juridique imaginés en dehors de la réalité concrète ne font que compliquer inutilement les choses. A la rigueur, on peut, pour faire comprendre à des étudiants cette question des patrimoines collectifs, leur dire que les choses se passent approximativement

comme si une collectivité en général, comme si l'État en particulier était une personne ; mais c'est là tout au plus un procédé d'enseignement élémentaire qu'il faut se hâter d'abandonner quand on veut faire une étude sérieuse et vraiment scientifique. Et, en effet, on verra par ce qui va suivre que toutes les controverses si nombreuses et si touffues qui se sont élevées à l'occasion du patrimoine de l'État, notamment sur la distinction du domaine public et du domaine privé, la prétendue inaliénabilité du domaine public, le fondement et la force obligatoire des contrats faits par l'État, le fondement et l'étendue de sa responsabilité proviennent de ce qu'on a voulu coûte que coûte maintenir les notions traditionnelles, subjectivistes et civilistiques de sujet de droit, de droit subjectif et de patrimoine personnel.

Dans les États modernes, à côté du patrimoine général de l'État comprenant tous les biens affectés à l'ensemble des services publics, il y a un grand nombre de patrimoines publics secondaires. Beaucoup de circonscriptions locales administratives, comme en France les départements et les communes, ont des services publics distincts des services d'État, avec un ensemble de biens qui y sont affectés et qui forment ainsi un patrimoine public distinct de celui de l'État. D'autre part, et c'est une tendance de plus en plus marquée dans le droit moderne, il existe beaucoup de services publics de l'État, des départements, des communes, auxquels sont spécialement et exclusivement affectés un ensemble de biens et qui forment de ce fait un patrimoine public spécial et distinct. Ce sont ces services publics, ainsi patrimonialisés, qui constituent ce que l'on appelle, dans la terminologie du droit public français, les établissements publics. Longtemps confondus avec les établissements d'utilité publique, ils

s'en distinguent aujourd'hui très nettement depuis la loi du 4 février 1901 qui, sur beaucoup de points, les soumet à un régime différent. Il suffit de dire ici qu'il y a établissement d'utilité publique lorsque l'affectation de richesses est faite par une volonté publique à une activité d'intérêt collectif, mais qui n'est pas cependant objet de service public, ou lorsque cette affectation est faite par une volonté privée à une activité qui est objet de service public, mais qui n'est pas entièrement monopolisée, comme, par exemple, l'assistance et l'enseignement, ou lorsqu'elle est faite à une activité de service public monopolisée pour lui apporter une aide, comme, par exemple, les sociétés de la Croix-Rouge. Quoi qu'il en soit de ces divers points, le patrimoine des établissements publics ou des établissements d'utilité publique est un patrimoine de fondation auquel s'applique purement et simplement la notion d'affectation que je viens de développer.

Quelque intérêt que présentent ces patrimoines publics secondaires, il m'est impossible d'en entreprendre l'étude, et je dois me borner à considérer uniquement le patrimoine de l'État, étant entendu que ce que je dirai pour celui-ci s'applique en principe à ceux-là. Encore bien pour le patrimoine de l'État ne pourrai-je étudier que les points principaux. Je m'efforcerai surtout de suivre le développement de la notion générale que je viens d'exposer et de montrer comment elle permet de résoudre aisément les interminables controverses qui se sont, à mon sens, inutilement élevées.

§ 74. — *Le domaine de l'État.*

J'emploie le mot consacré par la tradition, bien qu'il ait donné et donne encore lieu à de longues et confuses discussions. Dans l'ancien régime, on appelait domaine

de la couronne, domaine royal, domaine public, ou tout simplement domaine, l'ensemble des biens dont le roi, comme tel et personnifiant l'État, était propriétaire. Il comprenait des biens meubles et immeubles et, en outre, des droits incorporels dont l'exercice se traduisait en un revenu pécuniaire. Les uns dépendaient de la souveraineté et étaient, disait-on, domaniaux par leur essence, tels les droits d'aubaine, de grande voirie, de création d'offices ; les autres étaient domaniaux par la seule raison qu'ils appartenaient à l'État, telles les redevances en argent ou en grains, les rentes foncières sur des immeubles. La Révolution détacha du domaine public tous les droits incorporels se traduisant en un bénéfice pécuniaire et les réunit à la souveraineté. La loi des 22 novembre-1er décembre 1790 emploie dans le même sens les expressions domaine public et domaine national, et à l'article 1er elle porte que « le domaine national proprement dit s'entend de toutes les propriétés foncières et de tous les droits réels ou mixtes qui appartiennent à la nation » ; et les articles 9 et 10 ajoutent : « Les droits utiles et honorifiques, et notamment ceux qui participent de la nature de l'impôt..., ne sont point communicables ni cessibles... ; ils sont, à l'instant de la publication du présent décret, réunis aux finances nationales... »

Ainsi, le domaine comprend seulement désormais tous les biens, meubles et immeubles, qui appartiennent à la nation, soit que celle-ci ait sur eux un droit de propriété entier ou simplement un droit réel. Leur ensemble forme le domaine national ou domaine public. Dans ses remarquables articles de la *Revue du droit public*, 1902-1903, Barckhausen a démontré d'une manière définitive que les deux expressions sont employées comme synonymes aussi bien aux articles 538 et suivants du code civil que dans la loi domaniale de

1790, que tous les biens qui composent le domaine sont soumis au même régime juridique d'après cette loi et d'après le code civil, que par conséquent, s'il y a lieu de faire des distinctions entre les différentes catégories de dépendances domaniales, on ne peut invoquer à cet effet ni la loi de 1790, ni les textes du code civil, contrairement à ce qu'on a eu le tort de faire pendant longtemps.

On ne doit pas davantage faire intervenir les textes de 1790 et du code civil quand on veut déterminer la nature du droit appartenant à l'État sur les dépendances de son domaine. Sans doute il est dit expressément dans la loi de 1790 que la nation possède sur son domaine un véritable droit de propriété. Sans doute aussi il semble bien que dans la pensée des auteurs du code civil, l'État avait sur son domaine un véritable droit de propriété. Ils ne s'en sont pas expliqués d'une manière précise, mais certainement ils s'inspiraient de la loi précitée des 22 novembre-1er décembre 1790, dont ils reproduisaient textuellement quelques-unes des dispositions ; et cette loi, je viens de le dire, déclarait formellement que le domaine était propriété de la nation. Mais aujourd'hui, sous l'empire de causes diverses qui se rattachent à la transformation générale du droit si souvent mise en relief au cours de cet ouvrage et particulièrement à la notion de service public qui se développe et s'impose de plus en plus, cette notion de propriété domaniale disparaît certainement. Une distinction s'est formée entre les diverses dépendances du domaine, distinction dont la portée et l'étendue peuvent donner lieu à des hésitations, mais dont le principe est incontestable. La question est, dès lors, de savoir si la situation de l'État est identique pour les diverses catégories de dépendances domaniales ; et la solution de cette question ne peut certainement être

cherchée ni dans la loi de 1790, ni dans le code civil, parce que leurs auteurs, la preuve en est faite, ignoraient totalement toute distinction entre les diverses dépendances domaniales.

A notre époque, tout le monde s'accorde à distinguer dans le domaine ce qu'on appelle le domaine public et le domaine privé. De nombreux textes, postérieurs au code civil, particulièrement la loi du 30 mars 1887 et de nombreuses dispositions coloniales consacrent cette distinction. On est loin d'être d'accord sur les biens qui appartiennent au domaine public et ceux qui dépendent du domaine privé. Des controverses sans fin s'élèvent encore sur le point de savoir quel est le critérium auquel on reconnaît les uns et les autres, et aussi sur le point de savoir quel est exactement le régime juridique auquel les uns et les autres sont soumis.

Mais la distinction générale du domaine public et du domaine privé est unanimement admise et ne peut pas ne pas l'être. Souvent on appelle le domaine privé domaine national. Le plus habituellement on ajoute : le domaine public est inaliénable et imprescriptible ; le domaine privé est aliénable, prescriptible, et il est soumis aux règles ordinaires de la propriété privée.

J'ai dit déjà que Barckhausen, dans ses articles de la *Revue du droit public,* 1902 1903, a démontré, d'une manière définitive, que la distinction du domaine public et du domaine privé ne se trouve ni dans la loi domaniale de 1790, ni dans les articles 538 et suivants du code civil, et que, par conséquent, on a eu le tort, pendant de longues années, de vouloir, coûte que coûte, fonder cette distinction sur ces textes. Pour démontrer quelle erreur on commettait, il suffit de faire observer que les articles 538 et 539 du code civil déclarent appartenir au domaine public les lais et relais de la mer, les biens vacants et sans maître, les successions

en déshérence, toutes choses qui font certainement partie, d'un avis unanime, de ce qu'on appelle aujourd'hui le domaine privé ou domaine national. Cette distinction du domaine public et du domaine privé existe cependant certainement dans le droit moderne, et particulièrement dans le droit français. Mais c'est une erreur totale d'y voir une création du code civil ou du droit antérieur. Elle est une formation jurisprudentielle et doctrinale qui s'est établie au milieu du XIX^e^ siècle, sans doute sous l'influence d'un livre qui eut un grand retentissement et qui est resté célèbre, *La théorie des domaines*, du professeur de Dijon, Proudhon, livre publié en 1833. Mais la cause essentielle de sa formation est la place de plus en plus grande qu'occupe chaque jour la notion de service public. De même qu'à cette notion se rattache celle de fonction et de fonctionnaire public, de même s'y rattache celle de domaine public, et ce n'est qu'en se plaçant à ce point de vue que l'on peut édifier une théorie solide du domaine public.

Le principe de la distinction entre le domaine public et le domaine privé est incontestablement exact, précisément parce qu'il répond à la distinction des activités qui sont ou non érigées en service public. Mais on n'a pas encore abouti à en faire une construction satisfaisante ; et, d'autre part, des controverses nombreuses subsistent encore, cela pour deux raisons. D'abord, on est resté dominé par la conception civilistique du droit de propriété ; on a cru que toute la question était de savoir sur quelles dépendances de son domaine l'État avait un droit de propriété identique au droit de propriété privée, et sur quelles dépendances ce droit de propriété subissait au contraire certaines modifications. Or, la vérité est que, d'une manière générale, toutes les dépendances du domaine de l'État sont soumises à des

règles spéciales qui reposent sur des notions tout à fait différentes de celles qui sont à la base de la propriété privée. Pour certaines catégories de dépendances domaniales, le régime juridique se rapproche peut-être beaucoup de celui des biens appartenant aux particuliers; mais l'erreur c'est d'admettre en principe l'assimilation de la domanialité à la propriété, quand ce sont, au contraire, deux choses en principe tout à fait différentes. Seulement, comme je le montrerai plus loin, il y a des degrés dans la domanialité; et au degré inférieur, la domanialité se rapproche considérablement de la propriété. Aussi bien il semble que le code civil ait averti les civilistes et leur ait donné pour ainsi dire le conseil de rechercher s'il n'y avait pas lieu d'écarter la notion de propriété des règles applicables au domaine de l'État. On lit, en effet, à l'article 537 du code civil : « Les biens qui n'appartiennent pas à des particuliers sont administrés et ne peuvent être aliénés que dans les formes et suivant les règles qui leur sont particulières. »

En second lieu, la raison qui a empêché d'édifier une théorie satisfaisante du domaine, c'est qu'on a voulu faire rentrer, de gré ou de force, toutes les dépendances domaniales dans deux catégories uniquement, deux catégories s'opposant en quelque sorte symétriquement : le domaine public et le domaine privé, toutes dépendances domaniales devant être forcément du domaine public, soumises alors aux mêmes règles, ou du domaine privé, soumises alors aussi à des règles identiques. C'est pour avoir voulu instituer une distinction aussi rigide qu'on a complètement échoué dans la tentative de construction juridique qui a été entreprise.

Sans doute il est sage, pour éviter de nouvelles confusions, de conserver la terminologie aujourd'hui unanimement admise et de continuer à parler du domaine

public et du domaine privé. Sans doute même, au lieu de dire, ce qui serait cependant plus exact, qu'il n'y a pas de domaine privé, mais seulement, pour certaines dépendances appartenant à l'État, une domanialité réduite à l'extrême, je maintiens l'expression domaine privé pour désigner les choses qui, bien qu'appartenant à l'État, sont soumises à un régime juridique analogue à celui de la propriété privée et j'oppose le domaine privé au domaine public. Mais il faut comprendre qu'on doit ranger dans le domaine public beaucoup de dépendances qui sont soumises les unes et les autres à un régime juridique différent à cause de leur nature différente et à raison surtout de la manière dont elles sont affectées à un service public. Il ne faut jamais oublier que le fondement même de la domanialité publique est l'idée d'affectation à un service public. C'est là le point capital. La notion de service public domine tout le droit public, qu'il s'agisse des fonctions, des organes ou des choses. Il faut distinguer les dépendances domaniales qui sont affectées directement à un service public et celles qui ne le sont pas. Mais pour les premières, il y a des distinctions à faire et qu'on a eu le tort, souvent, de ne point faire. Il faut les établir à raison du mode d'affectation, à raison de la structure même des diverses dépendances, à raison de la nature du service auquel elles sont affectées et du rôle qu'elles jouent pour le fonctionnement de ce service.

Jèze a pu très justement écrire : « Les besoins des services publics sont la base de toutes les théories spéciales du droit public... ; notamment les théories connues sous le nom de travaux publics, d'expropriation, de domaine public ont une base commune, le service public » (*Revue du droit public,* 1921, p. 364).

La première conséquence qui dérive de cette conception, c'est évidemment qu'il faut, comme je l'ai déjà dit, ranger dans une catégorie spéciale toutes les dépen-

dances domaniales qui ne sont pas directement affectées comme telles au fonctionnement d'un service public et qui forment ce que je continue d'appeler, suivant l'usage courant, le domaine privé. Dans le domaine public rentrent toutes les choses, mobilières ou immobilières, qui sont employées, sous une forme ou sous une autre, au fonctionnement d'un service public. Mais c'est une erreur grave de croire que toutes ces choses sont dans la même situation et soumises aux mêmes règles ; et c'est ici qu'apparaît l'échelle de la domanialité dont je parlais plus haut. Suivant la nature de la chose, la catégorie du service, le mode d'affectation ou d'emploi, la domanialité est différente, le régime juridique n'est pas le même, les règles qui s'appliquent sont diverses ; mais la notion de service public est toujours là qui établit le principe directeur.

Le domaine privé comprend tous les biens meubles et immeubles qui ne sont pas affectés directement au fonctionnement d'un service public. Il faut cependant mettre dans une catégorie à part les deniers publics qui, dans tous les pays, sont soumis à un régime particulier distinct tendant à protéger le trésor public contre des malversations toujours possibles. Il est impossible, évidemment, d'étudier, même sommairement, le régime juridique des deniers publics, parce qu'il est extrêmement compliqué et que je serais forcément amené à donner des développements qui ont leur place dans un traité de science financière, mais non dans une théorie générale de l'État.

Les deniers publics mis à part, les meubles et immeubles, qui ne sont pas affectés au fonctionnement d'un service public déterminé, sont soumis à un régime qui se rapproche beaucoup de celui s'appliquant aux dépendances mobilières ou immobilières d'un patrimoine privé. Assurément, il y a un service public qui est

chargé de conserver ces biens, de les administrer au sens civiliste du mot, c'est à-dire de les faire valoir, et qui est chargé aussi, s'il y a lieu, de les aliéner. Mais les agents de ce service n'ont point les mêmes pouvoirs que ceux chargés de gérer le domaine public, parce qu'ils n'ont pas pour mission de conserver aux dépendances du domaine privé une certaine affectation, pour cette bonne raison que, par définition même, ils n'en ont pas. Les agents publics chargés de gérer le domaine privé n'ont pas davantage pour mission de conserver à ces biens une structure déterminée, parce que, n'étant pas affectés au fonctionnement d'un service public, il n'est pas nécessaire qu'ils conservent la structure adaptée à ce service. On verra, au contraire, qu'il en est tout à fait différemment des agents publics qui ont compétence en matière de domaine public. Le rôle des administrateurs du domaine privé est tout simplement de le gérer, d'en percevoir les fruits et revenus, de l'aliéner, s'il y a lieu, à peu près comme un simple particulier pour son domaine propre.

Le domaine public comprend toutes les autres dépendances, mobilières ou immobilières, du domaine étatique qui, sous une forme ou sous une autre, comme objet ou comme moyen, sont affectées à un service public. Ici encore, il importe de mettre à part les deniers publics dont je ne parlerai pas pour la raison que j'ai dite quelques lignes plus haut.

Précisément parce qu'elles sont affectées à un service public, toutes les dépendances du domaine public sont soustraites au régime normal de la propriété privée. Mais il n'en résulte pas, bien au contraire, qu'elles soient soumises à un régime uniforme et unique. Pour toutes, il y a un caractère négatif commun; elles ne sont pas placées, à cause de leur affectation à un service public, sous le régime de la propriété privée. Mais elles

sont soumises à des règles qui varient et dont les différences sont déterminées par la différence existant dans la nature des choses considérées, des services auxquels elles sont affectées et aussi et surtout par la manière différente dont elles sont affectées au service public. Sur ce dernier point, j'estime que la distinction la plus importante à faire et qui est, en général, inaperçue, c'est la distinction entre l'affectation de la chose à un service public tantôt comme objet du service public, tantôt comme moyen pour le service public.

J'ai déjà dit que si de longues controverses se sont élevées sur la question du domaine public, si de nombreuses erreurs ont été commises, c'est précisément parce qu'on a négligé de distinguer entre les diverses dépendances du domaine public et parce qu'on a voulu en formuler une théorie une et générale, quand, au contraire, il fallait faire de nombreuses distinctions et déterminer ce que j'ai appelé l'échelle juridique de la domanialité.

§ 75. — *Les différentes catégories de domaine public.*

Elles présentent toutes ce caractère négatif commun qu'elles ne sont pas soumises au régime de la propriété privée; mais en même temps, elles sont soumises à des règles différentes à raison de leur structure différente, à raison de la nature différente des services publics auxquels elles sont affectées et à raison enfin du mode différent d'affectation. En outre, comme je l'ai dit plus haut, il y a une sorte de gradation dans le degré de la domanialité publique. Je crois que ces diverses catégories sont au nombre de six. L'énumération des dépendances qu'elles comprennent fait apercevoir à elle seule pourquoi elles doivent être soumises à des règles différentes.

Première catégorie. — Elle comprend toutes les choses qui sont affectées au libre usage du public, usage qu'un service public est spécialement chargé d'assurer et de protéger. Il ne faut pas cependant faire rentrer dans cette première catégorie du domaine public les choses dont, suivant une vieille formule, l'usage est commun à tous et dont tous peuvent user sans que l'Etat ait à intervenir pour en assurer l'usage commun, par exemple la lumière, l'air, la haute mer. Cependant on ne peut, à cet égard, formuler une règle absolue et définitive. Il n'est pas impossible, par exemple, qu'avec les progrès scientifiques, il arrive un moment où l'État soit obligé d'intervenir pour que le libre usage d'une certaine partie de ces choses soit assuré à tous.

Déjà le droit moderne reconnaît une certaine action à l'État riverain sur les mers baignant ses côtes jusqu'à une certaine distance et qui forme ce qu'on appelle la mer territoriale. Je ne veux pas rechercher quelle est exactement dans le droit international la situation de la mer territoriale. La question soulève d'ailleurs d'assez graves difficultés. J'estime qu'il est impossible de refuser à la mer territoriale, au regard de l'État riverain, une situation juridique pouvant être comparée à celle du domaine public. On dit, en général, et j'ai dit moi-même que la mer territoriale ne fait pas partie du domaine public de l'État riverain. C'est exact en principe. Mais il est certain toutefois que l'État riverain peut, sur toute l'étendue de la mer territoriale, exercer des pouvoirs de police, prendre des mesures pour empêcher que les navires étrangers y mouillent dans des conditions prohibées par le droit international public. En un mot, les agents publics de l'État riverain ont une compétence spéciale leur permettant de formuler des prohibitions, d'adresser des injonctions à tous les navires qui traversent les eaux territoriales ou

veulent s'y arrêter. Une pareille compétence ressemble beaucoup à celle qui appartient aux agents publics sur les dépendances du domaine public proprement dit. Assurément, l'État riverain n'a pas un droit de propriété sur la mer territoriale ; mais il importe de ne pas oublier que l'État n'en a pas davantage sur les dépendances de son domaine public.

Il n'est pas inutile, d'autre part, de noter qu'avec les progrès de la navigation aérienne, il se créera, dans un avenir prochain, de véritables routes de l'air, jalonnées dans les conditions imposées par les nécessités spéciales de ce mode de locomotion, et qu'ainsi le moment n'est certainement pas éloigné où une certaine étendue de l'air atmosphérique sera soumise à l'intervention de l'État pour que le libre usage en soit garanti, et qu'ainsi il y aura de véritables dépendances aériennes du domaine public.

V. cependant la convention portant réglementation de la navigation aérienne signée à Paris, le 13 octobre 1919, par 22 puissances et promulguée par le décret du 8 juillet 1922. Cf. t. I, p. 53.

Pour le moment, on n'en est pas encore là, et sauf ce qui vient d'être dit pour la mer territoriale et les mesures résultant de la convention précitée en ce qui concerne la navigation aérienne, les dépendances du domaine public qui sont affectées à l'usage public sont toutes terrestres et pour elles un service public existe à l'effet d'en assurer et d'en protéger l'usage public. Ces dépendances sont le rivage de la mer, les rivières navigables et flottables, les canaux et les routes nationales. Elles forment ce qu'on appelle la grande voirie. Pour elles, la domanialité publique existe à un degré éminent. Ce qui leur donne le caractère par excellence de domanialité publique, c'est leur affectation à l'usage public. A proprement parler, elles ne sont pas affectées à un service public ; elles ne sont pas moyens, instruments

de service public, elles sont objets de service public. Celui-ci intervient pour les conserver dans leur structure intime et dans leur forme extérieure, pour leur permettre de servir continuellement et pleinement à l'usage public et pour que cet usage puisse s'exercer sans rencontrer aucune entrave. Le service public est compétent pour faire tout ce qui tend à permettre, à faciliter, à garantir l'usage public; il est incompétent pour faire tout ce qui pourrait l'entraver, le gêner d'une manière quelconque.

Si l'on comprend bien cette idée générale, tout le régime juridique auquel est soumise cette première catégorie de dépendances domaniales se comprend aisément, notamment la fameuse règle de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité sur laquelle se sont élevées tant de controverses, et aussi les pouvoirs qui appartiennent à l'administration pour les autorisations, les permissions et les concessions en matière de grande voirie. Je reviendrai sur ces points au paragraphe suivant.

Deuxième catégorie. — Elle comprend les chemins de fer. Aux termes de la loi du 15 juillet 1845, article 1^er^, les chemins de fer construits ou concédés par l'État font partie de la grande voirie. Mais ce serait, à mon sens, une erreur grave de les ranger cependant dans la première catégorie. On aperçoit tout de suite pourquoi.

Les chemins de fer sont directement affectés à un service public dont ils sont un moyen, un instrument. C'est le service public de transport en commun. Les chemins de fer ne sont point affectés au libre usage du public, à la différence des routes, des cours d'eau. Si l'administration m'empêche de passer sur une route ou si, parce qu'elle l'entretient mal, il m'y arrive un accident, c'est elle qui est en faute et qui sera respon-

sable. Si, au contraire, je passe sur une voie ferrée, je commets une contravention. Cette simple observation fait toucher du doigt la différence fondamentale existant entre les dépendances de la première catégorie et les chemins de fer, l'erreur que l'on commet quand on veut les assimiler et les soumettre au même régime juridique. Pour eux, les pouvoirs de l'administration consistent à maintenir et à protéger non pas l'usage public, mais leur affectation en tant que moyen au fonctionnement du service public de transport en commun. La compétence des agents administratifs n'est donc pas et ne peut pas être la même quand il s'agit des chemins de fer et des routes. Les règles que l'on qualifie dans les deux cas de règles d'inaliénabilité ne peuvent avoir la même portée, et tout le système des autorisations, des permissions, des concessions qui s'applique aux routes ne peut s'appliquer aux chemins de fer.

Troisième catégorie. — Les divers ouvrages militaires, forts, forteresses, murs et fossés d'une place forte. Il est d'évidence qu'il ne s'agit plus ici d'affectation à l'usage public. Ces dépendances sont affectées à un service public comme instruments. Il s'agit d'un service public important entre tous, celui de la défense nationale. Il ne peut fonctionner que si ces ouvrages militaires subsistent dans leur intégrité et avec la structure qui leur est propre pour atteindre leur but. Aucun particulier ne peut faire quoi que ce soit qui y porte atteinte; l'administration est armée de pouvoirs spéciaux pour les protéger, comme elle est incompétente pour faire un acte quelconque qui aurait pour conséquence de modifier leur structure, de gêner leur affectation et de porter atteinte à leur intégrité. Pour les ouvrages militaires, le caractère de domanialité publique existe encore à un degré éminent. Mais peut-on véritablement les faire rentrer dans la même catégorie que les rivages de la

mer, les routes, les canaux et même que les chemins de fer? Peut-on les soumettre à un régime identique? Évidemment non. La situation est absolument dissemblable, et tenter d'édifier une construction générale s'étendant à ces diverses dépendances, c'est tenter l'impossible et aller nécessairement à des contradictions, peut-être à des absurdités.

Quatrième catégorie. — Les forêts de l'État, soumises au régime forestier, déterminé en France par le code forestier. On ne les range pas habituellement dans le domaine public; c'est à tort. Elles sont objets d'un service public et non pas moyens de service public. Le service forestier est créé pour maintenir les forêts dans leur contexture, pour en établir de nouvelles, pour en hâter et surveiller la croissance. Ses agents sont investis, à l'effet de poursuivre et d'atteindre ce but, d'une compétence spéciale. Tous actes faits par eux en contradiction avec ce but excèdent leur pouvoir, peuvent être nuls ou entraîner leur responsabilité. Dans tout cela, on aperçoit les conséquences de la domanialité publique. Pas plus pour les forêts que pour les trois premières catégories de dépendances domaniales, il ne faut faire intervenir la notion de propriété privée; mais pas davantage non plus, il ne faut faire entrer le régime juridique auquel sont soumises les forêts dans le système appliqué, soit à la grande voirie, soit aux ouvrages militaires. Si l'on entrait dans le détail des règles qui s'appliquent aux forêts de l'État, on verrait qu'elles sont tout à fait différentes de celles qui s'appliquent aux propriétés privées, mais qu'elles ne sont pas non plus celles qui s'appliquent aux autres dépendances domaniales.

Cinquième catégorie. — Elle comprend les immeubles bâtis ou non, affectés au fonctionnement d'un service public, par exemple les hôtels des ministères,

les hôtels des postes, les casernes et les innombrables bâtiments dans lesquels sont installés des services publics. De longues et confuses controverses se sont élevées sur le point de savoir s'il y avait là des dépendances du domaine public. A mon avis, on ne saurait le contester, précisément parce qu'il y a une affectation à un service public. Mais la domanialité publique n'existe pas ici au même degré que pour les trois premières catégories, et cela se comprend aisément. Ces immeubles sont affectés à un service public non pas comme objet, mais comme moyens, comme instruments, et encore le service public est tel que son fonctionnement ne serait point entravé ou ne serait même que relativement gêné par une modification intervenue dans la structure de l'une de ces dépendances ou par une diminution de son étendue. La domanialité publique existe pour elles; elles sont soumises à la loi du service auquel elles sont affectées, et par cela même soustraites au régime de la propriété privée. La domanialité publique apparaît ici certainement, mais en même temps avec un caractère beaucoup moins accusé que pour les catégories précédentes. Il faut qu'il y ait eu une affectation expresse. L'administration, en ce qui concerne les actes touchant ces sortes d'immeubles, n'est pas frappée de cette incompétence dont les effets se traduisent, pour les catégories précédentes de dépendances domaniales, dans quelque chose de comparable à l'inaliénabilité. Mais elle est frappée cependant d'une certaine incompétence. Tant que l'affectation existe, l'administration ne peut rien faire qui soit en contradiction avec cette affectation. Le décret d'affectation fait partie de la loi du service, laquelle lie l'administration.

Mais l'administration n'est pas armée contre les atteintes portées par des particuliers à la structure des

immeubles affectés à des services publics ordinaires, comme elle l'est contre les atteintes portées aux dépendances de la grande voirie, aux ouvrages militaires et même aux forêts ; elle peut agir seulement par les voies de droit ordinaires, ces atteintes n'étant pas susceptibles d'entraver le fonctionnement du service public.

Sixième catégorie. — Les objets mobiliers classés. On a beaucoup discuté la question de savoir s'il pouvait y avoir un domaine public mobilier. Il me paraît évident que rien, en principe, ne s'y oppose. D'autre part, on ne saurait invoquer, ni dans un sens ni dans l'autre, les dispositions du code civil, puisque, on l'a vu plus haut, il est établi que la distinction entre le domaine public et le domaine privé, telle que nous l'entendons aujourd'hui, était tout à fait inconnue des auteurs du code. La réponse à la question découle tout naturellement de la notion générale à laquelle je rattache le régime de la domanialité publique. S'il y a des meubles qui soient affectés à un service public comme objet, c'est-à-dire des meubles tels qu'un service public a été spécialement créé pour les conserver dans leur intégrité et dans leur structure propre, ces meubles ont certainement le caractère de dépendances du domaine public. Il en sera de même des meubles qui sont affectés au fonctionnement d'un service public comme moyen, si le service public est de telle nature qu'il soit nécessaire que ces meubles conservent leur structure propre pour que le service public continue de fonctionner.

De meubles qui se trouvent dans cette dernière condition, on n'en voit guère, car les meubles peuvent, en général, être aisément remplacés. Il semble que jusqu'à présent le besoin ne s'est pas fait sentir d'établir des règles spéciales pour protéger l'affectation de meubles comme moyen à un service public, sauf cepen-

dant pour le service de l'armée et de la marine. Sans doute, si l'administration des chemins de fer de l'État aliénait d'un seul coup tout le matériel de traction, elle rendrait le fonctionnement du service impossible. Mais c'est une hypothèse invraisemblable et, en tout cas, un régime spécial constituant une vraie domanialité publique ne semble pas encore avoir été établi. Le besoin de garantir, d'une manière particulière, le maintien de l'affectation de meubles avec leur structure propre à un service public déterminé dont ils sont les instruments n'a guère apparu jusqu'à présent que pour les bateaux de la flotte. Aussi n'est-il pas douteux, à mon sens, qu'ils forment véritablement une dépendance du domaine public mobilier. Leur situation et la compétence de l'administration de la marine sont déterminées par un ensemble de préceptes, très nombreux et très minutieux, et le régime auquel ils sont soumis est tout à fait différent de celui de la propriété privée mobilière.

Enfin, les meubles qui sont l'objet d'un service public qui a pour but de les conserver avec leur caractère propre sont certainement dépendances du domaine public. En droit positif français, la chose ne peut faire aucun doute. L'article 10 de la loi du 30 mars 1887 porte, en effet : « Les objets classés et appartenant à l'État seront inaliénables et imprescriptibles. » Tant que dure le classement, tous actes de l'administration qui tendraient à les aliéner seraient entachés de nullité comme faits par un fonctionnaire incompétent et l'objet pourrait être revendiqué à une époque quelconque par l'administration même contre le possesseur de bonne foi.

Des distinctions qui viennent d'être faites il résulte qu'à vrai dire, il ne peut être établi une théorie générale du domaine public, mais qu'il faut étudier, dans chaque législation et en droit positif français, le régime

sous lequel se trouve placée chacune des catégories qui viennent d'être distinguées. Évidemment, cette étude dépasserait le cadre et l'objet de cet ouvrage et je dois me borner à préciser un peu plus les quelques idées générales auxquelles se rattachent ces diverses règles.

Le conseil d'État, par un arrêt intéressant, a très nettement adopté, en ce qui concerne le domaine public, l'idée d'affectation à un service public et repoussé l'idée de propriété, 16 juillet 1909 (*Ville de Paris, Compagnie d'Orléans*), *Recueil,* p. 707, S., 1909, III, p. 97, la note déjà citée et très intéressante d'Hauriou et les très remarquables conclusions de M. Teissier, *Recueil,* p. 707.

Cf. Proudhon, *Traité du domaine public,* 1844; Ducrocq, *Droit administratif,* 5e édit., IV, p. 89; De Récy, *Répertoire du droit administratif,* v° *Domaine,* où on trouvera beaucoup de détails; Berthélemy, *Droit administratif*, 10e édit., 1923, p. 422 et s.

En France, ce qui a été écrit de mieux sur la domanialité publique, ce sont les pages qu'y consacre Hauriou dans la dixième édition de son *Précis de droit administratif,* 1921, pages 616 et suivantes. Peut-être sur certains points de détails me séparé-je de lui, mais sur le principe, nous sommes absolument d'accord et je suis heureux de le constater. Il écrit, en effet : « Toute la domanialité publique repose sur l'idée de l'affectation des choses à l'utilité publique... Il s'ensuit que les conséquences de la domanialité publique, par exemple l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité, au lieu d'être dictées par une sorte de nature physique des choses, prennent la figure d'institutions purement juridiques dictées par la nécessité de l'affectation des choses à l'utilité publique et d'ailleurs mesurées dans leur portée sur l'utilité de l'affectation » (p. 617).

Hauriou a seulement le tort d'employer l'expression de propriété publique. L'affectation protégée d'une chose mobilière ou immobilière à un service public n'a pas le caractère de la propriété, qui est l'affectation protégée d'une chose à un but d'utilité privée. Le régime juridique de l'affectation publique et celui de la propriété sont complètement différents, et, je l'ai dit bien souvent, il est toujours dangereux d'employer le même mot pour désigner des choses différentes, encore qu'on l'accompagne d'une épithète. Le mieux est de dire, comme je le fais, propriété et domanialité. — Rapp. Jèze, *De la notion d'utilité publique, Revue du droit public,* 1921, p. 363. Dans la littérature juridique

allemande, ce qui a été écrit de meilleur est le livre d'Otto Mayer, *Vervaltungsrecht*, II, 1919. V. aussi Friedrichs, *Burgerliches und öffentliches Sachenrecht, Archiv des öffentlichen Rechts*, XL, 1921, p. 217.

§ 76. — *La prétendue inaliénabilité du domaine public.*

Le domaine public est inaliénable. C'est là une de ces formules que les juristes se transmettent comme des dogmes de génération en génération, sans se demander quels en sont exactement le fondement et la portée. Ceux d'entre eux qui, exceptionnellement, ont essayé de s'éclairer quelque peu sur ces deux points, ont rencontré des obstacles à peu près insurmontables parce qu'ils ont commis une double erreur : erreur historique, erreur juridique. Erreur historique, en croyant que la distinction du domaine public et du domaine privé était faite dans l'ancien droit français ; erreur juridique, parce qu'ils sont partis de cette idée que l'État possède un véritable droit de propriété sur son domaine et que l'inaliénabilité du domaine public est une véritable incapacité venant frapper l'État propriétaire.

Les auteurs français enseignent, en général, que l'inaliénabilité du domaine public trouve son fondement dans la disposition de l'édit de Moulins de février 1566. Or, il suffit de lire ce texte pour s'apercevoir immédiatement qu'il est complètement étranger à la distinction faite aujourd'hui entre le domaine public et le domaine privé, qu'il interdit l'aliénation de toutes les dépendances du domaine royal, sans aucune distinction. Le roi était, en effet, considéré comme propriétaire de son domaine. C'est pour le protéger contre lui-même, pour empêcher que sous l'empire des besoins d'argent, toujours pressants, devant lesquels se trouvait la couronne, il ne le dilapide, qu'on le frappe d'incapacité d'aliéner une

dépendance quelconque de ce domaine. Voici, au reste, le passage principal de l'édit : « Le domaine de notre couronne ne peut être aliéné que dans deux cas seulement, l'un pour apanage des puînés mâles de la Maison de France... ; l'autre pour l'aliénation à deniers comptants pour la nécessité de la guerre. » Dans le domaine déclaré ainsi inaliénable doivent être comprises, d'après le texte même de l'édit, les terres et forêts..., par conséquent des dépendances qui n'avaient certainement pas le caractère de domanialité publique, telle qu'on l'entend aujourd'hui.

Cela montre à l'évidence que cet édit de Moulins ne peut être invoqué à aucun point de vue dans le droit moderne pour servir de fondement à la règle de l'inaliénabilité du domaine public. La distinction du domaine public et du domaine privé était entièrement inconnue, et, si l'inaliénabilité du domaine public existe aujourd'hui, elle se rattache à une conception totalement différente de celle qui avait inspiré l'édit de Moulins. D'autre part, ce texte a été certainement abrogé par la grande loi domaniale des 27 novembre-1er décembre 1790. On a prétendu parfois que cette loi formulait elle aussi la distinction du domaine public et du domaine privé ou national, distinction qui aurait été reprise et consacrée à nouveau par les articles 538 et suivants du code civil. J'ai déjà dit aux paragraphes 74 et 75 que mon ancien maître, Barckhausen, avait démontré d'une manière définitive que pas plus dans le code civil que dans la loi de 1790 n'avait été faite la distinction des deux domaines, que les deux expressions, domaine public et domaine national, étaient prises exactement comme synonymes, que l'ancien domaine royal était devenu, en 1789-1790, le domaine national, de même que la souveraineté royale était devenue la souveraineté nationale, que le domaine national était

désormais la propriété de la nation dans toutes ses dépendances comme le domaine royal était la propriété du roi, et qu'enfin le domaine national avait la même consistance que l'ancien domaine royal, sauf cette réserve que les droits régaliens utiles, qui avant 1789 faisaient partie du domaine royal, étaient maintenant rattachés à la souveraineté.

Le domaine royal était propriété du roi ; le domaine national est propriété de la nation. Mais ce qu'il y a de nouveau en 1790, c'est que le propriétaire n'est plus frappé de l'incapacité d'aliéner. La règle de l'inaliénabilité édictée en 1566 est nettement supprimée. Quoi qu'en ait dit Barckhausen, le texte de 1790 ne peut laisser subsister aucun doute. Il n'est pas inutile d'en reproduire le passage le plus significatif. Au préambule de la loi, on lit : « L'Assemblée nationale considérant... 2° que le domaine public, en son intégrité et avec ses divers accroissements appartient à la nation, que cette propriété est la plus parfaite qu'on puisse concevoir, puisqu'il n'existe aucune autorité supérieure qui puisse la modifier ou la restreindre, que la faculté d'aliéner, attribut essentiel du droit de propriété, réside également dans la nation, et que si, dans des circonstances particulières, elle a voulu en suspendre pour un temps l'exercice, comme cette loi suspensive n'a pu avoir que la volonté générale pour base, elle est de plein droit abolie dès que la nation, légalement représentée, manifeste une volonté contraire... » ; et à l'article 8 : « Les domaines nationaux et les droits qui en dépendent sont et demeurent inaliénables sans le consentement et le concours de la nation, mais ils peuvent être vendus et aliénés à titre perpétuel et incommutable en vertu d'un décret formel du corps législatif... »

La pensée du législateur de 1790 est donc bien claire ; elle peut se résumer ainsi : le roi était propriétaire du

domaine royal ou domaine public, mais il était frappé d'une incapacité générale d'aliéner une dépendance quelconque de ce domaine. La nation remplace le roi; elle est propriétaire du domaine national, de toutes ses dépendances; elle a un droit de propriété le plus complet qui soit; elle peut donc aliéner une dépendance quelconque de ce domaine, mais elle seule le peut, et par conséquent, une aliénation domaniale quelconque ne sera valable que si elle est approuvée par les représentants de la nation. Cela est vrai de toutes les parties du domaine public ou national. Ces deux expressions sont synonymes et aucune distinction n'est faite entre ce que nous appelons aujourd'hui le domaine public et le domaine privé.

Les dispositions de la loi de 1790 sont passées telles quelles dans le code civil. Par conséquent, on y chercherait vainement un texte sur lequel on puisse fonder, de près ou de loin, l'inaliénabilité du domaine public, pas plus qu'on n'y trouve une trace quelconque de la distinction entre le domaine public et le domaine privé. Aussi bien sont-ce les mêmes influences qui, postérieurement à la rédaction du code civil, ont amené cette distinction et en même temps la formation des règles desquelles résulte ce qu'on est convenu d'appeler l'inaliénabilité du domaine public. Cette distinction et ces règles se rattachent directement à la notion de service public et à la pénétration de plus en plus grande de cette notion dans le droit public moderne. Ce qu'on appelle couramment l'inaliénabilité du domaine public n'est pas autre chose qu'un ensemble de règles relatives à la compétence des agents publics, et qui ont pour but de protéger l'affectation des dépendances domaniales au service public, de conserver la structure des choses qui y sont affectées, pour que le service public puisse fonctionner sans interruption et le mieux possible au profit des usagers.

Il suit de là, logiquement, que si le régime juridique des diverses dépendances domaniales varie en fonction de la nature des services auxquels elles sont affectées, en fonction des conditions dans lesquelles elles sont employées par ces services et en fonction aussi de leur structure et des modalités de leur affectation, les règles sur la compétence des agents publics préposés à la gestion des dépendances domaniales varieront elles aussi en fonction des mêmes éléments. C'est une erreur grave de croire que l'inaliénabilité est une seule et même chose quelle que soit la catégorie des dépendances domaniales à laquelle elle s'applique. J'ai dit plus haut qu'il y avait comme une échelle descendante dans la domanialité publique; il en est de même pour l'inaliénabilité. Les règles qui dominent la compétence des agents publics préposés à la gestion du domaine public sont d'autant moins sévères que la domanialité publique est moins accusée; elles le sont d'autant plus, au contraire, que la domanialité est plus accentuée. Notamment quand la nature du service, quand le mode d'affectation exigent pour le bon fonctionnement dudit service que la chose conserve exactement sa structure et son intégrité matérielle, la compétence des agents publics relativement à la gestion du domaine est rigoureusement délimitée, et c'est cette étroite limitation qui a donné à croire qu'il y avait une véritable inaliénabilité tenant à l'incapacité du propriétaire. Si l'on va au fond des choses, on s'aperçoit qu'il n'en est rien, qu'il y a seulement une règle de compétence qui varie en raison de la nature du service, du mode d'affectation, de la structure de la chose.

Cette conception de ce qu'on appelle inaliénabilité du domaine public est, on le voit, la conséquence logique du caractère que j'attribue à celui-ci. Elle a l'avantage d'écarter toutes les discussions interminables et confuses

qui se sont élevées sur le point de savoir si l'État a un droit de propriété ou simplement un droit de police et de surintendance sur son domaine public, et, pour ceux qui estiment que l'État a un véritable droit de propriété, sur la question de savoir si l'inaliénabilité du domaine se rattache à une indisponibilité de la chose ou à une incapacité de son propriétaire l'État. Vraiment, on conçoit difficilement ce que pourrait être l'incapacité de l'État personne juridique propriétaire. On ne comprend pas davantage ce que pourrait être l'indisponibilité d'une dépendance domaniale. On ne conçoit l'indisponibilité qu'à raison de la nature de la chose qui empêche que l'homme puisse se l'approprier, le soleil, les étoiles, l'air atmosphérique, la haute mer. Cette impossibilité matérielle n'existe pour aucune des dépendances domaniales.

Il est vrai que l'article 538 *in fine* du code civil porte que font partie du domaine public « toutes les parties du territoire français qui ne sont pas susceptibles de propriété privée ». Mais on n'aperçoit pas quelles sont ces parties du territoire français qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée et qui pourraient être l'objet d'une propriété publique. Seules ne sont pas susceptibles de propriété privée les choses qui ne sont pas susceptibles d'appropriation. Et ces choses-là ne sont pas plus susceptibles d'être la propriété de l'État que celles de simples particuliers. Le texte ne signifie rien ou n'a d'autre sens que celui-ci : font partie du domaine public les choses qui, étant affectées à un service public, ne peuvent être soumises au régime de la propriété privée. Cette disposition est du même ordre que le paragraphe 2 de l'article 537, mettant en garde les juristes contre l'erreur qu'il y aurait à vouloir appliquer aux dépendances domaniales le système juridique de la propriété privée et amorçant pour ainsi dire la

construction juridique du service public et des affectations domaniales qui y sont faites. Recommandation et indication que la plupart des civilistes ont d'ailleurs étrangement méconnues.

Tout ce qu'on appelle donc l'inaliénabilité du domaine public se résume dans les règles s'appliquant à la compétence des agents publics préposés à la gestion domaniale, compétence qui est, comme je l'ai dit précédemment, d'autant plus étroitement limitée que le degré de la domanialité est plus élevé, que le caractère du service public, le mode d'affectation et la nature de la chose exigent une protection plus rigoureuse, une conservation plus complète de sa structure et de son intégrité. De même les agents publics seront, pour réprimer les atteintes portées à l'affectation et à l'intégrité de la chose, armés de pouvoirs d'autant plus forts que l'affectation au service public doit être plus rigoureusement maintenue et qu'il est plus nécessaire à raison de la nature du service que la chose reste pleinement intacte.

C'est ainsi qu'il n'y a pas de dépendances domaniales pour lesquelles ce qu'on appelle l'inaliénabilité apparaisse plus clairement et plus fortement que les ouvrages militaires. Étant donnés le caractère et l'importance primordiale du service public de défense nationale, étant donné qu'un ouvrage militaire ne peut remplir son rôle comme moyen de défense que s'il conserve exactement une certaine structure, les pouvoirs des agents publics chargés de sa gestion sont naturellement très étroitement limités. Ces agents sont absolument incompétents pour faire un acte quelconque qui aurait pour résultat de modifier d'une manière quelconque les éléments de l'ouvrage ou qui en détacherait, même momentanément, une portion quelconque. Ils ne peuvent, sur un ouvrage militaire, accorder, même à titre temporaire et révocable, aucune autorisation, aucune permission,

aucune concession. Tout acte de ce genre serait frappé de nullité; et l'autorité supérieure pourrait, à une époque quelconque, en prononcer l'annulation, ordonner la réintégration dans l'ouvrage par la voie administrative de la portion qui aurait été l'objet de l'acte administratif annulé. Il va de soi que, conformément au droit commun, le recours pour excès de pouvoir serait largement ouvert pour obtenir du conseil d'État l'annulation d'un pareil acte.

D'autre part, l'autorité administrative est armée de pouvoirs énergiques pour réprimer toutes les atteintes qui pourraient être apportées par les particuliers au jeu même de l'affectation et à l'intégrité de l'ouvrage. Les propriétés voisines sont grevées de servitudes extrêmement lourdes pour que le service de défense nationale puisse retirer de la chose toute l'utilité possible. La sanction de ces servitudes est organisée d'une manière extrêmement sévère, qui assurément varie suivant les pays, mais qui, malgré les différences de détail, présente partout le même caractère général, parce qu'elle se rattache partout à la même idée et au même besoin de service public.

Pour les dépendances de la grande voirie affectées à l'usage public, le rivage de la mer, les routes, les rivières navigables et flottables, les canaux, ce qu'on appelle l'inaliénabilité se traduit encore dans les règles de compétence s'appliquant aux agents publics chargés de leur gestion. Ce qui apparaît au premier plan, c'est l'idée qu'il faut garantir contre toute entrave, contre toute gêne la libre circulation sur ces diverses dépendances, et par conséquent maintenir dans sa totalité la chose en un état aussi bien que possible adapté à cette destination. Les agents publics sont donc incompétents pour faire tout acte qui aurait pour conséquence de soustraire tout ou partie de la chose à la libre circula-

tion ou de modifier l'état de la chose en la rendant impropre à cette circulation. Tout acte de ce genre est frappé de nullité. L'autorité supérieure devrait le supprimer et, sur recours pour excès de pouvoir, le conseil d'État l'annuler. Toute opération matérielle, comme tout acte juridique ayant pour conséquence d'entraver ou de gêner la libre circulation, est susceptible d'entraîner la responsabilité pécuniaire de l'État, et, le cas échéant, s'il y a faute personnelle, la responsabilité personnelle des agents.

Mais, d'un autre côté, comme il peut y avoir une utilisation privative de la chose compatible avec le libre usage public, les agents auxquels est confiée la gestion de la grande voirie peuvent faire tous actes qui, en autorisant un usage privatif d'une partie de la voie publique, sont cependant compatibles avec le libre usage du public. Cela est avantageux pour le Trésor et n'est pas contraire à la destination de la chose et, par conséquent, doit pouvoir être fait légalement. C'est à cette idée que se rattachent toutes les mesures qui, sous certaines conditions, accordent à un particulier un usage privatif d'une portion de la grande voirie et qui, suivant des distinctions dans lesquelles il est impossible d'entrer ici, prennent le nom d'autorisations, de permissions ou de concessions.

Il faut noter aussi que la simple abstention de l'administration peut entraîner sa responsabilité. Le défaut d'entretien ou le défaut de précaution au cas où des travaux sont exécutés sur la voie publique peuvent engager la responsabilité de l'État envers les personnes victimes d'un accident occasionné par cette négligence.

A fortiori, l'administration sera responsable du préjudice occasionné par l'exécution de travaux sur la voie publique, soit qu'ils interrompent la circulation, soit qu'ils la rendent difficile ou dangereuse, soit et surtout

qu'ils occasionnent un préjudice actuel et permanent au propriétaire riverain en le privant de l'accès, de la vue ou de l'égout sur la voie publique. Mais il faut remarquer que, contrairement à ce qu'on dit souvent, le propriétaire riverain n'a point un droit de servitude sur la voie publique. Ce droit n'existe pas, il ne peut pas exister même avec le caractère qu'on a voulu lui donner en l'appelant droit réel public. Le droit réel de servitude est un droit sur une chose qui est la propriété d'autrui ; il implique, par conséquent, qu'il existe une propriété ; or, j'ai montré que la notion de propriété est tout à fait étrangère à celle de domanialité publique. Le riverain de la voie publique, comme celui qui y circule, est tout simplement l'usager d'un service public ; il en profite, il est vrai, par suite de la situation qu'il occupe, d'une manière permanente et non accidentelle ; mais sa situation ne change pas pour cela. Il n'a pas plus de droit subjectif que l'individu quelconque qui use d'un service public quelconque ; il n'a point de droit subjectif à l'accès, à la vue, à l'égout. L'administration peut toujours modifier les conditions dans lesquelles fonctionne un service public, et, si cette modification entraîne un dommage spécial pour un particulier, elle lui doit réparation. Il en est ainsi et pas autrement quand elle modifie l'utilité qu'un riverain retirait de la voie publique.

La situation du propriétaire riverain telle que je la définis a été reconnue par un arrêt du conseil d'État du 14 décembre 1921 (*Préfet des Côtes-du-Nord*) rendu sur les conclusions de M. le commissaire du gouvernement Rivet. V. le texte de l'arrêt avec une note de Jèze, *Revue du droit public,* 1922, p. 90.

En vertu de la même idée, les agents publics préposés à la gestion de la grande voirie ne peuvent faire aucun acte d'ordre juridique qui soit en contradiction avec l'affectation de la chose à la circulation publique. C'est surtout cela que l'on a eu en vue en parlant de l'inaliénabilité. La règle de compétence est complétée

par les pouvoirs particuliers qui sont donnés aux agents pour réprimer énergiquement tous les actes émanant des particuliers et qui sont de nature à compromettre l'affectation de la chose à la circulation, sa conservation et sa structure. Les agents publics, bien que leur compétence soit étroitement limitée par la règle que je viens de formuler, ont le pouvoir et même le devoir de réglementer la circulation publique dans l'intérêt même de cette circulation. Ce n'est, au reste, que l'application du principe général, d'après lequel la liberté de chacun doit être limitée dans la mesure où cela est nécessaire pour assurer l'exercice même de cette liberté. Il n'y a pas lieu, au surplus, d'insister et de déterminer quels sont les fonctionnaires compétents pour établir cette réglementation.

L'essentiel à marquer ici, c'est que l'administration ne peut faire aucun acte juridique qui, pour une portion quelconque de la voirie publique, aurait comme conséquence de supprimer son affectation pleine et entière à la circulation publique. Si l'administration faisait un pareil acte, il serait entaché d'excès de pouvoir. Le supérieur hiérarchique pourrait toujours l'annuler et toute personne intéressée serait recevable et fondée à former contre lui le recours pour excès de pouvoir. Pratiquement, un pareil acte pourrait se produire, si l'administration, au lieu d'accorder, comme elle peut le faire (on va le voir un peu plus loin), des permissions et des concessions révocables, les accordait à titre définitif et irrévocable. L'acte devrait être annulé par le supérieur hiérarchique et par le conseil d'État sur le recours de l'intéressé. Le permissionnaire ou le concessionnaire qui se serait mis en possession ne pourrait à aucune époque l'invoquer ni se prévaloir du titre en vertu duquel il occupe la chose. Il pourrait en être dépossédé régulièrement par la voie administrative.

Mais si l'administration est incompétente pour prendre une mesure qui aurait pour conséquence de soustraire d'une manière définitive à l'usage public une portion quelconque de la grande voirie, elle peut, au contraire, décider qu'un usage privatif d'une dépendance de la voie publique sera accordé à un particulier, à la double condition qu'il ne gêne en rien la circulation publique et qu'il puisse toujours être retiré. Il y a là évidemment une restriction à la règle de l'inaliénabilité qui ne se présente pas pour la grande voirie avec le caractère rigoureux qu'elle a en ce qui concerne les ouvrages militaires. Confirmation nouvelle de ce que je disais plus haut, à savoir qu'on est dans l'erreur quand on veut édifier une théorie unique et générale de la domanialité publique et de l'inaliénabilité s'appliquant à toutes les dépendances domaniales.

Les actes par lesquels un particulier est autorisé à occuper d'une manière privative une portion plus ou moins étendue de la voie publique ont une importance de premier ordre dans le droit public moderne. Ils présentent, en effet, l'avantage de concilier les besoins de l'industrie moderne avec les intérêts pécuniaires de l'État et avec la circulation publique. Mon intention ne peut être d'indiquer en détail toutes les règles qui s'y rapportent ni d'examiner toutes les questions qu'elles soulèvent. Il suffit dans une théorie générale de l'État d'en indiquer les éléments essentiels. Et d'abord, il faut signaler que ces actes apparaissent sous deux aspects différents, celui de la permission, au sens général du mot, et celui de la concession. Des hésitations se sont élevées sur le point de savoir en quoi consiste exactement la différence de ces deux sortes d'actes.

J'estime que ce qui caractérise la concession, c'est qu'elle contient en elle un élément contractuel et qu'elle est faite pour une durée déterminée, pendant laquelle

l'administration est liée. Cependant la concession doit toujours contenir une clause de résiliation unilatérale au profit de l'administration qui peut l'invoquer à une époque quelconque. S'il en était autrement, la règle de l'inaliénabilité serait violée. Mais quand la concession est retirée, c'est seulement en application de la clause contractuelle de résiliation. Quant à la permission, elle ne contient aucun élément contractuel. Elle est faite sans condition de durée. Elle peut toujours être révoquée par acte unilatéral de l'administration. Cependant, il est aujourd'hui de jurisprudence constante que l'autorité ne peut retirer la permission que dans l'intérêt de la domanialité publique. Si elle la révoquait en vue d'un autre but, par exemple dans un intérêt fiscal, ou encore pour favoriser un autre permissionnaire, elle commettrait un détournement de pouvoir que pourrait invoquer le permissionnaire pour en faire prononcer l'annulation.

L'application de cette notion de détournement de pouvoir a eu pour résultat de donner au permissionnaire une situation très stable. Aussi la conséquence en a-t-elle été que le domaine de la permission a pris un très large développement quand, au contraire, l'emploi du procédé de la concession va diminuant. Aussi bien faut-il observer que malgré la protection assurée au permissionnaire, celui-ci peut toujours être dépossédé sans indemnité, lorsqu'il s'agit de garantir l'affectation à la circulation publique de la dépendance sur laquelle porte la permission.

Cependant il a été jugé par le conseil d'État qu'une indemnité est due par l'administration lorsque la permission est retirée, sans doute dans l'intérêt de la domanialité publique, mais dans l'intérêt d'une dépendance autre que celle sur laquelle la permission a été accordée. Cf. notamment un arrêt intéressant du 15 mars 1903 (*François*) reconnaissant l'obligation pour la compagnie d'Orléans de payer une indemnité au tenancier d'une

buvette établie, en vertu d'une permission de l'administration de la ville de Paris, sur la place Valubert, et qui avait dû être déplacée au moment du prolongement de la ligne d'Orléans jusqu'au quai d'Orsay. Il est dit dans l'arrêt : « Considérant que la précarité des autorisations sur le domaine public n'existe que dans l'intérêt même du domaine sur lequel elles ont été accordées, que dans ces conditions la compagnie n'est pas fondée à se prévaloir du caractère précaire de la concession (*sic*) pour se refuser à réparer le dommage qui a été la conséquence directe de l'exécution des travaux » (*Recueil,* 1903, p. 143).

L'administration peut évidemment apprécier librement si elle doit accorder ou refuser la permission demandée, et en principe, elle ne peut être contrainte de l'accorder. Mais encore ici, il faut faire, comme dans tout le domaine de l'activité administrative, intervenir la notion de détournement de pouvoir. L'administration peut apprécier librement les intérêts du domaine public, et, si elle estime qu'ils l'exigent, refuser la permission. Mais elle n'a pas de pouvoir discrétionnaire. Si elle fondait son refus sur un autre but que celui de la protection domaniale, par exemple s'il était établi qu'en refusant une permission elle avait en vue de favoriser un particulier au détriment d'un autre, elle commettrait un détournement de pouvoir, et l'intéressé serait recevable et fondé à l'invoquer pour faire annuler la décision de refus par le conseil d'État.

Il est vrai que pendant longtemps la haute juridiction n'a pas admis un pareil recours. Cf. notamment un arrêt du 26 décembre 1891, qui a déclaré non recevable le recours formé contre la décision par laquelle l'administration avait refusé une permission (*Recueil,* p. 827). Au contraire, deux arrêts, l'un du 26 mai 1911 (*Recueil,* p. 638) et l'autre du 21 juin 1914 (*Recueil,* p. 788), ont admis le recours. Dans cette dernière affaire, il est vrai, le requérant n'invoquait pas un détournement de pouvoir, mais prétendait que la condition que le préfet mettait à l'octroi de la permission (obligation de payer une redevance de 2 francs par an) était illégale. La décision n'en est pas moins intéressante.

Si les agents publics ont une compétence limitée dans l'intérêt même de l'affectation à l'usage public, ils

ont, à l'inverse, en considération du même but, des pouvoirs particulièrement énergiques pour réprimer tous les empiétements que peuvent commettre les particuliers sur la voirie. Ces pouvoirs existent dans tous les pays. En France, ils sont exercés au moyen d'une procédure spéciale, qui prend son origine dans notre ancien droit, qui est assez compliquée et qu'on appelle la procédure des contraventions de grande voirie. Il faudrait un volume pour l'étudier en détail. Le lieu n'est pas ici de l'entreprendre. Il suffira de marquer les traits essentiels de cette voie de droit.

Lorsqu'un particulier, même de bonne foi, directement ou par le fait de son préposé, commet un empiétement quelconque sur la voie publique ou méconnaît les charges qui sont imposées aux propriétés riveraines, il commet ce que l'on appelle une contravention de grande voirie. L'autorité administrative peut et doit intervenir immédiatement pour prendre les mesures conservatoires nécessaires. La contravention entraîne une amende et l'obligation pour le contrevenant de remettre les choses en l'état ou de payer la somme représentative des travaux à exécuter, lorsque, pour réparer l'atteinte apportée à la voie publique, il y a lieu d'y faire un travail quelconque.

L'amende est soumise à la prescription de droit commun; mais l'obligation de réparer s'imposant au contrevenant est perpétuelle; elle subsiste et peut être poursuivie quelle que soit l'époque à laquelle remonte l'empiétement sur la voie publique. C'est la conséquence de la domanialité elle-même; il faut que la chose reste affectée dans son intégrité à l'usage public, et un intérêt privé, quel que soit le temps écoulé, ne peut prévaloir sur l'intérêt majeur de ce service public qui tend à assurer la libre circulation.

En cela consiste surtout ce qu'on appelle l'impres-

criptibilité du domaine public, expression qui n'est pas plus exacte que celle d'inaliénabilité. L'une et l'autre paraissent impliquer l'existence d'une propriété de l'État, mais d'une propriété qui ne peut pas être aliénée. Or, il n'y a pas ici de propriété. Je viens de montrer que ce qu'on appelle l'inaliénabilité consiste seulement en une limitation de la compétence appartenant aux agents publics préposés à la gestion de la voirie; ce qu'on appelle imprescriptibilité consiste dans une extension des pouvoirs accordée à ces mêmes agents. Ils sont puissamment armés pour réprimer tous les empiétements commis sur une dépendance quelconque de la voirie et sous une forme quelconque. Ces pouvoirs, ils peuvent les exercer en tout temps, et on ne comprendrait pas qu'ils ne le puissent pas. Il n'y a pas de prescription possible contre l'administration intervenant pour assurer le fonctionnement d'un service public. Ici, l'objet du service public est de conserver la chose dans son intégrité totale pour que l'usage public puisse s'exercer pleinement. Par conséquent, quel que soit le temps qui s'est écoulé, il faut que l'administration puisse intervenir pour faire cesser tout acte contraire à cette affectation ou compromettant d'une manière quelconque la structure de la chose publique.

Ainsi, pas plus que la règle de l'inaliénabilité, celle de l'imprescriptibilité du domaine public ne doit être cherchée dans le code civil. Sans doute, on peut mettre en avant l'article 2226 ainsi conçu : « On ne peut prescrire le domaine des choses qui ne sont pas dans le commerce », et l'on peut dire que la formule « choses qui ne sont pas dans le commerce » signifie choses qui ne sont pas soumises au régime de la propriété privée, qu'ainsi le code civil établit l'imprescriptibilité du domaine public. Mais cette interprétation de l'arti-

cle 2226 est faite après coup, parce qu'il est bien certain que dans la pensée des auteurs du code ce texte ne s'appliquait point au domaine public, puisque, on l'a montré précédemment, ils ignoraient totalement la distinction du domaine public et du domaine privé. Au reste, que ce texte s'applique ou non, cela, semble-t-il, n'a point d'importance, parce que les règles de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité restent ce que j'ai expliqué qu'elles étaient.

Pour les chemins de fer, la règle de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité a bien, semble-t-il, le même sens que pour la voirie proprement dite. Cependant, il faudrait faire certaines réserves en ce qui concerne la compétence pour l'octroi des permissions, soit sur la voie ferrée elle-même, soit dans les gares et aussi pour le caractère même de ces permissions. Je suis disposé à croire notamment que dans les gares de véritables locations peuvent être faites pour une durée déterminée, liant l'administration, et cela parce qu'une pareille location ne se trouve pas en contradiction avec le fonctionnement même du service public qui n'est point gêné par un tel acte, qui peut même être complété par une location de ce genre : bibliothèques, buffets, hôtels. L'idée est d'ailleurs toujours la même. L'étendue des pouvoirs appartenant aux agents publics, la nature des actes touchant l'usage privatif d'une dépendance domaniale restent déterminées par les conditions dans lesquelles fonctionne le service public, par sa nature propre, par le caractère de l'affectation. Ils ne peuvent rien faire qui serait en contradiction avec les conditions du service; mais ils peuvent faire, au contraire, tous les actes de gestion utile conciliables avec elles.

Cette même idée se retrouve quand on considère les immeubles bâtis ou non bâtis affectés à un service autre que la guerre, la circulation, les chemins de fer,

et aussi les forêts. Pour celles-ci, il y a une législation très complexe, variable avec les pays, mais dont le principe se rattache toujours à l'idée générale que j'essaie de mettre en relief.

A la différence des dépendances domaniales affectées à la circulation publique, à la défense nationale, aux chemins de fer, pour qu'un immeuble affecté à un autre service public ait le caractère de domanialité publique, il faut qu'il y ait un acte exprès d'affectation, et cela est logique. La circulation publique, la défense nationale, les chemins de fer présentent un caractère tel qu'un immeuble ne peut y être affecté que s'il a une certaine structure parfaitement déterminée. Et le fait que la chose a cette structure est la preuve même qu'elle est affectée à l'un de ces services. L'affectation est alors un fait qui s'impose par lui-même et qui doit être protégé en lui-même du moment où il existe. Il en est tout différemment des autres services, qui peuvent fonctionner, peut-être plus ou moins commodément, mais cependant utilement dans un immeuble bâti quelconque; et par suite, la structure de cet immeuble n'implique point son affectation à un service public; d'où la nécessité d'un acte exprès d'affectation.

En France, quand il s'agit d'un immeuble affecté à un service d'État, il faut un décret. Il arrive parfois que des immeubles communaux sont affectés à des services publics d'État. Il y a alors un décret d'affectation, pris à la suite d'un accord entre la ville et l'État. Souvent ce décret n'est pas pris et l'affectation résulte directement de l'accord intervenu. L'acte d'affectation, décret ou accord, devient un élément de la loi, au sens général du mot, s'appliquant au service installé dans l'immeuble. L'administration ne peut rien faire qui soit contraire à la loi du service; elle ne peut donc rien faire qui soit contraire à l'affectation. Je crois donc que l'administra-

tion ne peut accorder dans l'édifice ni permission d'occupation temporaire, ni concession, car de pareils actes se trouveraient en contradiction même avec l'affectation. Elle pourrait, au contraire, accorder des permissions de logement à des fonctionnaires du service et dans l'intérêt même du service. C'est le régime que paraît consacrer, d'une manière très nette, l'article 56, § 1, de la loi de finances du 25 février 1901 qui porte : « Aucun logement ne peut être concédé ni maintenu à titre gratuit dans les bâtiments appartenant à l'État qu'à raison des besoins des services publics et en vertu d'un décret. » Disposition qui peut-être n'a pas été appliquée, en fait, avec toute la rigueur désirable.

Si la compétence de l'administration est limitée en ce qui concerne les immeubles affectés à un service public, celle-ci n'est pas armée, contre les atteintes qui seraient portées par des particuliers, comme elle l'est en ce qui concerne les autres dépendances du domaine public et particulièrement les dépendances de la grande voirie. La procédure des contraventions de grande voirie est ici incontestablement inapplicable. Au cas d'empiétement de la part d'un particulier, par exemple de la part d'un voisin, je tends à croire que, pour en obtenir la répression, l'administration ne peut recourir qu'aux voies de droit ordinaires, au moins pour le moment. Mais, en même temps, j'estime que le droit public moderne évolue vers un régime où l'affectation d'un immeuble à un service public sera protégée d'une manière analogue à celle dont sont protégées les autres dépendances domaniales. Déjà, il est de jurisprudence constante que les travaux ayant pour objet la construction d'un édifice qui doit être affecté à un service public ont le caractère de travaux publics avec toutes les conséquences qui s'y rattachent, notamment les droits reconnus à l'administration pour fouilles et extraction

de matériaux et aussi en ce qui concerne la compétence. D'autre part, il est de jurisprudence constante que les tribunaux administratifs sont seuls compétents pour juger de la responsabilité de l'administration à raison des dommages causés à un tiers par l'installation et le fonctionnement d'un service public quelconque dans un immeuble quelconque. N'est ce pas une preuve de la tendance que je viens de signaler et suivant laquelle les immeubles affectés à des services publics autres que la circulation, la défense nationale et les chemins de fer, recevraient la même protection que celle accordée aux dépendances domaniales affectées à ces derniers?

Pour les objets artistiques classés appartenant à l'État, l'article 10 de la loi du 30 mars 1887 décide expressément qu'ils sont « inaliénables et imprescriptibles ». J'estime qu'il faut entendre ici la règle de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité dans le même sens que précédemment pour les dépendances domaniales immobilières et y voir avant tout une règle sur la compétence des fonctionnaires ayant la gestion du mobilier artistique de l'État, une règle qui, d'une part, limite leur compétence et qui, d'autre part, leur donne des pouvoirs exceptionnels pour faire rentrer en tout temps, par les voies administratives, dans les collections de l'État, les objets qui en auraient été indûment détournés.

Hauriou, qui a écrit d'excellentes choses sur le domaine public, rattache, comme moi, la règle de l'inaliénabilité à l'affectation à un service public. Il écrit notamment : « La règle de l'inaliénabilité est la conséquence immédiate de l'affectation. Les dépendances du domaine public sont inaliénables à cause de leur affectation ; elles ne sont inaliénables que dans la mesure nécessitée par leur affectation » (*Droit administratif*, 10e édit., 1921, p. 618).

Mais, à mon avis, Hauriou a le tort de voir dans les permissions et les concessions accordées sur certaines dépendances du domaine public des actes donnant naissance à ce qu'il appelle des droits réels de nature administrative. Il écrit à la note 2 de la

page 621 : « Si le domaine public inaliénable est mis hors du droit commun de la propriété privée, en revanche, il se prête à la floraison de toute une catégorie de droits réels de nature administrative. » J'estime que sur ce point Hauriou est dans l'erreur. Il est inadmissible d'attribuer aux concessionnaires ou aux permissionnaires du domaine public des droits réels, même en ajoutant qu'ils sont de nature administrative. La catégorie juridique du droit réel a été inventée pour le régime de la propriété privée ; il est un élément de ce régime. Il ne faut pas l'en faire sortir sous peine d'aboutir à des contradictions et à des difficultés inextricables. Puisque Hauriou enseigne que les dépendances domaniales sont entièrement soustraites au régime de la propriété privée, pourquoi veut-il que les permissions et les concessions domaniales donnent naissance à de véritables droits réels qui sont, je le répète, un des éléments du régime de propriété privée. D'autre part, ou bien la situation du permissionnaire ou du concessionnaire constitue pour eux un droit réel et alors il n'y a pas besoin d'ajouter une épithète ; ou bien c'est une situation administrative qui n'a rien du droit réel, et alors pourquoi employer cette expression.

Cf. Rigaud, *Les droits réels administratifs*, thèse Toulouse, 1914.

§ 77. — *Des modes d'acquisition du domaine de l'État.*

L'État peut incorporer à son patrimoine les choses immobilières ou mobilières par les modes juridiques du droit commun, qu'on appelle parfois les modes du droit privé, parce qu'ils sont les seuls par lesquels les particuliers peuvent acquérir. Ils sont, en général, le résultat d'une convention, mais pas nécessairement. En effet, certains modes d'acquisition accessibles aux particuliers résultent d'actes certainement unilatéraux. Il en est ainsi, par exemple, des acquisitions après décès, au cas de successions *ab intestat ;* l'acquisition ici se réalise à la suite d'une déclaration unilatérale de l'appelé avec effet rétroactif au jour du décès. Il y a encore acquisition par un acte unilatéral de volonté dans les quelques

cas d'acquisition par retrait qui ont été conservés dans le droit français moderne, le retrait successoral, le retrait litigieux et le retrait d'indivision (C. civ., art. 841, 1699 et 1408, § 2). Je rappelle enfin le cas du propriétaire dont le fonds est enclavé et qui peut exiger un passage sur le terrain de son voisin (C. civ., art. 682).

Si je signale d'une manière spéciale ces différents actes d'acquisition unilatéraux de droit privé, c'est pour montrer une fois encore combien est fausse la proposition si souvent formulée et suivant laquelle les actes juridiques de droit privé ne peuvent faire naître des situations de droit que s'ils sont des actes contractuels, et suivant laquelle seul l'État peut, à raison de la puissance publique qui lui est propre, acquérir par un acte unilatéral. Eux aussi, les particuliers, peuvent acquérir par des actes unilatéraux ; rien ne s'y oppose. La cause efficiente d'une acquisition n'est point l'acte volontaire d'une personne quelconque. Elle se trouve dans le droit objectif dont l'application peut être subordonnée, suivant les cas, soit à un acte plurilatéral, soit à un acte unilatéral, quel que soit le sujet de la volonté intervenante. Mais il va de soi que lorsque la volonté qui intervient est celle des agents de l'État, les cas où l'acquisition est conditionnée simplement par un acte unilatéral seront plus fréquents que lorsque la manifestation volontaire émane de simples particuliers. Les agents de l'État, en effet, sont présumés agir pour assurer le fonctionnement des services publics et partant pour l'utilité publique. Or, il est logique que le droit objectif leur permette, en principe, de réaliser des acquisitions par voie unilatérale, sous cette condition toutefois qu'il soit établi que l'acquisition est faite en vue de l'utilité publique devant laquelle doit céder l'intérêt privé.

Toutes les législations modernes admettent et ont réalisé cette conception sous des formes différentes. Les

modalités varient, mais le principe est et reste toujours et partout le même. En France, les deux modes d'acquisition réalisés par des actes unilatéraux des agents publics, à raison de l'utilité publique en vue de laquelle ils sont faits, sont l'expropriation pour les immeubles et la réquisition pour les meubles, deux procédés juridiques qui, quoi qu'on en ait dit, répondent exactement à la même idée générale et présentent identiquement le même caractère.

L'expropriation pour cause d'utilité publique. — Le principe en a été formulé dans un article bien connu de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ainsi conçu : « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique l'exige évidemment et sous la condition d'une juste et préalable indemnité » (art. 17). Après plusieurs tentatives infructueuses et d'ailleurs mal venues, la mise en œuvre du principe a été réalisée par la grande loi sur l'expropriation pour cause d'utilité publique du 3 mai 1841, loi remarquablement faite, qui a subsisté, sans modification notable, jusqu'à la loi du 6 novembre 1918.

Il n'entre point dans ma pensée de donner le commentaire de l'une et l'autre de ces lois, mais seulement de montrer comment l'une marque le point de départ et l'autre le point d'arrivée d'une évolution qui s'est accomplie dans la notion d'utilité publique. Nous nous formons aujourd'hui de l'utilité publique une notion singulièrement plus large que celle qu'on s'en faisait en 1841, et cette évolution elle-même se rattache à la transformation que j'ai si souvent mise en relief et qui s'accomplit dans nos conceptions juridiques : elles évoluent, ai-je dit, d'un système subjectiviste et individualiste vers un système objectiviste et solidariste. La propriété individuelle cesse de plus en plus d'être un

droit individuel, absolu et intangible, pour devenir une situation objective faite avant tout de devoirs qui s'imposent aux propriétaires, avec certaines prérogatives conditionnées par l'accomplissement de ces devoirs, situation qui doit céder devant l'utilité publique, très largement entendue. Il n'est pas inutile de montrer quelques-unes des applications de cette proposition.

Le professeur Rolland a déterminé exactement comment, sous l'application de la loi du 3 mai 1841, on entendait l'utilité publique, et je ne puis mieux faire que de lui emprunter ce qui suit : « Encore que la chose ne fût pas dite d'une manière formelle dans un texte, il était généralement admis, jusqu'au vote de la loi du 6 novembre 1918, qu'il fallait entendre dans un sens étroit l'utilité publique nécessaire pour fonder une expropriation. D'une part, il s'agissait uniquement de l'utilité publique s'attachant, soit au fonctionnement ou à l'aménagement d'un service public, soit à la constitution du domaine public. D'autre part, l'expropriation ne pouvait atteindre que les terrains strictement nécessaires à l'exécution des travaux ou des ouvrages projetés. »

Rolland, *Le remaniement du régime de l'expropriation, Revue du droit public,* 1919, p. 96. — Rapp. Hauriou, *Droit administratif,* 10e édit., 1921, p. 698 ; Jèze, *Revue du droit public,* 1921, p. 361, article intéressant sur la notion d'utilité publique.

Un arrêt du conseil d'État du 27 avril 1917 a fait une application très nette de l'idée exprimée par Rolland en annulant un décret ayant déclaré d'utilité publique l'établissement et l'extension d'une décharge publique et autorisé la ville de Caen à recourir à l'expropriation pour l'acquisition des terrains nécessaires, la création d'une décharge comme celle visée au décret n'étant pas de nature à faire l'objet d'une déclaration d'utilité publique (cons. d'État, 27 avril 1917, *Recueil,* 1917, p. 335, avec les conclusions de M. Léon Blum, et Dall., 1918, III, p. 7).

A la veille de la guerre, la notion d'utilité publique,

telle qu'elle vient d'être définie, recevait déjà certaines extensions, et particulièrement sur deux points. L'article 18 de la loi du 15 février 1902 sur la protection de la santé publique permettait, lorsque l'insalubrité d'un immeuble ou d'un quartier était le résultat de causes extérieures et permanentes et que la cause d'insalubrité ne pouvait disparaître que par des travaux d'ensemble, aux communes d'acquérir par voie d'expropriation la totalité des immeubles situés dans le périmètre des travaux à effectuer. D'autre part, la loi du 10 avril 1912, modifiant l'article 2 du décret du 26 mars 1852, autorisait l'administration à acquérir, en cas d'opération de voirie, certains immeubles, non immédiatement nécessaires, si des considérations d'esthétique ou d'hygiène commandaient l'acquisition.

Pendant et depuis la guerre, deux lois sont venues donner à ces dispositions une portée plus étendue et ainsi élargir notablement la notion d'utilité publique. D'abord, la loi du 17 juin 1915 étend la disposition de la loi du 15 février 1902. Désormais, pour que l'expropriation soit possible à raison de l'insalubrité, il n'est plus besoin que cette dernière soit le résultat de causes extérieures et permanentes ou que ces causes ne puissent être détruites que par des travaux d'ensemble. Il faut, mais il suffit, que l'on se trouve en présence de quartiers ou d'immeubles reconnus malsains, quelle que soit la cause de l'insalubrité. L'expropriation peut intervenir, toutes les fois qu'il y a insalubrité, en vue de l'assainissement par la démolition.

Comme le fait justement observer le professeur Rolland dans l'article précité, la loi du 6 novembre 1918 va beaucoup plus loin et innove bien plus profondément. Dans le texte de l'article 2 de la loi du 3 mai 1841, lequel désormais est rattaché à l'article 1^er^, le législateur de 1918 a substitué le mot *opérations* au

mot *travaux*. Le changement est significatif. Précédemment, l'expropriation n'était possible que pour l'exécution d'un travail déterminé. Aujourd'hui elle peut être faite en vue d'un but qui ne se traduirait pas précisément dans l'exécution d'un travail proprement dit ou en vue de travaux qui ne s'exécuteraient que par étapes. Dans le nouvel article 2, le législateur fait l'application de cette idée, en autorisant ce qu'on appelle l'expropriation par zones dans les termes suivants : « L'utilité de l'expropriation peut être déclarée non seulement pour la superficie comprise dans le périmètre des ouvrages publics projetés, mais encore pour toutes celles qui seront reconnues nécessaires pour assurer à ces ouvrages leur pleine valeur immédiate ou d'avenir. Il en sera notamment ainsi en matière de voirie urbaine pour les superficies hors alignement, faisant obstacle à un lotissement rationnel ou non susceptible de constructions qui s'accordent avec le plan général des travaux. » Comme je l'ai indiqué au début de ce paragraphe, en édictant cette disposition, le législateur, peut-être d'ailleurs inconsciemment, a été certainement déterminé par l'évolution qui s'est accomplie dans la notion de propriété et corrélativement dans celle d'utilité publique. Mais il a pris aussi en considération les rapports qui ont précédé la loi ne laissent pas de doute à cet égard, les travaux de reconstruction à exécuter, à la suite des dévastations de la guerre dans les villes du Nord et du Nord-Est, suivant un plan général d'aménagement.

Aussi bien est-ce seulement l'évolution des notions de propriété et d'utilité publique qui a conduit le législateur à limiter les pouvoirs du jury d'expropriation au point de vue de l'indemnité allouée à l'exproprié. Elle doit être évidemment l'équivalent aussi exact que possible de la valeur qu'avait l'immeuble exproprié. L'opé-

ration ne doit pas être pour le propriétaire une cause de perte et pas davantage une cause d'enrichissement. Toutefois, si ce principe était incontestable, de fait il donnait lieu, dans la pratique, à des difficultés en ce qui concerne le préjudice éventuel et futur pouvant résulter de l'expropriation. Les jurys d'expropriation, composés, sinon pour la totalité, au moins pour la grande majorité, de propriétaires fonciers, avaient une tendance accusée à prendre en considération pour la fixation de l'indemnité, non seulement le préjudice actuel, mais aussi le préjudice futur et éventuel. Dès 1914, le législateur a sur ce point nettement fixé les pouvoirs du jury en décidant qu'il ne pourrait faire entrer en ligne de compte que le préjudice actuel : « L'indemnité d'expropriation ne doit comprendre que le dommage actuel et certain causé par le fait même de l'éviction ; elle ne peut s'étendre au préjudice incertain et éventuel qui ne serait pas la conséquence directe de l'expropriation. Si, au cours des débats, il est donné acte à l'expropriant d'une demande qu'il considère comme visant un préjudice de cette nature, le jury doit statuer sur cette demande par une disposition distincte. » Ce texte a été reproduit au paragraphe 4 de l'article 48 de la loi du 6 novembre 1918.

La loi du 17 juin 1915 a aussi déterminé d'une manière très précise comment doit être évaluée l'indemnité due par l'administration au cas d'expropriation pour cause d'insalubrité. Il y est dit : « Pour déterminer l'indemnité à allouer au propriétaire d'un immeuble, le jury fixe d'abord, par délibération spéciale, la valeur vénale de cet immeuble, abstraction faite de la condition d'insalubrité. Il en défalque ensuite obligatoirement le montant des travaux qui seraient nécessaires pour le rendre salubre. L'indemnité due est égale à la différence de ces deux éléments, sans pouvoir être infé-

rieure à la valeur du terrain rendu nu et sans qu'il puisse non plus en être alloué aucune autre, notamment à raison du fait de dépossession. » Disposition intéressante, qui montre bien que dans la conception moderne le propriétaire d'une maison est juridiquement tenu de la conserver en état d'*habitabilité*. C'est précisément pour cette raison que, s'il ne le fait pas, on l'exproprie et on lui donne seulement une indemnité représentative de la valeur de l'immeuble, mais diminuée de la somme qui aurait été nécessaire pour le rendre habitable. Nouvelle preuve que le propriétaire d'une maison d'habitation est bien plutôt chargé d'une certaine fonction sociale qu'il n'est titulaire d'un droit.

Il convient aussi de rappeler que la loi du 6 novembre 1918 permet l'expropriation dans un cas où, en réalité, elle n'est point faite en vue de l'utilité publique, mais où elle se rattache à une tout autre idée. On verra dans la suite de ce chapitre que, de plus en plus, le droit moderne tend à admettre cette règle générale que la caisse collective doit réparation à tout particulier du préjudice spécial qui lui est occasionné par le fonctionnement d'un service public. C'est ce qu'on exprime parfois en disant que l'État doit assurer tout particulier contre le risque social. La contre-partie de cette charge incombant à l'État, c'est évidemment que si, au contraire, par suite du fonctionnement d'un service public, par suite d'une opération administrative quelconque, un particulier réalise un bénéfice exceptionnel, il doit une bonification égale à la caisse collective. Ce bénéfice exceptionnel résulte assez fréquemment de l'exécution de travaux publics, par exemple au cas d'élargissement d'une voie publique qui amène une majoration importante dans la valeur des immeubles riverains. Il est de toute justice que les propriétaires qui s'enrichissent ainsi du fait de l'expropriation et des travaux publics

tiennent compte à l'État de leur bénéfice. Cette obligation a été très nettement consacrée par l'article 2 *bis* de la loi du 6 novembre 1918. Ce n'est pas cependant quelque chose d'entièrement nouveau. Le principe, en effet, en était déjà inscrit dans la loi du 16 septembre 1807 (art. 30). Mais on peut dire que cette disposition n'avait jamais été appliquée, d'une part, parce qu'elle n'avait pas de sanction effective, et, d'autre part, parce qu'elle ne répondait pas à la conception générale qu'on se formait alors du droit de propriété : droit absolu et intangible qui subsiste sur tous les accroissements de la chose. La valeur de celle-ci augmente sans le fait du propriétaire ; peu importe. Il reste intact sur toute la valeur de la chose quelle que soit l'origine de son accroissement. Mais, je l'ai déjà dit souvent, cette notion de la propriété droit tend à disparaître. D'autre part, la loi et la jurisprudence reconnaissent de plus en plus l'obligation pour la collectivité d'assurer l'individu contre le risque social. Spécialement en matière de travaux publics, une jurisprudence, aujourd'hui constante, alloue une indemnité à tous ceux dont la chose diminue de valeur à la suite de travaux publics. Il est donc indispensable qu'à l'inverse celui dont la propriété augmente de valeur par suite de l'opération administrative paie à l'État une ristourne, et cela sous une sanction rigoureuse et véritablement effective.

C'est ce qu'a voulu réaliser la loi du 6 novembre 1918. Des articles 2 *bis* et 23 de cette loi, il résulte que tout propriétaire dont l'immeuble, à raison de la proximité des travaux exécutés, a réalisé une plus-value dépassant 15 p. 100 doit à l'administration exécutant ces travaux une indemnité égale à la plus-value. S'il se refuse à la payer, il pourra être exproprié de son immeuble : « L'utilité de l'expropriation, dit la loi, peut aussi être déclarée pour les immeubles qui, à rai-

son de leur proximité de l'ouvrage public projeté, en doivent retirer une plus-value dépassant 15 p. 100. » Voilà donc une utilité publique qui peut être déclarée, une expropriation qui peut être prononcée, non pas pour l'exécution d'un travail public, mais pour assurer une sanction à la règle d'après laquelle tout propriétaire doit à la collectivité une indemnité égale à la plus-value que son immeuble retire de l'opération publique poursuivie.

Si j'ai insisté quelque peu sur ces dispositions nouvelles relatives à l'expropriation, c'est qu'elles illustrent d'une manière toute particulière ce que j'ai souvent dit sur la transformation de la propriété et sur la responsabilité de l'État.

Je dois signaler enfin, comme se rattachant à la même idée, l'expropriation conditionnelle établie par la loi du 17 juillet 1921, laquelle a modifié sur beaucoup de points la procédure de la loi de 1841 et donné au titre VIII, rédigé complètement à nouveau, la rubrique *De l'expropriation conditionnelle*. Pour éviter que l'administration ne soit entraînée dans des dépenses qu'elle ne pouvait pas prévoir, la loi l'autorise à provoquer la réunion du jury et à faire fixer le montant de l'indemnité avant de procéder à l'expropriation proprement dite, c'est-à-dire avant l'arrêté de cessibilité et le jugement d'expropriation. Ainsi l'administration saura où elle va et elle ne poursuivra l'expropriation que si les dépenses qu'elle doit entraîner sont raisonnables.

Réquisition. — Sauf à revenir plus loin sur ce point, je définis tout de suite la réquisition en disant que c'est une expropriation pour cause d'utilité publique portant sur un meuble ou sur l'usage d'un immeuble.

La réquisition fait, en France, l'objet d'une législation très touffue et très complexe. La loi fondamentale est toujours la loi du 3 juillet 1877, qui a reçu depuis, surtout pendant la guerre, des modifications et des compléments. La loi du 22 juillet 1909

règle d'une manière spéciale la réquisition des automobiles. Pendant la durée des hostilités, le législateur a été amené par la force des choses à donner à la réquisition une étendue qu'elle n'avait pas auparavant. La loi la plus importante à cet égard est la loi du 3 août 1917, relative aux réquisitions civiles. D'après la loi du 3 juillet 1877, seule l'autorité militaire pouvait procéder à des réquisitions pour les besoins de l'armée et de la défense nationale. La loi de 1917 permet à l'autorité civile d'exercer des réquisitions pendant la durée de la guerre. Elle permet aussi (art. 5) la réquisition totale ou partielle des établissements industriels ou commerciaux. A cet égard, il importe de noter que la réquisition ne porte pas sur la propriété de l'établissement, mais seulement sur l'usage de l'exploitation. On doit signaler aussi la loi du 20 juillet 1918, relative aux indemnités dues pour le logement des troupes, loi complétée par le règlement d'administration publique du 16 février 1919; la loi du 6 février 1920, relative à la réquisition des voies navigables, et la loi du 27 février 1920, autorisant la réquisition du matériel et des locaux nécessaires à l'exécution des transports au cas d'interruption de l'exploitation des voies ferrées.

Il n'entre point dans mon intention de donner un commentaire de ces diverses lois, mais seulement de déterminer le vrai caractère de la réquisition. Je viens de la définir, l'expropriation portant sur un meuble ou sur l'usage d'un immeuble. Cette définition a rencontré de très vives objections; et on a voulu attribuer à la réquisition un tout autre caractère, ce qui entraîne des conséquences importantes relativement à la détermination du montant de l'indemnité due par l'État. Je dois dire très franchement que je ne comprends pas très bien ces controverses. En 1877, le vote de la loi n'avait soulevé aucune discussion. L'article 2 est ainsi conçu : « Toutes les prestations donnent droit à des indemnités représentatives de leur valeur, sauf dans les cas spécialement déterminés par l'article 15... ». Cet article 2, sur lequel se sont élevées tant de discussions, avait été voté par la chambre et le sénat sans aucune observation. Depuis le vote de la loi jusqu'à la

guerre de 1914, aucune controverse ne s'était élevée ; la disposition apparaissait à tous d'une clarté lumineuse. Je ne puis m'expliquer les controverses qui sont nées que par la surexcitation bien naturelle des esprits sous l'action de la guerre. Il faut s'y soustraire autant que possible et examiner froidement la question qui, au fond, est très simple.

Les sociétés modernes, en général, et la société française, en particulier, vivent encore sous un système juridique d'après lequel la loi protège d'une manière énergique l'affectation d'une certaine richesse à des utilités individuelles. Nul, pas même les agents de l'État, ne peut porter atteinte à des affectations individuelles ainsi protégées. Cependant, dans l'intérêt public, et sous certaines conditions de fond et de forme déterminées par la loi, les agents de l'État, spécialement compétents à cet effet, peuvent faire cesser cette affectation individuelle et la remplacer par une affectation collective. Mais alors la caisse sociale doit à l'individu une indemnité en argent représentant aussi exactement que possible la richesse qui lui était affectée et dont il se trouve dépossédé. C'est dans l'intérêt de la collectivité qu'un préjudice est apporté à un particulier ; la caisse collective doit réparer ce préjudice dans sa totalité. Nous avons déjà rencontré cette idée, et nous la retrouverons bientôt tout à fait au premier plan, en étudiant la responsabilité de l'État dans son ensemble. Aussi bien est-ce la même idée au fond qu'on exprime quand on dit très justement qu'un principe essentiel du droit moderne est l'égalité de tous devant les charges publiques, que, par conséquent, si dans l'intérêt commun l'égalité est rompue, la caisse commune doit la rétablir. Déjà, en 1789, la Déclaration des droits parlait d'une juste indemnité (art. 17), et le législateur de 1877 ne dit pas autre chose quand il parle

d'une indemnité représentative de la valeur de la prestation.

Cette réparation du préjudice causé, ce maintien de l'égalité de tous devant les charges publiques ne peuvent évidemment être réalisées que si l'on alloue à celui qui est privé d'une richesse, dont l'affectation lui était garantie par la loi, une somme d'argent égale à celle qu'il aurait obtenue s'il avait librement, par le jeu naturel des contrats, liquidé cette richesse au moment où est intervenu l'agent de l'État. Assurément, il ne faut pas tenir compte du bénéfice éventuel et futur qui pourrait être réalisé par le particulier s'il conservait sa richesse ; mais il faut lui donner tout ce qu'il obtiendrait s'il la réalisait au moment où il en est dépossédé.

Cette suppression dans l'intérêt public d'une affectation individuelle de richesse est organisée aujourd'hui en France sous deux formes : l'expropriation pour les immeubles et la réquisition pour les meubles et pour l'usage des immeubles. Mais si les procédés techniques sont différents, le principe qui les inspire et l'opération qu'ils recouvrent sont absolument identiques, et d'excellents auteurs, notamment Berthélemy, Naquet, dans les articles qui sont cités plus bas, ont pu justement dire : « Le droit de réquision est une forme du droit d'expropriation ; la réquisition est de même ordre que l'expropriation pour cause d'utilité publique. »

Cependant, des auteurs de haute autorité, les professeurs Larnaude, Olivier Martin, le premier président de la cour de cassation Sarrut, alors procureur général, et la cour suprême elle-même, dans son arrêt du 6 mars 1917, rendu conformément aux conclusions de son procureur général, ont très énergiquement contesté cette assimilation de l'expropriation et de la réquisition. Sous quelque forme qu'on les ait présentés, les

arguments en faveur de cette manière de voir se ramènent aux suivants.

D'abord, a-t-on dit, la réquisition n'intervient jamais que dans des circonstances exceptionnelles, au cas de mobilisation générale, ou encore au cas, très grave, de grève des chemins de fer, prévu par la loi du 27 février 1920. Dès lors, elle est véritablement une mesure de salut public. C'est une contribution exceptionnelle qu'en raison des circonstances le législateur impose à ceux qui détiennent une richesse indispensable au salut de la collectivité, comme il impose le service militaire, comme il sera peut-être amené à imposer les corvées au cas de grève de service public. On ne peut donc assimiler la réquisition à l'expropriation, qui n'intervient qu'en période normale, qui ne se rattache aucunement à l'idée d'un sacrifice exceptionnel, imposé à quelques-uns dans l'intérêt de tous. C'est, dit-on, aller contre la réalité des choses que de vouloir assimiler les deux institutions et adopter dans les deux cas le même principe pour la fixation de l'indemnité qui doit être allouée.

On a répondu très justement à cette argumentation que tout cela ne fait point que la réquisition et l'expropriation ne reposent exactement sur la même idée, l'idée d'après laquelle l'utilité publique doit l'emporter sur l'intérêt privé, mais à la condition qu'une réparation égale au préjudice causé soit assurée à la victime. Une seule différence existe : au cas de réquisition, l'utilité publique est plus évidente, plus pressante qu'au cas d'expropriation. Il en résulte qu'il faut procéder plus vite, qu'il n'y aura pas lieu à la constatation de cette utilité publique par une décision spéciale de déclaration et que l'indemnité ne sera pas préalable à la dépossession. Mais cela ne fait pas que l'expropriation et la réquisition n'aient pas le même caractère, le même

fondement, ne répondent pas au même but. Cela ne fait pas davantage que le principe de l'égalité de tous les citoyens devant les charges publiques ne doive pas être respecté. Mais c'est un impôt, dit-on. Soit. Encore faut-il que les impôts soient les mêmes pour tous; et pourquoi quelques citoyens auraient-ils la charge de la réquisition et pas les autres? On ajoute : c'est un impôt, comme le service militaire, comme l'impôt du sang. Soit, mais n'est-il pas admis aujourd'hui par tout le monde que l'impôt du sang doit être établi, autant que possible, conformément au principe de l'égalité. L'égalité, on ne la respecte pas, disait M. le procureur général Sarrut dans ses conclusions, quand il s'agit de dommages de guerre, à la réparation desquels nul n'a droit. L'éminent magistrat, qui parlait au mois de mars 1917, oubliait que depuis trois ans, au moment où il parlait, la loi du 26 décembre 1914, article 12, avait proclamé le droit à la réparation des dommages matériels résultant des faits de guerre, en attendant que les lois des 17 avril 1919, 24 juin 1919 et 28 juillet 1921 vinssent organiser la réparation intégrale des dommages causés par la guerre aux personnes et aux propriétés. Son argumentation manquait donc totalement de fondement.

Olivier Martin a prétendu être plus savant en disant que la réquisition et l'expropriation ne peuvent pas être assimilées parce que si leur but est le même, leur objet est complètement différent. L'expropriation, dit-il, a pour objet unique un transfert de propriété du particulier exproprié à la personne publique expropriante. Or, si parfois il en est ainsi de la réquisition, par exemple lorsqu'il s'agit de la réquisition de denrées, il en est bien souvent différemment, notamment avec les réquisitions de logement et de cantonnement. Il y a alors une occupation temporaire. Lorsque la réquisition

porte sur des moyens de transports, sur des établissements industriels de toute nature, elle implique l'accomplissement de prestations personnelles, et alors elle a un objet tout à fait différent de celui de l'expropriation.

Tout cela est parfaitement exact; mais en disant que la réquisition est une expropriation, je n'entends pas dire que la réquisition implique toujours un transfert de propriété. Je l'entends d'autant moins qu'au vrai, dans ma pensée, l'expropriation elle-même ne réalise point un transfert de propriété, puisque, j'ai essayé de le montrer aux paragraphes 73 et 74, il n'est pas exact de parler de propriété de l'État ou d'une administration publique quelconque. En assimilant l'expropriation et la réquisition, j'entends, comme je l'ai dit plus haut, qu'une richesse quelconque, une richesse comprise au sens le plus large, qu'elle consiste en une chose matérielle mobilière ou immobilière ou en une certaine prestation, une richesse dont l'affectation à une utilité individuelle est légalement protégée, cesse, par une décision des agents compétents, d'avoir cette affectation pour devenir affectée à l'utilité collective. Je persiste à penser que c'est cette opération qui est réalisée, tantôt par le procédé de l'expropriation, tantôt par le procédé de la réquisition, et qu'ainsi réquisition et expropriation ont le même fondement, poursuivent le même but et doivent par conséquent être soumises au même régime juridique.

En d'autres termes, et pour employer la terminologie adoptée au tome I de cet ouvrage, je dirai qu'il existe une norme juridique aux termes de laquelle, lorsque la nécessité publique l'exige impérieusement, les agents de l'État peuvent, par un acte unilatéral de volonté, soustraire une richesse quelle qu'elle soit à l'utilité individuelle à laquelle elle est affectée, pour l'affecter à l'utilité collective, mais sous la condition que

la caisse collective paie à l'intéressé une indemnité en argent égale à la valeur actuelle de la richesse, c'est-à-dire égale à la somme d'argent qu'il aurait pu obtenir s'il avait volontairement, par le jeu naturel des contrats, réalisé cette richesse. Les lois sur l'expropriation et la réquisition sont des lois constructives qui ont organisé les moyens de réaliser cette norme juridique. Les moyens varient, le but est le même, la norme est identique. De fait, ces lois ont expressément consacré la règle du quantum de l'indemnité. S'il pouvait y avoir un doute sur le sens de ces textes et particulièrement sur celui de l'article 2 de la loi de 1877, il faudrait de toute évidence l'interpréter conformément à la norme que je viens de formuler.

Je conclus qu'en matière de réquisition comme d'expropriation, les tribunaux doivent allouer une indemnité égale à la somme d'argent qu'obtiendrait l'intéressé s'il réalisait à l'amiable, avec un autre particulier, la richesse dont il se voit privé. Dans la pratique, les tribunaux auront certainement un large pouvoir d'appréciation ; mais tel est, à mon sens, incontestablement le principe dont ils doivent toujours s'inspirer.

Jusqu'en 1915, comme je l'ai déjà dit, la question ne s'était pas posée. Mais dès le début de la grande guerre, devant les sommes énormes que l'État allait être appelé à payer pour les réquisitions dont le nombre allait chaque jour en augmentant, notamment pour celles qui portaient sur des denrées dont le cours commercial, sous l'action de la guerre et des réquisitions elles-mêmes, allait chaque jour s'élevant, la question se posa devant les tribunaux de savoir d'après quel principe devait être déterminée l'indemnité allouée. De nombreuses discussions s'élevèrent, de nombreux articles furent publiés, des décisions contradictoires furent rendues; bref, ce fut véritablement une cacophonie.

Cependant, une doctrine défendue énergiquement par de bons esprits, notamment par Berthélemy, par Naquet, enseignait, comme moi, que l'indemnité doit être la réparation exacte du dommage actuel, direct et certain, causé par la réquisition et

que, s'il s'agit de marchandises, elle doit être égale au prix que le réquisitionné aurait pu retirer d'une vente volontaire (Berthélemy, sous divers arrêts, Dall., 1916, II, p. 137; *La justice et les réquisitions militaires, Revue politique et parlementaire,* 10 mars 1917; Naquet, sous cassation, 6 mars 1917, S., 1917, I, p. 9).

Au contraire, d'excellents auteurs soutenaient que les tribunaux avaient une liberté complète d'appréciation, mais qu'ils n'étaient point tenus d'allouer une indemnité égale au préjudice causé par la réquisition. Ces auteurs, au reste, se divisaient sur le point de savoir quel était le principe suivant lequel devait être fixée l'indemnité. Les uns prétendaient qu'elle devait être déterminée d'après le prix de revient; les autres, d'après la valeur moyenne de la chose réquisitionnée; d'autres prétendaient que les tribunaux avaient à faire une véritable taxation déterminée par la valeur normale de la chose, au moment de la réquisition. Toutes ces solutions étaient d'ailleurs extrêmement imprécises et c'était là la meilleure preuve de leur insuffisance juridique. Cf. notamment Larnaude, *De l'indemnité de la réquisition militaire*, Journal *La Loi* des 14 et 15 février 1917, et *Publications du comité national d'action pour la réparation des dommages de guerre;* Le Fur, *Les droits du particulier et ceux de l'État en matière de réquisition militaire, Revue du droit public,* 1917, p. 45 et s.; Ambroise Colin, *Gazette des tribunaux,* 5 avril 1917; Bonnecase et Lafon, *Le critérium de la valeur en matière de réquisitions militaires,* 1916; Olivier Martin, *Notes* sous arrêt de Rennes du 16 janvier 1916 (S., 1916, II, p. 49) et sous arrêt de cassation du 6 mars 1917 (S., 1917, I, p. 13). Comme ouvrages généraux, cons. Hauriou, *Droit administratif,* 10e édit., 1921, p. 794 et s.; Ferrand, *Des réquisitions militaires,* 1891: Ruklin, *Études sur les réquisitions militaires,* 1915; Rixens et Marchant, *Réquisitions militaires,* 1916.

Sur la réquisition civile en temps de guerre, cf. Rolland, *Revue du droit public,* 1917, p. 489 et 633; sur les réquisitions d'immeubles en temps de guerre, cons. Henry, *Revue du droit public,* 1919, p. 191.

Il serait sans intérêt de citer les nombreuses décisions contradictoires des cours et des tribunaux; il suffit de rapporter l'arrêt de la cour de cassation du 6 mars 1917 rendu conformément aux conclusions de M. le procureur général Sarrut et qui casse un arrêt de la cour de Rennes pour ce motif que cette cour, « en assimilant, au point de vue du prix à payer, l'État à un acheteur ordinaire et en faisant du prix courant, non un simple élément d'évaluation, mais la base exclusive et nécessaire de l'indemnité,

a faussement appliqué et par suite violé le texte visé au moyen » (art. 2, L. de 1877).

Je persiste à penser que c'était la cour de Rennes qui était dans le vrai et non la cour de cassation. V. l'arrêt avec les conclusions de M. le procureur général Sarrut et les notes précitées, S., 1917, I, p. 9 ; Dall., 1917, I, p. 33 ; *Revue du droit public,* 1917, p. 185 et s.; le rapport de M. le conseiller Feuilloley, les *conclusions* de M. Sarrut et une *note* de M. A. Colin, *Revue du droit public,* 1917, p. 278 et s.

Les nombreuses réquisitions militaires qui ont été faites pendant la guerre ont aussi donné lieu à la question de savoir comment doivent se répartir la compétence judiciaire et la compétence administrative pour le jugement des difficultés contentieuses auxquelles elles donnent lieu. Le principe général de la séparation des deux contentieux permet de résoudre aisément la question. Les tribunaux judiciaires, conformément à ce principe et au texte de la loi de 1877 qui en fait l'application, sont exclusivement compétents pour déterminer le montant de l'indemnité due aux réquisitionnés; c'est au premier chef, en effet, une question de propriété qui se pose ou, du moins, une question d'affectation individuelle légalement protégée, ce qui est la même chose, ou une question de liberté individuelle quand c'est une prestation qui est exigée. Mais, d'autre part, la réquisition est une opération administrative; dès lors, si se pose la question de la régularité légale de cette opération ou si le réquisitionné prétend qu'il a subi un préjudice provenant de l'exécution irrégulière de cette opération, les tribunaux administratifs, en fait le conseil d'État, en premier et dernier ressort, seront seuls compétents pour statuer sur chacun de ces deux points.

Cette solution a été donnée en termes très précis par le tribunal des conflits, le 17 novembre 1917 : « Considérant que si la loi du 3 juillet 1877 a conféré aux tribunaux de l'ordre judiciaire la mission de fixer, en cas de contestation, le prix de la réquisition

et s'il en résulte pour ces tribunaux le droit d'apprécier, lors du règlement du prix, les conditions particulières de la dépossession qui seraient de nature à influer sur la valeur de la prestation, cette attribution de compétence n'a pas dérogé à la règle générale, en ce qui concerne les actions en responsabilité proprement dites, dirigées contre l'État en raison des irrégularités commises à l'occasion des réquisitions et qui ne peuvent être portées devant les tribunaux civils, ni sous forme d'une demande distincte d'indemnité, ni sous forme d'une majoration du prix. » (*Recueil,* 1917, p. 736 ; Dall., 1918, III, p. 1 ; *Revue du droit public,* 1918, p. 407). — Cf. G. Renard, *Des limites de la compétence judiciaire en matière de réquisition militaire, Revue du droit public,* 1919, p. 522 et s. — V. à la suite de l'article une série de décisions judiciaires intéressantes. Sur la compétence respective des tribunaux judiciaires et des tribunaux administratifs en matière de réquisition, cf. aussi cons. d'État, 24 mars 1922, *Société navale de l'Ouest, Revue du droit public,* 1922, p. 537, avec les conclusions de M. le commissaire du gouvernement Rivet et une note.

§ 78. — *Les créances de l'État.*

En écartant, comme je l'ai fait, la personnalité patrimoniale de l'État, puis-je rationnellement parler des créances de l'État? La créance n'est-elle pas, nécessairement et par nature, un droit subjectif, et peut-il y avoir des créances sans qu'il y ait une personne titulaire de ces droits? Peut-il y avoir une créance sans qu'il y ait un créancier? Quelque paradoxal que cela soit, je réponds affirmativement, sans hésiter. Les reproches de contradiction, d'illogisme, voire même d'incohérence qui m'ont été ou me seront adressés, ne me touchent pas. J'ai d'ailleurs déjà, au moins implicitement, répondu à l'objection.

Si l'on parvient à se détacher de l'empreinte civilistique et si l'on va au fond des choses, on comprend que la créance n'est pas plus un droit subjectif que la propriété. Ce que l'on appelle créance est, comme ce que l'on appelle propriété, une certaine situation protégée par

une voie de droit. La protection est moins forte pour la créance que pour la propriété ; la voie de droit est plus étroite dans un cas que dans l'autre, puisque pour la créance elle ne peut être dirigée que contre une seule personne, et pour la propriété contre toutes. Ainsi la propriété est une situation de droit objectif, la créance une situation de droit subjectif. L'une et l'autre sont des situations de droit ; ni l'une ni l'autre n'est un droit. Si l'on réfléchit et si l'on élimine la notion de droit subjectif, comme on doit le faire pour arriver à édifier une science positive du droit, on s'aperçoit aisément que lorsqu'on dit qu'il existe une créance, on veut dire tout simplement qu'une certaine richesse est affectée à un but déterminé, exactement comme lorsqu'on dit qu'il y a une propriété. Seulement, lorsqu'il y a créance, la voie de droit qui garantit cette affectation ne peut être mise en mouvement que contre une personne déterminée appelée le débiteur, tandis qu'au cas de propriété elle peut être dirigée contre toute personne qui porte atteinte à cette affectation ou entrave sa réalisation. Quand on dit que l'État est créancier, on veut dire tout simplement qu'il est des cas où une richesse étant affectée à un but étatique, la voie de droit qui est instituée pour protéger cette affectation ne peut être dirigée par les agents de l'État que contre une personne déterminée. Une pareille situation, pas plus que la situation dite propriété, n'implique l'existence d'une personne titulaire d'un prétendu droit subjectif. Il n'y a pas plus de droit subjectif de créance qu'il n'y a de droit subjectif de propriété. Il est d'ailleurs inutile d'insister ici plus longuement sur ce point, et je demande au lecteur la permission de le renvoyer aux développements que j'ai donnés au tome I de cet ouvrage et particulièrement au chapitre II, intitulé : *La situation de droit* (p. 111).

De même que la propriété, les créances de l'État

peuvent naître, comme les créances des particuliers, à la suite d'actes contractuels, par exemple des marchés de fournitures, de travaux publics, des ventes d'immeubles et de meubles, des locations immobilières. Le paragraphe 80 sera consacré à l'étude des contrats de l'État. Souvent, au contraire, les créances de l'État apparaissent à la suite d'un acte purement unilatéral des agents publics. Le type par excellence de ces créances est celle de l'impôt. Mais je tiens à faire ici une observation déjà faite pour la propriété. Si certaines créances de l'État naissent à la suite d'un acte unilatéral, on ne peut pas dire, on ne doit pas dire que c'est en vertu de la puissance publique qui appartient à l'État. Cette prétendue puissance publique, je crois l'avoir démontré, n'existe pas ; et existerait-elle, elle serait impuissante à faire naître une créance au profit de l'État, parce que ce n'est point la volonté d'un individu ou d'une collectivité qui est la cause créatrice d'une situation juridique quelconque. C'est une proposition capitale qui rend compte de beaucoup de choses, autrement inexplicables, et dont l'exactitude me paraît avoir été établie au chapitre III du tome I (p. 211 et s.). Quand un effet de droit se produit à la suite d'un acte de volonté, ce n'est pas cet acte qui le crée, c'est le droit objectif, dont l'application était conditionnée par cette manifestation de volonté.

La volonté des agents publics est de même nature que celle des simples particuliers ; ce n'est pas parce qu'ils se parent de titres plus ou moins ronflants, qu'ils s'entourent d'un appareil plus ou moins imposant, que leur volonté peut acquérir une puissance qu'elle n'a pas, et notamment créer un effet de droit. La volonté des particuliers ne peut jamais faire naître une créance, pas plus par un contrat que par un acte unilatéral ; la volonté des agents publics ne le peut pas davantage.

Au reste, dans les rapports de droit privé comme dans ceux de droit public, beaucoup de créances naissent à la suite d'actes unilatéraux, par exemple toutes celles qui apparaissent à la suite d'actes qualifiés de quasi-contrats d'après la tradition romaine. On ne dit point alors que la créance est créée par l'acte unilatéral d'une volonté de puissance ; on ne peut pas le dire davantage des créances qui naissent à la suite d'un acte unilatéral de volonté émané d'un agent public. C'est le droit objectif seul qui décide quand les créances naissent à la suite d'un acte unilatéral, quand à la suite d'un contrat. La volonté du déclarant n'y est pour rien ; elle a toujours la même nature, et par elle-même elle est impuissante à produire un effet de droit. Tout dépend de l'état du droit objectif dans le pays et au moment considérés.

Resterait à déterminer dans quels cas le droit objectif admet la naissance d'une créance à la suite d'un acte unilatéral, et dans quels cas il exige, pour que la créance prenne naissance, une déclaration contractuelle. Mais il est difficile de répondre d'une manière précise à la question. La chose est extrêmement variable et complexe, et il est même difficile de saisir et de déterminer le sens général de l'évolution sociale à cet égard. On peut soutenir peut-être que dans les rapports privés le droit évolue vers l'accroissement du nombre des cas où les créances peuvent naître d'un acte unilatéral. Cela apparaît notamment dans l'extension que le droit objectif donne à la gestion d'affaires et à l'enrichissement sans cause. En droit public, c'est peut-être l'évolution contraire qui se produit. Mais il convient de formuler une pareille proposition avec beaucoup de réserves, et à tout prendre, je me demande s'il serait exact de dire que certaines créances de l'État qui, il y a un siècle, pouvaient naître d'un acte unilatéral, ne

peuvent naître aujourd'hui que d'un acte contractuel. Il faut être à cet égard d'autant plus prudent que bien des fois il semble que la créance de l'État naît d'un acte contractuel, quand, en réalité, il n'y a pas de contrat. Il y a peut-être un acte plurilatéral, mais qui n'est pas un contrat. En d'autres termes, il arrive parfois que ce que l'on considère comme une créance de l'État ne l'est point. C'est tout simplement une prestation qui doit être exécutée en vertu de la situation objective qui est faite par la loi à une certaine personne. Il en est ainsi par exemple des prestations qui sont dues par les fonctionnaires. Il ne s'agit pas d'une obligation s'imposant aux fonctionnaires comme contrepartie d'une créance de l'État, mais d'une prestation qui doit être accomplie par le fonctionnaire en vertu de la situation objective qui lui est faite par la loi. On a montré, au paragraphe 62, que ce serait tout à fait erroné de considérer que l'ouvrage que doit exécuter un fonctionnaire est dû en vertu d'un prétendu contrat de travail ou de louage d'ouvrage qui serait intervenu entre lui et l'État.

Une autre confusion souvent faite et qu'il faut éviter à tout prix, c'est celle de l'acte à la suite duquel naît la créance de l'État et des voies d'exécution exceptionnelles qui sont mises à la disposition de l'État pour en assurer le recouvrement. Les voies de droit, ainsi mises par la législation française à la disposition des agents publics pour assurer d'une manière rapide et énergique le recouvrement des créances de l'État, sont les rôles nominatifs rendus exécutoires, les arrêtés de débet, les états exécutoires, suivant les différentes catégories de créances. Il faut bien comprendre que ces divers procédés ne donnent pas naissance à la créance ; ils la supposent et ils sont destinés à armer énergiquement les agents publics pour faire rentrer la créance. A quel moment donc naît la créance de l'État ?

Quand il y a un contrat, il faut appliquer le droit commun. La créance existe au moment où le contrat est formé suivant la théorie générale, et il n'y a rien de particulier à dire. Il en est ainsi dans les contrats déjà signalés comme les plus fréquents en matière administrative, marchés de fournitures, marchés de travaux publics, ventes de meubles ou d'immeubles, locations immobilières. Seulement, à la différence du particulier, l'État peut se créer à lui-même un titre exécutoire, et c'est légitime. Le particulier ne le peut pas; il doit s'adresser à un agent public, le notaire, ou aux tribunaux. L'État, détenteur de la force armée, l'État qui est présumé toujours agir pour assurer le fonctionnement continu des services publics, doit pouvoir se procurer lui-même un titre exécutoire. C'est quand il s'est créé ce titre et qu'il le fait exécuter que ses débiteurs peuvent faire opposition. C'est sur ce point seulement que la créance née à la suite d'un contrat passé par l'État diffère de celle née à la suite d'un contrat entre parties privées ; et l'on voit qu'elle ne touche que les voies d'exécution et non la nature des créances.

En France, pendant longtemps, pour le recouvrement des créances nées des contrats ordinaires passés par l'État, celui-ci se trouvait privé de voie d'exécution particulière. La loi du 13 avril 1898 lui en a donné une dans les termes suivants : « Les états arrêtés par les ministres, formant titre de perception des recettes de l'État, qui ne comportent pas en vertu de la législation existante un mode spécial de recouvrement ou de poursuite, ont force exécutoire jusqu'à l'opposition de la partie intéressée devant la juridiction compétente... »

Les créances appartenant à l'État contre les détenteurs, à un titre quelconque, de deniers publics dérivent de la règle de droit commun d'après laquelle nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui. Mais le recou-

vrement en est assuré par des voies de droit extrêmement énergiques dont l'une d'elles est l'arrêté de débet. Cet acte, il importe de le comprendre, n'est point l'acte créateur de la créance ; il n'est même pas l'acte qui conditionne sa naissance ; il n'est qu'un moyen de la recouvrer. L'arrêté de débet est la constatation par l'agent administratif compétent de l'existence de la créance et du montant de son quantum. Quand il a été pris, il peut être suivi d'une contrainte exécutoire, mandement décerné contre le débiteur et entraînant l'exécution forcée.

L'État peut aussi se créer un titre exécutoire pour une créance naissant à la suite d'un contrat, en faisant rédiger l'acte en forme administrative, par exemple pour l'adjudication ou la vente de gré à gré d'un immeuble. L'acte n'entraîne pas par lui-même une hypothèque légale, mais il peut contenir constitution d'une hypothèque conventionnelle, sans qu'il soit besoin, pour l'administration, de recourir au ministère d'un notaire.

Par ces divers procédés, l'État peut toujours s'assurer le rôle de défendeur dans les procès pouvant naître à l'occasion de ses créances. Privilège important qui se rattache à la nécessité d'assurer le bon fonctionnement des services publics. Il ne faut pas que le débiteur de l'État, par sa mauvaise volonté, en soulevant des difficultés et en obligeant l'État à plaider, puisse entraver les services publics. Mais on aperçoit bien que tout cela ne touche en rien le caractère même de la créance et intéresse seulement sa mise en œuvre, c'est-à-dire les voies de droit qui sont destinées à en assurer le recouvrement.

C'est pour le recouvrement des créances d'impôt que l'État est certainement le plus fortement armé. Il n'y a pas lieu, d'ailleurs, d'entrer dans le détail de la législation à cet égard. Aussi bien la question véritablement

intéressante est celle de savoir à quel moment naît la créance de l'impôt. Pour y répondre, il faut distinguer, non pas au point de vue économique, mais au point de vue purement juridique, les impôts directs et les impôts indirects, les premiers étant tous ceux qui se recouvrent au moyen de rôles nominatifs et les seconds tous ceux qui se recouvrent sans rôle nominatif, ce qui comprend évidemment les impôts les plus divers au point de vue économique.

La créance d'impôt direct naît seulement au moment où est définitivement établi et signé par l'autorité compétente, en France le préfet, le rôle de recouvrement. Évidemment, la cause efficiente de la créance est la loi d'impôt. Mais l'acte qui en conditionne la naissance est certainement l'établissement du rôle de recouvrement. Cet acte est à la fois condition de la naissance de la créance et titre exécutoire en vertu de la décision du préfet. Un commandement suivi de la procédure d'exécution peut être adressé au contribuable récalcitrant. Il est important de noter que c'est un acte administratif nettement caractérisé qui conditionne ici la naissance de la créance.

Au contraire, pour la perception de l'impôt indirect, il n'y a point d'acte administratif. La créance de l'État naît au moment où le redevable accomplit l'acte qui conditionne l'application de la loi fiscale. La cause efficiente de la créance réside toujours dans la loi; mais l'acte qui en conditionne la naissance n'émane pas d'un agent public, à la différence de ce qui se passe pour l'impôt direct. C'est un acte du redevable lui-même. Il n'est pas exact de dire pour l'impôt indirect que c'est l'acte unilatéral d'un agent public qui conditionne la créance; c'est un acte du redevable et non de l'État. Ce n'est pas davantage un fait. C'est un acte volontaire qui peut présenter des aspects divers, opé-

ration de transport, acte de consommation, acte juridique pour les impôts d'enregistrement ou tout autre acte. Il reste toujours exact de dire que c'est une déclaration de volonté émanée du redevable qui conditionne la naissance de la créance.

Pour le recouvrement de l'impôt indirect, l'administration peut se créer à elle-même un titre exécutoire en délivrant une contrainte à laquelle, d'ailleurs, l'intéressé peut faire opposition devant les tribunaux compétents. Au moyen de ce procédé, non seulement l'État se crée à lui-même un titre exécutoire, mais il s'assure le rôle de défendeur dans les procès qui s'élèvent tant en matière de contribution indirecte que d'impôt direct. La différence capitale que je viens de marquer entre les impôts directs et les impôts indirects, concernant l'acte à la suite duquel prend naissance la créance de l'État, entraîne une conséquence importante relative à la compétence dans les pays qui, comme la France, pratiquent la séparation des deux contentieux administratif et judiciaire. En effet, toutes les questions qui s'élèvent à propos des impôts directs appartiennent au contentieux administratif et seront jugées par les tribunaux administratifs, parce que leur solution implique l'appréciation d'un acte administratif, l'acte par lequel l'agent administratif compétent, en signant les rôles de recouvrement, a conditionné la naissance de la créance. Au contraire, le contentieux des contributions indirectes est exclusivement judiciaire; le tribunal n'a point à apprécier un acte administratif, puisque l'acte qui conditionne la naissance de la créance étatique est, on l'a montré, toujours un acte volontaire du redevable lui-même. On a souvent prétendu que cette différence, faite au point de vue de la compétence entre les contributions directes et les indirectes, était illogique et artificielle. Ce n'est pas exact. Elle est au contraire parfaite-

ment logique et en harmonie parfaite avec le principe général de la séparation des deux contentieux.

Les règles de compétence à cet égard ont été fixées dès l'époque de la Révolution par l'article 2 de la loi des 7-11 septembre 1790 : « Les actions civiles relatives à la perception des impôts indirects, seront jugées en premier et dernier ressort par les juges du district. »

Cependant le conseil d'État décide très justement, « que s'il appartient à l'autorité judiciaire de statuer sur les réclamations relatives à l'application des taxes indirectes et d'apprécier à cette occasion la légalité des actes en vertu desquels la perception a lieu, la compétence qui lui est ainsi attribuée ne fait pas obstacle à ce que les intéressés défèrent au conseil d'État, afin d'en faire prononcer l'annulation pour excès de pouvoir, les actes administratifs qui établissent ces taxes ou en fixent le tarif. » (Cons. d'État, 21 mai 1920, *Ville de Paris, Recueil,* p. 529). Cette solution est exacte et logique. La question qui se pose alors n'est pas, en effet, celle de savoir si telle ou telle somme est due à l'État au titre des contributions indirectes, question de droit subjectif, mais celle de savoir si un acte réglementaire a été fait ou non en violation de la loi, question de droit objectif qui donne évidemment ouverture au recours pour excès de pouvoir.

§ 79. — *Les dettes de l'État.*

En parlant des dettes de l'État, je me trouve en présence exactement de la même objection que celle que je prévoyais au début du paragraphe précédent à propos des créances. Peut-être même l'objection apparaît-elle ici plus forte que précédemment. Si l'on nie la personnalité de l'État, dit-on, comment comprendre qu'il puisse y avoir des dettes de l'État? Comment l'État peut-il être débiteur s'il n'est pas une personne juridique? Comment peut-il y avoir une dette sans qu'il y ait de débiteur?

L'objection tombe d'elle-même si, au lieu de parler des dettes de l'État, on emploie l'expression beaucoup plus exacte : charges du patrimoine de l'État. Je dis

dettes de l'État, parce que l'expression est commode et consacrée par l'usage. Peu importe des mots si l'on comprend bien quelle est dans la réalité la situation qu'ils désignent. Quand on dit qu'il existe une dette de l'État, cela signifie tout simplement que sur l'ensemble des richesses qui forment son patrimoine, c'est-à-dire qui sont affectées à ses buts, doit être prélevée une certaine quantité de richesses qui doit être réservée à un certain emploi, par exemple à l'utilité d'une personne déterminée. Les agents de l'État sont compétents pour faire ce prélèvement. S'ils ne le font pas, ils manquent aux devoirs de leur fonction; et l'intéressé a certaines voies de droit, déterminées par la loi, pour critiquer devant les tribunaux compétents l'attitude prise par les agents publics.

Qu'on ne croie pas d'ailleurs que si les dettes de l'État ont le caractère que je viens de définir, elles aient par là un caractère différent de celui appartenant à la dette dont se trouve grevée une personne individuelle. La dette n'affecte point la volonté de l'individu, n'apporte point une modification à sa personnalité. L'idée que la dette affecte la personne même du débiteur est une conception du droit primitif, depuis longtemps disparue; elle remonte à l'époque où la liberté personnelle du débiteur était la garantie même de la dette, et où le débiteur qui ne payait pas était réduit en esclavage. Une survivance illogique de cette vieille conception a longtemps subsisté avec la contrainte par corps. Mais dans les conceptions juridiques modernes, la dette n'atteint pas la personne du débiteur; elle touche seulement ses biens, elle est garantie par eux. Dire que tel individu est débiteur, c'est dire qu'il doit être prélevé sur son patrimoine une certaine quantité de richesses, pour être affectée à une utilité étrangère à lui-même. Parfois, il est vrai, le débiteur doit accom-

plir une certaine prestation. Suivant l'expression consacrée, il est frappé d'une obligation de faire. Mais toute obligation de faire se résout, en principe, en une somme d'argent (C. civ., art. 1142); de telle sorte qu'on peut dire exactement que toute obligation, même celle de faire, atteint seulement le patrimoine et se traduit toujours dans le prélèvement qui doit être effectué sur le patrimoine du débiteur au profit d'un autre patrimoine. Si le débiteur ne procède pas à ce prélèvement, il agit contrairement au droit et il sera condamné. S'il y procède, il agit conformément au droit, et le prélèvement effectué, le paiement accompli, ne pourront être critiqués par la voie contentieuse. De même que la notion de créance n'implique nullement, je crois l'avoir montré, l'existence d'une personne titulaire de ce prétendu droit, de même la notion de dette n'implique pas davantage l'existence d'une personne qui serait, en sa qualité de personne, grevée d'une charge venant limiter sa liberté de vouloir. Si la charge existe, elle n'atteint que le patrimoine. Je prie, au reste, le lecteur de se reporter à cet égard aux développements que j'ai donnés au tome 1, pages 252 et suivantes.

S'il n'y a pas de différence entre les dettes d'un particulier et celles de l'État quant à leur nature, il n'y en a pas davantage en ce qui concerne les actes ou les faits à la suite desquels elles peuvent naître, les unes et les autres. Je crois avoir démontré au tome I, pages 232 et suivantes, que la volonté n'est jamais la cause efficiente d'une situation juridique quelconque, pas plus la volonté d'un agent public que la volonté d'un simple particulier. Une déclaration de volonté, quelle qu'elle soit, ne fait jamais que conditionner la naissance d'une dette, aussi bien la dette de l'État qu'une dette privée. Tout ce que j'ai dit sur ce point est vrai de toutes les dettes. Comme celles des particuliers, les dettes de l'État prennent

naissance ou bien à la suite d'un contrat, ou bien à la suite d'un acte non contractuel ou d'un fait qui entraîne la responsabilité de l'État. Contrat et responsabilité de l'État seront étudiés aux paragraphes suivants. Je voudrais seulement ici montrer comment, en ce qui concerne l'État, s'exécute la dette, ou, ce qui est la même chose, comment se réalise le prélèvement qui doit être exercé sur le patrimoine de l'État. Naturellement, parce qu'il s'agit de ce vaste organisme qu'est l'État, parce que des garanties doivent être prises pour que le patrimoine de l'État ne soit pas dépensé inutilement et arbitrairement, parce qu'il faut assurer le bon fonctionnement des services publics, toutes les législations modernes ont édicté, pour le paiement des dettes publiques, des mesures spéciales qui varient sans doute dans leurs modalités et dans leurs détails, mais qui sont identiques en leur principe. Je ne saurais trop d'ailleurs insister sur ce point qu'elles n'affectent en aucune façon ni la nature de la dette, ni son mode de formation, mais seulement son mode de réalisation. Et cela est conforme à ce que je disais plus haut et qui domine tout cet ouvrage : il n'y a de différence entre le droit public et le droit privé qu'au point de vue de la sanction du droit.

La première condition pour qu'une dette de l'État puisse être exécutée, c'est qu'il y ait un crédit ouvert par le parlement; la dette ne peut être payée que dans les limites de ce crédit. Il n'est pas d'ailleurs nécessaire, pour que la dette puisse prendre naissance, que le crédit soit ouvert. Très fréquemment, la dette prend naissance avant que le crédit qui permet de la payer soit voté par le parlement, soit que la dette se forme à la suite d'un contrat, soit qu'elle prenne naissance à la suite d'une déclaration unilatérale de l'autorité compétente, déclaration non contentieuse ou déclaration con-

tentieuse. La décision des chambres ouvrant un crédit est nécessaire uniquement pour la réalisation de la dette. Il est évident que le créancier de l'État n'a aucun moyen de contraindre directement ou indirectement le parlement à voter le crédit nécessaire. Mais cela ne change en rien le caractère intrinsèque de la dette étatique. C'est une conséquence de ce que l'État détenant par définition le monopole de la force, on ne peut pas avoir contre lui de voie d'exécution forcée. Je reviendrai plus loin sur ce point.

La réalisation d'une dette étatique implique une seconde opération qui peut d'ailleurs précéder et précède souvent l'ouverture de crédits. C'est celle qu'on appelle en France, dans le langage courant, la liquidation de la dette et qu'il serait plus exact, comme l'a montré Mestre, d'appeler la déclaration de la dette. En effet, la liquidation proprement dite suppose que la dette existe déjà, qu'elle n'est pas contestée, qu'il y a lieu seulement d'en déterminer le montant. Au contraire, la liquidation de la dette par l'agent compétent est à la fois la reconnaissance que la dette de l'État existe et la détermination de son quantum. Cette déclaration par l'autorité compétente présente en France quelques traits particuliers qu'il n'est pas inutile de mettre en relief. Il semble, en effet, au premier abord, que cette déclaration devrait toujours être contentieuse et qu'il devrait appartenir aux tribunaux seuls, directement saisis, de décider si la dette existe ou non. En effet, résoudre une pareille question, n'est-ce pas, au premier chef, faire un acte de juridiction? Or, si pour certaines dettes de l'État, il peut être procédé ainsi, par exemple pour les dettes résultant de marchés de travaux publics, pour la responsabilité à raison des dommages causés par des travaux publics, dettes pour lesquelles l'intéressé peut s'adresser directement à une

juridiction, le conseil de préfecture en premier ressort, le conseil d'État en appel, il n'en est point ainsi pour les dettes de l'État en général. Avant de saisir le tribunal compétent, celui qui se prétend créancier doit s'adresser à l'autorité non contentieuse compétente, en principe le ministre, dans le département duquel rentre l'affaire dont s'agit. Celui-ci, sur la demande de l'intéressé, déclare si oui ou non la dette existe et quel en est le montant. C'est ce que Mestre appelle très justement la déclaration non contentieuse, et c'est cette déclaration qui peut être critiquée par la voie contentieuse devant le conseil d'État.

Quelle est la nature juridique de l'acte par lequel le ministre, parfois spontanément, le plus habituellement sur la demande de l'intéressé, déclare que la dette existe ou n'existe pas? La question ne laisse pas d'être délicate. Elle est très intéressante, non seulement théoriquement, mais aussi pratiquement, parce que, suivant qu'on reconnaît ou non à la décision du ministre le caractère d'acte juridictionnel, le recours formé contre elle devant le conseil d'État sera ou non un appel, et il faudra lui appliquer ou non les règles générales de l'appel. Aujourd'hui, il paraît à peu près unanimement admis que la déclaration du ministre n'a point le caractère d'un acte juridictionnel, et je n'hésite pas à dire qu'on a raison de le décider ainsi. Mais cela n'est-il pas en contradiction avec la théorie de l'acte juridictionnel, telle que j'ai essayé de l'édifier au tome II, pages 308 et suivantes? Des objections m'ont été adressées à ce sujet. J'estime qu'elles ne portent pas, que ma théorie reste intacte et qu'en disant que la déclaration faite par le ministre de la dette de l'État n'est pas un acte juridictionnel, je ne me mets point en contradiction avec moi-même. En effet, je crois avoir montré que pour qu'il y ait un acte juridictionnel, il faut trois éléments

réunis : 1° il faut qu'il y ait un acte, une attitude, une situation que l'on prétend contraires au droit; 2° il faut que l'agent public intervienne pour résoudre une question de droit ; 3° il faut qu'il y ait une décision qui soit la conséquence logique de la solution donnée à la question de droit et qui ait pour objet d'en assurer la réalisation. Or, aucun de ces trois éléments ne se trouve dans la déclaration de la dette.

L'autorité intervient souvent spontanément pour reconnaître la dette. En ce cas, nul ne prétend qu'il y a une atteinte au droit, un acte ou une attitude contraires au droit. Qu'elle agisse spontanément ou sur la demande de l'intéressé, l'autorité intervient, non pas pour résoudre une question de droit, mais pour accomplir l'acte qui est la condition nécessaire de la réalisation de la dette. En s'adressant au ministre et en lui demandant de reconnaître la dette, l'intéressé ne prétend pas qu'il y ait eu un acte ou une attitude contraires au droit. Il demande seulement à l'autorité de faire l'acte administratif nécessaire pour que la dette puisse se réaliser. Il est évident, enfin, que le troisième élément de l'acte juridictionnel, la décision conséquence logique de la solution donnée à la question de droit, n'apparaît pas ici. Le ministre n'intervient pas pour résoudre une question de droit et en tirer la conséquence logique. Il intervient pour faire l'acte nécessaire à l'exécution de la dette, et pour faire cet acte, il peut être appelé à résoudre au préalable une question de droit. Dans l'acte juridictionnel, la solution à la question de droit apparaît comme fin; ici, elle apparaît comme moyen. Le rôle du ministre est le même que celui d'un préfet qui rend exécutoire le rôle des contributions directes. J'ai montré au tome II, p. 314, que la décision du préfet n'avait aucunement le caractère juridictionnel. Il en est de même de la décision du ministre

liquidant une dette. Il n'y a place à l'acte juridictionnel que lorsque l'intéressé vient critiquer la décision du ministre portant liquidation ou refus de liquidation. C'est alors seulement qu'apparaît la prétention qu'il y a atteinte au droit et que l'agent public est appelé à intervenir pour résoudre une question de droit.

Un problème différent est celui de savoir si la naissance de la dette est subordonnée à cette déclaration ou si elle peut lui être antérieure. Il est bien entendu d'abord que cette déclaration ne peut point être la cause génératrice de la dette, puisque, je l'ai dit au tome I et je l'ai répété au début même de ce paragraphe, une situation de droit n'a jamais pour cause efficiente l'acte d'une volonté, quel que soit le sujet duquel il émane. Ce qu'il faut déterminer, c'est le moment auquel la dette de l'État prend naissance et si ce moment est celui où intervient la déclaration non contentieuse. J'estime qu'à cette question on ne peut pas faire de réponse générale et qu'il faut distinguer suivant les cas. Si un contrat est intervenu avec l'État, la dette est née au moment de ce contrat, puisque c'est le propre du contrat qu'au moment même où il se fait naissent une créance et une dette. Qu'on se reporte à la définition que j'en ai donnée au tome I, pages 280 et suivantes. La déclaration ne fait que constater une dette déjà existante. Elle est cependant un acte d'ordre juridique, puisqu'elle conditionne la naissance d'une situation nouvelle, la possibilité de ramener la dette à exécution.

S'il n'y a pas eu contrat, si, par exemple, l'intéressé demande au ministre de reconnaître la responsabilité de l'État, la dette proprement dite ne naît certainement qu'au moment de la déclaration. A la suite d'un acte ou d'un fait conditionnant une responsabilité, il ne naît point de dette à proprement parler ; il y a seulement

ouverture d'une voie de droit. Je crois l'avoir démontré au tome I, pages 156 et suivantes, et au tome II, pages 364 et 365. La demande de déclaration adressée au ministre est incontestablement une voie de droit au sens général que j'ai donné à cette expression : tout procédé constructif tendant à réaliser le droit. Si le ministre reconnaît et déclare la responsabilité de l'État, la dette de celui-ci prend alors naissance, non point qu'elle ait sa cause efficiente dans cette déclaration, mais celle-ci est l'acte juridique individuel unilatéral qui conditionne la naissance de la dette étatique.

Finalement, la déclaration de la dette par le ministre est un acte administratif qui n'a aucun caractère juridictionnel et qui, suivant les cas, conditionne à la fois la naissance de la dette et l'ouverture d'une voie de droit tendant à la réaliser ou seulement l'ouverture d'une voie de droit pour réaliser une dette déjà née.

La déclaration non contentieuse d'une dette étatique ou le refus de déclaration sont évidemment susceptibles d'être critiqués par la voie contentieuse. L'intéressé peut s'adresser au tribunal compétent en prétendant ou bien que la déclaration n'a pas fixé le montant de la dette à la somme réellement due ou bien que l'autorité a eu le tort de ne pas reconnaître la dette. Cette réclamation, elle, donnera lieu à une décision juridictionnelle. Ici, on aperçoit bien tous les éléments de l'acte juridictionnel. Et d'abord, la prétention ; le réclamant soutient que par sa déclaration inexacte ou par son refus le ministre a violé le droit. Il est évident, en outre, que l'autorité saisie de cette réclamation intervient pour résoudre une question de droit. Enfin, après l'avoir résolue, elle prend une décision qui sera la conséquence logique de la solution donnée et qui a pour but d'en assurer la réalisation dans la mesure du possible.

Dans le système français, la décision du ministre, portant déclaration ou refus de déclaration, peut être attaquée par un recours devant le conseil d'État. Mais il convient de marquer que ce n'est point le recours pour excès de pouvoir, recours objectif. La nature de l'acte juridictionnel qui interviendra alors aura le caractère déterminé par la nature même de l'acte ou du fait que l'on prétend conditionner la naissance de la dette étatique qui aurait dû servir de base à la déclaration. Si l'on prétend qu'il y a eu un contrat qu'aurait dû reconnaître le ministre, il y aura un cas de contentieux subjectif dans toute sa pureté. Si l'on prétend, au contraire, que le ministre aurait dû reconnaître la responsabilité de l'État, il y aura contentieux de la réparation avec le caractère que j'ai déterminé au tome II, pages 364 et suivantes, et sur lequel il n'y a pas lieu de revenir.

Quand la dette a été l'objet, de la part de l'autorité compétente, d'une déclaration non contentieuse, ou d'une déclaration contentieuse à la suite d'un recours dirigé contre la déclaration du ministre ou contre son refus de déclaration, ou dans les quelques cas précédemment indiqués où les intéressés peuvent directement s'adresser aux tribunaux, un dernier acte est nécessaire pour que le paiement de la dette puisse être fait ; c'est l'ordonnancement, c'est-à-dire l'ordre donné par le fonctionnaire compétent, en principe le ministre, au fonctionnaire comptable, et à ce titre détenteur de deniers publics, de payer au créancier le montant de la dette. Cet acte évidemment n'a aucun caractère juridictionnel. Il est un acte administratif par excellence, qui conditionne la régularité du paiement que fera le comptable. Mais l'ordonnancement est lui-même soumis à une condition essentielle ; il doit être fait dans la limite des crédits régulièrement ouverts par les cham-

bres. S'il n'en est pas ainsi, le comptable doit refuser de payer; et si malgré cela il paie, il commet une faute qui engage sa responsabilité.

Mais le paiement pourra-t-il être répété contre le créancier de l'État ? Je ne le crois pas. En effet, l'ouverture des crédits, je l'ai dit plus haut, n'est pas nécessaire pour la naissance d'une dette de l'État. Quand la dépense a été engagée par l'agent compétent, même en dehors de tout crédit ou au delà des crédits, la dette est née juridiquement et, par conséquent, le paiement qui a été fait est valable puisqu'il correspond à une dette ; la répétition est donc impossible. On doit ajouter que c'est justice parce qu'il est impossible que le particulier puisse savoir si l'agent public qui a engagé la dépense est ou non intervenu dans les limites des crédits qui lui sont régulièrement ouverts et il a pu légitimement penser que, puisqu'un agent compétent a engagé la dépense, il y était régulièrement autorisé. Il serait donc inique de lui faire supporter les conséquences d'une illégalité commise par les agents publics. Au contraire, la responsabilité de ceux-ci se trouve naturellement engagée.

Pour la responsabilité des fonctionnaires comptables, il n'y a pas de doute. Elle est sanctionnée par toutes les législations modernes. Le droit français particulièrement, au cas de paiement irrégulier, a établi des sanctions rigoureuses contre le comptable en faute, sanctions qu'il n'y a point lieu d'exposer ici en détail. Les fonctionnaires comptables sont placés sous le contrôle administratif du ministre des finances et sous le contrôle juridictionnel de la cour des comptes. L'État a la double garantie de leur cautionnement et d'un privilège. Mais la responsabilité d'un engagement de dépenses au delà des crédits et d'un paiement irrégulier peut-elle aussi atteindre le fonctionnaire ordonna-

teur? En d'autres termes, les fonctionnaires ordonnateurs, et particulièrement les ministres, sont-ils dans ce cas civilement responsables envers l'État? Question qui a été très vivement discutée et que nous retrouverons au tome IV de cet ouvrage, en étudiant en détail l'organisation politique de la France.

Théoriquement, cette responsabilité civile des fonctionnaires ordonnateurs ne paraît pas contestable. Le difficile, c'est de la réaliser pratiquement. Elle a été consacrée expressément par diverses lois dont quelques-unes toutes récentes. L'article 9, § 2, de la loi du 15 mai 1850 portait : « Toute dépense non créditée ou partie de dépense dépassant le crédit sera laissée à la charge personnelle du ministre contrevenant. » Malgré cette disposition formelle, la responsabilité civile des ministres n'a jamais été mise en jeu et des doutes très vifs, exprimés dans les chambres, se sont même élevés sur le point de savoir s'il était possible de lui donner pratiquement une sanction. C'est pourquoi, depuis la loi de finances du 31 décembre 1920, toutes les lois annuelles de finances contiennent une disposition qui est devenue une clause de style et qui est ainsi conçue : « Il est interdit aux ministres de prendre des mesures nouvelles entraînant des augmentations de dépense imputables sur les crédits ouverts par les articles 1, 2 et 3, et qui ne résulteraient pas de l'application de lois antérieures ou des dispositions de la présente loi. Le ministre ordonnateur et le ministre des finances seront personnellement responsables des décisions prises à l'encontre de la décision ci-dessus. » Désormais donc, le principe de la responsabilité atteignant les ordonnateurs ne peut être mis en doute. Mais, comme je l'ai dit, il n'a jamais été pratiquement réalisé et on peut se demander s'il le sera jamais.

Je dois signaler, en passant, la loi du 10 août 1922 relative à l'organisation du contrôle des dépenses engagées, laquelle éta-

blit un système compliqué de contrôle préventif pour éviter les dépassements de crédit. J'ignore s'il donnera d'heureux résultats. Mais il est certain qu'il n'est pas inutile de faire une sérieuse tentative pour éviter la persistance de pratiques absolument incorrectes qui se sont introduites dans certains ministères.

Tout ce que je viens de dire ne touche en rien le caractère de la dette elle-même, mais seulement son mode de réalisation. Il en est de même de la règle admise dans tous les pays et d'après laquelle les dettes de l'État, même celles reconnues par une décision juridictionnelle, revêtues de la formule exécutoire, ne peuvent être recouvrées contre l'État au moyen d'une procédure d'exécution forcée. Aucune voie d'exécution n'est possible contre l'État pour une dette quelconque, même pour une dette contractée en dehors d'un service public. Cette solution, unanimement reconnue, résulte directement et logiquement du caractère qui appartient à l'État. Par définition même, il monopolise tout ce qu'il y a de force contraignante dans un pays donné. Les voies d'exécution impliquent la mise en mouvement d'une force; l'État qui la monopolise ne peut pas la diriger contre lui-même.

D'autre part, si un particulier pouvait librement provoquer contre l'État des mesures d'exécution forcée, il aurait la possibilité par sa propre volonté, en pratiquant des saisies, en faisant des oppositions, d'entraver ou du moins de gêner le fonctionnement régulier d'un service public. Cela il ne le peut pas. Ce serait contraire au but essentiel, à la raison d'être de l'État. On dit souvent, suivant une ancienne formule : il n'y a pas ouverture de voie d'exécution contre l'État, parce qu'il est toujours honnête et toujours solvable. Prise en elle-même la proposition ne signifie pas grand'chose, parce que l'État n'est pas une personne, mais un fait de coopération et de plus grande force, et qu'étant cela on ne peut pas dire de lui qu'il est honnête. On ne peut

pas non plus dire que l'État est nécessairement solvable, parce que, d'une part, le mot ne peut pas s'appliquer au patrimoine étatique qui peut toujours être grossi par l'impôt, et, d'autre part, parce que malgré cela, il peut se trouver économiquement dans une situation où il lui est impossible de faire face à toutes ses charges. Mais si la formule est inexacte en elle-même, elle exprime cependant, sous une forme commode, cette idée juste que les dettes de l'État doivent être exécutées aussi exactement, aussi rigoureusement que celles des simples particuliers, que les pouvoirs publics, les agents publics doivent comprendre aujourd'hui cette obligation et que dans les pays modernes l'organisation politique, avec la représentation nationale, avec le contrôle exercé par elle sur les ministres et les fonctionnaires, constitue une garantie suffisante pour assurer leur paiement aux créanciers de l'État, bien qu'ils ne puissent pas recourir contre lui aux voies d'exécution forcée.

Si le créancier de l'État, titulaire d'un titre exécutoire, ne peut pas recourir à la procédure d'exécution contre lui, il n'est point désarmé contre les fonctionnaires qui ne feraient pas tout ce qui dépend d'eux pour arriver au paiement de la dette. Le ministre qui refuserait systématiquement de demander aux chambres le crédit nécessaire pour payer la dette ou qui, l'ayant obtenu, refuserait de l'ordonnancer, engagerait certainement sa responsabilité personnelle envers le créancier de l'État. Il commettrait, en effet, une faute personnelle ; il se placerait en dehors du service public puisque son fonctionnement normal implique le paiement régulier de la dette. L'intéressé ne serait point recevable à attaquer par le recours pour excès de pouvoir le refus tacite ou exprès du ministre, parce qu'il ne s'agit pas d'un acte objectif et qu'on n'invoque ni

la violation d'une loi, ni l'atteinte à une situation objective, mais seulement une créance, droit subjectif. D'autre part, le créancier ne peut pas agir par la voie du recours subjectif contre l'État puisque la question est déjà jugée et le droit subjectif juridictionnellement reconnu. L'action seule possible est donc ici une action en responsabilité contre l'agent public qui commet une faute personnelle en négligeant de faire ce qui dépend de lui pour assurer le paiement d'une dette étatique.

Enfin, dans tous les pays, les créances contre l'État sont soumises à une prescription spéciale. En France, la durée en est de cinq ans ou, plus exactement, de cinq exercices financiers, d'après la loi du 29 janvier 1831 (art. 9) toujours en vigueur : « Seront prescrites et définitivement éteintes au profit de l'État toutes les créances qui, n'ayant pas été acquittées avant la clôture de l'exercice auquel elles appartiennent, n'auraient pu, à défaut de justification suffisante, être liquidées, ordonnancées et payées dans un délai de cinq années, à partir de l'ouverture de l'exercice... »

C'est là une disposition indispensable pour la bonne gestion financière du pays. Il est, en effet, de toute évidence que l'État doit connaître exactement chaque année le montant des charges qui lui incombent et il serait inadmissible que l'aléa d'un passif financier inconnu puisse renverser l'équilibre budgétaire. C'est pourquoi le législateur agit prudemment en soustrayant les créances contre l'État au droit commun de la prescription trentenaire.

Je ne puis ici donner un commentaire détaillé de cette disposition de la loi de 1831. Cependant, il n'est point inutile de présenter quelques observations. D'abord la formule employée par la loi n'exprime pas d'une façon très exacte le système de la prescription quinquennale. Il serait plus exact de dire : la déchéance

atteint toutes les créances d'un exercice périmé, c'est-à-dire toutes celles qui sont nées d'un service fait ou de droits nés au cours d'un exercice dont l'ouverture remonte à plus de cinq ans; et sont seuls considérés comme appartenant à un exercice les services faits et les droits nés du 1er janvier au 31 décembre de l'année qui lui donne son nom.

La question s'est posée de savoir si, au cas de responsabilité de l'État, la créance devait être considérée comme née au moment où s'est produit le fait entraînant cette responsabilité ou au moment où est rendue la décision non contentieuse ou contentieuse qui reconnaît la dette de l'État. J'ai essayé de montrer au tome I, page 156, et aussi au tome II, pages 364 et suivantes, en étudiant le contentieux de la réparation, que, au cas de responsabilité, d'une manière générale, la créance ne peut naître logiquement qu'au moment où est rendue la décision juridictionnelle constatant le fait entraînant la responsabilité, ou bien au moment où celui qui est atteint par cette responsabilité reconnaît son obligation. La conséquence en est qu'il faut prendre pour point de départ de la déchéance quinquennale l'exercice au cours duquel s'est produite la déclaration non contentieuse ou contentieuse de la dette et non celui où s'est produit le fait entraînant la responsabilité.

Cependant, telle n'est pas la solution donnée par le conseil d'État qui, à plusieurs reprises, a décidé qu'il fallait prendre pour point de départ l'exercice au cours duquel s'est produit le fait entraînant la responsabilité (9 février 1883, *Compagnie La Providence ;* 13 janvier 1888, *Arbinet*).

Cela n'infirme pas ce que je viens de dire. En effet, la solution donnée par le conseil d'État est déterminée, en dehors de toute considération théorique, par le désir d'interpréter la règle de la déchéance quinquennale aussi favorablement que possible pour l'État. De plus, on peut concilier la solution du conseil d'État avec celle qu'impose l'analyse juridique en disant que, sans doute, la créance ne naît qu'au moment de la déclaration non conten-

tieuse ou contentieuse reconnaissant la responsabilité, mais que pour l'application de la déchéance quinquennale on la fait remonter au jour où s'est produit le fait entraînant la responsabilité. Ou mieux encore, on peut dire que ce qui est éteint par la déchéance quinquennale ce n'est pas, à dire vrai, la créance, mais la voie de droit qui est ouverte à l'intéressé par le fait susceptible d'entraîner la responsabilité de l'État.

La déchéance quinquennale n'est pas suspendue par les causes qui, en droit commun, suspendent le cours de la prescription. Elle est encourue par le mineur, par l'interdit, aussi bien que par le majeur jouissant de la plénitude de ses droits. Comme le fait justement observer Laferrière, « on comprend que la déchéance ne puisse pas, comme la prescription du droit civil, être influencée par la situation personnelle du créancier, puisqu'elle se fonde uniquement sur la situation du débiteur, c'est-à-dire du Trésor ». Mais l'intéressé ne peut se voir opposer la déchéance quinquennale quand la non-réalisation de la créance dans les cinq exercices a été indépendante de son fait. C'est ainsi qu'il est à l'abri de la déchéance quand il s'est mis en instance devant le ministre en temps utile et que la créance n'a pas été liquidée et ordonnancée dans les cinq ans, que ce retard provienne d'une négligence de l'administration, ou même simplement de l'accomplissement normal des formalités administratives.

S'il s'agit d'une créance dont le titulaire peut demander directement la reconnaissance et la liquidation à une juridiction, conseil de préfecture ou juridiction judiciaire, c'est évidemment la réclamation contentieuse qui interrompt la déchéance. Mais il faut, bien entendu, que la réclamation soit portée devant un tribunal compétent. D'autre part, un commandement adressé à l'État n'interromprait point la déchéance (L. 29 janvier 1931, art. 10). Le commandement est, en réalité, un acte d'exécution ou, si l'on préfère, le préliminaire indis-

pensable de toute procédure d'exécution. Or, toute procédure de ce genre est impossible contre l'État et les actes qui seraient faits seraient inexistants et sans effet.

Sur les créances et dettes de l'État, cf. tous les traités de législation financière, notamment ceux de Jèze et d'Allix ; et en outre, Dumesnil et Pallain, *Traité de législation du Trésor public ; Répertoire de droit administratif,* v° *Trésor public,* par Tardit ; Laferrière, *Juridiction et contentieux,* 2e édit., 1896, I, p. 347 et s., et II, p. 250 et s.; Mestre, *De l'autorité compétente pour déclarer l'État débiteur,* 1889 ; Sourdat, *Traité de la responsabilité,* II, p. 496 et s.; Courcoux, *La liquidation des dettes de l'État,* thèse Rennes, 1897.

§ 80. — *Les contrats de l'État.*

J'ai montré au tome I que le prétendu problème, si longuement discuté par les juristes allemands, de savoir comment l'État peut être obligé par ses contrats ne se pose à vrai dire pas. Il est évident que si l'État possède la souveraineté et qu'on la définisse le pouvoir d'une volonté de ne jamais se déterminer que par elle-même, on ne comprend pas comment l'État peut se trouver limité par un acte comme un contrat auquel participe une volonté étrangère, aussi bien un contrat de droit interne que de droit international. Je ne reviens pas sur ce que j'ai dit. Je crois avoir démontré une fois pour toutes que la souveraineté ainsi comprise est une conception sans réalité et sans portée, qui tend à disparaître et dont il faut enfin débarrasser le droit public. D'autre part, le caractère obligatoire des contrats de l'État est un fait qui s'impose à la conscience juridique moderne et il est une preuve nouvelle de la disparition constante et progressive de la notion de souveraineté.

Mais si personne ne nie aujourd'hui le caractère obligatoire des contrats faits par l'État, il y a une doctrine

fausse et dangereuse qui subsiste avec une persistance regrettable. C'est celle qui distingue les contrats faits par l'État en deux catégories : les contrats de droit privé et les contrats de droit public. Cette dernière expression se rencontre encore dans un certain nombre d'auteurs, et, ce qui est plus grave, dans des arrêts du conseil d'État, par exemple, l'arrêt *Winkel* du 7 août 1909. Elle ne répond à rien et risque de conduire à des conséquences regrettables. Le contrat est une certaine catégorie juridique, et si les éléments qui le constituent se trouvent réunis, il existe toujours avec le même caractère et les mêmes conséquences. Cf. tome I, p. 280 et s.

Parler de contrat de droit privé et de contrat de droit public, c'est parler de choses qui n'existent pas ; et, par conséquent, on ne peut pas les opposer, pas plus et pour les mêmes raisons qu'on ne peut parler d'actes de gestion et d'actes d'autorité et les opposer les uns aux autres. Il y a des contrats passés par l'État et des actes faits par lui qui ne sont pas des contrats. Mais opposer les contrats de droit public aux contrats de droit privé, c'est donner une apparence juridique aux procédés plus ou moins habiles par lesquels les détenteurs du pouvoir tendent fréquemment à se soustraire à des engagements régulièrement pris. Il faut donc, une fois pour toutes, bannir de la langue du droit cette expression de contrat de droit privé et de droit public et parler seulement de contrat.

Mais en même temps, il ne faut pas oublier qu'il y a beaucoup de situations qui paraissent à un observateur superficiel naître à la suite d'un contrat, quand en réalité il n'en est rien. Il faut appliquer soigneusement la distinction que j'ai faite entre le contrat et les autres actes plurilatéraux, l'acte collectif et l'union (le *Gesammtakt* et la *Vereinbarung*). Au tome I, pages 292 et suivantes,

j'ai montré que souvent des situations juridiques objectives prennent naissance à la suite d'actes plurilatéraux qui ne sont point des contrats. Ces situations ne sont pas contractuelles mais légales, résultant de la loi dont l'acte plurilatéral non contractuel a conditionné l'application. Qu'on ne dise pas qu'il y a là un contrat de droit public; il n'y a pas de contrat du tout. Les situations de ce genre sont fréquentes dans le droit public, mais les deux exemples les plus caractéristiques sont celui de la nomination de fonctionnaires et celui des clauses réglementaires d'une concession de service public. Cette situation du fonctionnaire, celle du concessionnaire, l'État peut évidemment les modifier par un acte unilatéral, mais en le faisant il ne porte point atteinte à un contrat. Il n'y a pas de contrat; il n'y a pas de situation contractuelle; il y a seulement une situation légale ou réglementaire qui peut être modifiée par une décision unilatérale.

Si l'on suppose, au contraire, qu'est intervenu un véritable contrat avec tous les éléments qui ont été déterminés au tome I, pages 280 et suivantes, l'État est lié comme le serait un simple particulier. Cela veut dire qu'aucun fonctionnaire, aucun organe de l'État, pas même le législateur, n'est compétent pour apporter par un acte unilatéral une modification quelconque à la situation née consécutivement audit contrat. Tout acte de ce genre serait sans valeur, ne devrait pas recevoir son application et les tribunaux devraient statuer comme s'il n'existait pas. Le recours recevable contre lui ne serait point le recours pour excès de pouvoir, recours objectif, qui ne peut être fondé que sur une atteinte au droit objectif. L'action appartenant à l'intéressé serait celle du contrat et la question posée au juge une pure question de droit subjectif, celle de savoir si la situation contractuelle, situation subjective, existante a été violée ou non.

La solution est et reste la même quel que soit le but poursuivi par l'État quand il a fait le contrat, qu'il ait eu pour objet d'assurer le fonctionnement d'un service public, par exemple par un marché de fournitures ou de travaux publics, par un emprunt, ou d'assurer la gestion du domaine privé ou encore l'accomplissement d'une entreprise n'ayant pas le caractère de service public, comme l'imprimerie nationale, les manufactures de Sèvres et des Gobelins. Peu importe, il y a un contrat; toutes les conséquences qui en découlent doivent s'appliquer. Il pourra y avoir et il y a en fait dans les pays qui, comme la France, pratiquent le système de la séparation des deux contentieux administratif et judiciaire, des distinctions à faire au point de vue de la compétence; dans certains cas, les tribunaux administratifs sont compétents, dans d'autres, les tribunaux judiciaires; mais cela ne touche en rien ni la nature de l'acte contractuel, ni celle de l'action qui en découle. On ne prétend pas, je suppose, qu'il y ait une différence de nature entre le contrat civil et le contrat commercial, entre les situations juridiques consécutives à l'un ou à l'autre, et cependant les tribunaux compétents ne sont pas les mêmes. Les contrats conclus par l'État peuvent être faits en vue de buts divers; l'État ne poursuit pas les mêmes fins que les particuliers. Les tribunaux compétents pour les procès qui naissent des divers contrats ne sont pas les mêmes. Peu importe; s'il y a contrat, la situation juridique est toujours la même; la voie de droit qui s'y rattache a toujours la même nature. Toute autre solution conduit à l'arbitraire et à l'incohérence.

La conséquence en est qu'aucun organe de l'État, pas même le législateur, n'est compétent pour faire un acte individuel et unilatéral supprimant ou modifiant la situation subjective née d'un contrat auquel il est partie. L'acte serait sans valeur et les tribunaux administratifs

ou judiciaires devraient statuer comme s'il n'existait pas. Il faut incontestablement donner cette solution, même si l'acte public qui porte atteinte au contrat est une loi formelle. La décision du parlement n'aurait pas plus de valeur que l'acte émané d'une autorité quelconque. Les tribunaux ne devraient pas l'appliquer. Sans doute, ils doivent respecter les décisions des chambres ; mais ils doivent aussi respecter et sanctionner les contrats qui obligent l'État. Au cas de contradiction, ce sont ces derniers qui s'imposent à eux.

La solution que je donne a été implicitement reconnue par le conseil d'État et par la chambre des députés.

Le conseil d'État, en 1896 et en 1904, a rendu à cet égard deux arrêts caractéristiques. Il est vrai qu'il n'y avait pas eu un acte promulgué en forme de loi, mais seulement une décision des deux chambres refusant d'inscrire au budget un crédit pour l'exécution d'obligations contractuelles de l'État français. Par un accord intervenu en 1860 avec le gouvernement français, il avait été convenu que certains établissements ecclésiastiques de la Savoie remettraient des titres de rente (cartelles) au gouvernement français qui paierait sous forme de traitement l'équivalent des arrérages desdits titres. En 1883, le parlement ayant refusé d'inscrire au budget les crédits nécessaires pour le paiement des allocations correspondant aux arrérages de ces titres de rentes, et le ministre ayant par suite refusé de les ordonnancer, le conseil d'État, par un arrêt du 8 août 1896, annula la décision du ministre et renvoya les parties devant le ministre pour la liquidation de la dette, en un mot, condamna l'État français à payer sa dette contractuelle malgré la décision du parlement (cons. d'État, 8 août 1896, *Recueil*, p. 663). Dans la séance de la chambre du 22 décembre 1899, M. Caillaux demanda un crédit pour exécuter cette décision du conseil d'État; il affirma nettement le caractère obligatoire des contrats passés par l'État, nonobstant toute décision contraire du parlement. En 1904, le conseil d'État statuait au profit de la fabrique et du chapitre de la cathédrale d'Annecy, exactement dans le même sens qu'en 1896 au profit de la fabrique de Saint-Jean-de-Maurienne, et pour les mêmes motifs (cons. d'État, 1er juillet 1904, *Recueil*, p. 533).

Le conseil d'État a aussi très nettement affirmé le caractère obligatoire pour l'État des contrats passés par lui, dans un arrêt

Orcibal du 12 décembre 1902, « considérant que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites et ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, qu'il suit de là qu'il n'appartenait pas au ministre de se dégager de ses obligations... » (*Recueil,* 1902, p. 750; S., 1905, III, p. 93).

Les 3 et 10 décembre 1909, à l'occasion de la discussion de la convention de rachat avec la compagnie de l'Ouest, M. Millerand, ministre des travaux publics, a nettement affirmé devant la chambre, contre M. Jaurès, l'impossibilité pour l'État de se soustraire, même par une loi formelle, aux obligations contractuelles assumées par lui. Il s'agissait ici des conventions de 1883 intervenues entre le gouvernement et les grandes compagnies de chemins de fer, notamment la compagnie de l'Ouest; M. Jaurès n'hésitait pas à prétendre que, si l'État était gêné dans ses négociations avec la compagnie de l'Ouest par les obligations qu'il avait assumées dans la convention de 1883, il n'y avait qu'à faire une loi qui, sous couleur d'interpréter cette convention, délierait l'État de ses obligations (1re séance du 3 décembre 1909, *J. off.*, p. 3143). M. Millerand, ministre des travaux publics, a protesté énergiquement et justement contre une semblable théorie : « Comment! a-t-il dit, un contrat est passé entre une compagnie et l'État, des difficultés s'élèvent sur l'interprétation du contrat entre les deux parties et l'une des parties règle elle-même ces difficultés en interprétant toute seule le contrat. Est-ce possible? Que deviendrait la parole de l'État et j'ose dire le crédit même de l'État si les engagements pris au nom du pays pouvaient être, le lendemain ou vingt ou trente ans après (le temps ne fait rien à l'affaire), reniés avec cette désinvolture » (même séance, p. 3145). Rapp. la discussion de la 1re et de la 2e séance de la chambre du 10 décembre 1909. M. le Ministre des travaux publics aurait pu ajouter que si le parlement avait par une prétendue loi dispensé l'État de ses obligations contractuelles, il aurait fait un acte sans valeur en droit. En refusant de suivre M. Jaurès, la chambre a implicitement approuvé les déclarations de M. Millerand.

La solution serait toute différente si l'État édictait une loi proprement dite, c'est-à-dire une disposition par voie générale dont la conséquence serait de rendre plus onéreuse la situation d'une personne débitrice de l'État en vertu d'un contrat. Le législateur n'intervient pas alors pour supprimer ou modifier un contrat liant

l'État. Il établit une règle générale nouvelle, sans considération ni d'espèce, ni de personne. Le résultat en est de rendre la situation de certains contractants plus onéreuse, non seulement la situation de ceux qui ont contracté avec l'État, mais encore de tous ceux qui ont fait des contrats analogues avec quiconque. Ainsi, en prenant pour exemple, parce qu'il s'est présenté dans la pratique, la loi de 1898 sur les accidents ouvriers, qui a eu certainement pour conséquence d'accroître les charges des entrepreneurs et, par conséquent, de rendre plus onéreuse la situation faite à quiconque avait fait avec une personne quelconque un contrat d'entreprise à forfait, il n'est pas douteux que les entrepreneurs ne pouvaient pas invoquer cette loi pour demander une indemnité à leur cocontractant. La situation de ceux qui ont fait un marché avec l'État est la même que celle de tout entrepreneur qui a fait un marché avec un simple particulier. La question n'est pas alors de savoir si l'État est lié par ses contrats ; il l'est certainement. La question est de savoir si lorsqu'une loi proprement dite édicte une disposition générale émanant du parlement dont l'application aura pour conséquence de rendre plus onéreuse la situation de certains débiteurs, ceux-ci peuvent prétendre que le créancier leur doit une modification. La question est la même que ce créancier soit l'État ou un simple particulier.

Jusqu'à la guerre, on décidait unanimement, en doctrine et en jurisprudence, qu'il y avait alors comme un cas de force majeure, que le débiteur ne pouvait pas s'en prévaloir pour demander une indemnité au créancier ; de même qu'à l'inverse, si le créancier profitait d'une loi nouvelle ou d'un fait fortuit, le débiteur ne pouvait pas s'en prévaloir contre lui. On assimilait la loi nouvelle au cas fortuit, celui-ci étant tout événement étranger à la volonté des parties.

Cf. notamment Baudry-Lacantinerie et Barde, *Traité des obligations,* 3e édit., 1906, I, p. 487, qui écrivaient : « En supposant qu'un événement fortuit ait simplement rendu l'exécution plus difficile ou plus onéreuse, les juges, s'ils ne peuvent pas déclarer l'obligation éteinte, ne peuvent-ils pas, du moins, la réduire ou calculer en conséquence le quantum des dommages et intérêts ? L'affirmative présente de grands dangers et méconnaît un des principes fondamentaux de notre matière, car elle permet aux tribunaux de limiter arbitrairement la force obligatoire des conventions. Il faut donc la repousser. »

Depuis la guerre s'est introduite dans la doctrine et la jurisprudence la théorie dite de l'imprévision, d'après laquelle si, en principe, les événements indépendants de la volonté des contractants, qui ont pour conséquence de rendre la situation du débiteur plus onéreuse, ne peuvent autoriser celui-ci à demander une bonification, quand au contraire ces événements amènent dans l'économie du contrat, dans la situation respective des parties un changement tel qu'il échappait à toute prévision possible au moment où le contrat a été passé, celui des contractants qui se trouve lésé a le droit d'obtenir une bonification de la part de l'autre.

Cette théorie de l'imprévision ne s'est pas introduite sans de très vives controverses. Elle avait assurément des précédents qu'il n'y a pas lieu d'indiquer; mais elle a été surtout affirmée par l'arrêt du conseil d'État du 24 mars 1916 dans l'affaire du gaz de Bordeaux, arrêt devenu célèbre (*Recueil,* 1916, p. 125, et les conclusions de M. Chardenet). A la suite de cette décision, l'idée a fait son chemin dans la jurisprudence administrative et la jurisprudence judiciaire et aussi dans la législation, puisque c'est d'elle que s'est inspirée la loi du 21 janvier 1918.

Sur l'origine, le développement et les applications de la théorie de l'imprévision, cf. la belle étude de M. Bruzin, *Essai sur la notion d'imprévision et sur son rôle en matière contractuelle,* thèse Bordeaux, 1922.

Aujourd'hui donc, la notion d'imprévision est entrée dans notre droit et il faut l'appliquer à tout événement indépendant de la volonté des parties qui apportent à leur situation respective une modification qui était abso-

lument imprévisible au moment où le contrat a été conclu. Il faut appliquer la même idée quand cet événement indépendant de la volonté des parties et amenant une modification imprévisible est une loi. Il faut l'appliquer quand cette loi modifie la situation respective de parties contractantes privées et aussi quand une des parties est l'État. On ne peut pas dire alors que l'État créancier modifie, par un acte unilatéral de sa volonté, en la rendant plus onéreuse, la situation de son débiteur et que, portant atteinte au contrat qui le lie, il doit toujours une indemnité conformément aux idées développées plus haut. Ce serait mal raisonner. Quand l'État porte atteinte d'une façon spéciale à un contrat déterminé auquel il est partie, il n'édicte pas une loi, il fait un acte individuel qui est alors inexistant parce que fait en violation d'un contrat. Ce n'est pas une question d'indemnité qui se pose, c'est la question de l'inexistence de l'acte. Dans l'hypothèse actuelle, la situation est toute différente ; il y a une loi proprement dite, disposition par voie générale ; une loi nouvelle n'a pas pour résultat direct et voulu de changer la situation d'un concessionnaire de service public ; elle établit une règle générale nouvelle ; elle modifie l'ordre juridique et par hypothèse conformément au droit. Par exemple, comme dans les espèces qui seront indiquées plus bas, elle modifie le régime de la responsabilité des accidents ouvriers ; elle établit des impôts nouveaux ; la conséquence est de rendre plus onéreuse l'exécution des obligations contractées par des entrepreneurs de l'État, comme celles contractées par des entrepreneurs privés. Peut-on dire que l'État, par sa volonté, modifie la situation contractuelle de ses débiteurs et qu'il doit en être responsable? Non. Il ne modifie la situation contractuelle de qui que ce soit ; il constate une transformation du droit objectif, transformation dont les

conséquences sont particulièrement onéreuses pour certains; l'État ne doit pas en être responsable; on ne peut pas dire ici que, dans l'intérêt collectif, une loi occasionne un préjudice déterminé à une personne particulièrement visée. Quelque partisan que je sois de la responsabilité de l'État en matière législative, je ne crois pas qu'on doive aller jusqu'à la reconnaître dans ces hypothèses.

Je réserve, conformément à ce qui a été dit précédemment, le cas où la modification apportée par la loi nouvelle entraînerait pour le débiteur une aggravation de charges absolument imprévisible au moment du contrat. L'État est alors tenu envers son débiteur, non pas parce qu'il est responsable de la loi qu'il a portée, mais parce que, comme tout créancier, il doit lui tenir compte des charges imprévisibles que lui apporte un événement fortuit quelconque, c'est-à-dire un événement indépendant de la volonté des parties.

Il semble bien que telles sont la solution et la considération auxquelles, après quelques hésitations, le conseil d'État s'est arrêté. Mais le fait seul que la question a été longuement débattue devant la haute juridiction montre combien elle est dominée par cette notion du caractère strictement obligatoire pour l'État des contrats passés par lui et comment elle écarte, tout en employant encore parfois l'expression, la notion de contrat de droit public et les conséquences qu'on y rattachait.

La question s'est posée en 1904 devant le conseil d'État à propos de l'établissement, au cours d'un marché pour le service postal entre le continent et la Corse, de taxes de péage dans le port de Bastia, établies pour la chambre de commerce de cette ville par le décret du 29 juillet 1894 rendu conformément à la loi du 30 janvier 1893. La compagnie marseillaise de navigation à vapeur demandait à l'État une indemnité, soutenant que l'établissement de ces taxes avait rendu son exploitation plus onéreuse. M. Teissier, commissaire du gouvernement, concluait au

rejet de la demande ; malgré cela, le conseil d'État reconnut le principe de l'indemnité (20 mai 1904, *Recueil,* p. 425). Je suis disposé à croire que la haute juridiction a été amenée à donner cette solution par cette considération que le préjudice était occasionné à l'entrepreneur, non pas par l'application d'une loi générale et impersonnelle, mais plutôt par un acte administratif individuel, le décret de 1894, qui avait autorisé spécialement la chambre de commerce de Bastia à établir les taxes de péage.

Aussi bien, le conseil d'État a plusieurs fois refusé d'accorder une indemnité aux entrepreneurs ou concessionnaires de l'État qui prétendaient que l'exécution de leurs obligations était devenue plus onéreuse par l'application d'une loi vraiment générale et impersonnelle. Dans l'affaire *Mistral et Pavie,* le conseil d'État a refusé d'allouer une indemnité aux adjudicataires de services économiques dans les prisons, lesquels invoquaient les dommages résultant pour eux de la diminution du nombre des prisonniers du fait des lois du 14 août 1885 sur la libération conditionnelle, du 26 mars 1891 sur l'atténuation et l'aggravation des peines (loi Bérenger) et du 15 novembre 1892 sur l'imputation de la prison préventive (cons. d'État, 3 avril 1903, *Recueil,* p. 306).

Dans l'affaire *Noiré et Bayssac,* le conseil d'État, sur les très remarquables conclusions de M. Tardieu, a décidé que le caractère général de la loi du 9 avril 1898 sur les accidents ouvriers s'oppose à ce qu'un entrepreneur puisse réclamer la réparation du préjudice que lui aurait causé l'application de cette loi au cours de son marché. M. Tardieu disait très justement : « La loi sur les accidents du travail est au premier chef une de ces lois générales qui atteignent, sinon tous les citoyens, du moins un grand nombre. Cette loi est faite, non pas dans l'intérêt de l'État personne morale, mais dans l'intérêt de la société tout entière... Elle peut atteindre tous les employeurs généralement quelconques et elle n'atteint les entrepreneurs de l'État qu'avec beaucoup d'autres » (*Recueil,* 1908, p. 25, l'arrêt et les conclusions de M. Tardieu).

Le 19 novembre 1909, le conseil d'État donnait une solution analogue dans le procès intenté à l'État par les grandes compagnies de navigation chargées de services postaux, lesquelles se plaignaient d'une aggravation de charges provenant du décret du 22 juillet 1904 rendu conformément à la loi du 3 juillet 1836, lequel a changé le mode de jaugeage des navires, l'application de ce décret ayant eu pour conséquence d'augmenter la jauge

nette des bâtiments français, qui se trouvent ainsi payer des droits plus considérables que par le passé pour l'acquittement des taxes établies d'après cette jauge. Conformément aux conclusions du commissaire du gouvernement, le conseil d'État rejette ces requêtes et fait nettement la distinction, à laquelle se rattachent tous nos développements, entre le cas d'une loi générale dont l'application rend indirectement plus lourdes des obligations subjectives et celui où une loi nouvelle a pour but et pour effet direct de modifier l'organisation d'un service public concédé. Le conseil déclare, en effet, que les taxes dont l'augmentation a donné naissance au litige ne sont pas perçues *directement* sur les choses ou les personnes dont le transport a fait l'objet des conventions, qu'elles sont établies sur tous les navires entrant dans les ports, que leur paiement est imposé aux compagnies concessionnaires dans les mêmes conditions qu'à tous les armateurs et qu'elles font ainsi partie des frais généraux (*Recueil,* p. 890; *Revue du droit public,* 1910, p. 81, avec la note de Jèze).

Il est bien entendu qu'une indemnité serait due à l'entrepreneur ou au fournisseur, si elle avait été prévue par le cahier des charges pour le cas où une loi nouvelle rendrait plus onéreuses les obligations dudit entrepreneur ou fournisseur. C'est ainsi, par exemple, que le règlement du 26 mai 1866 sur le service des subsistances de la guerre, auquel se réfèrent tous les cahiers des charges d'adjudication, ayant stipulé dans ses article 134 et 135 que l'établissement de taxes douanières sur les denrées faisant l'objet des marchés qu'il vise donnerait lieu à indemnité au profit des fournisseurs, le conseil d'État a décidé à plusieurs reprises que les adjudicataires de la fourniture des avoines à l'armée étaient fondés à réclamer des dommages et intérêts à raison de la promulgation, dans la période d'exécution de leur contrat, des lois des 28 mars 1885, 30 mars 1887 et 11 janvier 1892, majorant les droits de douane sur les avoines (cons. d'État, *D'Adhémar,* 7 août 1900, *Recueil,* p. 558; *Héritiers Hertz,* 14 juin 1901, *Recueil,* p. 536). Cf. Teissier, *Responsabilité de la puissance publique, Répertoire de droit administratif,* n° 25, et publié séparément.

Rapp. cons. d'État, 4 juillet 1917, *Allain ès qualités,* qui déclare un fournisseur fondé à demander la réparation du préjudice qui lui a été causé par la réduction d'un tiers de la ration journalière obligatoire de pain (*Recueil,* 1917, p. 521).

La question de responsabilité de l'État se pose tout à fait différemment quand la situation considérée et à

laquelle celui-ci apporte une modification par une décision visant spécialement ladite situation, dérive d'un concours de volontés, mais d'un concours de volontés qui n'est pas un contrat. On peut assurément considérer comme ayant ce caractère la situation du fonctionnaire. J'ai montré aux paragraphes 61 et 62 que la situation du fonctionnaire ne dérive point d'un contrat, mais qu'on peut admettre qu'elle dérive d'une convention, union ou *Vereinbarung*, qu'en tout cas, elle est une situation légale et non pas contractuelle et qui peut être modifiée à tout instant par les lois ou règlements, sans que les fonctionnaires antérieurement nommés puissent prétendre à une indemnité.

La situation qu'il faut examiner ici est celle du concessionnaire d'un service public. On a montré au tome I, pages 313 et suivantes, quel est le caractère complexe de la concession de service public. Elle est incontestablement une convention, mais une convention qui comprend deux catégories de clauses tout à fait distinctes : des clauses contractuelles et des clauses réglementaires. Les premières se reconnaissent à ce qu'elles ne sont concevables que lorsqu'il y a concession et qu'elles seraient impossibles si le service public était exploité directement. Pour elles, il est certain que l'État ne peut y toucher, même par une loi formelle et que, s'il le faisait, son acte serait inexistant, comme cela a été expliqué précédemment et comme M. Millerand, alors ministre des travaux publics, l'affirmait devant la chambre au moment du rachat de la compagnie de l'Ouest. Cf. ce qui a été dit au commencement du présent paragraphe.

Quant aux clauses réglementaires de la concession, elles se reconnaissent à ce qu'elles seraient possibles dans un règlement unilatéral fixant l'exploitation d'un service non concédé. Elles forment la loi du service concédé, mais elles sont établies en vertu d'une conven-

tion entre le concédant et le concessionnaire. Cette convention n'est pas un contrat, puisque à sa suite apparaissent, non pas une créance et une dette, mais une règle et une situation objective, situation faite au concessionnaire, à ses agents et à tous les usagers du service concédé. Cela compris, se posent deux questions tout à fait distinctes l'une de l'autre : 1° l'État peut-il, par un acte d'un de ses organes, parlement ou gouvernement, modifier les conditions d'exploitation du service concédé? L'acte qu'il fait alors est-il valable? 2° En admettant que l'État puisse valablement modifier les conditions d'exploitation d'un service concédé, s'il rend ces conditions plus onéreuses pour le concessionnaire, lui doit-il une indemnité?

1° *L'État peut-il modifier les conditions d'exploitation du service telles qu'elles ont été déterminées par les clauses réglementaires de l'acte de concession?* — Il faut répondre affirmativement, sans hésiter. On ne peut pas objecter qu'il est lié par un contrat; il n'y en a point. Il y a une union, une *Vereinbarung*, qui a conditionné la naissance de la loi réglant le service, de la situation objective, légale, qui est faite au concessionnaire, à ses agents, à tous ceux qui usent du service. Les organes publics sont avant tout chargés d'assurer le fonctionnement des services dans les meilleures conditions possibles; et ils ont par conséquent, non seulement le pouvoir, mais le devoir d'intervenir pour réaliser toutes les modifications nécessaires au bon fonctionnement du service, qu'il soit concédé ou non. Ils peuvent, ils doivent le faire sans qu'on puisse prétendre que la loi formelle qu'ils édictent à ce sujet est contraire au droit supérieur comme portant atteinte à un contrat, sans que le règlement qu'ils édictent puisse être argué de nullité et attaqué par le recours pour excès de pouvoir. En agissant ainsi, l'État ne porte point atteinte à une situation

juridique subjective; il modifie seulement le régime légal d'un service public, et cela il a toujours le devoir, et par conséquent le pouvoir de le faire, quand c'est pour réaliser une amélioration du service.

C'est ainsi qu'on ne saurait prétendre que le parlement a outrepassé ses pouvoirs en votant des lois qui ont aggravé les charges des compagnies concessionnaires des chemins de fer, telle la loi du 3 décembre 1908, *relative au raccordement des voies de fer avec les voies d'eau,* laquelle imposait aux compagnies concessionnaires des obligations non prévues à leur cahier des charges; telle encore la loi du 21 juillet 1909 *relative aux conditions de retraite du personnel des grands réseaux de chemins de fer d'intérêt général,* loi complétée par la loi du 28 décembre 1911 établissant la rétroactivité de ces retraites.

Aux termes de l'article 1er de la loi de 1909, les grandes compagnies de chemins de fer et l'administration des chemins de fer de l'État devront modifier leurs règlements de retraite de façon à assurer à tous leurs agents les droits et avantages prévus par la loi. Par là, se trouve imposée aux compagnies une obligation nouvelle, dont l'étendue ne peut être déterminée exactement, mais qui certainement ne figurait pas au cahier des charges des concessions. C'est ainsi une loi qui modifie les conditions de fonctionnement d'un service public concédé et rend plus onéreuses les obligations du concessionnaire. Que l'État pût faire légitimement une pareille loi, cela ne me paraît pas douteux; je viens de dire pourquoi. Au moment de la discussion au sénat de la loi du 21 juillet 1909, on a dit que l'État ne pouvait faire semblable loi parce qu'elle violait le contrat de concession qui le liait. C'est ce que disaient les grandes compagnies dans une lettre adressée le 5 mars 1909 au président de la commission sénatoriale (annexe au rapport de M. Strauss, *J. off.*, *Doc. parl.*, sénat, session ordinaire, 1909, p. 144). Cette thèse fut aussi développée par M. Poincaré dans un avis présenté au nom de la commission des finances, 8 juin 1909, *J. off.*, *ibid.*, p. 331 et dans son discours au sénat le 18 juin 1909; et aussi par M. Denoix (même séance), par M. Mir (séance du 22 juin 1909), par M. Milliard (séance du 6 juillet 1909). C'était se placer sur un mauvais ter-

rain ; l'État ne peut pas aliéner sa liberté de modifier la loi des services publics, même des services publics concédés.

Cf. Rolland, *Revue du droit public,* 1909, p. 520 ; Nouvion, *Les retraites des chemins de fer, Journal des économistes,* 15 juillet 1909.

De même était certainement valable le décret portant règlement d'administration publique du 1er mars 1901, modifiant l'ordonnance du 15 novembre 1846 sur la police, la sûreté et l'exploitation des chemins de fer.

On comprend aisément que le gouvernement ne peut pas abdiquer le pouvoir de modifier dans l'intérêt du public les conditions de fonctionnement d'un service public et même d'un service public concédé. Chargé d'assurer le fonctionnement des services publics dans les conditions les plus avantageuses pour les administrés, il reste dans son rôle et ne fait que remplir sa mission en modifiant les conditions dans lesquelles fonctionne un service. Il peut le faire assurément, alors même que les dispositions qu'il édicte dans un règlement ou dans une loi formelle viennent aggraver les charges qui résultent pour le concessionnaire du cahier des charges. Il le peut, sans que sa décision puisse être arguée de nullité. Il ne porte point atteinte à une situation subjective; il modifie seulement le régime légal du service public. Ainsi, ce règlement d'administration publique n'était point entaché de nullité, bien qu'il modifiât les conditions d'exploitation prévues par le cahier des charges des grandes compagnies qui se référait à l'ordonnance du 15 novembre 1846.

Le conseil d'État a donc bien jugé en rejetant le recours pour excès de pouvoir, arrêt du 6 décembre 1907, *Recueil,* p. 913, S., 1908, III, p. 1, avec une note d'Hauriou et les très remarquables conclusions de M. Tardieu; *Revue du droit public,* 1908, p. 62, avec une note de Jèze.

2° *Lorsque l'État, par un acte unilatéral, législatif ou réglementaire, modifie la situation d'un concessionnaire*

d'un service public, en la rendant plus onéreuse, lui doit-il une indemnité? — Je réponds : incontestablement oui. On verra plus loin que le législateur a implicitement reconnu cette solution et qu'elle a été très nettement consacrée à plusieurs reprises par le conseil d'État. Mais comment se justifie-t-elle? N'est-elle pas en contradiction avec ce qui a été dit précédemment, d'une part, qu'il n'y a pas alors atteinte à un contrat, et d'autre part, que l'État n'est pas responsable quand une disposition générale édictée par la loi a pour conséquence de rendre plus onéreuse la situation d'un de ses débiteurs.

D'abord, il est certain que la situation du concessionnaire, au point de vue des conditions de l'exploitation, n'est pas celle d'un contractant; il est incontestable que prises en elles-mêmes les clauses qui déterminent le régime du service concédé ont le caractère réglementaire et non contractuel, que la situation modifiée par l'État est objective et légale et non subjective et contractuelle. S'il en était autrement, l'État ne pourrait pas y toucher. Mais, d'autre part, il est certain aussi qu'en acceptant les clauses contractuelles, le concessionnaire prenait en considération les conditions d'exploitation qui lui étaient imposées, le régime suivant lequel devait fonctionner le service. L'analyse juridique distingue très nettement les clauses contractuelles et les clauses réglementaires; elle marque les caractères différents qui leur appartiennent. Mais il n'en est pas moins vrai qu'il existe entre elles un lien indissoluble et que le concessionnaire n'accepte les premières que parce qu'il connaît les secondes et qu'il devra exploiter, suivant elles, le service qui lui est concédé. Par conséquent, si l'État, usant de son droit incontestable, modifie les conditions d'exploitation, le concessionnaire est certainement fondé à prétendre que toute

l'économie de la concession est modifiée, qu'il ne peut être tenu par des clauses contractuelles qu'il n'avait acceptées que parce que l'exploitation devait se faire dans certaines conditions, que celles-ci sont modifiées et que, par conséquent, celles-là doivent être modifiées elles aussi à son avantage, qu'une indemnité doit lui être payée. Il n'invoque pas, à vrai dire, un contrat, mais ce fait que l'élément qui l'a déterminé à accepter les clauses contractuelles de la concession est supprimé ou modifié, que, par conséquent, son obligation à cet égard se trouve elle-même modifiée et qu'une nouvelle situation sur ce point doit lui être faite, sous forme d'une indemnité à lui allouer.

On ne saurait alléguer que l'État ne doit pas d'indemnité quand il édicte une règle générale dont l'application rend plus onéreuse la situation d'un de ses débiteurs. L'hypothèse examinée actuellement est tout autre. Précédemment, je supposais une transformation générale de l'ordonnancement juridique pris dans son ensemble, et je disais qu'elle ne peut fonder une demande d'indemnité à moins qu'elle ne fût imprévisible. Il ne s'agit pas maintenant d'une modification apportée à l'ordonnancement juridique pris dans son ensemble, mais d'un changement imposé à un service public réglé par des clauses à la fois conventionnelles et réglementaires. La décision est édictée uniquement pour cela; elle n'est pas une disposition prise sans considération d'espèce; elle est assurément par voie générale, mais elle est prise cependant uniquement en vue du service public concédé et elle a spécialement pour conséquence de rendre plus onéreuse la situation du concessionnaire et seulement celle-là. Il est donc fondé à dire que c'est dans l'intérêt de tous que spécialement sa situation à lui a été aggravée et que, par application du principe certain d'après lequel les char-

ges publiques doivent, autant que possible, être égalisées, qu'en vertu du principe identique d'après lequel la caisse collective doit réparer le préjudice occasionné à quelques-uns dans l'intérêt de tous, il est fondé à obtenir de l'État une indemnité.

Cette solution paraît aujourd'hui unanimement admise, lorsque c'est par un règlement que l'État apporte une modification à la situation réglementaire d'un concessionnaire. Le conseil d'État l'a décidé d'une manière expresse, quoique indirecte, à l'occasion du règlement précité du 1^er^ mars 1901, modifiant l'ordonnance du 15 novembre 1846 sur la police, la sûreté et l'exploitation des chemins de fer (6 décembre 1907).

M. Tardieu, dans les conclusions données dans l'affaire, disait : « D'ailleurs, alors même que sur le recours pour excès de pouvoir il serait jugé que les prescriptions édictées par le règlement sont légales et peuvent s'imposer aux compagnies, celles-ci conservent le droit de s'adresser au conseil de préfecture et de soutenir devant lui, leur contrat en main, que les obligations nouvelles qui leur sont imposées introduisent dans les charges de l'exploitation des obligations qui n'ont pu entrer dans les prévisions des parties et qu'il est porté atteinte aux conventions intervenues entre elles et l'État. Suivant les cas, elles pourront réclamer soit une indemnité, soit la résiliation. » Et dans l'arrêt, on lit le considérant suivant : « Considérant d'ailleurs que, si les compagnies requérantes se croient fondées à soutenir que les mesures prescrites par le décret attaqué introduisent dans les charges de l'exploitation des éléments qui n'ont pu entrer dans les prévisions des parties contractantes et qu'il est porté atteinte aux conventions intervenues entre les parties, il leur appartient de porter telles réclamations que de droit devant le conseil de préfecture... »

Je fais toutes réserves sur les formules employées par le commissaire du gouvernement et par l'arrêt. Cons. d'État, 6 décembre 1907, *Grandes compagnies*, *Recueil*, 1907, p. 713; S., 1908, III, p. 1, avec les conclusions de M. Tardieu et une note d'Hauriou.

Le conseil d'État a statué dans le même sens par neuf arrêts du 4 février 1910 rendus à propos d'arrêtés du préfet de la Seine imposant à la compagnie concessionnaire du métropolitain, pour

la sécurité des voyageurs, des obligations aggravant les charges résultant de l'acte de concession et reconnaissant la possibilité du recours en indemnité devant le conseil de préfecture (*Recueil,* p. 97); et par arrêt du 11 mars 1910, à propos d'un arrêté du préfet des Bouches-du-Rhône aggravant les charges d'exploitation de la compagnie des tramways de Marseille : « Considérant que l'arrêté du préfet a été pris dans les limites des pouvoirs qui lui sont conférés par l'article 33 du règlement du 6 août 1881, pris en exécution des lois du 11 juin 1880 (art. 38) et du 15 juillet 1845 (art. 21)...; que la circonstance que le préfet aurait imposé à la compagnie un service différent de celui qui avait été prévu par les parties contractantes ne serait pas de nature à entraîner à elle seule l'annulation de l'arrêté préfectoral...; qu'il appartiendrait seulement à la compagnie, si elle s'y croyait fondée, de présenter une demande d'indemnité en réparation du préjudice qu'elle établirait lui avoir été causé par une aggravation ainsi apportée aux charges de l'exploitation » (*Recueil,* p. 216; *Gazette des tribunaux,* n° 9-10 mai 1910, avec les longues et remarquables conclusions de M. Léon Blum, commissaire du gouvernement).

V. aussi le texte des conclusions de M. Léon Blum et de l'arrêt, *Revue du droit public,* 1910, p. 270, et au même endroit l'article intéressant déjà cité de Jèze sur la nature juridique de la concession de travaux publics. Cf. sur le droit du législateur de modifier la situation d'un concessionnaire, Rolland, *Revue du droit public,* 1909, p. 520.

Jusqu'à présent, j'ai supposé que les modifications apportées à l'exploitation d'un service public concédé résultaient d'un décret. Doit-on donner la même solution et reconnaître au concessionnaire droit à une indemnité quand le service public est modifié par une loi formelle? Je n'hésite pas à répondre affirmativement. Mais on aperçoit immédiatement l'objection; elle est tirée de la notion de souveraineté, toujours persistante. L'irresponsabilité générale de l'État législateur a été longtemps affirmée comme un dogme intangible, et des esprits aussi ouverts que Laferrière et Michoud n'hésitaient pas, encore en 1895 et 1896, à l'enseigner d'une manière catégorique. « Il est de principe, disait le premier, que les dommages causés à des particuliers par

des mesures législatives ne leur donnent aucun droit à ndeimnité. La loi est, en effet, un acte de souveraineté, et le propre de la souveraineté est de s'imposer à tous sansqu'on puisse réclamer d'elle aucunecompensation. » Mais il est certain que cette conception de la souveraineté va chaque jour s'amoindrissant. J'essaierai de montrer plus loin que la notion de la responsabilité du législateur pénètre de plus en plus le droit moderne. Il y a déjà près de vingt ans, en 1906, M. Teissier, alors commissaire du gouvernement au conseil d'État, écrivait : « Il faut décider que, lorsque des actes législatifs empêchent l'exécution d'une convention intervenue antérieurement entre l'État et une partie privée ou lorsqu'ils modifient gravement les clauses de cette convention, il peut y avoir lieu à responsabilité de l'État, à raison de l'aggravation des charges de la partie qui a contracté avec lui, sans qu'il soit besoin de clauses formelles prévoyant cette éventualité. Dans toutes ces hypothèses, il importe de bien s'en rendre compte, la responsabilité de l'État a pour cause, non pas directement l'exercice par lui de son pouvoir législatif, mais bien l'inexécution de ses obligations contractuelles... » (*Répertoire de droit administratif*, v° *Responsabilité*, n° 15, tirage à part).

Aujourd'hui, certainement, la responsabilité de l'État législateur va bien au delà du domaine contractuel. J'estime même que, à vrai dire, la question que j'examine maintenant n'est pas une question de responsabilité contractuelle. Si j'ai cité ce passage écrit par M. Teissier, c'est pour montrer que dans la pensée de la haute juridiction, exprimée par un de ses plus éminents interprètes, le dogme de l'irresponsabilité de l'État législateur avait dès 1906 reçu déjà une atteinte profonde. Il va de soi d'ailleurs que lorsque, comme moi, on nie énergiquement la souveraineté de l'État, on ne peut se

la voir opposer pour écarter la responsabilité dans des cas, comme celui que j'examine maintenant, où elle paraît bien devoir s'imposer. Si, en effet, il est certain que lorsque par un règlement l'État modifie, en la rendant plus onéreuse au point de vue de l'exploitation du service, la situation d'un concessionnaire, il lui doit une indemnité, on ne comprendrait pas comment il pourrait en être autrement quand la modification et l'aggravation des charges résultent d'une loi formelle. Toutes les raisons qui justifient cette indemnité et qui viennent d'être exposées existent avec la même force que la modification à la situation réglementaire du concessionnaire résulte d'un décret ou d'une loi. Pour repousser cette solution, il faudrait admettre le dogme de l'irresponsabilité législative fondée sur la souveraineté du parlement. De dogme, nous n'en voulons plus; et celui de la souveraineté législative est mort et bien mort.

Je conclus donc que, exactement pour les mêmes raisons, lorsque l'État, soit par une loi formelle, soit par un règlement, modifie, en les rendant plus lourdes pour le concessionnaire, les conditions d'exploitation du service, il est redevable envers lui d'une indemnité dont les tribunaux administratifs apprécieront la quotité. En admettant ce point de vue, on se trouve en présence d'un système parfaitement cohérent. L'État peut toujours, suivant les cas, au moyen d'un règlement ou d'une loi formelle, modifier les conditions de fonctionnement d'un service public; il modifie la loi du service public et touche, par conséquent, seulement à des situations légales. Mais il doit indemniser tous ceux, et au premier rang l'exploitant concessionnaire, qui subissent un préjudice du chef de cette modification. Cette indemnité sera due, bien entendu, que la modification légale intervienne au moyen d'une loi formelle ou d'un simple règlement.

C'est ce que le ministre des travaux publics reconnaissait expressément dans l'exposé des motifs du projet de loi devenu la loi du 3 décembre 1908 *relative au raccordement des voies de fer avec les voies d'eau* et qui a eu pour effet de modifier, en un point important, les règles d'exploitation du service des chemins de fer. « La doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour reconnaître que... l'État n'a pu aliéner son droit d'intervenir, pendant près d'un siècle, à l'effet d'imposer aux compagnies concessionnaires toutes les améliorations que réclame l'intérêt public... Mais chaque fois que la puissance publique reconnaît que l'intérêt de l'un des grands services publics concédés exige impérieusement une dérogation aux conditions primitives de la concession, si cette dérogation est de nature à léser les intérêts du concessionnaire, celui-ci a droit à la réparation du préjudice qui lui est imposé » (S., *Lois annotées*, 1909, p. 829). L'article 3 de la loi du 3 décembre 1908 porte : « Il sera statué par le conseil d'État sur les indemnités qui pourraient être réclamées par les compagnies de chemins de fer à raison du préjudice qui leur serait causé par l'application de la présente loi ». Mais ce texte n'aurait pas été inséré dans la loi, que les compagnies auraient pu demander une indemnité fondée sur le préjudice qui résultait pour elles de l'application de la loi nouvelle, et cela conformément aux solutions données précédemment et consacrées par le conseil d'État dans l'arrêt précité du 6 décembre 1907. Du reste, on peut dire que l'article 3 de la loi du 3 décembre 1908 n'a point pour but d'établir le droit à indemnité des compagnies, qu'il était inutile de consacrer parce qu'il était incontestable, mais seulement de déterminer la compétence, en substituant la compétence en premier et dernier ressort du conseil d'État à la compétence du conseil de préfecture en premier ressort et du conseil d'État en appel. C'est d'ailleurs la seule portée que lui donnait le rapporteur à la chambre des députés, M. Berthet : « Nous devons, écrivait-il, tout d'abord observer que cet article ne règle qu'une question de pure compétence et n'a nullement pour effet d'établir ou de consacrer en faveur des compagnies un droit à indemnité qu'elles ne tireraient pas des autres principes de notre législation. L'article ne dit point que des indemnités sont dues aux compagnies et fixées par le conseil d'État; il attribue seulement à cette assemblée juridiction souveraine sur les indemnités que les compagnies *pourraient* réclamer de l'État » (S., *Lois annotées*, 1909, p. 830).

J'ai cité précédemment la loi du 21 juillet 1909,

complétée par la loi du 28 décembre 1911, relative aux conditions de retraite du personnel des grandes compagnies de chemins de fer d'intérêt général. J'ai déjà dit qu'en prétendant que l'État outrepassait ses pouvoirs en modifiant ainsi les conditions d'exploitation, on soutenait une thèse indéfendable. Mais j'estime que le législateur, comme il l'a fait dans la loi du 3 décembre 1908, aurait dû réserver, dans la loi de 1909, le principe d'une indemnité pouvant être due par l'État aux compagnies concessionnaires. Au reste, je n'hésite pas à penser, pour les raisons développées précédemment, que, malgré le silence de la loi, une action en responsabilité contre l'État, portée par les compagnies devant le conseil d'État, serait recevable et fondée. Pour la responsabilité générale de l'État à l'occasion de la loi, cf. ce qui sera dit au paragraphe 86.

Sur la question générale des contrats faits par l'État, à ma connaissance, on a peu écrit. Le livre essentiel reste toujours, quoique relativement ancien et vieilli, celui de Perriquet, *Des contrats passés avec l'État.* — Cf. aussi Grosch, *Der Staat als Kontrahent,* dans *Jahrbuch des öffentlichen Rechts,* V, 1911, p. 267 et s.; Jellineck, *System der subjektiven öffentlichen Rechte,* p. 193 et s.

Spécialement, sur la question qui vient d'être étudiée en dernier lieu, on consultera : Ferrand, *Du louage de service à durée indéterminée*, thèse Paris, 1898; Despax, *De la responsabilité de l'État en matière d'acte législatif et réglementaire,* thèse, 1909; Arlet, *De la responsabilité de l'État législateur,* thèse Bordeaux, 1910; Marq, *La responsabilité de la puissance publique,* 1911; Teissier, *Répertoire de droit administratif*, v° *Responsabilité;* n° 15 (tirage à part) ; Le Roux, *Essai sur la responsabilité de l'État considéré comme puissance publique et notamment dans l'exercice du pouvoir législatif,* thèse, 1909; Sourdois, *De la responsabilité de l'État agissant dans l'exercice de la puissance publique,* thèse, 1908; Tirard, *De la responsabilité de la puissance publique,* 1906 ; Berthélemy, *Revue du droit public,* 1907, p. 92, et 1908, p. 58; Chamboduc de Saint-Pulgent, *Des indemnités dues à l'occasion des industries monopolisées et supprimées,* 1908; Nézard, *Revue générale d'administration,* décembre 1909, p. 385 et s.; Jèze, *Revue du droit public,* 1910, p. 78; Rolland, *Chronique administrative, Revue du*

droit public, 1910, p. 116 et s.; Giraud, *Des dommages résultant de la loi,* thèse Paris, 1917; Molitor, *Die Haftung des Staats bei Verletzung von Privatrechten, Zeitschrift des öffentlichen Rechts,* XX, 1905, p. 265; Perlmann, *Studien zur Frage der Schadenshaftung des Staats, Ibid.,* XXIV, 1908, p. 520.

§ 81. — *La responsabilité de l'État en général.*

L'idée de responsabilité de l'État n'a pénétré dans a conscience juridique de l'homme civilisé que de nos jours; et dans beaucoup de législations positives, même avancées, ses applications sont encore extrêmement restreintes. En Belgique, notamment, ce n'est que dans des cas tout à fait exeptionnels que les tribunaux reconnaissent et sanctionnent la responsabilité de l'État envers les particuliers. En France, au contraire, elle occupe déjà une place considérable et l'on peut dire que son domaine va s'élargissant chaque jour. Incontestablement, c'est l'extension toujours plus grande donnée à la responsabilité de l'État qui révèle mieux que toute autre chose la transformation profonde de l'État moderne et la disparition constante et progressive de la notion de souveraineté.

La double évolution est constante et les mouvements sont parallèles : en même temps que s'amoindrit la notion de souveraineté s'élargit, au contraire, la notion de responsabilité étatique. A la conception de responsabilité pour faute vient se superposer celle de responsabilité pour risque; ou, comme on dit souvent, à la responsabilité subjective vient s'ajouter la responsabilité objective et de ce double mouvement est née une institution juridique, tout à la fois ferme dans ses contours et largement extensive dans ses applications. Elle tend à s'établir dans tous les pays. Mais en France, elle est déjà parvenue à un degré d'avancement qui fait honneur à notre pays, à ses juristes et à ses tribunaux. Sans

doute, la construction du système juridique auquel elle sert de fondement n'est pas encore entièrement achevée, mais elle est bien plus avancée que partout ailleurs. Avant de l'étudier dans ses détails, il importe de montrer, d'une manière plus précise, comment l'idée de responsabilité étatique s'est introduite dans notre droit.

Il est évident que prises en elles-mêmes, les deux notions de responsabilité et de souveraineté sont antinomiques, que si l'on croit l'État souverain, on ne peut admettre qu'il soit responsable et que si l'on affirme qu'il est responsable, on ne peut admettre qu'il soit souverain. Ou la souveraineté n'est rien, ou elle est, comme on l'a dit, ce caractère d'une volonté qui ne se détermine jamais que par elle-même, c'est-à-dire qui ne peut être limitée par un élément étranger à elle-même ni soumise à des obligations que dans la mesure où elle le veut bien (cf. t. II, p. 93 et s.). Il en résulte de toute évidence qu'une personne souveraine ne peut être responsable de ses actes, c'est-à-dire soumise à une obligation qui s'impose à elle de l'extérieur, ou du moins qu'elle ne peut l'être que dans la mesure où elle le veut. Mais alors, ce n'est plus une responsabilité, parce que ce n'est plus une obligation.

D'autre part, la responsabilité, telle qu'on l'a comprise pendant des siècles, ne pouvait être fondée que sur une faute, une *injuria,* c'est-à-dire sur une violation du droit, soit une violation du droit objectif, soit une atteinte au droit subjectif. Or, l'État souverain ne peut pas violer le droit, puisque l'État souverain a une volonté qui ne peut pas être limitée par une règle à elle supérieure. D'autre part, l'État souverain faisant le droit par sa propre volonté, on ne peut pas concevoir qu'il le viole. Le vieux proverbe anglais : « Le roi ne peut mal faire », exprime le caractère de toute volonté souveraine. Par cela même qu'elle est souveraine, une volonté ne peut

pas violer le droit, donc elle ne peut être responsable.

On pourrait dire, il est vrai, que dans la doctrine individualiste, l'individu, en tant qu'homme, possède des droits naturels, inaliénables et imprescriptibles, antérieurs et supérieurs à l'État, droits auxquels celui-ci ne peut toucher, ou du moins qu'il ne peut limiter que dans une certaine mesure ; que, par conséquent, si l'État dépassant cette mesure porte atteinte à ces droits, il viole le droit, il commet une *injuria* et engage sa responsabilité. Le raisonnement ne serait pas soutenable ; il se heurterait, en effet, au dilemme insoluble auquel, quoi qu'on fasse, viennent se briser toutes les doctrines individualistes. Ou bien, en effet, l'État est limité dans le pouvoir qui lui appartient d'apporter certaines restrictions au droit naturel de l'individu, et alors il cesse d'être souverain ; ou bien il peut apporter à ces droits telle restriction qu'il apprécie souverainement, et alors, si la souveraineté reste entière, la liberté de l'individu disparaît, la doctrine individualiste croule et la responsabilité de l'État envers l'individu devient inconcevable. C'est pourquoi j'ai déjà dit qu'il n'y avait pas de milieu, que la conception individualiste aboutissait forcément à l'absolutisme ou à l'anarchie. En la considérant spécialement au point de vue de la responsabilité, on est logiquement obligé de dire : ou bien l'État est toujours responsable lorsqu'il apporte aux droits de l'individu une limitation quelconque, et alors il cesse d'être souverain ; ou bien il n'est pas responsable, alors l'individu reste désarmé devant un État tout-puissant et la notion de responsabilité étatique ne peut s'appliquer ni même se former.

Tout cela est tellement vrai que si l'on parcourt les constitutions et les lois françaises de l'époque révolutionnaire, si fortement imprégnées du concept de souveraineté et de la doctrine individualiste, on ne trouve

pas un seul texte qui consacre la responsabilité de l'État. Il n'est pas une de nos constitutions de l'époque révolutionnaire qui n'affirme en des formules diverses, mais toujours énergiques, la responsabilité des agents publics. C'est, par exemple, l'article 15 de la Déclaration des droits de 1789 : « La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration » ; l'article 24 de la Déclaration des droits de 1793 : « Elle (la garantie sociale) ne peut exister si les limites des fonctions publiques ne sont pas clairement déterminées par la loi et si la responsabilité de tous les fonctionnaires n'est pas assurée. » Au contraire, nulle part on ne trouve un texte qui, expressément ou implicitement, consacre la responsabilité de l'État.

Je me trompe, il en est un, et c'est lui qui va ouvrir la porte par où s'introduira rapidement tout le système de la responsabilité étatique. Je veux parler de l'article 17 de la Déclaration des droits de 1789, ainsi conçu : « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment et sous la condition d'une juste et préalable indemnité. » Ainsi l'État peut porter une atteinte quelconque à la liberté de l'individu. Il peut outrepasser les limites qui fixent ses pouvoirs, touchant les diverses manifestations de l'activité individuelle dans le domaine intellectuel et moral; quoi qu'il fasse, il n'est point responsable. Quand la liberté de l'individu et la souveraineté sont en conflit, c'est la souveraineté qui l'emporte ; l'individu doit s'incliner et ne peut point obtenir réparation pour les actes arbitraires de l'État. Mais si, au contraire, l'État prive l'individu de tout ou partie de sa propriété, si souveraineté et propriété entrent en conflit, c'est celle-ci qui doit avoir le dessus; elle aussi est une souveraineté, et, si l'on peut dire, plus souve-

raine que la puissance politique. Le *dominium* du droit romain a servi de modèle pour la construction juridique de l'*imperium* royal et, par voie de conséquence, de la souveraineté nationale. Par là même, il est une souveraineté antérieure, supérieure à la souveraineté de l'État, et si celui-ci porte atteinte à la propriété de l'individu, il lui en doit réparation.

Au reste, les hommes de la Révolution sont, sans doute, des individualistes et des démocrates. Mais, comme on l'a dit, ils sont surtout des *propriétaristes*. Ils croient fermement à l'autonomie de la personne humaine, à la liberté de l'individu dans tous les domaines de son activité; ils estiment que l'État ne doit y apporter que les limites nécessaires pour assurer la liberté de tous. Ils croient à la souveraineté nationale, à la puissance souveraine de la volonté générale. Mais ils croient, plus fermement encore, s'il est possible, au droit souverain de propriété, à la nécessité de garantir contre toute atteinte le droit du propriétaire; ils y croient d'autant plus fermement et d'une foi d'autant plus agissante que, pour la plupart, ils sont propriétaires. Aussi affirment-ils solennellement que, parmi les droits de l'individu, il y en a au moins un, le droit de propriété, contre lequel la souveraineté de l'État viendra se briser; et ils décident que si la nécessité publique l'exige impérieusement, le propriétaire sera dépossédé de sa chose, mais « sous la condition d'une juste et préalable indemnité ».

Telle fut, je l'ai déjà dit, la porte ouverte par laquelle allait s'introduire dans le droit moderne tout le système de la responsabilité publique. Il est facile de le comprendre. En effet, si l'on décide que, lorsqu'un propriétaire est dépossédé directement par la procédure régulière de l'expropriation, il a droit à une juste indemnité de la part de l'État, on est nécessairement et rapi-

dement amené à dire que cette indemnité est due lorsque la dépossession résulte non plus de la procédure d'expropriation, mais d'une opération administrative, d'ailleurs régulière, comme une délimitation domaniale, comme l'exécution de travaux publics. Si, de fait, une parcelle de propriété individuelle se trouve ainsi incorporée dans le domaine de l'État, une indemnité devra être payée au propriétaire, exactement comme s'il y avait eu expropriation directe. De l'indemnité pour expropriation directe, on est passé nécessairement et naturellement à l'indemnité pour expropriation indirecte.

Une autre extension devait aussi logiquement et rapidement se produire. Si l'État est responsable envers le propriétaire au cas de dépossession par voie d'expropriation directe ou indirecte, ne doit-il pas l'être aussi lorsque, par suite d'opérations administratives parfaitement régulières, par suite de travaux publics, un dommage permanent est occasionné à une propriété individuelle? Il fallait évidemment, en bonne logique, répondre affirmativement. Sans doute, il n'y a pas alors de dépossession proprement dite. Mais si la propriété est ce droit intangible, absolu, qui fait échec à la souveraineté de l'État elle-même, il faut la protéger, non seulement lorsqu'elle est enlevée à son titulaire, mais encore lorsqu'elle subit un amoindrissement dans sa valeur. Aussi l'évolution s'accomplit-elle rapidement; et peu de temps après la Révolution s'établit la belle jurisprudence, qui reconnaît la responsabilité de l'État pour les dommages occasionnés aux propriétés privées par des opérations de travaux publics. Sa formation fut d'ailleurs facilitée par la disposition de la loi du 28 pluviôse an VIII (art. 4), qui donnait compétence aux conseils de préfecture pour statuer sur les indemnités dues pour fouilles et extractions de matériaux en

vue de travaux publics et sur les réclamations des particuliers se plaignant de torts et dommages occasionnés par des travaux publics. Il est vrai que la loi de l'an VIII parlait de « torts et dommages provenant du fait personnel de l'entrepreneur et non du fait de l'administration », ce qui semblait exclure la responsabilité de l'administration. Telle était bien probablement la pensée du législateur ; mais la restriction passa pour ainsi dire inaperçue, et bientôt la jurisprudence administrative reconnut et sanctionna, en matière de travaux publics, la responsabilité de l'administration, comme celle de l'entrepreneur.

Dans cette évolution, de laquelle allait sortir le système actuel de responsabilité étatique, une nouvelle étape était naturellement et aisément franchie. Si l'on admet que lorsque la propriété individuelle est en jeu la souveraineté de l'État doit céder, on peut soutenir avec force qu'il doit en être de même lorsque l'individu est lésé dans sa personne, et, d'une manière générale, dans ses droits autres que sa propriété. Si la souveraineté de la puissance publique cesse d'être intangible quand il s'agit de la propriété, il n'y a pas de raison pour qu'elle ne le cesse pas aussi lorsqu'il s'agit d'autres droits individuels, et forcément on devait aller jusque-là. Il est vrai que ce ne fut pas sans résistance. La persistance de la notion de souveraineté formait un obstacle sérieux qui devait retarder l'évolution, mais qui était impuissant à l'arrêter.

En même temps que s'accomplissait ce mouvement, se produisait aussi, dans les idées juridiques, une autre transformation qui devait se combiner avec la première et contribuer largement à l'institution du système actuel de responsabilité publique. C'est celle que je signalais plus haut, en disant qu'à côté de la notion de responsabilité pour faute ou responsabilité subjective s'éta-

blissait celle d'une responsabilité pour risque ou responsabilité objective. Il ne faut pas dire, comme on le fait quelquefois, que la responsabilité pour faute disparaît pour faire place à la responsabilité objective. Ce n'est pas vrai ; l'une ne remplace pas l'autre ; mais l'une est venue se juxtaposer à l'autre. Elles subsistent l'une et l'autre, mais elles ont des domaines distincts.

Dans les rapports de deux individus, il ne peut être question que de responsabilité pour faute ou subjective. Ils sont placés dans des situations égales ; leur libre activité doit pouvoir s'exercer dans les mêmes limites ; tant que ni l'un ni l'autre ne violent le droit objectif, aucune obligation de réparation ne s'impose à aucun des deux. Pour qu'une réparation soit due par l'un d'eux, il faut qu'il y ait de sa part une faute, c'est-à-dire une violation de la règle de droit ; seule cette faute peut faire disparaître l'égalité de situation. Dans les rapports de deux individus il n'y a point de place pour la responsabilité objective. Toutes les tentatives que l'on a faites pour l'y introduire ont échoué et devaient échouer parce qu'elle ne répond ni à la réalité, ni à la justice. Qu'on n'objecte pas que plusieurs lois françaises et étrangères, particulièrement la loi française de 1898 sur les accidents ouvriers, ont fait application de la notion de responsabilité pour risque ou objective dans les rapports de deux individus en l'appliquant aux relations de l'employeur et de l'employé, du patron et de l'ouvrier. L'idée qui sert de fondement à toute cette législation du travail, c'est que l'ouvrier se trouve en présence, non pas, à vrai dire, de celui qui l'emploie, mais de toute une classe sociale, la classe capitaliste, qu'il travaille dans l'intérêt de celle-ci et que, par conséquent, c'est cette collectivité sociale qui doit l'assurer contre le risque du travail. Les lois ouvrières ne règlent pas les relations de deux individus, mais celles

d'un individu et d'une collectivité, et rationnellement elle fonde la responsabilité de celles-ci sur l'idée de risque. Il serait aisé, d'ailleurs, de montrer que pareille conception n'est pas juste, que l'ouvrier travaille non pas dans l'intérêt exclusif de la classe capitaliste, mais dans l'intérêt de tous et de lui-même en particulier, qu'il n'est pas seul producteur; que le patron, l'entrepreneur produisent aussi bien que lui et que ce qu'il fallait régler ce n'était pas, à vrai dire, les rapports d'un individu avec une classe, mais ceux de deux collectivités sociales, non pas opposées et rivales, mais associées et solidaires. C'est cette erreur du législateur qui explique les difficultés que l'application des lois sur les accidents ouvriers a partout rencontrées. Aussi bien n'y a-t-il pas lieu d'insister sur ce point. Il me suffit de marquer que le risque ouvrier est considéré comme devant être supporté par le capital et que la responsabilité de l'employeur n'est pas celle d'un individu envers un autre, mais celle d'un élément social collectif envers un individu; il est donc logique qu'on ait voulu la fonder sur l'idée de risque.

Toutes les fois, en effet, que l'individu se trouve placé en présence d'une grande collectivité, le système de la responsabilité subjective pour faute ne peut jouer. D'abord, on ne peut parler de la faute d'une collectivité. La personnalité des collectivités est une fiction. On peut soutenir qu'elle est un procédé de technique juridique commode; j'ai montré au tome I, pages 346 et suivantes, qu'elle n'est même pas cela. En tout cas, on ne peut dire qu'une collectivité commet une faute. Sans doute, on parle souvent des crimes d'une nation ou d'une collectivité quelconque, mais c'est une simple formule littéraire qui ne peut servir à fonder un système juridique. Seul l'individu humain possède une volonté consciente; seul il peut violer le droit, seul il peut

commettre une faute, délit civil ou infraction pénale. Parler des crimes, des fautes d'une collectivité, c'est pure métaphore, et cela ne doit pas trouver place dans une construction positive du droit. Si je voulais exprimer cette idée en une formule civilistique, je dirais que le principe de l'article 1382 du code civil, « tout fait quelconque de l'homme qui cause un dommage à autrui oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer », ne peut point s'appliquer aux collectivités.

Il ne peut point s'appliquer à la grande collectivité qu'est l'État. On a essayé de le faire ; mais on n'a pu aboutir qu'à des théories mal venues et qu'on a dû abandonner. On ne peut édifier la responsabilité de l'État que sur l'idée d'une assurance sociale, supportée par la caisse collective, au profit de ceux qui subissent un préjudice provenant du fonctionnement des services publics, lequel a lieu en faveur de tous. Cette conception se rattache elle-même à une idée qui a profondément pénétré la conscience juridique des peuples modernes, celle de l'égalité de tous devant les charges publiques. L'activité de l'État s'exerce dans l'intérêt de la collectivité tout entière ; les charges qu'il entraîne ne doivent pas peser plus lourdement sur les uns que sur les autres. Si donc il résulte de l'intervention étatique un préjudice spécial pour quelques-uns, la collectivité doit le réparer, qu'il y ait une faute des agents publics, soit même qu'il n'y en ait pas. L'État est, en quelque sorte, assureur de ce qu'on appelle souvent le risque social, c'est-à-dire le risque provenant de l'activité sociale, se traduisant dans l'intervention de l'État. La responsabilité de celui-ci est toujours fondée sur cette idée, même quand il y a une faute de ses agents. Si l'État est alors responsable, ce n'est point parce qu'il aurait commis lui-même une faute par l'or-

gane de ses agents ; c'est encore et uniquement parce qu'il assure les administrés contre tout le risque social, contre tout dommage provenant de son intervention, soit qu'elle ait été régulière et irréprochable, soit, *a fortiori*, quand elle est accompagnée d'une faute ou d'une négligence des agents publics. L'administré est ainsi assuré contre le préjudice provenant de l'action étatique en général et spécialement contre celui qui provient d'une faute fonctionnelle.

L'idée de risque social assuré par l'État a si bien pénétré la conscience juridique moderne, que l'expression s'en trouve dans la loi elle-même. J'ai en vue la loi du 16 avril 1914 modifiant les articles 106 à 109 de la loi municipale du 5 avril 1884 aux termes desquels « les communes sont civilement responsables des dégâts et dommages résultant de crimes et délits commis à force ouverte ou par violence sur leur territoire par des attroupements ou rassemblements armés ou non armés, soit sur les personnes, soit envers les propriétés publiques ou privées ». La loi de 1914 décide que les communes ne supporteront plus désormais la totalité de ces dommages et que l'État y contribuera pour moitié. Elle spécifie que cette contribution est due « en vertu du risque social ». Expression que pour la première fois on rencontre dans une loi positive et qui montre bien que l'idée d'une obligation s'imposant à l'État d'assurer les individus contre le risque administratif a profondément pénétré les esprits.

L'idée apparaît encore, plus nette si c'est possible, dans un domaine autrement étendu que celui des réparations dues par les communes au cas de troubles ou d'émeutes. Je veux parler des dommages causés aux personnes ou aux propriétés par une guerre étrangère. Je montrerai au paragraphe 87 que, jusqu'au début de la guerre de 1914, on ne reconnaissait point à l'État

l'obligation de réparer les dommages de guerre. Sans doute, à plusieurs reprises, le législateur avait alloué des indemnités aux sinistrés, mais on voyait là une libéralité et non l'exécution d'une obligation. Quand, au mois d'août 1914, les hordes allemandes, sans provocation et sans raison, se ruèrent sur la Belgique et la France et dévastèrent les départements les plus riches de notre pays, la conscience française tout entière eut un sursaut de révolte; la grande loi de la solidarité nationale, impliquant l'égalité de tous les citoyens devant les avantages qu'assure l'organisation politique et aussi devant les pertes et dommages de toute sorte qu'entraîne la défense nationale, apparut à tous dans une lumière éclatante et trouva son expression aussi nette que spontanée dans une loi votée d'acclamation par les chambres françaises, l'article 12 de la loi de finances du 26 décembre 1914 : « Une loi spéciale déterminera les conditions dans lesquelles s'exercera le droit à la réparation des dommages matériels résultant des faits de guerre. »

Il n'y a donc point de doute possible aujourd'hui. La responsabilité de l'État, dans tous les domaines de son activité, fait partie de l'ordonnancement juridique. Elle repose sur cette idée fondamentale qu'une solidarité étroite unit tous les membres de la collectivité nationale; que les charges sociales et les dommages résultant de l'activité collective, des nécessités de la défense commune, doivent, autant que possible, peser également sur tous; que, par conséquent, s'il résulte de l'intervention de l'État, même en dehors de toute faute, un préjudice spécial pour quelques-uns, réparation en est due qui doit être supportée par le patrimoine commun, c'est-à-dire par l'État. Mais si le principe est incontestable, son application ne laisse pas de soulever d'assez nombreuses difficultés. D'autre part, suivant les

différents modes de l'activité étatique, il a, pour le moment du moins, reçu une extension différente. Cela, d'ailleurs, s'explique aisément; voici comment.

Même les auteurs qui admettent encore la personnalité une et indivisible de l'État sont bien obligés de reconnaître que son action apparaît avec un caractère différent, suivant qu'elle résulte de l'intervention de l'organe législatif, ou des agents administratifs, ou des agents judiciaires. Ceux qui pensent comme moi que la personnalité de l'État est une fiction qui doit être éliminée de toute doctrine positive du droit ne peuvent évidemment méconnaître que l'intervention étatique présente des caractères différents en fait, suivant que ce sont les organes législatifs ou les agents administratifs ou judiciaires qui interviennent. Quelle que soit donc la conception qu'on se forme de l'État, il apparaît évident qu'en fait son intervention se présente avec des aspects différents, suivant qu'elle est mise en jeu par l'organe législatif, par les agents administratifs ou les agents judiciaires. Dès lors, il n'est pas étonnant que la question de responsabilité ait apparu différente, suivant qu'elle se posait à la suite d'un acte fait par l'organe législatif, par des agents administratifs ou judiciaires, que la solution ait été différente dans l'un et l'autre cas et que l'évolution du droit soit moins avancée pour la responsabilité de l'État législateur que pour celle de l'État administrateur et juge.

Si l'idée d'une responsabilité purement objective de l'État est aujourd'hui dominante, il est certain toutefois que pendant longtemps on a essayé d'édifier le système de la responsabilité étatique sur le modèle de la responsabilité privée. Or, celle-ci est et doit être uniquement fondée sur la faute, c'est-à-dire sur la violation du droit. On a donc tout d'abord admis la responsabilité de l'État, seulement lorsqu'il y avait faute, non point,

à vrai dire de l'État, mais de ses agents. L'existence d'une pareille faute apparaissait évidemment possible lorsqu'il s'agissait d'agents administratifs ou judiciaires. D'après le principe de légalité, ils ne peuvent agir que dans le domaine déterminé par la loi formelle, et toutes les fois qu'ils en outrepassent les limites, ils sont en faute. On pouvait alors, avec une apparence de logique, parler d'une faute de l'État. Ce n'était pas exact, puisque, je l'ai déjà dit, l'État ne peut commettre une faute parce qu'il n'est pas une personne. Mais c'était une formule commode, qui plaisait à l'esprit et qui cadrait très bien avec les principes généraux du droit civil. A la faveur de cette formule, la responsabilité de l'État pour les actes des agents administratifs et judiciaires devait s'introduire aisément. Pour que pût se réaliser le développement très étendu qu'elle devait recevoir, il suffisait de comprendre qu'il n'y avait point, à vrai dire, de faute de l'État, que celui-ci assurait les administrés contre le risque provenant du fonctionnement, même normal et régulier du service public. La transformation et le progrès devaient s'accomplir rapidement et facilement, tout au moins en ce qui concerne les services gérés exclusivement par des agents de l'ordre administratif. On verra plus loin que la transformation et le progrès ne se sont pas accomplis aussi facilement pour les services de l'ordre judiciaire. Mais c'est surtout en ce qui concerne l'intervention de l'État législateur que l'institution de la responsabilité objective devait rencontrer de sérieuses difficultés, et on aperçoit aisément pourquoi.

Qu'on admette ou non, sans réserve, la conception purement réaliste de l'État, on est bien obligé de reconnaître, d'une part, que la notion de souveraineté pure a vu son domaine d'application considérablement diminuer, et que, d'autre part, si elle se maintient encore,

c'est surtout lorsque l'État intervient comme législateur par un organe de représentation nationale. De bons esprits, qui écartent la notion de souveraineté quand l'État administre ou juge, la maintiennent quand il légifère. Cette persistance de la notion de souveraineté, tout au moins en ce qui concerne l'État législateur, devait être un obstacle très fort à la reconnaissance et au développement de la responsabilité étatique à l'occasion des lois formelles. Tant qu'on n'a fondé la responsabilité de l'État que sur l'idée de faute, pour admettre sa responsabilité à l'occasion de la loi, il fallait reconnaître l'existence d'un droit supérieur non écrit s'imposant au législateur. Mais on se trouvait alors en face du dilemme que je montrais précédemment : ou l'on affirmait la limitation de l'État législateur par une règle supérieure à lui, et l'on niait sa souveraineté ; ou l'on maintenait intacte la souveraineté de l'État, et alors on écartait toute limitation du pouvoir législatif, et, par conséquent, toute responsabilité de l'État à l'occasion de la loi. Il fallait donc, pour arriver à reconnaître la responsabilité de l'État législateur, tout à la fois éliminer la notion de souveraineté, ou tout au moins l'amoindrir jusqu'à la réduire à peu près à rien, et admettre pleinement l'idée d'une responsabilité purement objective, fondée sur la solidarité nationale et le principe de l'égalité devant les charges publiques. L'évolution devait nécessairement s'accomplir ; mais ce ne devait pas être sans difficulté, et l'achèvement n'en est pas encore complet, comme je le montrerai au paragraphe 86.

Ce qui prouve bien que la responsabilité de l'État et de l'administration en général est une responsabilité objective, fondée sur l'assurance d'un risque et non sur la faute de la personne collective, c'est qu'il arrive parfois que le patrimoine qui doit supporter la réparation n'est pas celui auquel correspond la per-

sonnalité administrative qui aurait commis la faute de service public.

C'est ainsi que le conseil d'État décide d'une manière constante que ce sont les communes, et non le département, qui sont responsables des dommages causés aux personnes par les travaux exécutés sur des chemins vicinaux de grande communication ou d'intérêt commun, parce que bien que le service vicinal soit un service départemental, il est établi dans un but d'intérêt communal (cons. d'État, 7 août 1909, *Préfet de la Creuse, Recueil,* p. 836, et S., 1910, III, p. 81 et la note embarrassée d'Hauriou; 28 janvier 1914, *Préfet des Ardennes, Recueil,* p. 97).

Dans le même ordre d'idées, c'est le bureau de bienfaisance qui est déclaré responsable envers un médecin qui a été remplacé irrégulièrement par le préfet, dont l'arrêté a été ultérieurement rapporté (cons. d'État, 7 novembre 1919, *Rey, Recueil,* p. 792).

§ 82. — *La responsabilité de l'État administrateur. Travaux publics.*

Je devrais dire plus exactement : responsabilité de l'État à raison des actes émanés des agents de l'administration active. J'adopte la rubrique qui précède parce qu'elle est commode et déjà passée dans l'usage. Mais il est bien entendu que j'envisagerai dans ce paragraphe toutes les questions de responsabilité qui se posent à l'occasion de tous les actes de l'administration active, quel que soit leur caractère matériel, actes réglementaires, actes-conditions, actes subjectifs, simples opérations matérielles, abstraction faite naturellement des actes juridictionnels.

J'ai montré au paragraphe précédent que la responsabilité de l'État administrateur avait été d'abord reconnue au cas d'atteinte à la propriété privée, soit qu'il y eût une faute, une illégalité, soit même qu'il n'y en eût point et que le service public eût normalement et régulièrement fonctionné. Il n'y a pas lieu de revenir sur ce qui a été dit au paragraphe 77 concernant l'ex-

propriation pour cause d'utilité publique et les réquisitions. La responsabilité de l'État est depuis longtemps reconnue au cas d'incorporation de fait dans le domaine public d'une parcelle dépendant d'une propriété privée, c'est-à-dire au cas d'expropriation indirecte. Ces cas d'expropriation indirecte sont nombreux et il n'y a pas lieu de les étudier en détail. Je me borne à rappeler ceux d'incorporation par l'exécution de travaux publics, par la délimitation erronée du domaine public (rivages de la mer, cours d'eau navigables ou flottables). A cet égard, la jurisprudence a édifié sous le nom de théorie des recours parallèles un système juridique savant et compliqué, qui donne toute garantie au propriétaire dépossédé et qui a été expliqué au tome II, page 385.

Bien que ce ne soit pas alors l'administration de l'État qui intervienne, mais celle du département, je cite encore comme exemple d'expropriation indirecte, celui de l'incorporation dans la voie publique des parcelles riveraines par la décision portant fixation de la largeur d'un chemin vicinal et prise soit par le conseil général, soit par la commission départementale, suivant la catégorie des chemins, conformément aux articles 46 et 86 de la loi départementale du 10 août 1871. L'indemnité est alors réglée à l'amiable, ou, à défaut d'accord, fixée par le juge de paix sur un rapport d'experts (L. 21 mai 1836, art. 15). On doit signaler aussi la disposition de la loi du 29 décembre 1892 qui, développant un principe inscrit dans la loi du 28 pluviôse an VIII, art. 4, autorise, sous certaines conditions minutieusement déterminées, l'administration ou ses entrepreneurs à procéder, pour l'exécution de travaux publics, à des fouilles et extractions de matériaux, dans des propriétés privées. Elle réserve expressément l'indemnité ; mais, par dérogation au vrai principe de la séparation de l'autorité judiciaire et de l'autorité administrative, elle donne compétence pour statuer au conseil de préfecture et en appel au conseil d'État (L. 29 décembre 1892, art. 10). Il est vrai que le législateur a été dominé par cette idée qu'il ne s'agissait pas ici vraiment d'une indemnité due pour dépossession, mais pour dommages occasionnés à la propriété par l'exécution de travaux publics, question qui, d'après le principe général formulé par l'article 4 de la loi précitée du

28 pluviôse de l'an VIII, appartient à la compétence du conseil de préfecture. Il faut faire la même observation pour la disposition de la loi du 28 juillet 1885, qui permet à l'administration, pour l'établissement de fils télégraphiques ou téléphoniques, d'établir des conduits et supports sur les murs et façades, terrasses et toits des bâtiments privés, à la condition qu'on y puisse accéder de l'extérieur, et aussi sur le sol des propriétés non bâties qui ne sont pas clôturées (art. 3). Le législateur spécifie (art. 4, § 1), que dans aucun de ces cas l'établissement des conduits et supports ne doit être considéré comme entraînant dépossession. Il réserve expressément l'indemnité pour tout préjudice résultant d'un pareil établissement (art. 10, § 1); et il donne encore compétence pour statuer au conseil de préfecture, toujours par application de cette idée qu'il n'y a pas dépossession, mais seulement dommages provenant de travaux publics. Rapp. L. 15 juin 1906, *sur les distributions d'énergie,* art. 18; elle donne compétence pour fixer l'indemnité aux tribunaux judiciaires, juges de paix en premier ressort.

Ces diverses lois ont à la fois confirmé et hâté la jurisprudence d'après laquelle une indemnité est due pour tout dommage quel qu'il soit occasionné aux propriétés privées par l'exécution régulière et sans faute de travaux publics, et favorisé le développement de cette jurisprudence qui est ainsi venue donner une application à la fois très large et très précise à l'idée que je m'attache à mettre en relief, l'idée d'après laquelle l'indemnité est due par l'État, non pas parce qu'il y a une faute, une atteinte au droit, mais parce que la caisse collective doit assurer l'administré contre le risque social provenant du fonctionnement d'un service public, même régulier et normal. C'est l'aboutissement de l'évolution générale qui, partant de l'obligation pour l'État de réparer le préjudice résultant de la dépossession ou d'une atteinte à la propriété, est arrivée à cette obligation de réparer par cela seul qu'il y a un préjudice causé, même sans qu'il y ait à vrai dire une atteinte à la propriété.

On comprendra nettement toute la portée de cette

évolution si l'on considère la différence de situation qui, au cas d'exécution de travaux dans le voisinage d'une propriété privée, est faite au simple particulier et à l'administration. Le propriétaire d'un fonds non bâti y édifie, par exemple, une maison de rapport ou une usine; il est certain que l'exécution d'un pareil travail a pour conséquence de diminuer, peut-être dans une large mesure, la valeur vénale des maisons voisines qui, de ce fait, se trouveront privées d'air et de lumière, et d'occasionner ainsi à leurs propriétaires un dommage permanent. Et cependant, il est incontestable qu'aucune indemnité ne leur est due par le constructeur, leur voisin. Je suppose, bien entendu, que celui-ci n'a pas été déterminé par l'intention de nuire, mais seulement par l'intention de faire valoir son terrain suivant sa destination. Il n'a porté aucune atteinte au droit de propriété de son voisin; il ne peut donc être tenu d'aucune responsabilité envers lui. Si la responsabilité de l'État était restée fondée exclusivement sur l'idée de faute, il aurait fallu donner exactement la même solution au cas d'un travail public, et dire que si l'administration a exécuté un travail sur un terrain domanial, conformément à sa destination, sans qu'il y ait aucune faute, aucune négligence dans l'exécution, elle ne devrait aucune indemnité au propriétaire voisin, quel que soit le préjudice résultant pour lui de cette opération.

Or, pareille solution est depuis longtemps abandonnée. Même si l'exécution des travaux publics est irréprochable à tous les points de vue, l'administration est responsable envers tous les propriétaires qui subissent de ce fait un dommage. Cela est bien la preuve que l'idée de responsabilité subjective, de responsabilité pour faute, est ici totalement abandonnée. Si l'administration est responsable, ce n'est point parce qu'il y a une atteinte illégale à la propriété d'autrui; il n'y en a

point; et la preuve, c'est que si le travail avait été exécuté par un particulier, celui-ci ne serait point responsable. Cette responsabilité administrative, au cas où l'activité publique s'exerce normalement et légalement, ne peut s'expliquer que par l'idée de responsabilité objective fondée sur le principe de l'égalité devant les charges publiques et l'obligation pour la caisse collective de rétablir l'équilibre quand il est rompu au détriment de quelques-uns. Elle est, je le répète, une caisse d'assurances contre le risque social.

J'ai déjà fait observer au paragraphe 77 que la contrepartie de cette règle, c'est l'obligation pour l'administré qui spécialement, par suite de l'exécution de travaux publics à proximité de son héritage, réalise un enrichissement exceptionnel, de payer à l'État une bonification correspondante, et cela sous peine de se voir lui-même exproprié, solution expressément consacrée en droit positif français par la loi du 6 novembre 1918, articles 2 *bis* et 23.

S'inspirant donc, consciemment ou inconsciemment, de l'idée de risque social, la jurisprudence reconnaît et sanctionne, dans de larges conditions, la responsabilité de l'État à l'occasion des dommages occasionnés aux propriétés par l'exécution de travaux publics. Il ne peut être question d'analyser ici en détail les décisions jurisprudentielles; je me bornerai à marquer les points essentiels du système.

De l'analyse de la jurisprudence il résulte d'abord que pour que l'État soit responsable des dommages résultant d'une opération de travaux publics, il faut que trois conditions soient réunies : 1° il faut qu'il y ait une dépréciation d'une propriété privée; 2° il faut que cette dépréciation soit actuelle et permanente; 3° il faut qu'il y ait un rapport de cause à effet entre l'exécution des travaux et cette dépréciation. Il est facile d'apercevoir,

à première vue, la raison de chacune de ces conditions. Voici maintenant quelques-unes des conséquences qui découlent de ces propositions.

Si des travaux publics exécutés il résulte, non pas véritablement une dépréciation de la chose, mais simplement une gêne, une incommodité, sans que la propriété ait diminué de valeur, aucune indemnité n'est due. Il en est de même si la dépréciation est tout à fait momentanée; par exemple, si elle résulte de l'établissement d'échafaudages qui seront enlevés après l'achèvement des travaux ou bien du barrage momentané d'une voie publique. Cependant, si l'exécution des travaux occasionne un dommage actuel et certain, pour une durée appréciable, indemnité est due, bien que ce dommage doive cesser lorsque les travaux seront achevés. Mais l'indemnité doit correspondre à la durée pendant laquelle s'est produit le dommage et ne pas aller au delà.

En ce sens, un arrêt du conseil d'État du 9 avril 1919, décidant que c'était à la période de temps pendant laquelle avait été ouvert le chantier du métropolitain devant le magasin d'un commerçant qu'il fallait fixer celle pendant laquelle les inconvénients résultant du fonctionnement dudit chantier avaient un caractère de gravité de nature à donner droit à l'indemnité (*Morcau, Recueil,* 1919, p. 363).

Le dommage doit être actuel et certain. S'il est futur et éventuel, il ne suffit pas pour ouvrir droit à l'indemnité. La jurisprudence est très ferme sur ce point. On a vu au paragraphe 77 que la loi sur l'expropriation du 6 novembre 1918 (art. 48) spécifie que « l'indemnité d'expropriation ne doit comprendre que le dommage actuel et certain causé par le fait même de l'éviction ». Il doit en être de même de l'indemnité pour dommage causé à la propriété par l'exécution de travaux publics. Cette solution est en harmonie parfaite avec le fondement sur lequel repose la responsabilité de l'État.

Celui-ci, je l'ai montré, est assureur du risque social provenant de l'opération administrative de travaux publics; une assurance ne peut réparer qu'un dommage qui s'est produit et non un dommage pouvant ou non se produire dans un avenir plus ou moins lointain. L'assurance jouera seulement quand ce nouveau dommage se sera produit, mais pas avant. Le propriétaire qui est assuré contre l'incendie ne peut pas demander réparation d'un préjudice éventuel résultant d'un incendie possible ou pouvant résulter éventuellement d'un incendie qui s'est déjà produit. Pas davantage, le propriétaire ne peut demander réparation d'un préjudice susceptible de se produire dans l'avenir comme conséquence des travaux effectués.

De nombreuses décisions du conseil d'État ont consacré cette solution. Cf. notamment, 10 février 1905, *Compagnie du Midi, Recueil*, 1905, p. 155, et surtout arrêt 25 juin 1913, *Ville de Paris*, dans lequel on lit : « Considérant que de l'exposé même des prétentions du requérant, il résulte que les dommages dont il demande la réparation sont purement éventuels..., la requête est rejetée. » Il s'agissait de la construction d'un égout par la ville de Paris; la solution eût été exactement la même si le travail eût été exécuté par l'État (*Recueil*, 1913, 756).

Il est évident enfin que la responsabilité de l'administration ne peut être engagée que si le requérant fait la preuve qu'il existe un rapport direct de cause à effet entre le dommage et l'exécution des travaux publics. Naturellement, il y a là une question de fait, et le conseil d'État se montre très large dans l'appréciation.

On pourrait citer un très grand nombre d'arrêts statuant sur ce point. Je me borne à en indiquer quelques-uns parmi les plus caractéristiques; le premier assez ancien, mais intéressant, parce qu'il montre à la fois quelle large appréciation la jurisprudence fait du dommage causé et aussi du rapport de causalité entre le dommage et l'exécution de l'ouvrage. Le conseil d'État, par un arrêt du 31 janvier 1890, reconnaît le droit à indemnité au profit du propriétaire d'un moulin à vent qui a cessé de fonctionner du fait que le vent se trouvait coupé par un remblai nouvellement

construit (*Bompoint et Nicot, Recueil,* 1890, p. 112). Dans toutes les espèces, le conseil d'État s'attache très justement à rechercher s'il est bien établi qu'il y a un rapport de causalité entre le préjudice et l'exécution du travail. Par exemple, par un arrêt du 12 février 1919, la haute juridiction refuse l'indemnité pour les dégâts causés par la crue d'une rivière, parce qu'il n'est pas établi que l'aggravation du dommage provienne de l'établissement d'un barrage par l'administration (*Devise, Recueil,* 1919, p. 140). Rapp. cons. d'État, 23 juillet 1919, *Recueil,* p. 168.

Si l'administration est responsable du dommage causé par une opération régulière de travaux publics, elle l'est évidemment, *a fortiori,* du dommage provenant d'une faute commise dans cette exécution ou du défaut d'entretien d'un ouvrage public. On se trouve alors en présence de ce que, suivant la terminologie reçue, on appelle la faute du service public, sur laquelle je vais m'expliquer aux paragraphes suivants avec quelques développements.

De nombreux arrêts ont consacré la responsabilité de l'État au cas de mauvais entretien d'un ouvrage public. Par exemple, arrêt du 2 avril 1919, aux termes duquel l'entretien de la digue de Gennevilliers incombant à l'État, celui-ci est déclaré responsable des dommages qui peuvent avoir été causés à un bien par le défaut d'entretien de cet ouvrage (*Recueil,* 1919, p. 341).

Il appartient évidemment à la juridiction compétente d'apprécier l'étendue de la dépréciation et de condamner l'administration à payer la somme correspondante. Mais elle peut, elle doit même faire entrer en compensation la plus-value que, d'autre part, l'immeuble peut avoir retirée de l'exécution du travail. Toutefois, pour cela, il faut que cette plus-value soit spéciale, et qu'elle aussi, comme le dommage lui-même, résulte directement du travail. C'est évidemment un point de fait à apprécier ; mais la proposition est certaine et cadre très bien avec l'ensemble du système.

Le conseil d'État a décidé notamment qu'une commune, qui est déclarée responsable des dommages causés à un immeuble par suite d'infiltrations provenant d'un égout, n'est pas fondée à

soutenir que l'indemnité due par elle doit être compensée avec la plus-value, parce que celle-ci, si elle existe, ne résulte pas de la construction de l'égout (*Ville de Grenoble*, 9 avril 1913, *Recueil*, 1913, p. 382).

Si l'on admet que l'État est responsable des dommages causés aux choses par l'exécution même régulière de travaux publics, on doit décider évidemment qu'il est aussi responsable des dommages causés aux personnes. De nombreux arrêts ont reconnu cette responsabilité. Il faut dire d'ailleurs que les dommages causés aux personnes résultent le plus habituellement d'une négligence ou d'une opération maladroite, d'une faute dans l'exécution des travaux ou d'une négligence dans l'entretien de l'ouvrage, en un mot, d'une faute de service public.

Ainsi le conseil d'État a condamné l'État à l'occasion d'un accident mortel advenu par suite du mauvais état de la chaussée résultant de l'installation de lignes téléphoniques (12 février 1919, *Recueil*, p. 138), et encore au cas d'accident résultant du non éclairage d'un tas de pierres sur une route en réfection (23 juillet 1919, *Recueil*, p. 669).

Pendant quelque temps, on hésitait à admettre la compétence des tribunaux administratifs pour statuer sur la responsabilité, à raison d'accident survenu aux personnes du fait de travaux publics. Aujourd'hui, cette compétence est unanimement admise. Lire dans Laferrière, *Juridiction et contentieux*, II, p. 165, l'histoire de cette évolution jurisprudentielle.

Sur la responsabilité de l'administration, en matière de travaux publics, on a beaucoup écrit; cf. notamment, *Répertoire de droit administratif*, v° *Travaux publics*, par L. Tisserant; G. Piot, *Des dommages causés par la construction des chemins de fer;* Hauriou, *Droit administratif*, 10e édit., 1921, p. 725.

Jusqu'à présent, j'ai montré comment et dans quelle mesure est reconnue la responsabilité de l'administration à raison des dommages causés aux propriétés ou aux personnes par l'exécution des travaux publics. La jurisprudence devait forcément aller plus loin et être amenée à reconnaître la responsabilité de l'administra-

tion quand le dommage est causé, non plus à vrai dire par l'exécution des travaux publics, mais par l'exploitation d'un ouvrage public antérieurement exécuté et achevé. Ici aussi des difficultés de compétence se sont un moment élevées ; mais abstraction faite de la question de compétence, l'idée d'une responsabilité de l'administration pour l'exploitation d'un ouvrage déjà fait s'est introduite dans notre droit assez aisément. C'était, en effet, le développement naturel de la responsabilité pour dommages causés par des travaux publics ; et, d'autre part, elle allait être la transition vers la reconnaissance de la responsabilité générale de l'État à l'occasion du fonctionnement d'un service public quelconque, que je vais étudier en détail au paragraphe suivant. On y verra que la question semble encore pendante de savoir si la responsabilité de l'État est engagée seulement au cas où il existe une faute du service public ou même au cas d'un préjudice provenant du fonctionnement normal du service.

Pour le dommage résultant de l'exploitation d'un ouvrage public, la jurisprudence paraît admettre la responsabilité de l'État par cela seul que cette exploitation cause un dommage, sans que le requérant ait à faire la preuve qu'une faute de service a été commise. C'est logique. En effet, si l'exécution d'un ouvrage public entraîne obligation de réparation par cela seul qu'il occasionne un dommage et sans que l'intéressé ait à prouver que l'opération des travaux publics a été mal exécutée, il doit en être de même quand il s'agit de l'exploitation dudit ouvrage. Ainsi, dans les deux cas, l'évolution du droit est complète, la responsabilité de l'administration est exclusivement une responsabilité pour risque. L'idée d'assurance est seule appliquée. La caisse collective doit réparer le préjudice, quel qu'il soit, provenant de l'exécution ou de l'exploitation d'un

travail public, qu'il y ait cas fortuit ou faute de service. Il restera à rechercher au paragraphe suivant s'il en est de même de la responsabilité de l'État à l'occasion des autres services publics.

La reconnaissance par la jurisprudence de la responsabilité de l'État pour l'exploitation d'un ouvrage public, même en dehors de faute du service, résulte de diverses décisions, notamment du jugement *Fonscolombe* du tribunal des conflits, 11 avril 1908, qui, sans doute, statue seulement sur une question de compétence, mais qui, dans un de ses motifs, affirme le principe de la responsabilité générale de l'administration : « Considérant, est-il dit, que l'autorité judiciaire est incompétente si, aucune faute de service n'ayant été commise, le préjudice dont la réparation est poursuivie résulte seulement du fonctionnement de l'ouvrage public. » Il s'agissait d'un procès fait à la ville de Marseille pour dommage causé par l'ouverture de vannes, et la haute juridiction affirme que réparation est due, alors même qu'aucune faute de service n'a été commise (*Recueil,* 1908, p. 448, S., 1909, III, p. 50, avec une note d'Hauriou).

On trouvera rapportées au même endroit du recueil de Sirey trois autres décisions du tribunal des conflits, *Com. de Félix Faure,* 8 mars 1907 ; *Gillet,* 10 juillet 1907 ; *Joulia,* 23 mai 1908, qui statuent sur des questions de compétence. Dans sa note, Hauriou résume très exactement le système de compétence en matière de responsabilité résultant de l'exploitation d'un ouvrage public : « 1° S'il est allégué qu'un agent a commis une faute personnelle, compétence judiciaire ; 2° s'il est allégué qu'un agent a commis une faute de service, incompétence de l'autorité judiciaire, compétence du conseil d'État ; 3° s'il n'est allégué aucune faute personnelle ni aucune faute de service et que le préjudice résulte du seul fonctionnement d'un ouvrage public, incompétence de l'autorité judiciaire et compétence du conseil de préfecture » (S., 1919, III, p. 50, col. 2).

Il résulte de la décision du tribunal des conflits du 17 janvier 1917 que lorsqu'il s'agit d'apprécier les conséquences non du fait d'exploitation, mais du défaut d'entretien d'un ouvrage public, cette question est de celles dont il appartient au conseil de préfecture de connaître par application de la loi du 28 pluviôse an VIII... (*Compagnie générale des tramways, Recueil,* 1917, p. 48).

§ 83. — *La responsabilité de l'État administrateur* (suite).

De la responsabilité pour exploitation d'un ouvrage public à la responsabilité pour le fonctionnement d'un service public en général, on allait passer assez aisément. Mais cependant on se trouva en présence de deux questions, dont la seconde, il faut bien le reconnaître, n'est pas encore entièrement résolue. Les voici : 1° l'État est-il responsable du préjudice causé par le fonctionnement d'un service public quelconque? 2° l'État est il responsable seulement quand il y a fonctionnement irrégulier du service ou est-il responsable encore même lorsque le service a régulièrement fonctionné; en d'autres termes, suivant l'expression courante, faut-il, pour que l'État soit responsable, qu'il y ait une faute du service public?

Première question. — L'État est-il responsable du préjudice occasionné par le fonctionnement d'un service public quelconque? Quand, il y a un demi-siècle environ, se posa nettement la question de la responsabilité étatique envers les particuliers à raison du fonctionnement des services publics, les esprits étaient encore dominés par la notion de souveraineté et la notion d'irresponsabilité qui semblait en découler logiquement. Dans l'exécution des travaux publics, cette souveraineté n'apparaissait qu'au second plan, et, d'autre part, comme je l'ai montré aux paragraphes précédents, il s'agissait surtout de réparer les dommages causés à la propriété. C'est pourquoi, dans ce domaine, on avait admis assez aisément et assez rapidement la responsabilité de l'État. Mais il n'en était plus de même lorsqu'il s'agissait de reconnaître la responsabilité de l'État pour dommages résultant du fonctionnement d'un service public quelconque.

Lorsque le dommage s'était produit à l'occasion d'un service public dans lequel la puissance publique semblait apparaître au premier plan, on ne croyait pas qu'il fût possible de décider que l'État serait responsable. C'était le beau temps de la distinction entre les services publics de puissance publique ou d'autorité et les services publics de gestion. On fut alors amené à décider à peu près unanimement en doctrine et en jurisprudence que si le dommage avait été causé par le fonctionnement d'un service public de gestion, l'État était responsable, mais qu'il ne l'était point, au contraire, qu'il ne l'était jamais, à moins que la loi ne le dît expressément, si le dommage résultait du fonctionnement d'un service d'autorité. Le critérium le plus commode pour faire la distinction était assurément celui que proposait Berthélemy : le service d'autorité est toute activité que l'on ne saurait concevoir assurée par l'initiative privée et qui ne peut être réalisée que par l'État; le service de gestion, toute activité que l'on conçoit comme pouvant être assurée par les particuliers et qui même, en fait, est laissée pour une partie à l'initiative privée. On s'accordait à dire que les deux types par excellence de service public d'autorité étaient la police et le service de guerre; que, par conséquent, l'État ne pouvait être responsable dans aucun cas à l'occasion des dommages occasionnés par le fonctionnement de l'un ou de l'autre.

On sait ce qu'il faut penser de cette distinction aujourd'hui condamnée par la jurisprudence et repoussée par la presque unanimité des auteurs (cf. t. II, p. 50 et s.). Mais, quoique erronée, elle a fait sentir longtemps son influence dans tous les domaines du droit public et particulièrement en ce qui concerne la responsabilité de l'État. Encore en 1896, dans la seconde édition de son livre célèbre, *Juridiction et contentieux*, Lafer-

rière écrivait : « Lorsqu'il s'agit d'actes de puissance publique, la règle qui domine est celle de l'irresponsabilité pécuniaire de l'État... La règle s'applique aux décisions prises dans l'exercice des pouvoirs de police administrative qu'il s'agisse de règlements généraux ou de mesures individuelles... » (II, p. 186). Encore en 1910, dans la 6e édition de son *Droit administratif*, Berthélemy écrivait : « Les administrations n'ont à répondre des actes d'autorité des fonctionnaires que dans les hypothèses, d'ailleurs nombreuses, où la loi a prévu et organisé cette responsabilité. Cela ne s'applique pas quand les actes dommageables sont des actes de gestion, qu'il s'agisse d'ailleurs de la gestion des services publics ou de l'exploitation du domaine privé des administrations publiques » (p. 73). Mais, dès 1906, Berthélemy est bien obligé d'avouer que la distinction est abandonnée et que la jurisprudence du conseil d'État arrive à reconnaître la responsabilité de l'État à l'occasion de tous les services publics sans distinction. Il écrit maintenant, non sans regret : « Il est donc reconnu aujourd'hui par la cour de cassation aussi bien que par le conseil d'État que la réparation des dommages occasionnés par la gestion des services publics a pour base, non le droit civil, mais l'équité. Dès lors, il n'y a pas de motif juridique pour restreindre aux seuls actes de gestion les réclamations en responsabilité. Le conseil d'État est souverain juge de l'équité de la réparation demandée » (10e édit., 1923, p. 93).

Je ne puis me tenir de m'élever, en passant, contre l'opposition que fait mon savant ami entre le droit civil et l'équité. Il n'y a pas de règle de droit, pas plus de droit civil que de droit public, qui soit contraire à l'équité ; si elle l'était, elle cesserait par là même d'être une règle de droit. Ce qu'aurait dû dire Berthélemy, c'est que la responsabilité de l'État pour dommages

causés par le fonctionnement d'un service public repose sur une autre idée que celle sur laquelle est fondée la responsabilité d'un particulier envers un autre. Je l'ai montré au paragraphe 81 ; mais l'une et l'autre, en dernière analyse, ont pour fondement unique l'équité.

Le dernier arrêt du conseil d'État qui ait refusé de reconnaître la responsabilité de l'État à l'occasion du fonctionnement d'un service public dit d'autorité, en fait du service de police, est l'arrêt *Lepreux* du 13 janvier 1899, sur lequel il convient de s'arrêter, car il marque véritablement la fin d'un régime juridique. Le conseil d'État refusait de reconnaître la responsabilité de l'État envers un sieur *Lepreux* qui avait été blessé, par suite de l'insuffisance des mesures de police, sur une place de Maisons-Alfort, par un tir de forains (à Maisons-Alfort, commune du département de la Seine, la police appartient au préfet de police, agent de l'État). Le conseil d'État motivait son arrêt par ce seul considérant « qu'il est de principe que l'État n'est pas, en tant que puissance publique, responsable de la négligence de ses agents ».

Cons. d'État, *Lepreux*, 13 janvier 1899, *Recueil*, p. 17, et S., 1900, III, p. 1, avec une longue note d'Hauriou. Cf. arrêt *Adda*, 15 décembre 1899, *Recueil*, p. 734.

L'arrêt *Lepreux* fut très vivement critiqué par la doctrine, notamment par Hauriou dans la note précitée du *Recueil* de Sirey. Le savant professeur soutenait cette thèse que l'État n'est pas responsable quand il prend une décision de police par voie réglementaire, sans entrer en commerce juridique avec les administrés, mais qu'on ne peut prétendre qu'il est irresponsable quand il procède à des opérations de police et qu'il entre ainsi en relation avec les particuliers par des mesures d'exécution. Le mouvement d'idées fut si net qu'il exerça certainement une action sur la haute

juridiction. Quelques années plus tard, en 1905, en effet, le conseil d'État abandonnait la distinction des services d'autorité et des services de gestion et dans un arrêt *Tomaso Grecco*, il reconnaissait, indirectement, mais très nettement, la responsabilité de l'État à l'occasion de ce même service de police pour lequel il l'avait écartée en 1900. Il s'agissait de la demande en indemnité formée contre l'État par le sieur *Tomaso Grecco*, qui avait été blessé dans sa maison par un coup de feu tiré probablement par un gendarme, une foule s'étant précipitée à la poursuite d'un taureau furieux ; le requérant ajoutait que le coup de feu n'aurait-il pas été tiré par un gendarme, l'État était responsable parce que l'accident ne serait pas arrivé si la police avait été mieux organisée. La requête est rejetée. Mais il est dit dans l'arrêt : « Considérant qu'il ne résulte pas de l'instruction que l'accident dont le requérant a été victime puisse être attribué à une faute du service public *dont l'administration serait responsable.* » La portée de ce considérant est très nettement mise en relief par les très remarquables conclusions du commissaire du gouvernement, M. Romieu, où on lit : « Il est exact que pendant un certain temps la jurisprudence a cru pouvoir formuler cette règle que les actes de police et de puissance publique n'étaient pas de nature à engager la responsabilité pécuniaire de l'administration. Mais on a fini par reconnaître les inconvénients, les contradictions, les conséquences iniques auxquels pouvait conduire cette formule beaucoup trop absolue. »

Cons. d'État, 10 février 1905, *Recueil,* 1905, p. 140, avec les conclusions de M. Romieu ; S., 1905, III, p. 113 avec une longue note d'Hauriou.

Il soutient que le conseil d'État, parlant dans les motifs de l'arrêt de *faute du service public* (c'est aussi l'expression dont se sert Romieu dans les conclusions précitées), repousse la théorie du risque ou de la responsabilité objective et fonde la respon-

sabilité de l'État sur une faute même de l'État. « Voilà donc, dit-il, l'État directement responsable de préjudices causés à raison du service, dans la mesure de la diligence moyenne qu'implique le service, et *il est responsable parce qu'il est en faute* par le fait du service. C'est une nouvelle théorie des fautes qui s'organise, alors qu'on se croyait en présence d'une théorie du risque. » Cette observation d'Hauriou demande cependant quelques réserves. Le savant arrêtiste assimile la faute du *service public* à une faute de l'État; or, rien ne permet de dire que cette assimilation soit faite par le conseil d'État, qui, en parlant de faute du service public, a en vue la faute des agents de l'État, qui, tout en restant dans le domaine du service, ont commis une faute. La possibilité d'une pareille faute constitue évidemment un risque; la question est de savoir qui le supportera définitivement : l'administré ou l'administration? Le conseil d'État décide que ce sera l'administration, dont la responsabilité reste bien ainsi fondée et ne peut être fondée que sur le risque. Même observation en ce qui concerne la théorie de la *faute de service* qu'expose Hauriou dans la 7e édit., *Droit administratif*, 1911, p. 490 et s. Dans sa 10e et dernière édition, Hauriou semble voir dans la faute de service, non plus une faute de l'État, mais une faute du service lui-même personnifié. « C'est le fait ou la faute de service plutôt que le fait de l'agent. Ce sont les négligences, les omissions, les erreurs qui sont dans les habitudes du service quand ces habitudes sont mauvaises » (p. 374). Je reviendrai plus loin sur ce point.

Entre temps, le conseil d'État examinait en fait et reconnaissait aussi la responsabilité que pouvait encourir l'État pour révocation illégale d'un fonctionnaire (arrêt *Leberre*, 29 mai 1903, *Recueil*, p. 414, et S., 1904, III, p. 121, avec les très remarquables conclusions de M. Teissier qui contiennent un exposé magistral d'une théorie de la responsabilité de l'État). Il admettait aussi dans l'arrêt *Villenave*, 11 décembre 1903 (*Recueil*, p. 767), la responsabilité d'une commune pour brusque renvoi d'un fonctionnaire communal. Il allouait une indemnité pour exécution abusive d'un arrêté d'un conseil de préfecture (27 février 1903, *Zimmermann, Recueil*, p. 178, et S., 1905, III, p. 17, avec une bonne note d'Hauriou). Dans l'affaire *Poujade*, le 23 décembre 1904 (*Recueil*, p. 874), le conseil d'État examinait *au fond* une demande en responsabilité dirigée contre l'État pour faute commise par un consul d'Orient dans l'exercice de ses fonctions. Rapp. arrêts 22 janvier 1904, *Recueil*, p. 42 et 43, qui reconnaissent la respon-

sabilité de l'État, l'un à l'occasion de fausses manœuvres dans un port, et l'autre à l'occasion de l'explosion d'un détonateur au fulminate de mercure laissé par un militaire sur la voie publique. Par un arrêt du 24 décembre 1909, le conseil d'État, dans l'affaire *Pluchard,* a confirmé sa jurisprudence sur la responsabilité de l'État en la reconnaissant à l'occasion d'une blessure faite au requérant qui avait été renversé, à Saint-Denis, par un agent qui était à la poursuite d'un malfaiteur. L'arrêt porte que « l'accident doit être attribué à une faute du service public engageant la responsabilité de l'État » (*Revue du droit public,* 1910, p. 83, avec la note de Jèze). Par un arrêt *Tixier* du 17 juin 1910, le conseil d'État a reconnu la responsabilité de l'État à l'occasion de l'exercice d'un pouvoir qui se rattache incontestablement à la puissance publique si l'on admet cette conception, le pouvoir de nomination des fonctionnaires. L'État est condamné à payer une indemnité à un ancien sous-officier à raison du préjudice à lui causé par le fait qu'il a été nommé tardivement à un emploi civil, et cela en violation de l'article 69 de la loi du 21 mars 1905 (*Recueil,* p. 473). Des arrêts du 23 juin 1911, *Durand, Cloupet,* reconnaissent implicitement, mais nettement, la responsabilité de l'État à l'occasion du service public de guerre, lequel évidemment est un service de puissance publique, si l'on admet la distinction des deux catégories de services.

Ainsi, dès avant la guerre, la jurisprudence était fermement établie qu'il n'y a point lieu de faire une distinction entre les diverses espèces de services publics et que l'État est également responsable du dommage causé par les services publics de police ou de guerre aussi bien que par tout autre service. Mais est-il responsable de tout dommage quelle qu'en soit la cause? Cela nous amène à la seconde question que j'ai annoncée.

Deuxième question. — L'État est-il responsable seulement quand il y a fonctionnement irrégulier du service ou l'est-il aussi lorsque le service a régulièrement fonctionné? En d'autres termes, faut-il, pour que l'État soit responsable, qu'il y ait une faute du service? Il importe tout d'abord de faire une précision ou plutôt de rappeler une observation déjà faite (cf. § 81). Quand on parle d'une responsabilité de l'État, il ne peut

jamais s'agir d'une responsabilité subjective pour une prétendue faute qu'il aurait commise lui-même en tant que personne. Dans la réalité, l'État n'est pas une personne, il ne peut commettre de faute. Sa responsabilité ne peut être qu'une responsabilité objective ou responsabilité pour risque. Le patrimoine étatique assure les administrés contre le dommage pouvant résulter du fonctionnement des services publics. Voilà la règle. Mais la question est de savoir quelle est l'étendue de cette assurance. Joue-t-elle seulement lorsque le service public a mal fonctionné, seulement lorsque, suivant l'expression reçue, il y a faute du service ? Ou bien joue-t-elle encore, même quand il n'y a aucune faute de service et par cela seul que l'activité publique, même régulière, a occasionné un préjudice à un individu déterminé ?

Depuis l'arrêt *Tomaso Grecco* de 1905, presque toutes les décisions du conseil d'État, qu'elles admettent ou rejettent la responsabilité de l'État, sont motivées sur ce qu'il y a ou sur ce qu'il n'y a pas faute du service public. Il n'est pas possible et il serait sans intérêt de les citer toutes. En voici trois parmi les plus récentes à titre d'exemple. Le 4 janvier 1918, le conseil d'État refuse de reconnaître la responsabilité de l'administration, « attendu que l'instruction n'a révélé dans l'organisation et l'exécution du service pénitentiaire aucune faute manifeste... qui soit de nature à engager la responsabilité de l'État ». Le 22 novembre 1919, il reconnaît la responsabilité de l'État pour un accident causé par une automobile militaire; « considérant que l'accident est dû à une faute du service public ». Le 14 mai 1920, il écarte la responsabilité « considérant qu'il résulte de l'instruction que l'accident dont le fils du requérant a été victime au cours d'une séance de travaux pratiques à la faculté des sciences de Dijon ne

peut être attribué à une faute de service public... ». On pourrait multiplier indéfiniment les citations. Celles qui précèdent sont suffisantes pour établir que d'une manière générale, la jurisprudence fonde la responsabilité de l'administration sur ce qu'elle appelle d'une manière constante la faute du service public.

V. les arrêts précités dans Dall., 1920, III, p. 1, où ils ont été groupés, avec une bonne note de Jean Appleton; et aussi à leur date au *Recueil,* notamment 1920, p. 490.

Avant de rechercher si pour que la responsabilité de l'État soit engagée il est nécessaire qu'il y ait une faute du service public, il importe de déterminer exactement ce que l'on doit entendre par faute de service. D'abord, il faut, à mon sens, rejeter toutes les théories plus ou moins ingénieuses qui ont été imaginées pour tenter d'établir que la faute de service public n'est pas, en réalité, une faute des agents publics, mais une faute, soit de l'État pris comme personne, soit du service public lui-même considéré comme une entité, ayant une réalité et une activité distincte des agents publics qui sont chargés d'en assurer le fonctionnement.

J'ai déjà fait toutes réserves au sujet de la définition donnée par Hauriou de la faute de service qu'il distingue du fait de l'agent, et « qui comprend, dit-il, les négligences, les omissions, les erreurs qui sont dans les habitudes du service, lorsque ces habitudes sont mauvaises » (*loc. cit.*, p. 374). L'idée qu'indique Hauriou paraît bien être celle dont s'est inspiré un jeune docteur, M. Dupeyroux, dans une thèse, au reste intéressante, lequel s'attache à démontrer qu'il y a faute du service lorsqu'il y a violation de la loi du service, sans que cette violation puisse être imputée à tel ou tel agent en particulier. Il écrit même : « Quand il y a faute de tout le monde, il n'y a faute de personne, et un service où tous les agents sont coupables d'un relâchement général dans l'exercice de leur fonction est un service

qui, par son niveau médiocre de fonctionnement, mérite d'endosser la charge des dommages qu'il causera aux particuliers. » C'est ce que l'auteur appelle la faute objective. Mauvaise expression, contradictoire en elle-même. La faute est toujours une violation volontaire de la règle de droit ; elle émane toujours d'un sujet de volonté, connu ou inconnu, elle ne peut donc qu'être subjective. Au reste, l'emploi abusif de ces mots objectif et subjectif risque fort de n'apporter que confusion.

Dupeyroux, *Faute personnelle et faute du service public, étude jurisprudentielle sur la responsabilité de l'administration et de ses agents*, thèse Paris, 1922, spécialement p. 212, 217, 241.

Laissons donc de côté toutes ces doctrines chimériques et prenons le fait tel qu'il est. S'il y a une faute dans le fonctionnement d'un service public, ce ne peut être qu'une faute d'un ou plusieurs agents du service. Cette faute peut être plus ou moins grave ; l'agent peut avoir péché par action ou par omission. La négligence, l'erreur, la faute lourde peuvent émaner d'un seul ou de plusieurs, d'un agent inconnu ou connu ou qu'il est impossible de connaître, peu importe, ce sera toujours, ce ne peut être que la faute d'un homme. Considérer la faute d'une autre manière, y voir celle de l'État personnifié ou celle de cette entité service public que l'on crée artificiellement et de toutes pièces, c'est se placer en dehors de la réalité. Quelque proposition savante que l'on formule, ce que l'on appelle la faute du service public ne peut consister que dans le fait d'un ou de plusieurs agents du service, connus ou inconnus. Action, négligence, omission plus ou moins grave, peu importe, il y a toujours là le fait d'un agent. Ce fait s'étant produit, la question se pose : 1° de savoir s'il constitue une faute, et 2° de savoir si cette faute doit être traitée comme une faute de service ou comme une faute personnelle de l'agent. Mais dire que c'est une

faute de service, ce n'est pas dire que ce n'est pas un fait de l'agent. J'ai déjà montré au paragraphe 72 dans quels cas il y avait une faute personnelle de l'agent, je n'y reviens pas. J'étudierai au paragraphe 84 le point de savoir si la faute personnelle de l'agent peut entraîner la responsabilité de l'État. Pour le moment, la question n'est pas là. Elle est seulement de savoir si quand il y a mauvais fonctionnement du service sans qu'il y ait faute personnelle, on peut dire qu'il y a une faute de l'État-personne ou une faute de l'entité service public, sans qu'il y ait un fait personnel de l'agent. A cette question, je réponds : le mauvais fonctionnement du service, la faute du service public ne peuvent consister que dans le fait d'un ou plusieurs agents ; toute autre réponse est sans valeur.

Le fait d'un agent, faute lourde, négligence, omission est une faute du service public toutes les fois qu'il n'a pas les caractères de faute personnelle, tels que je les ai déterminés au paragraphe 72. C'est à la juridiction compétente de décider si un pareil fait s'est produit et s'il révèle un fonctionnement du service public assez défectueux pour que la caisse publique répare le préjudice qui en résulte. Quelques-uns des arrêts précités parlent d'une faute lourde, ce qui semble révéler la tendance de n'admettre la responsabilité publique qu'au cas où le mauvais fonctionnement du service présente un certain caractère de gravité. Cependant, on ne peut pas dire que sur ce point une jurisprudence ferme se soit établie, d'autant plus que, on le verra plus loin, parfois la responsabilité de l'administration est admise même en l'absence de toute faute.

La faute apparaît évidemment avec des caractères différents, suivant que le fait de service considéré est un acte juridique ou une opération d'ordre matériel. S'il s'agit d'un acte juridique, la faute consiste essen-

tiellement et exclusivement dans la violation de la loi qui détermine les pouvoirs de l'agent ou, en d'autres termes, dans un excès de pouvoir de l'agent. Cet excès de pouvoir suffit parfaitement pour fonder la responsabilité de l'État. Hauriou le conteste; il écrit notamment : « L'administration n'est pas pécuniairement responsable des simples effets de droit produits par une décision exécutoire, même lorsque celle-ci est entachée d'excès de pouvoir » (*loc. cit.*, p. 374). C'est assurément une erreur. L'acte juridique est un fait de service tout aussi bien qu'une opération matérielle; si l'administration est responsable de la faute qui accompagne celle-ci, on ne voit pas pourquoi elle ne le serait pas de la faute qui accompagne celui-là. En donnant la solution qui précède et que je repousse, Hauriou est dominé par la distinction faite par lui depuis longtemps entre les décisions exécutoires et les actes d'exécution. La distinction n'est point inexacte; mais elle n'a pas la portée que prétend lui donner mon savant ami. Il est vrai seulement que lorsque la faute du service public consiste dans l'excès de pouvoir dont est atteint un acte administratif d'ordre juridique, l'intéressé est armé du recours pour excès de pouvoir, voie de droit tout à fait distincte de l'action en responsabilité. L'intéressé peut exercer l'une et l'autre. Il y aura lieu peut-être de les porter devant des juridictions différentes; en tout cas, elles seront soumises à des procédures différentes et produiront des effets dissemblables; l'une, recours objectif, tendant à l'annulation de l'acte, portée toujours devant le conseil d'État; l'autre, qui devra être portée peut-être devant une autre juridiction et qui tend à obtenir une indemnité. Les deux actions peuvent être intentées, ou l'une seulement. Le recours pour excès de pouvoir étant éteint après un délai de deux mois, l'action en responsabilité reste intacte, soumise aux règles ordi-

naires de la prescription et de la déchéance quinquennale. M. Teissier a très justement écrit : « L'action en annulation est une chose, l'action en réparation en est une autre et la première ne commande nullement la seconde (*Répertoire de droit administratif*, v° *Responsabilité*, n° 154).

De nombreux arrêts ont reconnu la responsabilité de l'État pour révocation illégale d'un fonctionnaire. Déjà, en 1903, par l'arrêt précité *Leberre*, le conseil d'État reconnaissait, en principe, la responsabilité de l'administration pour une mesure illégalement prise concernant un fonctionnaire (29 mai 1903, *Recueil*, p. 417, avec les remarquables conclusions de M. Teissier, S., 1904, III, p. 121). Rapp. cons. d'État, trois arrêts, 31 mars 1911, *Recueil*, p. 407, et S., 1912, III, p. 130, avec une note d'Hauriou qui donne à ces arrêts une portée qu'ils n'ont certainement pas. Il prétend qu'ils annoncent la décroissance du domaine du recours pour excès de pouvoir. Point du tout. Ils se bornent à étendre la responsabilité administrative. Cf. aussi cons. d'État, 10 juillet 1914, *Erneville*, *Recueil*, p. 855, et *Moulis*, *Recueil*, p. 861. Dans ces deux dernières affaires, l'intéressé avait formé en même temps le recours pour excès de pouvoir et la demande d'indemnité pour révocation illégale; le conseil d'État rejette cette dernière, non point parce qu'elle est mal fondée, mais parce qu'elle est formée sans le ministère d'un avocat et, partant, non recevable. L'arrêt du 12 juillet 1912 reconnaît au curé le droit de demander devant le tribunal administratif une indemnité à la commune dont le maire a ordonné illégalement de sonner les cloches à un enterrement civil, le délai du recours pour excès de pouvoir étant expiré. *Recueil*, 1912, p. 811. Rapp. arrêt 1er décembre 1916, *Pomaret*, *Recueil*, p. 498, et *Revue du droit public*, 1917, p. 101, avec les conclusions de M. Corneille.

Quand il y a non plus excès de pouvoir, mais usurpation de pouvoir parce que l'acte fait par l'agent administratif est par son objet ou par son but en dehors du domaine administratif, il y a évidemment alors faute personnelle de l'agent administratif ; et c'est une tout autre question que celle que j'étudie en ce moment de savoir si cette faute personnelle, qui entraîne la responsabilité de l'agent, entraîne aussi celle de l'admi-

nistration ; c'est la question de la coexistence des deux responsabilités déjà indiquée à la fin du paragraphe 72 et qui sera étudiée en détail au paragraphe 84.

S'il s'agit d'une opération matérielle, la faute de service public peut apparaître sous des aspects infiniment divers. Comme je l'ai déjà dit, le point de savoir si elle existe est une question de fait laissée à l'appréciation du tribunal saisi. Les nombreux arrêts par lesquels le conseil d'État, surtout ces dernières années, a statué sur la responsabilité de l'administration et dont quelques-uns ont été rapportés ci-dessus, montrent le soin avec lequel la haute juridiction recherche les conditions dans lesquelles a fonctionné le service public et si elles révèlent une irrégularité, une négligence susceptibles de constituer véritablement une faute de service.

Mais, reste toujours cette question : si l'instruction de l'affaire ne révèle aucune négligence, aucune impéritie de tel agent déterminé ou du personnel pris dans son ensemble, si, en un mot, le service public a normalement, régulièrement fonctionné et que cependant un dommage ait été occasionné à un particulier, celui-ci est-il fondé à obtenir une indemnité? Ce n'est point la question de savoir s'il s'agit d'une responsabilité pour risque ou d'une responsabilité pour faute. J'ai montré que c'est toujours une responsabilité pour risque, que la caisse collective assure les particuliers contre le risque administratif. Mais le point est de savoir si l'assurance comprend non seulement le dommage provenant du fonctionnement irrégulier du service, mais encore celui qui provient du fonctionnement normal et régulier.

On a montré au paragraphe 82 qu'en matière de travaux publics l'assurance de la caisse collective s'étend même aux dommages occasionnés par une opération

parfaitement régulière. On ne voit pas pourquoi on ne donnerait pas la même solution lorsqu'il s'agit d'un autre service. J'ai montré au paragraphe 81 que la responsabilité de l'État ne peut jamais avoir d'autre fondement que la solidarité nationale et le principe de l'égalité de tous devant les charges publiques. Il faut en tirer logiquement toutes les conséquences et dire par suite que toutes les fois que le fonctionnement d'un service public, même en dehors de toute faute, a occasionné un préjudice à quelques-uns, il faut que tous contribuent à le réparer. Si le droit public n'est pas encore parvenu à cette solution, j'ai la conviction qu'il y arrivera dans un avenir prochain parce qu'elle est dans la logique des choses et de l'évolution juridique.

On avait pu croire que, dès 1909, le conseil d'État reconnaissait la responsabilité publique, même au cas où il n'y avait pas vraiment faute de service. J'ai en vue l'arrêt *Pluchard*, 24 décembre 1909 (*Recueil*, p. 1829) qui reconnaît la responsabilité de l'État à l'occasion d'un accident survenu à un passant renversé dans une rue de Saint-Denis par un agent qui était à la poursuite d'un malfaiteur. Le haut tribunal motive ainsi sa décision : « Considérant que dans les circonstances où il s'est produit et en l'absence de toute imprudence ou négligence de la victime... cet accident doit être attribué à une faute du service public engageant la responsabilité de l'État. » Véritablement, il paraît difficile de trouver dans cette espèce une faute de service public. Le service public de police a bien fonctionné. L'agent qui poursuivait un malfaiteur remplissait son devoir avec zèle ; un hasard malheureux, tout à fait indépendant de la volonté de l'agent, a fait qu'un passant a été renversé. N'est-ce pas vraiment et seulement un cas fortuit qui est la cause de l'accident, et le conseil d'État ne le reconnaît-il pas implicitement en décidant que la

faute du service public existe, parce qu'il n'y a eu ni négligence, ni imprudence de la victime? Si cette décision ne consacrait pas expressément l'idée d'une responsabilité de l'administration pour tout dommage même causé sans faute du service, il semblait bien qu'elle l'annonçait. Il n'en fut rien cependant.

En effet, en 1912, le conseil d'État, saisi de deux demandes en indemnité à raison d'accidents survenus par suite de l'explosion du cuirassé le *Iéna* dans la rade de Toulon, l'une formée par le père d'un enfant qui avait été tué par un éclat de fonte, l'autre par les parents d'un quartier-maître qui avait trouvé la mort dans l'accident, les rejette toutes les deux par ce motif, « qu'il résulte de l'instruction que le décès du fils du requérant doit être attribué à un événement de force majeure... ». Par là, il semble bien repousser l'idée d'une responsabilité générale de l'État pour tout dommage provenant du fonctionnement d'un service public, même sans faute:

Cons. d'État, 10 mai 1912, *Ambrosini, Recueil,* p. 549, et S., 1912, III, p. 161, avec une note très intéressante d'Hauriou, qui essaie de déterminer le critérium qui distingue le cas fortuit et le cas de force majeure, le cas fortuit étant un fait indépendant de la volonté des hommes, mais cependant interne au service public, le cas de force majeure étant un fait externe au service public. Hauriou montre que dans l'espèce il y avait cas fortuit et non pas cas de force majeure, ce qui aurait dû entraîner la responsabilité de l'État. Dans le même sens que l'arrêt *Ambrosini,* arrêt *Ravel,* 6 décembre 1912, *Recueil,* p. 1163.

La guerre éclate et certainement le sentiment profond de la solidarité nationale qu'elle provoque dans tous les esprits va produire des conséquences sur l'étendue de la responsabilité qu'on va imposer à l'État. Avant même que soit votée la grande loi du 17 avril 1919 sur la réparation des dommages causés par les faits de la guerre, on sent le besoin de déclarer l'État, c'est-à-dire la collectivité nationale, responsable toutes les fois

qu'un accident se rattache directement aux dangers spéciaux provenant des fabrications de guerre. Elles constituent un danger exceptionnel contre lequel doivent être assurés tous les particuliers, et l'État sera responsable envers eux, sans qu'il aient à prouver qu'il y a une faute de service public. Dès le 15 mars 1918, le conseil d'État fait une première application de cette idée, en reconnaissant la responsabilité de l'État pour un accident causé par l'explosion d'une grenade allemande rapportée par un militaire en congé, responsabilité qu'il fonde sur ce fait qu'il n'y a eu aucune imprudence commise par la victime (*Baudelet, Recueil*, p. 259).

L'année suivante, la haute juridiction donne une solution plus précise à l'occasion des accidents provoqués par l'explosion du fort de la Double Couronne. Elle admet d'une manière très nette la responsabilité de l'État du fait seul du dommage sans qu'il y ait aucune faute du service. Il n'y est plus question de force majeure comme dans l'arrêt *Ambrosini* précité. Il est vrai que le conseil met en avant les risques spéciaux provenant de l'accumulation, rendue nécessaire par la guerre, de substances explosibles : « Considérant, est il dit dans l'arrêt, que ces opérations (accumulation et manutention d'engins dangereux en vue des nécessités de la guerre) comportent des risques excédant la limite de ceux qui résultent normalement du voisinage, et que de tels risques étaient de nature, en cas d'accident, en dehors de tout fait de guerre, à engager, indépendamment de toute faute, la responsabilité de l'État. »

Cons. d'État, 28 mars 1919, *Reynault Desrosier, Recueil,* p. 329, S., 1918-1919, III, p. 25, avec une longue note critique d'Hauriou, où je ne suis pas sans quelque surprise de lire le passage suivant : « Toujours est-il que l'on commence à se défier des nouveautés. Nous serions bien surpris s'il ne se préparait pas une ère de conservatisme et de retour aux idées classiques. Voilà

pourquoi nous disons que le conseil d'État a mal pris son temps pour se rallier à la théorie du risque dans des conditions telles qu'il semble faire de cette nouveauté un nouveau droit commun. Si telle a été son intention, il a commis un anachronisme » (*Ibid.,* p. 26, col. 2). — V. aussi le texte de l'arrêt, Dall., 1920, III, p. 6, avec une note de Jean Appleton qui approuve la décision et répond à Hauriou, et *Revue du droit public,* 1919, p. 239, avec une note et avec les conclusions de M. le commissaire du gouvernement Corneille, qui demandait au conseil d'État de maintenir la théorie de la faute de service.

Cf. un arrêt du 26 mars 1920, dans lequel le conseil d'État donne une solution identique à l'occasion de l'explosion de l'atelier de chargement de Moulis; il décide que « l'État est responsable, sans qu'il y ait à rechercher si des fautes sont imputables à ses agents » (*Recueil,* 1920, p. 354).

Dans sa note précitée, Hauriou annonçait que la décision du conseil d'État était exceptionnelle, qu'elle était déterminée par les circonstances particulières nées de la guerre, que l'idée d'une responsabilité générale, même en l'absence de toute faute de service, ne pourrait pas se maintenir et que la jurisprudence reviendrait bientôt à la pure conception de la faute de service. Mon savant ami paraît bien avoir été mauvais prophète. En effet, en 1920, le conseil d'État statue, à propos de l'explosion du cuirassé le *Liberté,* sur une demande identique à celles sur lesquelles il s'était prononcé en 1912 à propos de l'explosion du cuirassé *Iéna,* qui s'était produite dans les mêmes conditions. En 1912, on l'a vu, il avait repoussé la responsabilité de l'État, parce que, disait-il, l'accident était le résultat d'un cas de force majeure et, par conséquent, étranger à toute faute de service. Au contraire, en 1920, dans une espèce absolument identique, il admet la responsabilité de l'État : « Considérant qu'il n'est pas contesté que l'explosion du cuirassé *Liberté* ait été la conséquence d'une inflammation de poudres placées à bord... ; que, par conséquent, les requérants sont fondés à soutenir que l'État doit réparer le dommage causé par cet acci-

dent. » On voit qu'il n'est pas question de faute de service. En 1912, dans les affaires du *Iéna*, le conseil écarte la responsabilité, parce que cette faute n'existait pas ; en 1920, dans une affaire identique, le conseil admet cette responsabilité, bien que la faute n'existe pas davantage. L'évolution paraît donc achevée.

La responsabilité administrative de l'État est bien ainsi devenue une responsabilité générale pour risque, s'étendant à tout dommage occasionné à un particulier par le fonctionnement, même régulier, d'un service public. Peut-être y aura-t-il dans la jurisprudence du conseil d'État une période de régression et des décisions contradictoires. Je ne crois pas à la réaction générale qu'annonçait Hauriou ; j'estime au contraire que, si une réaction se produit, les décisions seront exceptionnelles et qu'aujourd'hui on peut considérer comme étant définitivement entrée dans le droit public moderne l'idée de la responsabilité générale de l'État pour risque administratif. C'est la solution logique, et la logique finit toujours par triompher.

Cons. d'État, 21 mai 1920, *Colas, Recueil*, p. 532 ; *Revue du droit public*, 1920, p. 604, avec une note de Jèze, qui dit très justement : « Le conseil d'État s'achemine ainsi pas à pas vers la solution logique que pour ma part je préconise depuis 1910 et qui n'est d'ailleurs que la généralisation de la solution adoptée par le conseil d'État en matière de responsabilité de l'État pour travaux publics. Il y a dommage spécial toutes les fois qu'il résulte des circonstances que la victime supporte du fait de l'administration un préjudice que les autres individus ne sont pas appelés à supporter, de sorte que l'égalité des individus devant les charges publiques est violée au détriment de la victime. » Dans ses conclusions (rapportées *ibid.*, p. 47), le commissaire du gouvernement, M. Corneille, soutient qu'en 1919 (arrêt du fort de la Double Couronne), le conseil d'État, en admettant la responsabilité pour risque à la place de la responsabilité pour faute, n'a décidé ainsi que parce que, à raison des circonstances, il y avait un risque exceptionnel, que la responsabilité pour faute reste le droit commun, que, dans l'affaire du cuirassé *Liberté*, il y avait aussi un

risque exceptionnel et que la solution devait être la même que dans l'affaire du fort de la Double Couronne.

Il est possible, en effet, que le conseil d'État ait été déterminé dans les deux affaires par l'existence d'un risque exceptionnel. Mais il n'en est pas moins vrai que ces décisions contiennent une force interne qui s'imposera. Je persiste à penser avec Jèze que, désormais, l'idée de la responsabilité pour risque, en dehors de toute faute de service, est entrée définitivement dans notre droit. Je puis invoquer en ce sens un arrêt récent du 30 juin 1922, par lequel le conseil d'État, écartant la faute du service public, reconnaît cependant la responsabilité de l'État dans des conditions qui valent la peine d'être indiquées. Le 15 janvier 1919, un accord intervenait entre le gouvernement français et le comité national polonais fixant les avantages qui seraient faits par le gouvernement polonais aux officiers français acceptant d'être attachés à l'armée polonaise. Le texte de cet accord fut communiqué aux corps de troupes, et 1.610 officiers, dont 557 de complément, rejoignaient l'armée polonaise. Survient la démobilisation générale de l'armée. Les officiers de complément rentrent dans la vie civile et doivent quitter l'armée polonaise. L'accord du 15 janvier 1919 portait que ces officiers recevraient une solde égale au double de la solde française, payable moitié par la France, moitié par la Pologne. Au moment où ils quittèrent l'armée polonaise, celle-ci leur a alloué trois mois de solde ; l'État français, par une décision du 27 décembre 1919, ne leur accorda qu'un mois de solde. 170 officiers de complément adressèrent une réclamation au conseil d'État et celui-ci décida qu'il leur serait alloué en sus du mois de solde déjà payé une indemnité égale à deux mois de solde. Très justement, le conseil d'État décide qu'il n'y avait point de contrat entre le gouvernement français et ces officiers ; il décide aussi qu'il n'y a point eu faute de service public, et cela dans des termes qui valent d'être rapportés : « Considérant qu'en prenant par application des lois et règlements en vigueur les diverses mesures propres à régler la situation créée par la démobilisation générale et en veillant, pour la stricte exécution du traité de paix, à ce que, à partir de la date fixée pour la cessation des hostilités, aucun acte ne pût être reproché au gouvernement français comme contraire aux principes de la neutralité, l'État français n'a fait qu'user de ses pouvoirs dans l'intérêt national et que ladite mesure ne saurait être regardée comme constituant par elle-même une faute du service public », et cependant le conseil d'État reconnaît la responsabilité de l'État par ce motif

que, de ce que le gouvernement français a porté à la connaissance des officiers l'accord intervenu avec la Pologne, ceux-ci ont pu légitimement conclure que cet accord aurait son plein et entier effet et qu'ils auraient en tout état de cause droit au paiement de la double solde. Quoi qu'il en soit de la valeur de ce considérant, il est bien certain qu'encore ici le conseil d'État reconnaît la responsabilité de l'État tout en déclarant expressément qu'il n'y a eu aucune faute du service public (30 juin 1922, S., 1922, III, p. 25, avec une note d'Hauriou).

Dans sa note, Hauriou se demande s'il n'y aurait pas là, en réalité, un cas de responsabilité quasi contractuelle. Le gouvernement français, dit-il, aurait agi comme gérant d'affaires des officiers français et ce serait là le fondement de sa responsabilité. Je ne saurais l'admettre. La notion de gestion d'affaire est une vieille fiction civilistique qui ne saurait vraiment être introduite dans le droit public. Pourquoi ne pas dire tout simplement que bien que le service public de guerre ait parfaitement fonctionné, il en est résulté un préjudice spécial pour certains officiers, et que l'État étant assureur du risque social leur en doit réparation ? L'idée s'impose chaque jour, avec plus de force, au conseil d'État, qui hésite peut-être encore à la reconnaître ; d'où les motifs embarrassés par lesquels il essaie de justifier sa décision.

Diverses lois ont consacré expressément le principe du risque social comme fondement de la responsabilité étatique. Deux d'entre elles, il est vrai, ont été déterminées par la situation spéciale née de la guerre. C'est la loi du 19 mars 1919, sur le régime des établissements dangereux, insalubres et incommodes travaillant pour la défense nationale et ouverts dans les conditions spéciales déterminées par cette loi. Ces dispositions ont été étendues et précisées par la loi du 3 mai 1921, dont l'article 1er porte : « Donneront droit à réparations, conformément aux dispositions des articles suivants, lorsque cette réparation ne pourra être obtenue par les recours de droit commun, les dommages corporels ou matériels causés au tiers, par suite d'explosion, déflagration, émanation de substances explosives... se trouvant : 1° dans les dépôts de munitions, navires de guerre, arsenaux et manufactures de l'État ; 2° dans les

établissements, usines ou exploitations privées travaillant directement ou comme sous-traitants pour la défense nationale, ou en cours de transport pour le compte de ces industriels. » L'article 4, § 4, décide très justement que l'État ou le chef de l'entreprise, ou l'un et l'autre, le cas échéant, seront subrogés au droit de la victime contre les auteurs responsables de l'accident.

Cf. l'article de Duez, *La théorie générale de la responsabilité et la loi du 3 mai 1921*, *Revue du droit public*, 1922, p. 191.

La loi du 22 juillet 1899, qui ajoute un paragraphe à l'article 1384 du code civil, porte : « Toutefois, la responsabilité civile de l'État est substituée à celle des membres de l'enseignement public. » Ainsi l'État prend à sa charge le risque attaché au fonctionnement du service d'enseignement en raison des dommages advenus aux élèves ou causés par eux. C'est une large application de la règle du risque assuré par l'État. Il va sans dire que si celui-ci établit la faute personnelle du maître, il a un recours contre lui.

Enfin la loi, déjà plusieurs fois citée, du 16 avril 1914, sur la responsabilité de l'État et des communes au cas de dommage aux personnes ou aux propriétés résultant d'attroupements ou d'émeutes, a modifié les articles 106 et suivants de la loi municipale du 5 avril 1884 et décidé que « l'État contribue pour moitié, en vertu du risque social, au paiement des dommages et intérêts et frais visé par l'article 106 de la loi de 1884 », c'est-à-dire à la réparation des dommages causés par les attroupements et émeutes. Ainsi l'expression risque social et l'idée qu'elle exprime se trouvent maintenant dans la loi positive française.

Tandis que le législateur se trouve amené par la force des choses à reconnaître expressément le principe du risque social et la responsabilité objective générale quand il s'agit des rapports de l'individu avec la collec-

tivité étatique, au contraire il doit arrêter les tentatives qui ont été faites par divers auteurs et par quelques décisions de la jurisprudence pour étendre l'idée de responsabilité objective aux rapports des particuliers entre eux. La loi du 7 novembre 1922 est venue ajouter au paragraphe 1 de l'article 1384 du code civil une disposition ainsi conçue : « Toutefois, celui qui détient à un titre quelconque tout ou partie de l'immeuble ou des biens mobiliers dans lesquels un incendie a pris naissance ne sera responsable, vis-à-vis des tiers, des dommages causés par cet incendie que s'il est prouvé qu'il doit être attribué à sa faute ou à la faute des personnes dont il est responsable. »

De l'article 1384 qui porte : « On est responsable non seulement des dommages que l'on a causés par son fait, mais encore de celui qui est causé par le fait de personnes dont on doit répondre ou des choses que l'on a sous sa garde », plusieurs décisions de justice et quelques auteurs avaient tiré cette conclusion que celui qui avait été victime d'un incendie d'une maison ou d'un établissement voisin avait droit à une indemnité de la part du détenteur sinistré, sans qu'il eût à prouver que l'incendie résultait d'une faute. En un mot, on avait en pareil cas fait application entière de l'idée de responsabilité objective. C'était évidemment aller trop loin, parce que, comme je l'ai montré au paragraphe 81, cette idée ne peut pas, ne doit pas s'appliquer dans les rapports des particuliers entre eux. C'est ce qu'ont bien compris les auteurs de la loi du 7 novembre 1922. Elle a très justement décidé que dans l'hypothèse prévue la responsabilité ne serait engagée que si la faute était démontrée.

Irresponsabilité de l'État en matière diplomatique. — Quelque étendue que soit la responsabilité de l'État relative au fonctionnement des services publics, il est

cependant un domaine où, d'après une jurisprudence jusqu'à présent constante, cette responsabilité ne s'exerce pas : ce sont tous les actes relatifs aux relations diplomatiques.

Cette irresponsabilité de l'État dans ce domaine ne doit point s'expliquer par sa prétendue souveraineté. Si l'État est souverain, il exerce cette souveraineté aussi bien dans le service de police que dans le service diplomatique. Comme on l'a dit précédemment, la notion de souveraineté exclurait, d'une manière générale, la responsabilité de l'État. Son irresponsabilité en matière diplomatique ne peut s'expliquer que par la raison suivante : on considère que l'existence du groupe national lui même est en jeu, que, par conséquent, on peut demander à chaque individu des sacrifices sans compensation. Il convient d'ajouter que, bien que fausse en soi, l'idée de souveraineté est restée plus vivante dans les relations extérieures des États que dans son activité intérieure, et que cette persistance n'est certainement pas étrangère au maintien de l'irresponsabilité de l'État en matière diplomatique.

Je suis convaincu que la notion de souveraineté disparaîtra de ce domaine comme des autres, que là aussi, dans un avenir prochain, on reconnaîtra la responsabilité de l'État. Il ne pourrait en être autrement que si, comme on le dit encore quelquefois, l'irresponsabilité de l'État en matière diplomatique reposait sur ce que le préjudice subi alors par les particuliers doit être considéré comme résultant d'un cas de force majeure. Mais cette explication est certainement inacceptable : le cas de force majeure peut exclure la responsabilité pour faute ; on comprend aisément qu'il ne peut exclure une responsabilité pour risque, et j'ai démontré, je le crois, que la responsabilité de l'Etat est générale parce que l'Etat assure le particulier contre tout le risque provenant du

fonctionnement régulier ou irrégulier de tous les services publics.

Le conseil d'État a plusieurs fois déclaré non recevable le recours tendant à mettre en jeu la responsabilité de l'État à l'occasion de l'attitude du gouvernement en matière diplomatique. On peut citer comme arrêt de principe l'arrêt du 23 décembre 1904 (*Poujade*) par lequel la haute juridiction a déclaré non recevable le recours formé pour préjudice causé en matière diplomatique, faisant intervenir à tort la notion de souveraineté : « Considérant que les questions se rattachant à l'exercice du pouvoir souverain dans les rapports du gouvernement français avec les gouvernements étrangers ne peuvent être portées devant le conseil d'État par la voie contentieuse » (*Recueil,* p. 873). Jèze critique cette solution et estime justement qu'on devrait appliquer ici, comme pour tous les services publics, la théorie de la responsabilité objective (*Revue du droit public,* 1905, p. 98).

Plus récemment, le conseil d'État a donné la même solution : « Considérant que la requête des époux Olszinski relève des questions relatives à l'exercice des pouvoirs du gouvernement en matière diplomatique, que ces questions ne sont pas de nature à être portées devant le conseil d'État par la voie contentieuse » (12 mai 1911, *Recueil,* p. 551). De même, l'arrêt du 31 mai 1918, décidant que « n'est pas recevable la demande d'indemnité formée contre l'État par un Français arrêté par un gouvernement étranger, et qui se prétend victime d'une négligence de l'agent diplomatique français qui n'aurait pas suffisamment défendu ses intérêts » (*Recueil,* 1918, p. 525). Le conseil d'État se déclare encore incompétent pour statuer sur une action en responsabilité fondée sur le déroutement d'un navire destiné à l'Italie, « parce que c'est un acte qui se rapporte aux relations avec une puissance étrangère » (31 janvier 1919, *Recueil,* p. 114). Enfin, le conseil d'État décide que l'État français n'est pas responsable à raison d'une confiscation par le gouvernement bolcheviste d'une somme rapportée par un officier en mission revenant par la Bulgarie ; une réclamation diplomatique étant seule possible, le refus du gouvernement français de la faire ne peut engager sa responsabilité.

Pour la compétence en matière de responsabilité des services publics, cf. § 55, *De la séparation de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire.*

Sur la responsabilité de l'État administrateur envers les particuliers existe une littérature extrêmement abondante en

France et à l'étranger; j'indique les publications les plus intéressantes :

Marcq, *La responsabilité de la puissance publique*, 1911 ; Teissier, *De la responsabilité de l'État,* article du *Répertoire de droit administratif,* publié à part ; Tirard, *De la responsabilité de la puissance publique,* 1905; Michoud, *De la responsabilité de l'État, Revue du droit public,* 1895; Sourdois, *De la responsabilité de l'État agissant dans l'exercice de la puissance publique,* thèse Bordeaux, 1908; Jèze, *Revue du droit public,* 1905, p. 563; *Année administrative,* 1905, p. 253; Lécuyer, *Responsabilité des patrimoines administratifs,* thèse Lille, 1908; Triandofil, *L'idée de faute et l'idée de risque comme fondement de la responsabilité,* thèse Paris, 1914; Marteau, *La notion de causalité dans la responsabilité civile,* thèse Aix, 1913; Hauriou, *Droit administratif,* 10e édit., 1921, p. 380 et s., avec de longs développements; Bailby, *De la responsabilité de l'État envers les particuliers,* thèse Bordeaux, 1901 ; Couzinet, *Étude sur la responsabilité des groupements administratifs,* thèse Toulouse, 1912; Lorne, *Responsabilité civile des personnes morales et de leurs représentants,* thèse Paris, 1910 ; Rajon, *Responsabilité de l'administration du chef de ses agents,* thèse Lyon, 1906; Roger, *Responsabilité civile de l'État,* thèse Montpellier, 1900; Saint-Andrex, *La faute de service,* thèse Paris, 1905; Dupeyroux, *Faute personnelle et faute de service public,* thèse Paris, 1922; Duez, *La théorie générale de la responsabilité et la loi du 3 mai 1921, Revue du droit public,* 1922, p. 191.

En Belgique, Bourquin, *La protection des droits individuels contre les abus de pouvoir de l'autorité administrative en Belgique,* 1912; Wodon, *Le contrôle juridictionnel de l'administration et la responsabilité des services publics en Belgique,* 1920. La lecture de ces deux ouvrages, du reste très remarquables l'un et l'autre, montre combien la jurisprudence et les doctrines belges restent toujours dominées par l'idée de l'irresponsabilité de l'État souverain, combien elles sont en retard sur la doctrine et la jurisprudence françaises, comment on discute encore des questions de responsabilité, notamment en matière de travaux publics, qui sont chez nous tranchées depuis un demi-siècle.

En Italie, Anzilotti, *Teoria generale della responsabilita dello Stato ne diritto internazionale,* 1902, avec une partie intéressante sur la responsabilité de l'État en général; Orlando, *Diritto amministrativo,* I, p. 582 et s.

En Allemagne, R. Coester, *Haftung des Staats für Amtsdelikte bei Ausubung der öffentlichen Gewalt, Jahrbuch des öffentlichen Rechts,* V, 1911, p. 284 et s.

Sur le contrôle juridictionnel de l'administration et la responsabilité administrative dans le droit anglo-américain, on consultera utilement les très intéressants développements donnés par Goodnow, *Les principes du droit administratif des États-Unis,* traduction A. et G. Jèze, 1907, p. 428-496, et par Jenks, *Le régime de droit dans le système administratif anglais, Congrès des sciences administratives de Bruxelles,* 1910, 3e section; Dicey, appendices IX et X du livre *Introduction à l'étude du droit constitutionnel,* édition française, 1902, p. 449 et s.; Harold Laski, *The responsability of the State in England, Harvard Law Review,* XXXII, n° 5 (tirage à part). Cons. aussi le beau livre de Bonnard, *De la responsabilité civile des personnes publiques et de leurs agents en Angleterre, aux États-Unis et en Allemagne,* 1914.

§ 84. — *La question de la coexistence de la responsabilité de l'État et de la responsabilité personnelle du fonctionnaire.*

Pendant longtemps, cette question ne se posait pas. La faute personnelle du fonctionnaire étant caractérisée par ce fait qu'il s'est placé en dehors du service, on en concluait que l'administration ne pouvait certainement pas en être responsable. Ainsi, en son ensemble, la théorie générale de la responsabilité publique était parfaitement cohérente. Ou bien c'est le service public lui-même qui a mal fonctionné; les fonctionnaires ont certainement commis, puisque le service a mal fonctionné, des erreurs, des négligences, des fautes, peut-être même des fautes lourdes, mais ils ont voulu cependant agir comme fonctionnaires; ils sont restés dans le service. C'est alors le patrimoine affecté au service qui supportera seul la charge des réparations : l'État, s'il s'agit d'un service national; le département ou la commune, s'il s'agit d'un service départemental ou communal; l'établissement public, s'il s'agit d'un service spécial. Ou bien la faute du fonctionnaire est constituée par un fait personnel; ce n'est pas, à vrai dire, le

fonctionnaire qui a agi, suivant l'expression de Laferrière, c'est l'homme avec ses passions; avec ses faiblesses; le service n'a même pas fonctionné; c'est à propos du service que le fait s'est produit, mais il est complètement en dehors du service. Le fonctionnaire est alors responsable personnellement; l'administration ne l'est point.

Il y a une quinzaine d'années, cette solution était unanimement admise. En 1896, Laferrière, dans sa dernière édition, II, page 182, écrivait : « Dans ce dernier cas (faute personnelle du fonctionnaire), il est de principe que l'État ne répond pas pour lui. » Quelques années après, dans son très remarquable article du *Répertoire de droit administratif* (v° *Responsabilité*, n° 54), Teissier disait : « En pareille hypothèse (faute personnelle), il n'y a place que pour des actions en réparation contre l'agent lui-même qui, n'ayant pas agi au nom de la puissance publique, n'a pu l'engager. » Et moi-même, en 1911, dans la première édition de ce *Traité de droit constitutionnel*, I, page 549, j'écrivais : « Lorsque le préjudice du particulier, quoique né à l'occasion du fonctionnement d'un service public, a pour cause un acte du fonctionnaire, qui est en réalité hors du service, l'État, le patrimoine public ne sont pas responsables, et le fonctionnaire est seul personnellement responsable envers le particulier lésé. La solution ainsi donnée est pleinement protectrice des intérêts individuels, en réalité plus protectrice que celle qui admet dans tous les cas la responsabilité de l'État. »

Mais dès l'année 1910, à propos d'un arrêt du conseil d'État concernant la compagnie coloniale du Congo, Jèze posait nettement la question de la coexistence des deux responsabilités (*Revue du droit public*, 1910, p. 76). Quelques années après, en 1914, à propos de deux décisions du tribunal des conflits reconnaissant implicite-

ment la responsabilité de l'administration à la suite d'une faute lourde commise par des fonctionnaires, le même auteur examinait, dans un article bienvenu, la question à fond. Il critiquait énergiquement les arguments que je donnais en faveur de l'irresponsabilité de l'administration au cas de faute personnelle de l'agent. Il soutenait que si l'administration est responsable au cas de simple faute de service, elle doit l'être *a fortiori* au cas de faute personnelle de ses agents. « En effet, disait-il, quelle que soit l'opinion admise sur le critérium de la faute personnelle, elle est incontestablement toujours une faute plus grave que la faute de fonction. Si l'administration est responsable dans le second cas, *a fortiori* doit-elle l'être dans le premier. » En terminant, Jèze exprimait le souhait « qu'un jour ou l'autre le conseil d'État examine la question avec le plus grand soin et décide s'il convient ou non de maintenir la règle traditionnelle, ou, au contraire, de s'engager plus avant dans la voie de large responsabilité inaugurée au début du XX^e^ siècle » (*Revue du droit public*, 1914, p. 572).

L'article de Jèze ne passa point inaperçu, et certainement il ne fut pas sans influence sur la décision que prenait le conseil d'État, 26 juillet 1918, dans l'affaire *Lemonnier* contre la *commune de Roquecourbe*. Une personne ayant été blessée par une balle provenant de tirs qui étaient exécutés au cours d'une fête dans la commune de Roquecourbe, un arrêt de la cour d'appel de Toulouse avait décidé qu'il y avait responsabilité personnelle du maire et l'avait condamné à une réparation au profit de la victime. Une action en indemnité ayant été formée devant le conseil d'État contre la commune, celle-ci opposait une fin de non-recevoir tirée de ce que la responsabilité personnelle du maire ayant été judiciairement reconnue, il ne pouvait pas y avoir coexistence des deux responsabilités. Le conseil

d'État rejette cette fin de non-recevoir et condamne la commune, « considérant que la circonstance que l'accident éprouvé serait la conséquence d'une faute d'un agent administratif préposé à l'exécution d'un service public, laquelle aurait le caractère d'un fait personnel de nature à entraîner la condamnation de cet agent par les tribunaux de l'ordre judiciaire à des dommages et intérêts, quand même cette condamnation aurait été effectivement prononcée, ne saurait avoir pour conséquence de priver la victime de l'accident du droit de poursuivre, directement contre la personne publique qui a la gestion du service incriminé, la réparation du préjudice souffert » (*Recueil*, 1918, p. 773).

Le conseil d'État décidait donc, d'une manière expresse, que le fait que le préjudice provenait d'une faute personnelle du fonctionnaire, que le fait même que cette faute personnelle avait été reconnue par les tribunaux judiciaires et entraîné de leur part une condamnation du fonctionnaire fautif, n'excluait point la responsabilité de l'administration et que, par conséquent, celle-ci pouvait être condamnée à l'occasion du préjudice résultant d'une faute personnelle du fonctionnaire judiciairement reconnue. Le conseil d'État seulement prenait des mesures pour éviter que cette coexistence des responsabilités entraînât cumul des indemnités. Je reviendrai plus loin sur ce dernier point. Ce qu'il y a de certain, c'est que la haute juridiction semblait condamner très nettement la doctrine à peu près unanimement admise jusque-là et, suivant la voie indiquée par Jèze, admettre la responsabilité de l'administration pour faute personnelle de ses fonctionnaires.

L'arrêt fit grand bruit dans le monde des publicistes, je veux dire des juristes qui s'occupent particulièrement de droit public. Jèze triomphait et il pouvait écrire :

« Les idées par lesquelles il convient de justifier cette jurisprudence sont celles développées, en 1910 et en 1914, dans cette revue » (*Revue du droit public*, 1918, p. 42). Néanmoins, de très vives controverses se sont élevées. Mon distingué collègue Fliniaux, de Toulouse, a écrit, dans la *Revue du droit public*, un article très intéressant sur la question (1921, p. 333). Il me semble toutefois qu'elle n'est pas épuisée. Aussi bien les controverses se trouvent-elles compliquées parce que, peut-être, on n'a pas su nettement séparer la question de fond et la question de compétence ou, plus exactement, la question de la force de chose jugée par l'autorité judiciaire au regard des tribunaux administratifs. D'autre part, j'estime qu'on n'a pas nettement distingué les deux hypothèses, très différentes cependant, dans lesquelles peut se poser la question de la coexistence des deux responsabilités. Au demeurant, il est certain que l'arrêt *Lemonnier* marque un progrès très notable vers l'extension de la responsabilité administrative, conformément à l'idée d'assurance sociale contre le risque administratif. Tout d'abord, l'administration n'a garanti le particulier que contre le risque provenant d'une faute de service dans un service de gestion, puis dans tous les services ; il semble maintenant qu'elle assure le dommage administratif, même quand il y a un cas fortuit, même quand le dommage provient d'une faute personnelle de l'agent public. Mais, comme je l'ai déjà dit, il importe de distinguer deux hypothèses.

Première hypothèse. — Il est d'abord un premier cas où la responsabilité de l'administration ne peut pas faire de doute, bien qu'il y ait certainement une faute personnelle du fonctionnaire. C'est celui où quoique en apparence il n'y ait qu'une faute personnelle, si l'on examine soigneusement les faits, on s'aperçoit qu'il y a,

en réalité, deux fautes connexes et entremêlées sans-doute, mais cependant distinctes; l'une qui est une faute du fonctionnaire, avec tous les caractères que je lui ai ailleurs attribués au cas de faute détachable (cf. paragraphe 72) et aussi vraiment une faute du service public telle qu'elle a été déterminée au paragraphe précédent. En pareil cas, puisqu'il y a deux fautes, il n'est pas douteux qu'il doit y avoir deux responsabilités, que les tribunaux administratifs peuvent condamner l'administration pour faute de service, et les tribunaux judiciaires, le fonctionnaire pour faute personnelle, quelle que soit celle des deux juridictions qui statue la première. Peu importe que les deux juridictions aient été saisies en même temps; peu importe que le tribunal judiciaire soit saisi d'une action dirigée à la fois contre l'administration et contre l'agent; il devra se déclarer incompétent pour connaître de la première et retenir la seconde. S'il retient les deux, le conflit sera élevé et le tribunal des conflits le confirmera pour l'action dirigée contre l'administration, dont le tribunal judiciaire sera dessaisi, tandis qu'il conservera la connaissance de l'action personnelle contre l'agent fautif. Les deux fautes sont, par hypothèse, caractérisées; elles se distinguent nettement bien qu'elles n'aient produit qu'un seul accident; les conséquences doivent suivre parallèles et distinctes. En pareil cas, on ne peut vraiment parler du cumul de responsabilités; il y a deux fautes parallèles, il doit y avoir deux responsabilités parallèles, bien qu'il n'y ait qu'un seul accident.

La question des responsabilités parallèles s'est posée dans deux affaires intéressantes, l'affaire *Anguet* et l'affaire *Lhuilier*. Dans la première, le sieur Anguet était entré dans un bureau de poste parisien pour y toucher un mandat. Ayant trouvé fermée, lorsqu'il voulut en sortir, la porte affectée au passage du public,

bien que l'heure réglementaire du bureau ne fût pas encore arrivée, il avait, sur l'invitation d'un employé, pénétré, pour gagner une autre issue, dans la partie du bureau réservée au personnel; deux employés s'étaient alors précipités sur lui et l'avaient poussé si violemment dans la rue qu'il avait été renversé et s'était cassé la jambe en tombant. Les employés avaient été condamnés, en raison de ce fait, en police correctionnelle. Le sieur Anguet avait formé un recours en responsabilité contre l'État. Il y avait en réalité deux fautes bien qu'elles aient produit un seul accident : la porte du public avait été fermée avant l'heure réglementaire; c'était la cause initiale de l'accident et c'était une faute du service public. Le sieur Anguet avait été victime de voies de fait constituant un délit correctionnel; c'était une faute personnelle des fonctionnaires reconnue par le tribunal judiciaire. Mais, malgré cette décision judiciaire, le conseil d'État doit nécessairement reconnaître la faute administrative, ce qu'il ne manque pas de faire, considérant « que dans ces conditions l'accident dont le requérant a été victime par suite de sa brutale expulsion de cette partie du bureau (celle réservée aux employés) doit être attribué, quelle que soit la responsabilité personnelle encourue par les agents, au mauvais fonctionnement du service public; que, dès lors, le sieur Anguet est fondé à demander à l'État réparation du préjudice qui lui a été causé par ledit accident... ».

Cons. d'État, 3 février 1911, *Recueil,* p. 146; S., 1911, III, p. 137, avec une note d'Hauriou. Rapp. arrêt *Beaudelet,* 15 mars 1918, *Recueil,* p. 259.

Dans l'espèce *Lhuilier,* des soldats étant cantonnés chez les époux Lhuilier, l'un d'eux, en état d'ivresse, avait tué l'enfant desdits époux et, de ce fait, il avait été condamné à mort par le conseil de guerre. Il y avait évidemment une faute personnelle de l'agent si jamais il en fût; mais il y avait parallèlement aussi une faute

de service public, le défaut de surveillance de la part de l'autorité militaire. Le conseil d'État reconnaît expressément la responsabilité de l'État pour faute de service public, considérant « que l'ensemble des circonstances démontre une absence de surveillance qui constitue à la charge de l'État une faute engageant sa responsabilité » (14 novembre 1919, *Recueil*, p. 819).

Dans ces deux espèces et dans toutes autres analogues, il n'y a pas cumul des deux responsabilités de l'administration et de l'agent; il y a parallélisme des fautes et parallélisme des responsabilités. Mais reste une autre question, qui n'est pas la moins délicate. Y aura-t-il cumul des indemnités? Il n'y a qu'un seul accident. Malgré cela, la victime pourra-t-elle toucher à la fois l'indemnité due par l'administration et celle due par le fonctionnaire en faute. Nous trouverons un peu plus loin la même question au cas où il est certain qu'il n'y a qu'une faute personnelle de l'agent et où cependant on admet la responsabilité de l'administration. Sans doute ici il y a deux fautes, deux responsabilités, mais il n'y a qu'un seul accident. Est-il possible que la victime touche deux indemnités pour le même dommage, parce que celui-ci a deux causes?

Je ne puis le croire, et j'estime que de même que lorsqu'il y a plusieurs individus responsables du même dommage, ils sont tenus *in solidum* de la totalité envers la victime, sauf recours de celui qui a payé le tout contre son codébiteur, de même le fonctionnaire et l'État seront tenus *in solidum* envers l'administré qui pourra indifféremment s'adresser, à son choix en premier lieu, à l'un ou à l'autre. Celui qui aura payé le tout aura certainement un recours contre l'autre. Mais reste à savoir, et c'est assurément le point le plus difficile, la quotité pour laquelle ce recours sera possible. Sera-ce la moitié? Ou au contraire la charge définitive de l'in-

demnité sera-t-elle supportée définitivement par le fonctionnaire et l'administration, proportionnellement à la gravité respective de la faute de fonction et de la faute personnelle ? C'est cette dernière solution qui me paraît la plus équitable et que je propose d'admettre.

Mais je me demande si elle est pratiquement réalisable. Je me demande si elle cadre bien avec l'idée d'assurance pour risque que j'ai montrée comme étant le fondement de toute responsabilité administrative. Je me demande si en proposant cette solution je ne reste pas dominé à mon insu par la notion de faute et de responsabilité subjective. Malgré les objections possibles, je persiste dans la solution que je viens d'indiquer. L'essentiel, en effet, est que l'administré, victime à la fois d'une faute personnelle et d'une faute de service, ait réparation complète. L'État, certainement responsable et présumé honnête, paiera l'indemnité dans sa totalité ; et c'est à lui évidemment que l'administré, bien conseillé, s'adressera en premier lieu. Ici, la notion d'assurance pour risque s'applique pleinement et exclusivement. Mais pour la répartition à faire entre l'État et le fonctionnaire de la somme payée à la victime, l'idée d'assurance et de risque n'intervient plus. Il y a, par hypothèse, une coopération de faute et les charges en résultant doivent logiquement et équitablement se répartir en proportion de la participation à la faute.

Dans les rapports de l'État et de l'administré, la notion d'assurance pour risque social reste intacte. L'État n'a point, à vrai dire, commis de faute ; il assure le dommage qui résulte de l'activité publique ; vis-à-vis de la victime, il en supporte entièrement la charge. Mais si un fonctionnaire, par une faute personnelle, a contribué à l'accident, l'État, dans ses rapports avec lui et dans la répartition entre eux de la charge qui en résulte, ne doit la supporter que proportionnellement à la gravité de la faute fonctionnelle.

Dans chaque espèce, les tribunaux devront apprécier. Par exemple dans la première des deux affaires indiquées plus haut, l'affaire *Anguet* et du bureau de poste parisien, il est d'évidence que la faute personnelle des agents qui se sont livrés à des voies de fait sur l'administré est singulièrement plus grave que la faute du service qui avait uniquement consisté à fermer, avant l'heure réglementaire, la porte par où rentrait et sortait le public. L'État devait payer la totalité des dommages, mais pour la répartition de la charge définitive de l'indemnité entre lui et les agents, elle aurait été faite avec équité, s'il en avait supporté le quart et les agents les trois autres quarts.

Deuxième hypothèse. — Il faut prévoir maintenant le cas où il n'y a certainement qu'une seule faute et où il est certain que c'est une faute personnelle d'un fonctionnaire. Je suppose, d'ailleurs, qu'on est d'accord sur le critérium de la faute personnelle. Je suppose aussi qu'il n'est pas douteux que les éléments qui la constituent sont réunis, que certainement il n'y a pas faute de service public. Bien que ce fait soit incontesté, le tribunal administratif peut-il cependant déclarer l'État responsable et le condamner à réparation ?

La question peut se poser devant le tribunal administratif dans des conditions différentes et qu'il faut soigneusement distinguer, parce que si la solution de fond doit être la même, il y a des éléments accessoires et des questions de compétence qui varient suivant les cas et dont on ne saurait faire abstraction.

Premier cas. — Seul le tribunal administratif est saisi d'un recours en responsabilité contre l'État ; ou bien, ce qui revient au même, au moment où il est appelé à statuer, le tribunal judiciaire, saisi parallèlement d'une action en responsabilité contre le fonctionnaire, n'a point encore prononcé. Le tribunal adminis-

tratif peut-il reconnaître la responsabilité de l'État en décidant qu'il est responsable de la faute personnelle de ses agents?

J'ai véritablement beaucoup d'hésitations à répondre affirmativement. Le conseil d'État, d'ailleurs, ne s'est pas prononcé expressément en pareille hypothèse. Dans l'affaire *Lemonnier,* il décide que, bien que le tribunal judiciaire ait déclaré qu'il y avait faute personnelle du maire, la responsabilité de l'administration peut être reconnue par le tribunal administratif; mais la haute juridiction ne fonde pas la condamnation qu'elle prononce contre la commune sur la faute personnelle du maire. A ma connaissance, on ne trouve pas un seul arrêt du conseil d'État fondant la responsabilité de l'administration, expressément et exclusivement, sur une faute personnelle du fonctionnaire.

Je sais bien tous les raisonnements que l'on peut faire valoir; j'ai rapporté plus haut le raisonnement de Jèze qui paraît très fort. « Si, dit-il, l'État assure le dommage résultant d'une faute de service, *a fortiori* doit-il supporter celui qui résulte d'une faute personnelle, laquelle, quelle que soit l'opinion qu'on s'en forme, est toujours une faute beaucoup plus grave. » On peut dire encore : Si l'État doit assurer l'administré contre le dommage résultant d'un cas fortuit, *a fortiori* doit-il l'assurer contre celui qui résulte d'une faute personnelle des agents; si l'on est arrivé à la notion générale d'une assurance par l'État du risque social quel qu'il soit, provenant du fonctionnement irrégulier et même régulier du service public, il faut bien le déclarer responsable quand le service a mal fonctionné par suite d'une faute personnelle.

Ces arguments sont assurément très impressionnants. Cependant, ils ne sont pas sans réponse. D'abord, il faut remarquer qu'au point de vue pratique, je pour-

rais dire au point de vue moral, une pareille doctrine est singulièrement dangereuse, parce qu'elle aboutit de fait à supprimer complètement toute responsabilité de l'agent. L'administré sachant que l'État est toujours responsable s'adressera à lui et jamais à l'agent, quelque grave que soit la faute commise. Celui-ci échappera toujours ainsi à l'action privée, et il se désintéressera de plus en plus de la bonne gestion du service. Sans doute, théoriquement, l'État peut demander à l'agent de lui rembourser le montant des indemnités payées à la suite d'une faute personnelle. Mais ce recours sera-t-il efficace? L'État l'exercera-t-il, et s'il l'exerce, trouvera-t-il un patrimoine capable d'en répondre? Il s'agit de fonctionnaires non comptables; le droit positif n'a organisé contre eux, à la différence de ce qu'il a fait pour les fonctionnaires comptables, aucune garantie spéciale au profit de l'État, et vraiment il serait bien difficile de les organiser. Combien de considérations étrangères au droit et, pour tout dire, de considérations de politique électorale feront sentir leur influence et empêcheront tout recours effectif contre le fonctionnaire en faute. Vraiment, admettre que l'État est directement et totalement responsable pour tout dommage causé par une faute personnelle quelconque du fonctionnaire, c'est réduire à néant la responsabilité personnelle des agents, et cela est grave, dangereux pour la bonne gestion des services. Là où sont l'action et le pouvoir doit être nécessairement la responsabilité. Le fonctionnaire agissant et parfois donnant des ordres doit être responsable. S'il ne l'est pas, il y a là une nouvelle cause de relâchement des services; et il y en a assez pour qu'on n'en ajoute pas de nouvelle.

Telle est la première raison pour laquelle, jusqu'à plus ample informé, je me refuse à dire que l'administration doit être déclarée directement et totalement

responsable de toute faute exclusivement personnelle du fonctionnaire. Ce n'est pas tout. Il peut certainement se trouver des circonstances dans lesquelles il est tellement évident que le fonctionnaire s'est placé en dehors du service, qu'il a cessé d'être fonctionnaire, que, suivant la formule de Laferrière, il a certainement agi non pas comme fonctionnaire, mais comme homme, avec ses passions, ses haines, ses faiblesses, tellement évident, dis-je, que tout le monde reconnaîtra incontestablement que l'État ne saurait être déclaré responsable de tels actes. Fliniaux, dans l'article cité au début de ce paragraphe, écrit très justement : « On ne peut songer à rendre responsable la personne morale administrative à raison de tout fait personnel quelconque accompli pendant la durée du service. Seule doit être prise en considération la faute personnelle de l'agent, accomplie non seulement pendant le service, mais encore à l'occasion de la fonction, ou, si l'on préfère une formule moins sujette à équivoque, à l'occasion de l'activité administrative de l'agent... Par exemple, l'employé d'un bureau de poste, derrière un guichet ouvert au public, tire des coups de revolver sur un particulier qui s'est présenté à ce guichet pour faire des opérations postales ; mais l'acte de l'employé a sa cause directe dans la mauvaise intelligence en laquelle il vit avec ce particulier dans la vie privée. Nous nous refusons à voir là un acte accompli par l'agent à l'occasion de son activité administrative, et, en conséquence, nous n'admettons pas que l'administration puisse être pécuniairement tenue de cet acte. » Fliniaux a cent fois raison. Il est des cas certainement où le fonctionnaire disparaît complètement, où il s'est placé véritablement en dehors du service, et où, par conséquent, l'administration ne peut pas être atteinte par la responsabilité, parce que, incontestablement, elle ne peut assurer que

le dommage qui dérive du service et qu'alors il n'en est point ainsi.

Par conséquent, la question se ramène à celle de savoir dans quel cas le fait fautif du fonctionnaire est ainsi absolument distinct de l'activité administrative.

Les auteurs qui enseignent, sans faire aucune distinction, que l'État est responsable de toute faute personnelle de ses agents, sont restés dominés à leur insu par cette idée que la faute personnelle du fonctionnaire est caractérisée par sa gravité. C'est une erreur. Ce qui caractérise la faute personnelle, c'est qu'en la commettant, le fonctionnaire s'est placé en dehors du service, a cessé d'être fonctionnaire; et toute la difficulté est de savoir dans quel cas, en fait, c'est l'homme et non le fonctionnaire qui a agi, l'activité individuelle et non l'activité fonctionnelle qui est intervenue.

J'ai essayé de démontrer plus haut, pages 262 et suivantes et dans une note de Sirey (1918-1919, II, p. 1), que la faute personnelle du fonctionnaire peut apparaître dans deux hypothèses différentes, que j'ai appelées l'hypothèse de la faute détachable et celle de la faute incluse. Dans la première, il y a un acte fautif qui est absolument distinct du service. Dans la seconde, il n'y a, en apparence, qu'un acte fonctionnel; mais quand on l'analyse, il apparaît que, soit par l'objet que le fonctionnaire a voulu lui donner, soit par le but qu'il a poursuivi, il s'est placé en dehors du service. J'estime que la distinction de ces deux hypothèses doit être en quelque sorte le fil conducteur pour permettre de se retrouver dans le labyrinthe de la faute personnelle et de la faute de service.

Quand il s'agit d'une faute incluse, on se trouve en présence d'un acte fonctionnel, l'administration doit être déclarée responsable envers le particulier, sauf à elle à établir contre le fonctionnaire qu'il est sorti du

service et qu'il doit, par conséquent, supporter définitivement la réparation du dommage. L'administré ne peut être obligé, lui, de procéder à l'analyse de laquelle résultera la démonstration d'une faute personnelle ; en apparence, il n'y a qu'un fait de service, l'administration doit en être responsable, sauf son recours contre l'agent. Quand, au contraire, il y a une faute complètement distincte de l'activité administrative, la responsabilité de l'État ne peut pas être engagée. Qu'on ne dise pas que s'il est responsable de la faute de service, il doit être *a fortiori* responsable de la faute plus grave qu'est la faute personnelle de l'agent. Qu'on ne dise pas davantage que la caisse collective devant réparer le dommage provenant d'un cas fortuit doit, *a fortiori,* indemniser du préjudice provenant d'une faute commise par un agent public. Assurément, l'administration doit supporter tout le risque administratif; mais un tel risque n'existe que lorsque le service public a fonctionné, et dans l'hypothèse actuelle, il n'en est pas ainsi ; ce n'est pas un service public qui a fonctionné, c'est un homme qui a agi avec ses passions, ses faiblesses ; c'est lui et lui seul qui doit être responsable.

On prétend que la jurisprudence du conseil d'État admet aujourd'hui sans faire de distinction la responsabilité de l'administration au cas de faute personnelle. Présentée ainsi, la proposition n'est pas exacte. Je ne crois pas qu'on puisse trouver une décision du conseil d'État ou du tribunal des conflits admettant la responsabilité de l'administration, quand il y a seulement une faute personnelle absolument distincte et séparée de l'activité administrative. On trouvera, au contraire, des décisions qui, en pareil cas, écartent la responsabilité publique, implicitement ou expressément. Je citerai notamment le jugement du tribunal des conflits du 17 novembre 1917, dans lequel, à propos de faute

commise par les agents publics dans l'exercice du droit de réquisition, on lit ceci : « Considérant que les faits tels qu'ils sont articulés ne sauraient être envisagés comme des faits personnels se détachant de la fonction..., que l'action en responsabilité ne pouvait donc être dirigée que contre l'État pour faute de service public. » Ce qui implique bien qu'à l'inverse, dans la pensée de la haute juridiction, s'il y avait eu un fait détachable de la fonction, l'action n'aurait pu être dirigée que contre le fonctionnaire et portée devant les tribunaux judiciaires (*Recueil,* 1917, p. 735).

On a montré que dans les deux arrêts cités précédemment, *Anguet,* 3 février 1911, et *Lhuilier,* 14 novembre 1919, si le conseil d'Etat a reconnu la responsabilité de l'État, c'est qu'il y avait à la fois faute personnelle de l'agent et faute du service public. Enfin, il n'est pas vrai que les deux arrêts *Thévenet,* 23 juin 1916, et *Lemonnier,* 26 juillet 1918, dont on fait si grand bruit, condamnent l'administration pour une faute personnelle de ses agents. Ils la condamnent, bien que l'autorité judiciaire ait décidé qu'il y avait faute personnelle, et cela est tout à fait différent. Je suis ainsi amené au second cas qui doit être examiné.

Deuxième cas : La juridiction administrative est appelée à statuer sur la responsabilité de l'administration, après que la juridiction judiciaire a décidé qu'il y avait une faute personnelle entraînant la responsabilité d'un simple particulier. La juridiction administrative peut-elle, malgré cela, reconnaître la responsabilité de l'administration et la condamner ?

Évidemment oui, et c'est ce qu'a fait le conseil d'État dans les deux arrêts précités, *Thévenet* et *Lemonnier.* Mais cela ne prouve en aucune façon que l'administration est alors condamnée pour faute personnelle de ses agents. Quand on le prétend, on ne s'aperçoit pas que

la décision, alors prise par la juridiction administrative, est purement et simplement la conséquence nécessaire de la séparation du contentieux judiciaire et du contentieux administratif et de l'indépendance des deux ordres de juridiction. Le tribunal judiciaire a reconnu la responsabilité personnelle d'un simple particulier. Cela peut-il exclure la responsabilité de l'administration et empêcher le tribunal administratif de la reconnaître et de la sanctionner? Évidemment non. Le tribunal judiciaire est resté dans la sphère légale de sa compétence en reconnaissant la faute personnelle d'un particulier. Le tribunal administratif reste dans la sienne en faisant abstraction de la décision judiciaire et en décidant de son côté que se trouvent réunies les conditions entraînant la responsabilité de la personne publique. C'est ce qu'a fait le conseil d'État dans l'affaire *Thévenet*, 23 juin 1916.

Il n'en est pas autrement lorsqu'un fonctionnaire est condamné pour faute personnelle par un tribunal judiciaire et que postérieurement le tribunal administratif est appelé à statuer sur la responsabilité publique. La décision de l'autorité judiciaire a résolu cette question de droit : y a-t-il une faute personnelle entraînant la responsabilité de l'agent? Elle a répondu oui. La question de droit posée au tribunal administratif est tout à fait différente ; la voici : le fonctionnement du service public a-t-il entraîné un dommage à un particulier? On ne peut invoquer devant le tribunal administratif la chose jugée par le tribunal judiciaire, puisque la question qui lui est posée est tout à fait différente. Mais, dit-on, il s'agit du même fait et l'une des juridictions ne peut décider qu'il est une faute personnelle, l'autre une faute de fonction. Pourquoi pas, puisque les juridictions sont indépendantes l'une de l'autre dans leur domaine respectif et surtout puisque dans le même fait

il peut très bien y avoir à la fois une faute personnelle de l'agent et un mauvais fonctionnement du service public?

Pas plus dans l'affaire *Lemonnier* que dans l'affaire *Thévenet,* le conseil d'État n'a condamné l'administration pour faute personnelle de ses agents. Elle l'a condamnée pour mauvais fonctionnement du service public, bien que le tribunal judiciaire ait décidé qu'il y avait faute personnelle et condamné le fonctionnaire. Qu'on relise avec soin l'arrêt *Lemonnier* et l'on verra que le conseil d'État fonde la responsabilité de la commune, non pas sur la faute personnelle du maire, mais sur l'absence ou l'insuffisance des mesures de police, ce qui est évidemment une faute de service. « Considérant, est-il dit dans l'arrêt, que l'autorité municipale, chargée de veiller à la sécurité des voies publiques, a commis une faute grave en autorisant l'établissement d'un tir sans s'être assurée que les conditions de l'installation et l'emplacement offraient des garanties suffisantes pour cette sécurité... » Ce considérant n'est-il pas la preuve que le conseil d'État ne condamne pas la commune à raison de la faute personnelle qu'aurait commise le maire, mais à raison du mauvais fonctionnement de la police? Il a plu à l'autorité judiciaire de décider que le maire a commis une faute personnelle; elle était dans sa compétence, et cette décision ne peut ni limiter la décision du tribunal administratif, ni lui servir de fondement. Celui-ci ne condamne pas l'administration et ne pouvait pas la condamner parce que l'autorité judiciaire avait décidé qu'il y avait faute personnelle, mais parce qu'il reconnaît que, quelle que soit la décision du tribunal judiciaire, il y a une faute de service, entraînant la responsabilité de l'administration.

Il est si vrai que le conseil d'État n'a pas rattaché la reconnaissance de la responsabilité de la commune à la

décision de la cour de Toulouse qui avait condamné le maire pour faute personnelle, que, s'il avait agi ainsi, son arrêt aurait manqué de base, car l'arrêt de Toulouse était frappé d'un pourvoi en cassation, et il était susceptible d'être anéanti. En fait, c'est ce qui est arrivé, puisque la chambre civile, par un arrêt du 5 janvier 1921, a décidé qu'il n'y avait pas faute personnelle du maire de Rocquecourbe. Si le conseil d'État avait fondé sa décision sur l'arrêt de Toulouse décidant qu'il y avait faute personnelle, elle se trouverait maintenant manquer de base légale, ce qui est inadmissible. Tout s'explique, au contraire, et se comprend aisément, si l'on admet le point de vue que je viens d'exposer.

Il n'en est pas moins vrai que, dans l'hypothèse que j'examine maintenant, où, d'une part, le tribunal judiciaire a condamné le fonctionnaire, et, d'autre part, le tribunal administratif a condamné l'administration, on se trouve en présence de cette situation que la victime est à la fois, pour la réparation du même dommage, créancière de l'agent public et créancière de l'administration, et qu'évidemment elle ne peut pas toucher deux fois pour la réparation du même préjudice. La solution doit être la même que dans la première hypothèse étudiée, car, finalement, on s'y trouve ramené. La victime peut s'adresser pour le tout à chacun de ses deux débiteurs qui sont tenus *in solidum,* et celui des deux qui aura payé le tout aura un recours contre l'autre. Pour quelle quotité? J'estime que le recours ne doit être possible en principe que pour la moitié, puisque, de l'application des deux décisions juridictionnelles, il résulte que la vérité légale est qu'il y a eu à la fois faute de fonction et faute personnelle, et que la responsabilité doit alors logiquement être partagée. Cependant il pourrait être soutenu qu'en fait il n'y a pas égalité de faute ; et pour les raisons qui ont été

dites précédemment, la charge définitive entre l'administration et le fonctionnaire devrait alors être partagée proportionnellement à la gravité des fautes respectives.

En tout cas, il me paraît incontestable que dans l'arrêt *Lemonnier*, le conseil d'État a outrepassé ses pouvoirs et statué *ultra petita* en décidant que si l'administration paie la totalité de l'indemnité, elle sera de plein droit subrogée dans les droits de la victime contre le fonctionnaire déclaré responsable. Par là, le conseil d'État est sorti complètement de son rôle juridictionnel; il était saisi de la question de savoir si l'administration devait être ou non déclarée responsable ; il devait répondre oui ou non et rien de plus. Il a répondu oui ; il devait condamner l'administration, mais il ne pouvait pas faire autre chose. Il ne pouvait pas donner à l'administration une situation spéciale qui lui permît d'exercer un recours dans des conditions déterminées contre un tiers qui n'était pas partie au procès. Il le pouvait d'autant moins qu'il n'était point saisi de la question de savoir si la commune aurait un recours contre le maire. Il statuait donc sur une question qui ne lui était pas posée, il excédait ses pouvoirs. Nouvelle décision qui permet légitimement de se demander si la jurisprudence du conseil d'État ne traverse pas une période critique.

Je conclus que cette question de la coexistence de la responsabilité personnelle du fonctionnaire et de la responsabilité de l'administration n'a soulevé tant de controverses que parce qu'on n'a pas fait les distinctions nécessaires; qu'en fin de compte, elle est simple ; que, sans doute, le domaine de la faute personnelle du fonctionnaire tend à se restreindre, mais que l'administration n'est pas, ne peut pas être responsable lorsque l'acte fautif est absolument séparé du service ; qu'en

effet, il peut y avoir en même temps condamnation du fonctionnaire par les tribunaux judiciaires et de l'administration par les tribunaux administratifs, parce que les uns et les autres ont une compétence qui s'exerce dans des domaines respectifs; qu'il peut y avoir en même temps faute personnelle et faute de service; que, s'il y a double condamnation, l'intéressé ne peut se faire payer qu'une fois; qu'il peut demander la totalité soit à l'administration, soit au fonctionnaire, et qu'entre eux la répartition définitive doit être faite proportionnellement à la gravité des fautes respectives.

Cf. arrêts du cons. d'État, dont quelques-uns déjà cités, 12 février 1909, *Compagnie Congo français, Recueil,* p. 152, Dall., 1910, III, p. 111; 3 février 1911, *Anguet, Recueil,* p. 146, S., 1911, III, p. 137, avec une note d'Hauriou; 23 juin 1916, *Thévenet, Recueil,* p. 244; *Revue du droit public,* 1916, p. 378, avec une note de Jèze et les conclusions de M. Corneille, commissaire du gouvernement; 15 mars 1918, *Beaudelet, Recueil,* p. 259, Dall., 1920, III, p. 6; 16 juillet 1918, *Lemonnier, Commune de Roquecourbe, Recueil,* p. 761, Dall., 1918, III, p. 9; S., 1918-1919, III, p. 41, avec une note d'Hauriou; *Revue du droit public,* 1919, p. 41, avec une note de Jèze, et *loc. cit.* les conclusions de M. Léon Blum, commissaire du gouvernement, qui ont entraîné le conseil d'État dans l'incorrection juridique signalée précédemment; 14 novembre 1919, *Lhuillier, Recueil,* p. 819; 7 juillet 1922, le conseil d'État décide que l'expéditeur d'un télégramme prétendant que si le télégramme n'est pas parvenu à sa destination, c'est le résultat de la collusion d'un employé avec un entrepreneur concurrent, l'administration n'est pas fondée à refuser de faire connaître le nom dudit employé, décision intéressante, S., 1922, III, p. 163, avec une note d'Hauriou. Le 15 janvier 1921, la cour de cassation a décidé qu'il n'y avait pas faute personnelle de la part du maire de Roquecourbe dans l'affaire *Lemonnier,* précédemment analysée, S., 1922, I, p. 177, avec une note de Mestre.

Parmi les nombreuses dissertations publiées sur la question de la coexistence des deux responsabilités, je cite notamment Jèze, *Revue du droit public,* 1914, p. 572, et 1919, p. 41; Hauriou, *Droit administratif,* 10e édit., 1921, p. 379 (les trois pages d'Hauriou sont ce qui a été écrit de mieux sur la question); Fliniaux, *Le cumul de la responsabilité de l'agent et de la responsabilité de la*

personne morale administrative, Revue du droit public, 1921, p. 333; J. Appleton, *Note* dans Dall., 1920, III, p. 1; Bertaud, *La responsabilité personnelle des fonctionnaires,* thèse Bordeaux, 1922; Cot, *La responsabilité civile des fonctionnaires,* thèse Paris, 1922; Dupeyroux, *Faute personnelle et faute de service public,* thèse Paris, 1922.

§ 85. — *La responsabilité de l'État juge.*

Il semble, au premier abord, que l'exercice de la fonction juridictionnelle doive entraîner la responsabilité du patrimoine public sous les mêmes conditions et dans la même mesure que l'exercice de la fonction administrative.

Si la souveraineté est une réalité, elle ne se manifeste pas d'une manière plus intense dans l'acte juridictionnel que dans l'acte administratif, et si elle ne s'oppose pas à la responsabilité de l'État administrateur, il n'y a pas de raison qu'elle s'oppose à la responsabilité de l'État juge. Si, comme je le crois, il n'y a point de souveraineté, on ne voit pas, semble-t-il, pourquoi la responsabilité du patrimoine public ne serait pas engagée par l'acte juridictionnel comme elle l'est par l'acte administratif, et pourquoi, toutes les fois que le service de justice a fonctionné contrairement à la loi et qu'il en est résulté un préjudice spécial pour un individu, la réparation n'en incomberait pas à la caisse collective. Ici, comme pour la fonction administrative, on peut dire que le service fonctionnant dans l'intérêt collectif, c'est la collectivité qui doit réparer le préjudice occasionné à quelques-uns dans l'intérêt de tous, réserve faite pour les cas où la responsabilité personnelle de l'agent de juridiction doit être engagée.

Et cependant des difficultés nombreuses se sont élevées à ce sujet. A mon sens, elles tiennent surtout à ce qu'on a posé la question de savoir si l'État peut être

responsable des actes accomplis par l'autorité judiciaire d'une manière générale et qu'on n'a pas pris garde que si l'autorité judiciaire fait habituellement des actes juridictionnels, elle fait aussi fréquemment des actes qui n'ont point ce caractère. Ainsi, dans la même formule, on a posé des questions qui doivent être soigneusement distinguées; et c'est de ne l'avoir point fait que sont nées la plupart des difficultés. La première question est celle-ci : l'État peut-il être responsable à l'occasion d'un acte juridictionnel? Et la seconde : l'État peut-il être responsable à l'occasion d'actes non juridictionnels faits par des agents de l'autorité judiciaire?

Première question. — L'État peut-il être responsable à l'occasion d'un acte juridictionnel? La question se pose dans les mêmes termes pour les actes de juridiction civile et de juridiction pénale, pour les jugements des tribunaux judiciaires et des tribunaux administratifs. D'une manière générale aussi, il faut répondre non. La raison en apparaît évidente. Elle n'est point dans la prétendue souveraineté de l'État qui n'existe pas plus quand l'État juge que quand il légifère ou qu'il administre; elle se trouve dans le caractère même de l'acte juridictionnel et de son rôle social. L'État doit être irresponsable à l'occasion des décisions de justice, même quand elles sont rendues contrairement au droit, même quand elles révèlent un mauvais fonctionnement du service.

J'ai montré au tome II, pages 308 et suivantes, que l'acte juridictionnel contient, d'une part, la solution donnée à une question de droit, de droit objectif ou de droit subjectif, et, d'autre part, une décision qui est la conséquence logique de la solution et qui tend à en assurer la réalisation et à donner ainsi une sanction sociale au droit. Suivant l'expression de Jèze, l'acte

juridictionnel a force de vérité légale, c'est-à-dire qu'il a force de vérité sociale. Il a ainsi une importance sociale particulière, puisqu'il est destiné à empêcher les luttes individuelles et à fixer définitivement, au cas de conflit, les situations de chacun. Cela est précisément l'autorité de la chosejugée. Le législateur organise contre les jugements certaines voies de recours. Lorsqu'elles sont épuisées ou qu'on n'en a pas fait usage, la décision juridictionnelle doit s'imposer à tous. S'il était permis à l'intéressé de demander une indemnité sous prétexte qu'il y a eu mal jugé, qu'un innocent a été condamné, que c'est à tort qu'une condamnation civile a été prononcée, ce serait remettre en question la chose jugée, ce qui est socialement impossible.

Mais, a-t-on dit, si ce raisonnement est exact lorsqu'il y a une condamnation prononcée, pénale ou civile, il ne peut être fait lorsqu'un prévenu ou un accusé ont été acquittés. Ils ont peut être subi de longs mois de prison préventive; ils ont été soumis aux tortures morales de l'instruction; ils ont dû payer les frais de leur défense, et maintenant ils sont acquittés. N'est-ce pas la meilleure preuve que le service de justice a mal fonctionné et que, par conséquent, l'État doit une réparation? Il la doit d'autant plus, ajoute-t-on, que malgré l'acquittement, l'opinion publique a toujours tendance à croire que l'innocence n'est pas complète, que, suivant l'expression populaire, il y avait bien quelque chose puisqu'il y a eu poursuite; et l'attribution d'une indemnité est le seul moyen de laver complètement l'acquitté de la fausse inculpation dont il a été l'objet.

Évidemment, ce raisonnement n'est pas dénué de valeur; et ici, l'autorité de la chose jugée ne peut être invoquée pour écarter la responsabilité de l'État. On comprend très bien un régime de droit positif dans lequel le tribunal prononçant un acquittement serait

toujours autorisé à donner une indemnité au prévenu ou à l'accusé qui en bénéficie. Le droit français n'admet certainement pas encore cette solution, et j'estime qu'il n'est pas désirable qu'il l'admette. En effet, au cas d'acquittement, on ne peut parler d'une responsabilité pour acte juridictionnel. Le service public de juridiction a vraiment parfaitement fonctionné puisque celui qui se prétendait innocent a été acquitté. Il ne peut point dire que la décision d'acquittement lui occasionne un préjudice puisqu'elle a précisément pour objet de le laver complètement et définitivement de l'inculpation dirigée contre lui. Les actes qui lui ont occasionné un préjudice, si effectivement il y a préjudice, les actes dont on peut dire qu'ils révèlent un mauvais fonctionnement du service, ce sont les actes de l'instruction, les mandats délivrés, les perquisitions ordonnées, le refus de la mise en liberté provisoire, les ordonnances ou les arrêts de renvoi. Or, la question de savoir si ces différents actes peuvent entraîner la responsabilité de l'État est très complexe. On ne peut pas dire, d'une manière générale, que l'acquittement est par lui-même la preuve que l'instruction a été mal faite, qu'il y a eu mauvais fonctionnement du service, parce que les débats à l'audience publique ont pu faire apparaître des éléments qui, malgré tous les soins du juge d'instruction, ne s'étaient point tout d'abord manifestés.

D'autre part, pour ces actes d'instruction judiciaire, il y a des distinctions à faire. Il en est beaucoup qui, quoique faits par des fonctionnaires de l'ordre judiciaire, n'ont point le caractère juridictionnel, par exemple les mandats, les perquisitions domiciliaires, les décisions sur la levée ou le maintien de la détention préventive; et la question spéciale de responsabilité qui se pose à l'occasion de ces actes rentre dans la seconde question

générale que j'ai annoncée et qui va être examinée plus loin.

Au contraire, l'ordonnance de renvoi du juge d'instruction ou l'arrêt de renvoi de la chambre des mises en accusation sont bien des actes juridictionnels, de véritables jugements, avec tous les caractères que j'ai attribués à l'acte juridictionnel. Ils ont force de chose jugée, uniquement, bien entendu, sur leur objet, c'est-à-dire l'existence de charges suffisantes contre l'inculpé ou le prévenu pour justifier son renvoi devant la juridiction de jugement, tribunal correctionnel ou cour d'assises. Autoriser l'individu acquitté à demander une indemnité parce que le juge d'instruction ou la chambre d'accusation se sont trompés puisqu'il a été acquitté, ce serait lui permettre de remettre en question ce qui a été régulièrement jugé et ce n'est pas possible. Il ne peut pas prétendre qu'il y a contradiction entre la sentence de renvoi et la sentence d'acquittement. La première décidait qu'il y avait des charges suffisantes pour justifier le renvoi ; la seconde décide que l'individu n'est pas coupable. Permettre à celui-ci de demander une indemnité, ce serait lui permettre de critiquer une décision de justice passée en force de chose jugée. La répression pénale serait alors nécessairement énervée et l'intérêt social singulièrement compromis.

Il convient, en outre, de faire observer que bien souvent l'acquittement est déterminé par des faits qui se sont révélés au cours des débats publics et que l'instruction ignorait malgré le soin avec lequel les recherches avaient été faites. D'autre part, en matière criminelle, le jury étant souverain et n'étant point tenu de motiver son verdict, il peut acquitter et il acquitte parfois bien que le fait criminel soit certain et même avoué. Responsable seulement devant sa conscience, il pousse parfois l'indulgence jusqu'au pardon et, en

pareil cas, rien ne pourrait autoriser une action en responsabilité contre l'État. Admettre qu'elle est recevable, ce serait ouvrir la porte à la critique même de la décision pénale, ce qui est socialement inadmissible.

Autorité de la chose jugée et irresponsabilité de l'État en matière juridictionnelle, ce sont deux notions qui sont absolument inséparables. Mais si, exceptionnellement, la loi admet que dans des circonstances déterminées pour des raisons supérieures de justice, l'autorité de la chose jugée peut être contestée et la décision juridictionnelle revisée, logiquement la responsabilité de l'État peut être alors engagée. Cependant, le code d'instruction criminelle, même dans la rédaction de 1867, qui admettait, d'une manière très restreinte d'ailleurs, certains cas de revision, n'autorisait point les tribunaux à allouer une indemnité à celui qui avait été frappé d'une condamnation anéantie sur le pourvoi en revision. La question ne s'était même pas posée au législateur dominé par la notion de souveraineté et qui n'apercevait même pas la possibilité que la responsabilité de l'État fût engagée. Il a fallu arriver à la loi du 8 juin 1895, qui, modifiant les articles 443 et suivants du code d'instruction criminelle, élargit considérablement les cas de revision en matière pénale et contient une disposition ainsi conçue : « L'arrêt ou le jugement d'où résultera l'innocence d'un condamné pourra, sur sa demande, lui allouer des dommages et intérêts, à raison du préjudice que lui aura causé la condamnation... » (Code d'instruction criminelle, art. 446, rédaction de la loi du 8 juin 1895).

C'est le seul cas où notre législation positive admette la responsabilité de l'État à l'occasion d'un acte juridictionnel. Le législateur est parti de cette double idée : d'une part, que l'autorité de la chose jugée ne s'opposait pas à la responsabilité de l'État puisqu'elle était anéantie

par la revision, et, d'autre part, qu'il y avait une faute de service public peut-être très légère, peut-être excusable, que même, s'il n'y a pas eu faute, il y a eu violation du droit puisqu'on a condamné un individu reconnu innocent; on l'a condamné dans l'intérêt social, il est de toute justice que la réparation du préjudice (dans la mesure où elle est possible) soit supportée par le patrimoine social.

La pensée certaine du législateur de 1895 a été de restreindre la responsabilité de l'État en matière juridictionnelle au cas de revision d'une condamnation pénale. Dans sa séance du 7 avril 1892, la chambre des députés avait voté, sur la proposition de M. Pourquery de Boisserin, le texte suivant: « Toute personne poursuïvie pour crime ou délit et acquittée, toute personne arrêtée préventivement sous l'inculpation d'un crime ou d'un délit dont l'instruction sera clôturée par une ordonnance ou un arrêt de non-lieu, aura la faculté de demander une indemnité qui pourra lui être accordée. » La suite du texte posait certaines conditions pour que l'indemnité pût être accordée. La commission du sénat avait adopté ce même principe en le formulant seulement d'une manière plus précise. Malgré l'intervention de M. Bérenger, le sénat, sur les observations du garde des sceaux, M. Antonin Dubost, rejeta l'article proposé par la commission et vota le texte reproduit plus haut (séance du 13 février 1894). Le conseil d'État s'était montré également hostile à l'extension de la responsabilité (*Rapport* de M. Jacquin, conseiller d'État, Sirey, *Lois annotées*, 1895, p. 1091).

Deuxième question. — L'État peut-il être déclaré responsable à l'occasion d'actes non juridictionnels accomplis par un agent appartenant à l'ordre judiciaire? Ici on n'aperçoit pas pourquoi l'État ne serait point responsable. Ces actes non juridictionnels faits par des agents de l'ordre judiciaire sont extrêmement nombreux en matière civile et surtout en matière pénale. Ce sont, par exemple en matière pénale, les divers mandats, les arrestations, les perquisitions, et en matière civile, tous les actes intéressant les incapables. Ici, évidemment, on ne peut pas invoquer pour

écarter la responsabilité de l'État le principe de l'autorité de la chose jugée, puisqu'il n'y a pas eu jugement, et cependant on affirme encore, d'une manière générale, l'irresponsabilité de l'État à l'occasion de pareils actes. D'excellents auteurs, comme M. Teissier, enseignent sans hésiter que l'État échappe à toute responsabilité à l'occasion de tous les actes accomplis par l'autorité judiciaire : « Sauf le cas d'innocence reconnue après revision, dit-il, les préjudices de toute espèce, quelque graves qu'ils soient, causés par le fonctionnement de la justice répressive et notamment par des poursuites aboutissant à des acquittements ou bien par des perquisitions, par des saisies d'objets ou de documents, ne sont pas de nature à engager la responsabilité de l'État; et cette règle s'applique aux opérations de justice qui sont effectuées, non par des magistrats à proprement parler, mais par des fonctionnaires administratifs investis de fonctions de police judiciaire » (*Répertoire de droit administratif*, v° *Responsabilité*, n° 42).

Il y a là certainement une erreur qui provient de ce qu'on n'a pas su faire la distinction parmi les actes accomplis par des agents de l'ordre judiciaire, la distinction des actes ayant caractère juridictionnel et de ceux qui ne l'ont pas. On a montré que l'État, en effet, ne peut être responsable lorsque l'on prétend que le préjudice a eu pour cause un acte juridictionnel; au contraire, il n'y a pas de raison qu'il ne le soit pas s'il s'agit d'un acte fait par une autorité de l'ordre judiciaire, mais d'un acte qui a, au point de vue matériel, le caractère d'acte administratif. Si l'on admet, et on a vu au paragraphe précédent qu'il est bien difficile de ne pas l'admettre, que l'État est responsable tout au moins du préjudice occasionné par le mauvais fonctionnement d'un service public, on ne voit pas pourquoi il ne le serait pas à propos du service de justice. Il ne

peut pas être responsable quand il y a une décision passée en force de chose jugée; mais il doit l'être toutes les fois qu'il y a des actes qui ont le caractère interne d'actes administratifs. On ne comprend pas pourquoi l'État serait ou non responsable suivant que ses actes sont faits par des agents administratifs ou des agents judiciaires.

Toute la question est donc de savoir si les actes faits par des agents de l'ordre judiciaire ont, au point de vue matériel, le caractère juridictionnel ou le caractère administratif, et pour faire la distinction, il faut appliquer le critérium de l'acte juridictionnel que j'ai longuement analysé au tome II, pages 308 et suivantes. Il n'y a point lieu de distinguer suivant que l'acte non juridictionnel émane d'un agent judiciaire permanent ou d'un agent qui, habituellement administratif, est intervenu avec le caractère judiciaire. Dans les deux cas, la responsabilité de l'État est également engagée et sous les mêmes conditions.

Cependant, il est peut-être difficile d'admettre ici la responsabilité générale de l'État pour risque social, de dire que toutes les fois que le fonctionnement du service de justice a eu pour conséquence de léser particulièrement une ou plusieurs personnes, l'État doit réparation, même quand le préjudice résulte d'un cas fortuit. Ce serait peut-être aller trop loin, et le droit public n'est certainement pas encore parvenu à cette conception. Mais je n'hésite pas à maintenir que tout acte ayant matériellement le caractère d'un acte administratif ou d'une opération administrative engage la responsabilité de l'État, alors même qu'il est fait par un agent de la police judiciaire, quand il révèle une faute de service, dont l'appréciation est naturellement laissée au jugement des tribunaux compétents.

Puisque, par hypothèse, nous nous trouvons en pré-

sence d'actes ou d'opérations administratifs, tout ce qui a été dit précédemment de la responsabilité pouvant naître des actes administratifs doit recevoir ici son application. La faute pourra consister soit dans la violation d'une loi de forme ou de compétence, soit dans une négligence, une inattention qui, sans constituer une faute personnelle de l'agent, constituent assurément, suivant la terminologie courante, une faute du service public de justice. Il importe d'ailleurs de bien comprendre que le fait d'un acquittement postérieur ne suffit pas pour établir une preuve irrécusable de la faute de service; ce pourra être une présomption, mais rien de plus. Car les circonstances peuvent avoir été telles qu'il n'y a eu de la part des agents judiciaires aucune faute à procéder à l'arrestation, à ordonner la détention préventive, à prononcer l'ordonnance ou l'arrêt de renvoi. Le tribunal saisi de la question de responsabilité devra apprécier les circonstances de fait, comme le point de savoir si toutes les prescriptions de la loi ont été observées.

Le tribunal compétent sera évidemment le conseil d'État, suivant la jurisprudence qui paraît définitivement établie et qui donne au conseil d'État la connaissance de tous les procès en responsabilité des services publics. Cf. paragraphe 55. La qualité des agents ne peut avoir de conséquences que sur leur responsabilité personnelle. Celle des agents judiciaires ne peut être mise en jeu, d'après le droit français, que par la procédure de la prise à partie, établie par les articles 505 à 516 du code de procédure civile, desquels il faut rapprocher les articles 483 et suivants du code d'instruction criminelle. Cf. paragraphe 72.

Si la solution de principe me paraît certaine, je reconnais aisément que l'application pratique pourra soulever des questions délicates d'appréciation au point

de vue de la faute du service. Si l'affaire est portée devant le conseil d'État, la haute assemblée la résoudra certainement avec la largeur de vue et le sentiment de justice impartiale qui inspirent sa jurisprudence dans toutes les questions de responsabilité.

D'autre part, et surtout, il peut être aussi délicat de distinguer parmi les actes qui préparent la décision de justice en matière pénale ceux qui n'ont point intrinsèquement le caractère d'actes juridictionnels et ceux qui ont au contraire ce caractère. Il est certain que les arrestations, les mandats, les décisions sur la levée ou le maintien de la détention préventive sont des actes qui, quoique faits par des agents judiciaires, ont le caractère d'actes ou d'opérations administratifs. Mais en est-il de même des ordonnances ou des arrêts de renvoi? Peut-on trouver dans ces actes les éléments constitutifs de l'acte juridictionnel? Je le crois. L'agent prend ici une décision produisant des effets particuliers : elle saisit une juridiction, elle est la conséquence logique de la constatation qu'il existe des charges suffisantes. L'arrêt de renvoi de la chambre des mises en accusation produit un changement d'état dans la personne de l'infracteur qui de prévenu devient accusé. Les décisions de renvoi ont, ce me semble, véritablement autorité de chose jugée. S'il en est ainsi, elles ne peuvent pas, d'après ce qui précède, entraîner la responsabilité publique.

La solution que je donne relativement à la responsabilité de l'État à l'occasion des actes de police judiciaire n'est pas en général admise. Rolland (*Revue du droit public,* 1909, p. 727) écrit : « Il est certain... que l'irresponsabilité de l'État en matière judiciaire s'étend aux actes de police judiciaire, notamment aux arrestations opérées par le personnel chargé de celles-ci. » C'est aussi, comme je l'ai déjà dit, l'opinion de Teissier, *Responsabilité de la puissance publique, Répertoire de droit administratif,* v° *Responsabilité,* n° 42 *in fine,* et publication séparée, et de Garraud,

Précis de droit criminel, 13e édit., 1921, p. 819. Cependant Rolland, avec beaucoup d'hésitations et de réserves, serait tenté d'admettre la responsabilité de l'État, quand il est résulté de l'acte de police judiciaire un préjudice tout à fait anormal, bien que l'agent n'ait pas dépassé ses pouvoirs légaux, et quand l'agent de police judiciaire a outrepassé ses pouvoirs légaux sans commettre cependant une faute personnelle.

La société des prisons, dans sa discussion de 1901 à la suite du rapport de Larnaude sur les garanties de la liberté individuelle (*Revue pénitentiaire,* 1901, p. 185), paraît n'avoir admis la responsabilité de l'État que dans le cas où il y a eu violation de la loi par l'agent de police judiciaire. Cf. le rapport de Lerebourg-Pigeonnière, *Revue pénitentiaire,* 1901, p. 1130.

Dans la proposition de loi de M. Clemenceau en 1904 sur la liberté individuelle était posé le principe de la responsabilité de l'État au cas de violation de la liberté individuelle par des actes de police judiciaire. Dans le projet déposé le 18 janvier 1907 au sénat par le ministère Clemenceau, on ne trouve rien de pareil (*J. off., Doc. parl.,* Sénat, 1907, session ordinaire, p. 2). Enfin dans le projet voté en deuxième lecture le 2 mars 1909 sur le rapport de M. Monis (*J. off., Doc. parl.,* Sénat, 1909, session ordinaire, p. 542), on trouve un article 7 qui précise les cas où les magistrats peuvent être pris à partie et contient *in fine* la disposition suivante : « L'État est civilement responsable des condamnations en dommages-intérêts qui seront prononcées en raison de ces faits contre les magistrats, sauf son recours contre ces derniers. » Ainsi le sénat ne reconnaît que la responsabilité des agents au cas de faute personnelle donnant ouverture à la prise à partie et la responsabilité civile de l'État; il écarte ainsi la responsabilité directe de l'État au cas de faute du service sans faute personnelle de l'agent. Le sénat, par là, se mettait en contradiction flagrante avec l'évolution du droit moderne. Le même texte cependant a été voté par la chambre le 16 juillet 1919 sur la proposition de M. Paul Meunier, et à nouveau par le sénat, en première lecture, le 22 juin 1922.

Rolland, très justement, critique cette disposition qui est en contradiction avec tout le système, aujourd'hui constitué, de la responsabilité générale de l'État et d'après lequel celui-ci est certainement responsable de toutes les fautes de service public. Qu'on admette sa responsabilité, même pour les fautes personnelles de ses agents, j'ai montré au paragraphe 84 dans quelle mesure c'est possible. Mais ce qui est certain, c'est que l'État est

responsable de toute faute de service public, et il n'y a aucune raison d'écarter cette responsabilité quand la faute est commise par le service judiciaire. Qu'on admette la responsabilité de l'État et au cas de faute de service et au cas de faute personnelle, fort bien ; qu'on ne l'admette qu'au cas de faute personnelle c'est une régression inadmissible. Fliniaux approuve au contraire la disposition votée par les chambres et rattachant alors la responsabilité de l'État à l'article 1384 du code civil (*Revue du droit public*, 1921, p. 355). Tous les juristes qui connaissent un peu le droit public sont d'accord pour dire que l'article 1384 n'a rien à faire ici.

Rolland (*loc. cit.*, p. 738) et Fliniaux (*loc. cit.*, p. 355) estiment qu'il faudrait attribuer compétence aux tribunaux judiciaires parce qu'il s'agit d'apprécier le fonctionnement du service judiciaire. Cette raison ne me touche pas. Il s'agit de la responsabilité de l'État à l'occasion du mauvais fonctionnement d'un service public ; je ne vois aucune raison pour écarter la compétence du conseil d'État, laquelle est consacrée par une jurisprudence constante et donne toute garantie aux justiciables. Il ne s'agit pas d'apprécier en réalité la conduite personnelle d'un agent de l'ordre judiciaire, mais de décider si le service public de justice a bien ou mal fonctionné, de statuer sur la responsabilité de l'État à l'occasion d'un service public. Je ne vois aucune raison de faire une dérogation aux règles générales de compétence.

Il faut dire cependant que le conseil d'État s'est déclaré incompétent pour connaître d'une action en responsabilité contre l'État, fondée sur une faute du service public consistant en ce que le procureur de la République aurait commis une erreur dans l'inscription de l'hypothèque légale d'un mineur. Le conseil d'État se déclare incompétent, « considérant que les faits dont les requérants demandent réparation à l'État et qui, suivant eux, constitueraient une faute du service public, sont intimement liés à l'exercice d'une fonction judiciaire, qu'en effet l'erreur dont les conséquences ont pu être dommageables pour les requérants a été commise par un magistrat dans l'exercice de la fonction de contrôle conférée au parquet en matière de tutelle, qu'il suit de là que l'appréciation de l'acte entaché d'erreur se rattache au fonctionnement du service de la justice civile et n'appartient qu'à l'autorité judiciaire » (31 janvier 1919, *Lambertin*, *Recueil*, p. 116). Dans le même sens, arrêt du conseil d'État, 26 novembre 1920, *Spitz*, *Recueil*, p. 1005 ; 25 février 1921, *Recueil*, p. 231.

Je fais les réserves les plus expresses sur l'exactitude d'une

pareille solution. Le conseil d'État reste dominé par l'idée qu'en statuant en pareil cas sur la question de responsabilité de l'État, il aurait l'air de s'immiscer dans le domaine judiciaire. Je viens de dire qu'il n'en serait point ainsi parce qu'il n'a point à apprécier un acte judiciaire, mais simplement à décider si le service public de justice a bien ou mal fonctionné.

§ 86. — *La responsabilité de l'État législateur.*

Tant que la loi a été unanimement considérée comme le commandement adressé à ses sujets par le détenteur de la puissance souveraine, la question de savoir s'il pouvait naître pour lui une responsabilité du fait d'édicter une certaine loi ne se posa point. Si, comme le pensait Rousseau, le souverain est seul juge des limites de son action, comme la loi est par définition l'expression de la volonté du souverain, la loi ne peut jamais violer le droit et, par conséquent, la loi ne peut jamais être la cause d'une responsabilité qui atteindrait l'État ou ceux qui expriment sa volonté souveraine.

Il en est de même dans la doctrine allemande contemporaine : la loi est l'expression de la volonté souveraine de l'État ; cette volonté souveraine crée le droit et, par conséquent, la loi ne peut constituer une violation quelconque du droit, puisque par définition même elle est le droit. Sans doute, dans la conception de la Déclaration des droits de 1789 et de la constitution de 1791, bien que la loi pût se définir l'expression de la volonté générale, on admettait cependant que les pouvoirs du législateur étaient limités, et il était dit au paragraphe 3 du titre I que « le pouvoir législatif ne pourra faire aucunes lois qui portent atteinte et metten obstacle à l'exercice des droits naturels et civils » Logiquement, on pouvait, dès lors, concevoir que si une loi était édictée qui fût une violation des droits naturels ou civils garantis par la constitution, une res-

ponsabilité atteignait, suivant les cas, soit l'État, soit les membres du corps législatif qui auraient voté une semblable loi. Mais la constitution de 1791 consacrait le principe de l'irresponsabilité des représentants de la nation (tit. III, chap. I, sect. v, art. 7); de la responsabilité de l'État, il n'était point question; c'est une idée qui, on l'a montré au paragraphe 81, était totalement inconnue des hommes de la Révolution. On affirme le principe de la responsabilité des agents publics; mais nul ne songe à la responsabilité possible de l'État. L'État dans l'exercice de la puissance publique est irresponsable surtout quand il fait la loi.

C'est un dogme qui persiste de nos jours encore, malgré les progrès considérables qu'a faits l'idée de responsabilité publique. Par exemple, M. Teissier, qui comme commissaire du gouvernement au conseil d'État, a contribué pour une si large part à l'établissement de la jurisprudence qui reconnaît la responsabilité de l'État même à l'occasion d'actes qualifiés d'actes d'autorité, écrit cependant : « Les lois... constituent au premier chef des actes de souveraineté et les dommages qu'elles causent aux particuliers ne peuvent, sauf disposition contraire, donner lieu à une action en responsabilité contre l'État, ni devant la juridiction administrative, ni devant l'autorité judiciaire » (*Répertoire de droit administratif,* v° *Responsabilité,* n° 17).

M. Teissier apporte à cette proposition d'importantes restrictions, suivant en cela la jurisprudence actuelle du conseil d'État (cf. *supra,* § 80). Mais en 1895 et en 1896, Michoud et Laferrière affirmaient, d'une manière absolue et sans réserve, l'irresponsabilité de l'État législateur comme une conséquence de la souveraineté. « Dans notre organisation constitutionnelle, disait Michoud, tout au moins la question de responsabilité pour faute ne peut pas se poser à l'égard des actes du

pouvoir législatif. Il est strictement vrai de dire que le législateur ne commet pas de faute au sens juridique du mot, parce que son droit est sans limite d'ordre constitutionnel ou légal. » Et Laferrière : « Il est de principe que les dommages causés à des particuliers par des mesures législatives ne leur donnent aucun droit à indemnité. La loi est, en effet, un acte de souveraineté et le propre de la souveraineté est de s'imposer à tous sans qu'on puisse réclamer d'elle aucune compensation. Le législateur peut seul apprécier... s'il doit accorder cette compensation. »

Michoud, *De la responsabilité de l'État, Revue du droit public*, 1895, II, p. 254; Laferrière, *Juridiction et contentieux*, 2e édit., 1896, II, p. 12.

J'ai déjà montré au paragraphe 80, en étudiant la force obligatoire des contrats passés par l'État, que la question de la responsabilité de l'État législateur se pose d'une manière très délicate dans ses rapports avec ses cocontractants, et cela est une preuve frappante que le dogme de la souveraineté législative est dès à présent singulièrement ébranlé, s'il n'est pas encore complètement renversé. Mais la question de la responsabilité de l'État législateur se pose dans des conditions beaucoup plus larges. Assurément, la loi prise en elle-même ne peut pas occasionner un préjudice à qui que ce soit, parce qu'elle est une règle générale et abstraite par laquelle l'État n'entre pas en relations avec les autres personnalités. Le dommage, s'il existe, sera causé non pas, à vrai dire, par la loi, mais par l'application qui en est faite. C'est par abréviation qu'on parle du dommage occasionné par la loi.

Cela dit, étant supposée une loi dont l'application entraînera certainement un préjudice pour un ou plusieurs individus, l'État peut-il être déclaré responsable envers eux? Non, assurément; si l'État législateur est

souverain. Mais si, comme je crois l'avoir démontré, la notion de souveraineté est irréelle et caduque, si, d'autre part, dans les conceptions juridiques actuelles, l'État est assureur envers les administrés de tout le risque qui résulte de son activité générale, ne doit-on pas dire que cette assurance couvre même le risque résultant de l'application d'une loi, puisque, en définitive, toute loi a pour but de créer un service public ou d'en régler le fonctionnement? Aussi bien, je ne suppose pas que la loi soit en elle-même contraire au droit supérieur qui, on est bien obligé de le reconnaître, quelque fondement qu'on lui donne, s'impose au législateur. Si ce droit supérieur est violé, la question qui se pose est celle de la validité de la loi, et dans les pays qui ont organisé une haute juridiction pouvant statuer sur la validité des lois se posera aussi la question de savoir si elle peut allouer une indemnité aux victimes d'une loi contraire au droit supérieur. La question sera étudiée au chapitre VI; pour le moment, elle n'est pas là. Je suppose une loi qui n'est point en elle-même contraire au droit supérieur, mais dont l'application est pour quelques-uns la cause d'un préjudice spécial, et je demande si le principe de l'assurance par l'État du risque social doit s'appliquer. La notion de souveraineté législative étant écartée, pourquoi n'appliquerait-on pas le principe du risque à l'activité législative comme à l'activité administrative, voilà toute la question. Elle est d'ailleurs d'importance.

A mon sens, pour la résoudre utilement, il faut comprendre qu'elle est complexe; qu'en réalité, elle contient en elle deux questions qui, sans doute, se pénètrent intimement, dépendent même l'une de l'autre, mais qui doivent être examinées séparément parce que leur solution, en réalité, met en jeu des notions d'ordre différent. La distinction de ces deux questions est la condi-

tion indispensable pour édifier une théorie cohérente de la responsabilité de l'État législateur. La première est de savoir si le législateur qui fait une loi dont l'application occasionnera certainement un préjudice spécial à quelques-uns est tenu par le droit supérieur qui s'impose à lui d'inscrire dans la loi une clause expresse décidant qu'une indemnité appréciée par les tribunaux sera payée par l'État à ceux qui subiront, du fait de la loi, un préjudice spécial. Cette première question résolue, il reste la seconde, celle de savoir si le législateur ayant omis de réserver l'indemnité dans un cas où il aurait dû le faire, les tribunaux peuvent l'accorder malgré le silence de la loi.

Première question. — Le législateur faisant une loi dont l'application occasionnera forcément un préjudice à certaines personnes est-il obligé, en vertu du droit qui s'impose à lui, de réserver expressément dans la loi le principe d'une indemnité? La question ainsi posée implique bien entendu que l'on admette l'existence d'un droit supérieur à l'Etat, quel que soit le fondement qu'on lui donne, qu'on le rattache simplement au fait social ou qu'on le fasse découler d'un principe supérieur de droit naturel. Quel que soit le point de vue adopté, j'estime qu'on ne peut pas ne pas admettre que le législateur est lié par un droit supérieur à lui-même. Ce droit supérieur l'oblige-t-il à réserver une indemnité pour ceux que lèse l'application d'une loi?

Pour répondre à la question, il faut, à mon avis, distinguer deux hypothèses, la solution devant être différente dans chacune d'elles.

Premier cas. — Le législateur fait une loi qui interdit ou restreint une certaine activité qui jusque-là était libre, mais qui, à un moment donné, est considérée comme dangereuse pour le développement physique, intellectuel ou moral de l'individu et par là même de

la nation. En pareil cas, le législateur n'est point obligé par le droit supérieur d'inscrire dans la loi le principe d'une indemnité à payer par l'État à ceux qui, par l'application de la loi nouvelle, vont se trouver dans l'impossibilité de continuer l'exploitation d'une certaine industrie et, de ce fait, éprouveront un dommage peut-être très élevé.

En votant une loi qui interdit l'exercice d'une industrie, certainement nocive en elle-même, le législateur ne fait que constater une règle de droit qui existait déjà. Il donne une sanction organisée à une règle de droit antérieure et ne crée point une règle nouvelle. Les industriels qui s'enrichissaient au détriment de la collectivité tout entière ne peuvent se plaindre que le législateur intervienne pour interdire, sous une sanction effective, la continuation de leur coupable industrie. L'État, en intervenant, a pour but la conservation de l'individu et de la race ; il ne peut pas en être déclaré responsable ; il serait plutôt responsable s'il n'intervenait pas.

On objecte cependant qu'il peut se faire qu'à la faveur de la législation antérieure des industries se soient légitimement établies, que des capitaux importants aient été engagés, que de nombreux ouvriers et leur famille vivent de l'entreprise, que si l'État fait une loi qui interdit désormais une pareille industrie, elle équivaut à une véritable expropriation, qu'il est, par conséquent, de la plus élémentaire équité que l'État répare le préjudice peut-être considérable qui va résulter pour quelques uns de la loi nouvelle. On ajoute que l'obligation pour l'État d'allouer en pareil cas une indemnité n'est que la conséquence logique des idées de risque social et d'assurance collective qui ont été précédemment développées. C'est dans l'intérêt de la collectivité que la mesure est prise par le législateur ; il en résulte pour

quelques-uns un dommage spécial ; par conséquent, le principe de l'égalité de tous devant les charges publiques exige que la caisse collective répare le préjudice subi par quelques-uns dans l'intérêt de tous.

L'argument, de prime abord, paraît irréfutable. Si l'on y regarde de plus près, on s'aperçoit cependant qu'il n'est pas péremptoire, bien loin de là. Je maintiens sans réserve ce que j'ai dit aux paragraphes 82 et 83, sur le principe de l'égalité des charges publiques et de la solidarité nationale et sur l'obligation pour la caisse collective d'assurer le risque social. Mais pour qu'une personne quelconque puisse invoquer ces principes, il faut qu'elle ne viole pas le droit, qu'elle ne se trouve pas dans une situation en elle-même contraire au droit. Il me paraît incontestable que quiconque fait un acte en soi contraire au droit, ou profite d'une situation quelconque qui est illicite, ne peut prétendre que la suppression de cette situation ou l'interdiction de cette activité lui ouvre droit à une indemnité. Peut invoquer le principe de l'égalité devant les charges publiques et de l'assurance contre le risque social celui-là seul qui agit conformément au droit ou se trouve dans une situation licite. Tel n'est pas le cas de l'industriel qui exploite une entreprise nocive à la collectivité et par conséquent antisociale et contraire au droit. Cette entreprise et la situation qui en résulte étaient illicites bien avant que le législateur positif l'eût interdite. Si cette interdiction cause à l'industriel un dommage, il ne peut s'en plaindre ; car il ne peut se fonder, pour obtenir une réparation, sur le fait qu'il exerçait une activité illicite et antisociale. Il devrait être bien plutôt obligé de verser à la caisse sociale tout ou partie des bénéfices illicites qu'il a réalisés ; illicites, puisque c'était au moyen d'une entreprise antisociale.

Il faut ajouter que si l'on décidait que le législateur

doit reconnaître le principe de la responsabilité étatique toutes les fois qu'une loi nouvelle vient, par une prohibition, occasionner un préjudice à une certaine catégorie de citoyens, il n'y aurait pas de loi prohibitive nouvelle qui ne devrait contenir cette réserve, car il n'y en a pas dont vraiment l'application ne soit pas, pour quelques-uns, une cause de préjudice. Ce serait entraver le législateur dans l'accomplissement des réformes les plus urgentes et les plus nécessaires.

Qu'aucune indemnité ne soit due quand le législateur interdit une activité en soi mauvaise pour la collectivité et comme telle contraire au droit, cela apparaît évident et n'est contesté par personne quand il s'agit de certaines prohibitions. Par exemple, en France, avant l'article 4, § dernier, de la loi du 27 mai 1885, modifié par l'article 2 de la loi du 3 avril 1903, le métier de souteneur n'était pas, comme tel, contraire à la loi. Il est évident que l'application de ces lois, si elle avait lieu véritablement, occasionnerait un grave préjudice à ceux qui exercent cette profession et aux restaurateurs et logeurs qui les nourrissent et les logent. On ne dira pas, je suppose, que la loi aurait dû allouer une indemnité aux uns et aux autres.

Il ne doit pas en être différemment lorsque, pour être moins apparent, le caractère illicite de l'activité prohibée par la loi nouvelle n'en est pas moins certain. Les lois de 1885 et de 1903 ont interdit le vagabondage spécial parce qu'il est illicite étant nocif à la santé morale de la nation. Telle loi, comme celle prohibant l'emploi du blanc de céruse, la consommation des boissons toxiques comme l'absinthe, prohibe aussi ces pratiques parce qu'elles sont contraires à la santé physique du pays; leur caractère illicite n'en est pas moins certain, et si aucune indemnité n'est due dans le premier cas, aucune n'est due non plus dans le second. Toute la question

est de savoir s'il est certain que l'activité interdite est antisociale, parce que dangereuse pour la santé morale ou physique de la collectivité. Si ce point est établi, et il faut supposer qu'il le soit, l'activité est illicite ; le législateur, en la prohibant expressément, ne fait que formuler une défense que le droit objectif contenait déjà ; aucune indemnité ne peut être due.

La question de l'attribution d'une indemnité a été discutée à la chambre et au sénat, au moment du vote de la loi du 20 juillet 1909, portant interdiction de l'emploi du blanc de céruse. Et cependant, il n'y avait pas plus de raison d'allouer une indemnité aux fabricants de céruse qu'aux restaurateurs et aux logeurs dans l'hypothèse précédente. L'emploi du blanc de céruse quand il était légal formait un débouché à leur produit ; cet emploi est reconnu nocif ; il est déclaré illégal ; ce débouché se trouve fermé pour leur industrie ; ils ne peuvent se plaindre, car le législateur ne fait que formuler une règle conforme au droit. Cependant, à deux reprises, le sénat vota le principe d'une indemnité accordée aux industriels exploitant des fabriques de blanc de céruse. M. Ponthier de Chamaillard, M. Guillier et M. Prevet soutenaient que la loi impliquait expropriation d'une propriété industrielle. C'était une erreur que M. Viviani a très justement relevée (Sénat, séances du 4 décembre 1906 et du 21 mai 1909). Dans cette dernière séance, M. Viviani, ministre du travail, rappela l'exemple de la loi allemande qui prohibe l'emploi du phosphore blanc pour la fabrication des allumettes, et la loi autrichienne de 1905 prohibant l'emploi de la céruse. Finalement, sur le rapport d'une commission interparlementaire, l'accord s'est fait entre la chambre et le sénat : aucune indemnité n'est accordée aux fabricants de céruse, mais l'interdiction est déclarée applicable seulement à l'expiration de la cinquième année qui suivra la promulgation de la loi (L. 20 juillet 1909, art. 2). Cf. J. Barthélemy, *Revue du droit public,* 1907, p. 92.

Signalons aussi la loi du 6 avril 1910 qui interdit la vente du biberon à tube, indiqué par les médecins depuis plusieurs années comme une des causes principales de la mortalité infantile. Cette loi ne réserve aucune indemnité au profit des industriels qu'atteint son application et le rapporteur de la loi à la chambre, M. Durand, disait très justement : « Il y a un départ à faire très net entre l'expropriation et la substitution de l'industrie de

l'État à l'industrie d'un particulier, et dans ce cas l'indemnité est due, et entre les industries que l'État fait disparaître purement et simplement dans un but d'intérêt général qui, ici, dans l'espèce, est la protection de la race » (*Revue du droit public*, 1910, p. 374, *note* de M. Bouchard).

La loi du 16 mars 1915 a très heureusement interdit la fabrication, la vente en gros et au détail, ainsi que la circulation de l'absinthe et des liqueurs similaires. Les chambres étaient saisies depuis longtemps de propositions ayant le même objet et dès le 16 juillet 1908, le sénat avait voté la prise en considération d'une proposition en ce sens de M. de Lamarzelle et d'un grand nombre de ses collègues. Mais il est probable que sans la guerre, cette indispensable mesure n'aurait pas abouti parce que de puissants intérêts l'auraient empêchée. Les chambres ont su en triompher sous la pression des événements et il importe de noter que très justement la loi du 16 mars 1915 n'a point accordé d'indemnité aux fabricants d'absinthe. Cependant une loi du 29 mars 1915 portait ouverture d'un crédit additionnel de 500.000 francs « pour indemnité aux cultivateurs de grande et petite absinthe en représentation des stocks de plantes invendus ». L'attribution de cette indemnité ne s'imposait point; cependant on peut dire qu'à la rigueur elle peut se justifier en droit, parce que l'activité même que la loi prohibe, ce n'est point, à vrai dire, la culture de telle ou telle plante, mais la fabrication avec ces plantes d'une liqueur toxique et par suite dangereuse pour la santé publique.

Cette même loi du 29 mars 1915 accordait une indemnité aux débitants pour le remboursement des droits payés par eux sur les absinthes en leur possession...; c'était justice, puisqu'on ne pouvait leur imposer définitivement des droits afférents à des objets de consommation qu'il leur était désormais interdit de vendre.

Enfin, cette loi du 29 mars 1915 contenait un article 2, § 4, ainsi conçu : « En vue de l'indemnité qui pourra éventuellement leur être accordée par une loi ultérieure, les fabricants déclareront... » Cette loi n'a jamais été faite et je ne sache pas qu'il soit question de la faire. Elle serait contraire au droit et révolterait la conscience juridique.

En Suisse, la fabrication et la vente de l'absinthe ont été prohibées par une loi du 24 juin 1910 portée après un vote populaire du 5 juillet 1908. Elle a eu le tort de réserver une indemnité aux industriels subissant un préjudice par son application. Cf. Secrétan, *Revue politique et parlementaire*, 1908, p. 656.

Deuxième cas. — Le législateur fait une loi qui interdit ou restreint une certaine activité, non point parce qu'elle est nocive et doit être prohibée comme telle, mais pour l'organiser en service public, monopolisé ou non. Bien qu'une activité soit licite, le législateur peut parfaitement prendre une pareille mesure. Par exemple, il crée un monopole financier. En agissant ainsi, il peut commettre une erreur fiscale; mais, incontestablement, il ne viole aucun principe de droit supérieur. Par exemple encore, telle activité d'intérêt général a été jusque-là laissée à la libre initiative des individus; par suite des circonstances, celle-ci n'est plus suffisante pour en assurer la réalisation dans de bonnes conditions; le législateur intervient légitimement pour l'organiser en service public, soit qu'il la monopolise, soit qu'il laisse subsister dans une certaine mesure l'initiative privée. Dans tous ces cas, le législateur fait une loi parfaitement licite, il ne viole en rien le droit supérieur.

Mais, d'un autre côté, l'activité prohibée ou restreinte n'était point contraire au droit; elle était, par hypothèse, parfaitement licite. Les individus qui l'exerçaient librement et en profitaient ne violaient aucune règle de droit, à la différence de ceux se trouvant dans la situation prévue au premier cas. Quand, en 1872, le législateur monopolisa la fabrication des allumettes, les industriels qui les fabriquaient exerçaient une activité qui n'avait rien de nocif ni d'illicite. En interdisant la fabrication privée des allumettes, il occasionnait, dans l'intérêt de la collectivité, un préjudice à des industriels qui ne faisaient rien d'illicite; il devait donc leur réserver une indemnité. Il doit en être de même dans tous les cas analogues, dans lesquels peut s'appliquer l'idée générale développée précédemment : la caisse collective doit assurer le risque social, c'est-à-dire réparer le préjudice occasionné par l'État à quelques-uns dans l'intérêt de tous.

Ainsi encore, si ce qui n'est pas impossible dans un avenir plus ou moins lointain, la loi française organisait en service public, comme l'a fait le législateur italien, les assurances sur la vie, elle devrait réserver une indemnité aux compagnies qui, de ce fait, subiraient un préjudice considérable. En faisant cela, le législateur n'interdit pas les assurances comme nocives et antisociales. Elles étaient licites, elles le restent; seulement dans l'intérêt, bien ou mal entendu, de la collectivité, l'État les organise en service public; il doit une indemnité à ceux qui, dans l'intérêt de tous, éprouvent un préjudice déterminé. Il en serait de même si, par exemple, l'exploitation des mines était organisée en service public. Je n'hésite pas à penser qu'en droit une indemnité serait aussi due si l'exploitation des instruments de production, par exemple de la terre, était, suivant la doctrine collectiviste, organisée en service public. Si cela était fait, ce ne serait pas l'exploitation à proprement parler de la terre qui serait interdite; non seulement elle est légitime, mais encore elle est indispensable pour la vie collective; ce serait son mode d'exploitation qui serait changé. Elle était laissée à l'initiative privée, elle est maintenant organisée en service public, dans l'intérêt de tous; il faut que la caisse collective répare le préjudice que cette modification apporte à quelques-uns. Il faudrait en dire autant si, ce qui n'est pas assurément impossible, même dans un avenir peu éloigné, l'activité d'intérêt général, qui consiste à procurer des logements, était organisée en service public. La raison pour allouer une indemnité serait évidemment la même.

Il est tellement équitable que, lorsque le législateur interdit une activité certainement licite, il réserve une indemnité à ceux qui, de ce fait, éprouvent dans l'intérêt de tous un préjudice particulier, que les auteurs

qui sont le plus opposés, comme Berthélemy, à reconnaître la responsabilité de l'État législateur, semblent, en pareille hypothèse, disposés à l'admettre. Berthélemy écrit en effet : « Supposons que le législateur supprime une industrie pour s'en attribuer à lui-même le monopole ; il y a, dans ce cas, un nouveau motif d'équité en faveur de l'indemnité. » Notre collègue a raison ; mais il semble opposer le droit à l'équité. Je ne puis l'admettre : ce qui n'est pas équitable n'est pas juridique et ce qui n'est pas juridique n'est pas équitable.

Le législateur français s'est toujours conformé à la solution que je viens de donner et que je crois avoir amplement justifiée. On ne doit pas en dire autant du législateur italien qui, par la loi du 4 avril 1912, a établi le monopole des assurances sur la vie et a interdit d'accorder, sous quelque forme que ce soit, une indemnité aux compagnies dépossédées.

En France, la loi du 2 août 1872, attribuant à l'État le monopole des allumettes, a réservé l'indemnité due aux fabricants obligés de cesser leur fabrication et de fermer leurs usines. Le conseil d'État, pour donner une sanction à la loi, a toujours annulé pour détournement de pouvoir les arrêtés des préfets qui, pour épargner à l'État le paiement de l'indemnité, ordonnait la fermeture des fabriques d'allumettes en invoquant la législation sur les établissements insalubres (cons. d'État, deux arrêts, 26 novembre 1875, *Pariset* et *Laumonnier-Cariol*).

La loi du 14 mars 1901, qui permet la suppression des bureaux de placement payants, ajoute « moyennant une juste indemnité » (art. 1er, § 1). L'article 11, n° 4, de la même loi met ces indemnités à la charge des communes, et le même article, n° 3, décide très justement que les bureaux faisant le placement pour une même profession déterminée devront être supprimés tous à la fois.

La loi du 9 mars 1918, intitulée loi relative aux modifications apportées aux baux à loyer par l'état de guerre, accordait à certains locataires une exonération totale des loyers dans des conditions assez compliquées et minutieusement déterminées par

les articles 14 à 16 et qu'il est inutile de reproduire ici. Mais la question se posa devant le parlement et devant l'opinion publique de savoir si, en droit, l'État devait une indemnité aux propriétaires qui, par cette décision, perdaient tout ou partie de loyers à eux légitimement dus et si le législateur devait inscrire dans la loi le principe de l'indemnité. Pour ma part, je n'hésite pas à répondre affirmativement; ce n'est que l'application des idées que je viens de développer.

En intervenant ainsi, dans une activité d'intérêt général sans doute, n'ayant évidemment rien d'illicite et qui jusque-là s'était exercée librement, en exonérant certains locataires du paiement de leur loyer, le législateur agissait-il sagement? C'est une question qui peut être discutée, mais qui n'a pas d'intérêt pour résoudre la seule question en jeu, celle de l'indemnité. Dans l'intérêt, bien ou mal compris, de la collectivité, le législateur prend légitimement une mesure touchant une activité licite qu'il restreint, puisqu'il interdit aux propriétaires d'exiger des loyers librement consentis; il leur occasionne ainsi, dans l'intérêt de tous, un préjudice certain. Les propriétaires n'avaient fait que des actes licites; ils étaient dans une situation licite; dans l'intérêt social, un préjudice leur est occasionné par l'intervention du législateur; le principe de l'indemnité à eux due devait être incontestablement inscrit dans la loi.

La question fut vivement discutée. Finalement, le législateur a fait une distinction injustifiée et injustifiable entre les bailleurs dont le revenu total dépasse ou non une certaine somme. L'article 29 de la loi du 9 mars porte : « Les bailleurs dont les locataires auront été exonérés en tout ou en partie auront droit à une indemnité servie par l'État, si, en vertu des lois d'impôt général sur le revenu, ils ne sont pas assujettis à cet impôt, à raison de la modicité de leur revenu net total annuel, ou si, étant assujettis à cet impôt, leur revenu net total annuel ne dépasse pas les chiffres suivants... » Ces chiffres varient suivant la population de la commune. Cf. *Rapport* de M. Ignace à la chambre des députés, *J. off., Doc. parl.*, 1916, p. 1881-1885.

Cette distinction était injustifiable et contraire à toute véritable notion de droit. C'est évident si l'on fonde la responsabilité de l'État sur l'idée de risque social assuré par la caisse collective. Il est incontestable que si réparation est due, elle est due à toute personne qui éprouve un préjudice dans l'intérêt général, sans qu'il y ait à rechercher quelle est sa situation de fortune personnelle. Si l'on dit que le législateur a dû céder au cas de force

majeure résultant de la guerre et prendre une mesure véritablement dictatoriale qui ne devait entraîner aucune responsabilité à la charge de l'État, il fallait alors n'accorder d'indemnité à personne. Et même encore c'eût été antijuridique et irrationnel, puisque déjà la loi du 26 décembre 1914 avait formulé le principe général dont était pénétrée la conscience collective et d'après lequel l'État doit à chacun réparation des dommages provenant de la guerre. Cette exonération des loyers, rendue nécessaire par l'état de guerre, était bien un dommage de guerre dont la collectivité devait réparation à quiconque était atteint. Ainsi, à aucun point de vue, la décision du législateur de 1918 ne peut se justifier en droit.

En Uruguay, la loi du 26 décembre 1911 a monopolisé au profit de l'État les assurances sur l'incendie, sur la vie et sur les accidents de travail ; elle donne, en outre, pouvoir au gouvernement d'entreprendre d'autres catégories d'assurance, assurance maritime, assurance contre la grêle. La question d'indemnité a été très vivement discutée devant le parlement uruguayien. Finalement, la loi ne contient aucune disposition à cet égard, elle n'accorde pas d'indemnité, mais elle ne l'interdit pas. Toutefois, il ressort des discussions parlementaires que dans la pensée du législateur uruguayien, aucune indemnité ne devait être allouée. Jèze approuve cette solution. Pour les raisons qui viennent d'être développées, je suis d'un avis entièrement opposé. J'estime même que les tribunaux uruguayiens seraient compétents pour condamner l'État, malgré le silence de la loi, au paiement d'une indemnité. Cf. Jèze, *Revue du droit public,* 1912, p. 58, et la bibliographie donnée un peu plus loin.

La loi italienne du 4 avril 1912 a monopolisé les assurances sur la durée de la vie humaine au profit d'un institut national d'assurances, établissement public national ayant la personnalité juridique. Ainsi, elle a organisé toutes les assurances sur la vie en service public. Cependant, les compagnies n'étaient pas supprimées immédiatement ; pendant une période de dix années au minimum, les compagnies existantes pouvaient être autorisées par décret à continuer dans de certaines conditions leurs opérations ; elles pouvaient céder leur portefeuille à l'institut national. V. le texte complet de la loi italienne traduite en français, *Bulletin de statistique et de législation comparée,* avril 1912, p. 538 et s.

Cette loi interdit d'une manière expresse l'allocation par les tribunaux de toute indemnité aux groupements dépossédés, et cela dans les termes suivants : « Les sociétés, les associations,

les compagnies, les entreprises ou les particuliers qui, de quelque façon que ce soit, pratiquent dans le royaume l'assurance sur la durée de la vie humaine ne pourront jamais réclamer à l'État ou à l'institut national des assurances aucune garantie, compensation ou indemnité à quelque titre ou pour quelque cause que ce soit, à raison des conséquences, de quelque nature qu'elles soient, se rattachant directement ou indirectement au monopole établi par la présente loi » (art. 2, § 1). La prohibition ne pouvait être ni plus générale ni plus absolue ; elle était la violation flagrante des notions les plus élémentaires du droit. Elle a soulevé en Italie et en France de nombreuses discussions, soit en ce qui concerne les compagnies d'assurances italiennes, soit en ce qui concerne les compagnies d'assurances étrangères établies en Italie.

Pour ce qui est des compagnies italiennes, on a dit que certainement elles ne pouvaient rien réclamer, qu'aucune loi constitutionnelle rigide ne limitait sur ce point les pouvoirs du législateur italien et que, par conséquent, la loi s'imposait aux tribunaux qui ne pourraient point accorder une indemnité. Je ne suis pas de cet avis. La question est beaucoup plus générale, elle ne se pose pas seulement pour l'Italie, mais dans tous les pays. Je vais l'examiner en répondant à la deuxième question annoncée.

Pour ce qui est de la situation des compagnies étrangères vis-à-vis de l'État italien, il y a une question de droit international très intéressante et très délicate qu'il n'y a pas lieu d'étudier ici. C'est celle de savoir si de simples particuliers peuvent invoquer les règles de droit international et entrer ainsi en relation directe avec un État dont ils ne sont pas les nationaux. Suivant une formule quelquefois employée, les simples particuliers peuvent-ils agir comme sujets de droit international ? Il est d'ailleurs certain que les compagnies étrangères pourraient renoncer à invoquer le droit international, et alors elles seraient placées dans la même situation que les compagnies italiennes.

Cf. Jèze, *Revue du droit public,* 1912, p. 433 et s. ; 1913, p. 54 et s. ; *Revue de science et de législation financières,* 1912, p. 421 et s. ; 1913, p. 12 et s. ; Scelle, *Revue du droit public,* 1913, p. 638 et s. (très bon article) ; la consultation de Clunet, l'article de Robin, *Revue de droit international privé et de législation comparée,* 1912, p. 82 ; Audinet, *Le monopole des assurances sur la vie en Italie, Revue générale de droit international public,* 1913, p. 5 ; Lordé, *De la responsabilité internationale de l'État italien à raison de l'établissement du monopole des assurances sur la vie,* compte

rendu détaillé dans *Rivista di diritto publico*, 1913, p. 310 et s.; L. Ratto, *Guistizia legislativa et quasi delitto legislativo* (1 broch.), 1914; Mosca (Tomaso), *Discours à la chambre des députés italienne sur la question de la responsabilité de l'État établissant le monopole des assurances sur la vie.*

Le *Temps* du 22 mars 1923 annonce que le conseil des ministres italien vient d'adopter un décret abolissant le monopole des assurances sur la vie et admettant le libre exercice de ces assurances par des sociétés privées nationales ou étrangères.

Deuxième question. — Quand le législateur n'a rien dit, les tribunaux peuvent-ils accorder une indemnité à ceux auxquels l'application individuelle de la loi occasionne un préjudice spécial? Il est évident que la question ne se pose pas lorsqu'il s'agit d'une loi qui prohibe, en fait, un acte comme contraire au droit, telles les lois précitées punissant le métier de souteneur, prohibant la fabrication et la vente du blanc de céruse, de l'absinthe. Mais, au contraire, la question se pose, et très pressante, au cas où une loi monopolise, dans un intérêt de service public, une activité libre jusque-là. Par exemple, si l'on suppose que la loi du 14 mars 1904 sur les bureaux de placement n'ait pas reconnu le principe de l'indemnité, les tenanciers de bureaux de placement supprimés auraient-ils pu demander aux tribunaux une indemnité ?

Les auteurs s'accordent, en général, à donner une solution négative. Ils la fondent tous sur cette idée que le parlement qui fait la loi est souverain, que, par conséquent, on ne peut critiquer devant aucune juridiction les décisions qu'il prend, que de même qu'en France aucun tribunal ne peut apprécier la constitutionnalité d'une loi, de même aucun tribunal ne peut apprécier les conséquences dommageables résultant pour un particulier de l'application d'une loi.

On a précédemment cité l'opinion de M. Teissier (*De la responsabilité de la puissance publique,* n° 17). M. Tirard écrit : « En principe, les actes législatifs ne sont pas de nature à engager la

responsabilité du patrimoine administratif... » (*De la responsabilité de la puissance publique,* 1906, p. 151). Cf. J. Barthélemy, *Revue du droit public,* 1907, p. 92 et s. On cite toujours l'arrêt du conseil d'État du 11 janvier 1838 (*Duchatelier*) refusant toute indemnité aux fabricants qu'atteignait la loi du 12 février 1835 prohibant dans un intérêt fiscal la fabrication du tabac factice : « Considérant, y est-il dit, que l'État ne saurait être rendu responsable des conséquences des lois qui, dans un intérêt général, prohibent l'exercice d'une industrie. » Le conseil d'État donnait une solution identique dans l'affaire *Ferrier,* 6 août 1852 ; dans l'affaire *Goupy,* 4 février 1879.

Malgré ces autorités, j'estime qu'une indemnité est due dans l'hypothèse où je me place actuellement, et que les tribunaux seraient certainement compétents pour statuer sur la question. En France, conformément à la jurisprudence actuelle qui attribue compétence au conseil d'État pour statuer en principe sur toutes les questions de responsabilité des services publics, ce serait le conseil d'État. Avec la tendance actuelle à rejeter la notion périmée d'irresponsabilité de la puissance publique, je suis convaincu que, dans un avenir très prochain, le conseil d'État admettra cette solution.

On a dit qu'aucune indemnité n'était due parce que seule pouvait fonder le droit à l'indemnité l'existence au profit d'un individu d'une situation juridique subjective ou d'un droit subjectif ; or, il est bien certain que l'exploitation d'une industrie ne constitue pas une situation de droit, mais une simple situation de fait, et par conséquent celui qui en est privé par la loi ne peut pas se plaindre. Le point de départ du raisonnement est faux. En effet, ce n'est pas seulement lorsqu'il y a atteinte portée à une situation juridique subjective qu'il y a lieu à indemnité ; c'est toutes les fois qu'un préjudice est occasionné, dans l'intérêt de la collectivité, à un particulier qui ne se trouve pas dans une situation illicite. La situation de l'industriel est une situation légale ou de droit objectif ; on y porte atteinte, non

point parce qu'on la déclare contraire au droit, mais parce qu'on monopolise l'activité qu'elle implique. Il y a donc toute raison pour attribuer l'indemnité.

Cela est si vrai que, si la disposition établissant le monopole était édictée non plus par le parlement, mais par le gouvernement en un règlement, on n'hésiterait point à reconnaître ce droit à l'indemnité. On déclarerait recevables et le recours tendant à l'annulation du règlement et l'action en indemnité pour préjudice causé par l'application individuelle du règlement, et l'on admettrait cette action en indemnité, alors même que, pour une cause quelconque, le règlement ne serait pas annulé. L'acte réglementaire et l'acte législatif ont une nature interne identique (cf. t. II, p. 182). Si l'application de l'un peut entraîner une responsabilité, il doit en être de même de l'autre. Si l'on fait une différence entre ces actes, elle ne peut se rattacher qu'à la différence des organes dont ils émanent. Et effectivement, en réalité, la solution précédente est fondée uniquement sur la persistance de cette idée que le parlement est souverain. Or, je crois avoir démontré que la souveraineté n'existe pas et que, par conséquent, le parlement ne peut pas posséder une souveraineté qui n'existe pas. Rien ne s'oppose donc à ce que l'application individuelle d'une loi entraîne responsabilité du patrimoine public, à ce que les tribunaux la sanctionnent, si du moins les conditions précédemment indiquées sont réunies.

Cette solution n'est-elle pas en contradiction avec celle donnée encore aujourd'hui par les tribunaux français et la grande majorité de la doctrine, solution d'après laquelle le juge n'est pas compétent pour décider qu'une loi est contraire aux principes du droit supérieur et pour refuser, en conséquence, d'en faire application ? Je ne le crois pas.

D'abord il n'est pas du tout certain que les tribunaux ne puissent pas apprécier ce qu'on peut appeler, en prenant le mot dans un sens très large, la constitutionnalité des lois. Je montrerai au chapitre VI qu'il existe aujourd'hui dans la doctrine un parti très important, qui enseigne qu'un tribunal peut et doit toujours refuser d'appliquer une loi quand il estime qu'elle est inconstitutionnelle. Mais n'aurait-il pas ce droit, que rien ne s'oppose à ce qu'un tribunal alloue une indemnité, bien que la loi ne l'ait pas prévue, toutes les fois qu'on se trouve dans un cas où, d'après ce qui vient d'être dit, l'État législateur est responsable.

En effet, en permettant aux tribunaux de juger la demande d'indemnité fondée sur le préjudice occasionné par l'application individuelle d'une loi, on ne donne point aux tribunaux le pouvoir de critiquer l'œuvre du législateur. La question qui est posée devant eux n'est point celle de savoir si la loi viole ou non le droit, le droit supérieur au législateur, le droit constitutionnel; la question est seulement de savoir si l'application individuelle de la loi n'a pas pour conséquence d'occasionner, dans l'intérêt collectif, un préjudice grave à un individu déterminé. Le tribunal ne jugera que cette question. On ne peut invoquer, ni par voie d'action ni par voie d'exception, l'illégalité d'une loi formelle, parce qu'elle émane d'un organe dont on ne peut critiquer les décisions devant aucun tribunal. Mais l'action en responsabilité est quelque chose de tout différent; elle implique le respect, l'acceptation de la loi; elle tend seulement à mettre à la charge du patrimoine collectif un préjudice qui a été occasionné à un patrimoine individuel dans l'intérêt de la collectivité.

J'irai même jusqu'à soutenir que si l'on se trouvait dans un des cas où une indemnité est due à l'occasion de la loi, les tribunaux pourraient l'accorder alors même

que le législateur aurait décidé expressément, comme l'a fait le législateur italien quand il a monopolisé les assurances sur la vie, qu'aucune indemnité ne doit être allouée. Mais cette solution suppose résolue la question de savoir si un tribunal peut écarter l'application d'une loi quand il la juge contraire au droit supérieur, question que dès à présent je résous affirmativement, mais que j'étudierai en détails seulement au paragraphe 98. Si le tribunal a ce pouvoir, il peut certainement accorder l'indemnité parce que, si la loi l'a expressément refusée, elle a par là violé le droit supérieur qui s'impose à elle.

Pour la responsabilité de l'État à l'occasion des lois rendant plus onéreuse la situation d'un individu qui est dans un certain rapport juridique avec l'État, je renvoie à ce qui a été dit au paragraphe 80.

Outre les auteurs déjà cités, on peut consulter spécialement sur la responsabilité de l'État législateur, Arlet, *De la responsabilité de l'État législateur,* thèse Bordeaux, 1908; J. Barthélemy, *Revue du droit public,* 1907, p. 92 et s.; Giraud, *De la responsabilité de l'État à raison des dommages naissant de la loi,* 1917; L. Ratto, *Giustizia legislativa e quasi delitto legislativo,* 1914, étude intéressante; mais l'auteur a le tort de vouloir rattacher la responsabilite de l'État législateur à la notion de quasi-délit qui n'a absolument rien à faire ici.

§ 87. — *La responsabilité de l'État pour dommages de guerre.*

Dans la première édition de cet ouvrage, j'écrivais au tome I, page 259 : « Quelque étendue que soit la responsabilité de l'État, il est cependant des dommages pour lesquels jusqu'à présent la responsabilité ne s'exerce pas, ce sont ceux provenant des faits de guerre et des actes diplomatiques..... » Et je citais une série d'arrêts consacrant cette irresponsabilité, notamment l'arrêt *Monté* et *Borelli* du 3 mars 1905, qui, à propos

de préjudice résultant de faits de guerre au Dahomey, rejetait le recours, « considérant que les dommages éprouvés au cours d'opérations militaires conduites en territoire étranger ne peuvent donner lieu à une réclamation par la voie contentieuse », et l'arrêt *Lechartier* du 22 février 1907, qui, à propos de faits de guerre à Madagascar, a donné la même solution fondée sur le même motif.

Aucun changement ne s'est produit en ce qui concerne la responsabilité de l'État dans le domaine diplomatique ; et l'on a dit plus haut, au paragraphe 83 *in fine*, qu'encore le 31 janvier 1919 le conseil d'État se déclarait incompétent pour statuer sur une action en responsabilité fondée sur le préjudice provenant du déroutement d'un navire se rendant en Italie, et cela parce qu'il y avait là un acte se rapportant aux relations avec une puissance étrangère. Mais, au contraire, je l'ai déjà dit, devant les destructions et les ravages de la dernière guerre, sous la pression de la conscience nationale profondément émue et pénétrée de cette idée que la collectivité tout entière doit contribuer à réparer les dommages considérables occasionnés par l'invasion à quelques-uns de ses membres, le parlement français, le 26 décembre 1914, proclamait solennellement le principe de la responsabilité et décidait « qu'une loi spéciale déterminerait les conditions dans lesquelles s'exercerait le droit à la réparation des dommages matériels résultant des faits de guerre ». Le législateur a tenu sa promesse et la responsabilité de l'État pour dommages de guerre a été mise en œuvre par la grande loi du 17 avril 1919 sur les dommages aux propriétés et par les lois du 24 juin 1919 et du 28 juillet 1921 sur les dommages aux personnes victimes civiles de la guerre.

Ce n'est pas cependant que se soit posée en 1914,

pour la première fois en France, la question de savoir si l'État est tenu de réparer les dommages causés à ses nationaux par les opérations de guerre, tant du fait de l'ennemi que du fait des armées nationales, sauf, bien entendu, à obtenir par la voie diplomatique une indemnité en réparation de la part de la puissance ennemie. Le 11 avril 1792, l'Assemblée législative votait une loi dans laquelle apparaît bien l'influence de Grotius. Au préambule, il est dit que « la justice exige l'obligation pour la société de réparer les dommages de guerre subis par les particuliers ». Mais dans le corps de la loi, on ne parle plus que d'un secours donné aux victimes et dont la quotité variera suivant la condition du trésor national et la situation personnelle du citoyen victime du dommage. Ce n'était donc pas la reconnaissance du droit à l'indemnité, c'était bien seulement l'allocation d'un secours. La Convention, au contraire, par sa loi du 14 août 1793, consacre formellement le droit à l'indemnité dans les termes suivants : « Seront indemnisés les citoyens des pertes qu'ils auront éprouvées ou éprouveront par l'invasion de l'ennemi sur le territoire français ou par les démolitions ou coupes que la défense commune aura exigées... » Quoiqu'on ait prétendu le contraire, cette loi reconnaît bien pour les victimes le droit d'obtenir de l'État réparation des dommages de guerre; ou, plus exactement, elle consacre l'obligation juridique pour l'État de réparer tout le préjudice occasionné aux particuliers par les opérations de guerre, soit du fait de l'ennemi, soit du fait de l'armée nationale agissant pour la défense commune. Mais cette loi ne fut jamais appliquée. La conception dont elle s'inspirait ne se maintint pas; l'idée de la solidarité nationale n'avait pas encore suffisamment pénétré les esprits pour que l'obligation de réparation s'établît comme règle de droit.

La loi précitée de la Convention était en effet bientôt remplacée par la loi du 19 vendémiaire de l'an VI qui à l'idée de droit à la réparation substitue l'idée de secours volontaire de la part de l'État. Par la même loi il est accordé un secours et à ceux qui ont souffert des dommages de la guerre et à ceux qui ont éprouvé des dommages provenant de l'intempérie des saisons et de la force des éléments. Cette assimilation est la meilleure preuve qu'on ne voyait plus dans les faits de guerre le fondement d'un droit pour l'individu à obtenir une réparation et qu'il s'agissait simplement d'un secours bénévole accordé par l'État.

C'est l'idée qui est appliquée après les guerres du premier empire. La loi du 28 avril 1816, article 8, accorde un secours et seulement un secours volontaire aux victimes de la guerre et de l'invasion, dans les termes suivants : « Outre les 10 millions accordés par le roi sur la liste civile, toutes les contributions directes arriérées et dues au 1er janvier 1915 seront employées en dégrèvement et secours pour les départements qui ont le plus souffert pendant l'occupation de 1815. Le mode de répartition sera réglé par des ordonnances du roi. »

La même règle fut appliquée en 1871 à l'occasion des dommages occasionnés aux propriétés par la guerre de 1870-1871. La loi du 6 septembre 1871 n'accorde qu'un secours. Si l'on se borne à lire le préambule de cette loi, on peut croire que déjà, en 1871, on reconnaît aux victimes de la guerre un véritable droit à une indemnité, droit fondé sur la solidarité nationale. Il y est dit en effet : « Considérant que dans la dernière guerre la partie du territoire envahie par l'ennemi a supporté des charges et subi des dévastations sans nombre; que les sentiments de nationalité qui sont dans le cœur de tous les Français imposent à l'État l'obliga-

tion de dédommager ceux qu'ont frappés dans la lutte commune ces pertes exceptionnelles... » Mais les dispositions de la loi montrent que dans la pensée de l'Assemblée nationale il ne s'agissait vraiment que d'un secours volontaire accordé par l'État aux victimes de la guerre. L'article 1^er^ porte en effet : « Un dédommagement sera accordé à tous ceux qui ont subi, pendant l'invasion, des contributions de guerre, des réquisitions, soit en argent, soit en nature, des amendes et des dommages matériels. L'article 2 indique la manière dont les dommages doivent être constatés, et l'article 3, § 1, ajoute : « Lorsque l'étendue des pertes aura été ainsi constatée, une loi fixera la somme que l'état du trésor public permettra de consacrer à leur dédommagement et en déterminera la répartition. » Cela montre bien que la loi ne consacre pas un droit à la réparation ; ce n'est point un tribunal qui allouera une indemnité, conformément à la loi ; c'est le législateur qui, dans son appréciation souveraine, fixera l'indemnité allouée aux victimes de la guerre, en tenant compte des disponibilités du trésor public.

On en était là lorsque éclata la guerre de 1914. J'ai dit plus haut comment, devant les dévastations criminelles de l'armée allemande, il y eut un sursaut de la conscience nationale et comment, dans un élan enthousiaste et unanime, le législateur français, le 26 décembre 1914, consacrait solennellement le droit des victimes à la réparation des dommages de guerre. Le principe a été mis en œuvre par la loi du 17 avril 1919, modifiée et complétée sur quelques points par la loi du 23 octobre 1919 pour la réparation des dommages aux propriétés et par la loi du 24 juin 1919, modifiée et complétée par la loi du 28 juillet 1921, pour les dommages causés aux personnes non militaires. Le régime des pensions allouées aux militaires victimes de la guerre a été réglé

par la loi du 31 mars 1919 dont l'article 1er proclame à nouveau le droit à la réparation fondé sur la solidarité nationale : « La République reconnaissante envers ceux qui ont assuré le salut de la patrie, proclame... le droit à la réparation due : 1° aux militaires des armées de terre et de mer affectés d'infirmités résultant de la guerre ; 2° aux veuves, aux orphelins et aux ascendants de ceux qui sont morts pour la France. »

Je n'ai point l'intention de donner ici un commentaire complet de ces différentes lois, mais seulement quelques indications sur les principales applications qu'elles ont faites du principe général dont elles s'inspirent. Ce principe, il est formulé en termes exprès par l'article 1er de la loi du 17 avril 1919 : « La République proclame l'égalité et la solidarité de tous devant les charges de la guerre. » La loi détermine les caractères que doivent présenter les dommages pour que l'État soit obligé de les réparer; ils doivent être directs, matériels et certains.

Les dommages auxquels s'applique la loi sont seulement ceux qui dérivent directement des opérations de guerre. Il ne faut pas, au reste, en conclure que les dommages résultant indirectement de la guerre restent sans réparation. L'État peut en être déclaré responsable, non pas en application de la loi nouvelle, mais conformément à la théorie générale de la responsabilité étatique, telle que je l'ai exposée précédemment. Le droit commun de la responsabilité de l'État conserve son application pleine et entière.

Comment reconnaître les dommages qui résultent directement de la guerre et ceux qui n'en résultent qu'indirectement? J'estime qu'on doit considérer comme dommages résultant directement de la guerre tous ceux qui ont été subis dans la zone des armées, sans distinguer si c'est du fait de l'ennemi ou du fait des

armées nationales. Les dommages subis dans la zone de l'intérieur, à moins qu'ils résultent de bombardements par avions, doivent être considérés comme des dommages résultant indirectement de la guerre. La ligne séparative de la zone des armées et de la zone de l'intérieur a été toujours déterminée par le gouvernement, suivant les vicissitudes de la situation militaire, et il me semble certain que c'est le seul critérium précis que l'on puisse donner pour déterminer les dommages qui sont une conséquence directe de la guerre. Une fabrique d'armes ou de munitions dans la zone de l'intérieur fait explosion et occasionne un préjudice aux propriétés privées, on ne doit voir dans ce dommage qu'une conséquence indirecte de la guerre. Au contraire, dans la zone des armées, un dépôt de munitions fait explosion; les tirs de l'artillerie ennemie ou de l'artillerie nationale détruisent des habitations ou des fermes; il y a là incontestablement des dommages résultant directement des opérations militaires.

Les dommages doivent être matériels; un préjudice moral ne suffirait pas pour ouvrir le droit à l'indemnité. S'il s'agit de dommages causés à des maisons ou à des meubles, il faut qu'il y ait eu, d'une manière ou d'une autre, une destruction totale ou partielle de la chose. Mais il peut y avoir des dommages matériels sans qu'il y ait de destructions effectives. En voici quelques exemples empruntés à l'article 2 de la loi du 17 avril 1919. Sont notamment des dommages matériels toutes les réquisitions opérées par les autorités ou les troupes ennemies; les prélèvements en nature effectués sous toutes formes ou dénominations, même sous la forme d'occupation, de logement et de cantonnement; les impôts, contributions de guerre et amendes, dont auraient été frappés les particuliers ou les collectivités; les enlèvements de tous objets, tels que

récoltes, animaux, arbres et bois, matières premières, marchandises, meubles meublants, titres et valeurs mobilières.

Enfin les dommages doivent être certains, c'est-à-dire actuellement réalisés. Les dommages simplement éventuels ne donnent pas lieu à une action en réparation contre l'État. Ce n'est d'ailleurs que l'application d'un principe général que j'ai déjà mis précédemment en relief en étudiant la responsabilité de l'État. On a vu notamment qu'au cas de dommages occasionnés aux propriétés par une expropriation pour cause d'utilité publique, le jury d'expropriation ne doit faire entrer en ligne de compte, pour l'évaluation de l'indemnité allouée à l'exproprié, que le dommage actuellement réalisé par la dépossession. De même, au cas de dommages occasionnés aux propriétés par l'exécution de travaux publics, indemnité n'est due que pour le dommage actuellement réalisé et non pour celui pouvant résulter éventuellement des travaux exécutés. Enfin l'État n'est responsable des dommages résultant de l'exécution d'un service public quelconque que lorsque la perte est réalisée ; il ne l'est point d'un dommage probable sans doute, mais n'existant pas encore.

Seul l'État français est responsable envers les victimes de la guerre. Elles n'ont d'autre débiteur que l'État français et ne peuvent adresser leurs réclamations qu'à lui seul, que les dommages résultent du fait de l'armée nationale ou du fait de l'ennemi. Mais l'État français a naturellement en droit son recours contre la puissance qui a déchaîné contre lui une guerre offensive sans raison et qui pour tenter d'obtenir la victoire par tous les moyens a commis les crimes les plus abominables de l'histoire. La loi du 17 avril 1919, à l'article 2, § 1, réserve expressément le recours de l'État français contre la puissance ennemie, dans les termes suivants :

« Les dommages certains, matériels et directs... ouvrent droit à la réparation intégrale..., sans préjudice du droit de l'État français d'en réclamer le paiement à l'ennemi. » Le traité de Versailles l'a nettement proclamé, et en signant le traité l'Allemagne a solennellement reconnu sa responsabilité de tous les dommages provenant de la guerre. A l'article 231 du traité de Versailles, il est dit : « Les gouvernements alliés et associés déclarent, et l'Allemagne reconnaît, que l'Allemagne et ses alliés sont responsables, pour les avoir causés, de toutes les pertes et de tous les dommages subis par les gouvernements alliés et associés et leurs nationaux en conséquence de la guerre, qui leur a été imposée par l'agression de l'Allemagne et de ses alliés. »

La question la plus grave en présence de laquelle s'est trouvé le législateur est celle du remploi qui se pose ainsi : l'État doit-il allouer aux sinistrés une indemnité égale à la valeur de la chose détruite en lui laissant la libre disposition de cette somme? Ou, au contraire, l'État ne doit-il allouer l'indemnité que sous la condition qu'elle soit employée à créer une chose équivalente à celle qui a été détruite? La question était très grave parce qu'elle opposait deux conceptions générales du droit à réparation, que l'on peut appeler la conception du droit social à réparation et celle du droit individuel, et qui correspondent à la conception de la propriété fonction sociale et à celle de la propriété droit individuel. D'autre part, la question du remploi touchait directement les intérêts des départements dévastés qui étaient menacés, si l'obligation du remploi n'était pas imposée, de voir émigrer dans d'autres régions toutes les grandes industries qui étaient leurs richesses. Si on laisse de côté ces considérations, très légitimes d'ailleurs, d'intérêt régional, et si l'on examine

la question au point de vue théorique pur, voici la solution qui me paraissait s'imposer.

Pour les objets de consommation, il ne pouvait être question d'exiger l'emploi de l'indemnité. En effet, ils sont vraiment objets d'une propriété individuelle; leur propriétaire a véritablement la possibilité légale d'en faire ce qu'il juge à propos; suivant la vieille formule, il a bien le *jus abutendi*. Par conséquent, on ne saurait lui imposer l'obligation d'emploi; et une indemnité égale à la valeur des objets détruits doit lui être attribuée, sans qu'on puisse lui demander aucune obligation en retour. Pour les objets de consommation, on ne saurait parler d'une propriété-fonction. Il en est autrement des capitaux mobiliers ou immobiliers. La propriété capitaliste, mobilière et immobilière, est bien plutôt une fonction sociale qu'un droit individuel. Je l'ai déjà dit au tome I (p. 263 et s.). J'essaierai de le montrer avec plus de développement au paragraphe 94. Le propriétaire capitaliste est détenteur d'une richesse sociale, qui est un instrument de production; il a l'obligation sociale d'utiliser cet instrument, de le faire produire dans la mesure du possible. Le profit qu'il en retire est la redevance de son activité productrice. Il n'a droit à cette redevance que dans la mesure où il fait contribuer son capital à la production générale.

Étant donné ce caractère de la propriété capitaliste, rationnellement et logiquement, l'indemnité n'était due au propriétaire que sous la condition qu'il fît remploi de la somme allouée en créant ou en acquérant des capitaux ayant la même puissance de production que ceux existant antérieurement et détruits par la guerre. Le législateur devait donc, pour l'indemnité donnée aux propriétaires capitalistes, exiger le remploi, mais purement et simplement et sans rien de plus. Par exemple, on ne pouvait exiger ni qu'il fût fait dans une région

déterminée, ni en capitaux similaires. En effet, les usines construites en remplacement de l'indemnité allouée dans une autre région que celle du Nord ou du Nord-Est, par exemple dans les Alpes ou les Pyrénées, pouvaient être autrement productrices que si elles étaient reconstruites dans le Nord ou dans l'Est. Le propriétaire d'un capital n'a pas le droit de le laisser improductif, mais il a assurément le droit, parce qu'il en a le devoir, de l'employer à l'activité qu'il juge la plus productrice et en même temps la plus propre à le rémunérer. On ne pouvait donc exiger des sinistrés le remploi dans une région déterminée ou en objets similaires de ceux détruits; mais on pouvait exiger le remploi en un capital au moins aussi productif que celui qui avait été anéanti par la guerre.

Telle était la solution théoriquement conforme au vrai caractère de la propriété capitaliste. Devant les discussions passionnées que soulevait le problème, le parlement s'est trouvé obligé d'adopter une solution, en quelque sorte transactionnelle, et que voici.

Les dommages causés aux meubles sont réparés dans la mesure de la perte entière évaluée à la date du 30 juin 1914; pour les produits agricoles, à la date de la maturité de la récolte. Les meubles n'ayant pas une utilité industrielle, commerciale, agricole, professionnelle ou domestique ne peuvent, en aucun cas, recevoir une estimation supérieure. Une indemnité supplémentaire pour les frais supplémentaires, représentant la différence entre la perte subie et la perte de remplacement, est accordée pour les meubles qui peuvent être considérés comme des capitaux productifs, notamment les matières premières et approvisionnements indispensables à une exploitation industrielle, les animaux servant à une exploitation agricole, l'outillage d'une exploitation de fonds de commerce ou de l'exercice d'une pro-

fession. La loi y assimile le mobilier d'habitation, en spécifiant cependant qu'en ce qui concerne les objets d'agrément, la règle ne s'applique qu'à ceux dont la valeur ne dépassait pas 3.000 francs au moment de la déclaration de guerre (L. 17 avril 1919, art. 13).

En matière immobilière, l'indemnité comprend le montant de la perte subie évaluée à la veille de la mobilisation et celui des frais supplémentaires nécessités par la reconstitution des immeubles endommagés ou détruits. Mais l'octroi de ces deux éléments d'indemnité est subordonné à la condition d'effectuer leur emploi. Dans le cas où celui-ci ne l'est pas, le sinistré reçoit seulement le montant de la perte subie (L. 17 avril 1919, art. 4). Dans le cas où le remploi n'est pas effectué, l'indemnité est cependant calculée en y comprenant le montant de la perte subie et les frais supplémentaires. Le sinistré reçoit seulement le montant de la perte ; les frais supplémentaires de reconstitution sont attribués à un fonds commun pour être employés au profit des régions sinistrées (art. 7). Cependant, l'article 6 confère aux tribunaux spéciaux des dommages de guerre créés par cette loi de 1919 un pouvoir très important qui vient limiter fortement le droit de remploi : « La reconstitution d'un immeuble bâti ou la reprise d'une exploitation pourra être interdite d'office par le tribunal des dommages de guerre, si elle est reconnue irréalisable ou contraire à l'intérêt économique ou à la santé publique. »

Jusque-là ces solutions ne s'éloignent pas notablement de celles que j'indiquais précédemment comme s'imposant rationnellement. Mais le législateur ne s'est pas borné à exiger le remploi pur et simple pour que soient allouées l'indemnité totale de la perte subie et les dépenses supplémentaires pour reconstitution ; il exige aussi que le remploi se fasse dans certaines conditions.

Il est dit, en effet, à l'article 5, § 8 : « Le remploi a lieu en immeubles ayant la même destination que les immeubles détruits, ou une destination immobilière, industrielle, commerciale ou agricole dans la commune du dommage ou dans un rayon de 50 kilomètres, sans sortir de la zone dévastée. » Ainsi, le législateur exige des conditions qu'il n'avait pas le droit d'imposer. Évidemment, il a été déterminé par le désir très légitime d'assurer, autant que cela dépendait de lui, la reconstitution des régions dévastées. Je persiste à penser qu'au point de vue de la production nationale, il y a là une disposition qui mérite la critique.

L'évaluation des dommages de guerre et la fixation des indemnités étaient une tâche si considérable qu'il était impossible de la confier aux juridictions de droit commun statuant, après expertise faite, dans les conditions ordinaires. Aussi la loi de 1919 a-t-elle dû créer dans chaque canton des commissions spéciales pour évaluer le montant des dommages (art. 201), et dans chaque chef-lieu des arrondissements dans lesquels sont constituées des commissions cantonales, un tribunal de dommages de guerre ne pouvant statuer valablement que si trois de ses membres sont présents (art. 29). Les décisions des tribunaux des dommages de guerre sont rendues sans appel ; elles sont seulement susceptibles d'un recours devant le conseil d'État, dans le délai de deux mois, pour incompétence, excès de pouvoir ou violation de la loi. Il s'agit là d'un véritable recours en cassation. La décision qui prononce l'annulation désigne un tribunal pour statuer à nouveau sur la demande d'indemnité (art. 36).

Aux termes de l'article 37, § 1, l'action en réparation des dommages est prescrite deux ans après la signature de la paix, sauf le cas de force majeure. Si les commissions et le tribunal institués par la présente loi étaient

dissous au moment où l'action serait introduite, elle serait portée devant le conseil de préfecture, sauf recours devant le conseil d'État.

Comme je l'ai dit plus haut, la loi du 24 juin 1919 a mis en œuvre la responsabilité de l'État pour dommages causés par la guerre aux personnes civiles. L'article 1er rappelle le principe dans les termes suivants : « Tout Français ne se trouvant pas dans une des situations auxquelles s'applique la loi du 31 mars 1919 sur les pensions des armées de terre et de mer et qui, par suite d'un fait de guerre survenu entre le 2 août 1914 et l'expiration d'un délai d'un an à dater du décret fixant la cessation des hostilités, aura... reçu une blessure ou contracté une maladie ayant entraîné une infirmité, aura droit à une pension définitive ou temporaire. En cas de décès de la victime, ses ayants droit pourront, dans les mêmes conditions que les ayants droit des militaires, se prévaloir des dispositions de la législation sur les pensions militaires. » Les pensions militaires ont été minutieusement réglementées par la loi du 31 mars 1919 dont j'ai cité précédemment l'article 1er, lequel est une affirmation solennelle du grand principe de solidarité nationale.

La question de la réparation des dommages de guerre a provoqué une littérature extrêmement abondante. De nombreuses et remarquables études ont été publiées sous le patronage du Comité national pour la réparation des dommages de guerre, constitué, dès le mois de février 1915, sous la présidence de M. Larnaude, doyen de la Faculté de droit de Paris. Je citerai spécialement Hauriou, *Note sur le principe et l'étendue du droit à l'indemnité pour les victimes des dommages de guerre,* 1915 ; L. Rolland, *Dommages causés aux personnes par les faits de guerre,* 1915 ; J. Barthélemy, *Le principe de la réparation intégrale des dommages causés par la guerre,* 1915 ; Carré de Malberg, *Du fondement du droit à la réparation intégrale pour les victimes des dommages de guerre,* 1915 ; Larnaude, *Réparations des dommages causés par la guerre, principe et applications,* 1915 ; *La guerre et la réparation*

des dommages, 1916; Michoud, *La jurisprudence administrative sur le dommage direct et matériel et la question des dommages de guerre,* 1916; Paul Delombre, *Les dommages de guerre devant le parlement,* 1917. Cf. en outre, Jèze, *La réparation intégrale des dommages causés par les faits de guerre, Revue du droit public,* 1915, p. 5; J. Renard, *Nature juridique de l'indemnité des dommages de guerre, Revue du droit public,* 1920, p. 199; Degand, *La réparation des dommages de guerre,* 1920; L. Rolland, *La loi du 17 avril 1919 sur la réparation des dommages de guerre,* long et intéressant article dans la *Revue du droit public,* 1919, p. 367; Armbruster, *Réparations des dommages causés par la guerre,* 1916; Henry, *Du droit à la réparation pour les réquisitions faites par l'ennemi d'après la jurisprudence française, Revue du droit public,* 1915, p. 682.

Le professeur Villey est le seul auteur qui, à ma connaissance, ait contesté la responsabilité de l'État à l'occasion des dommages de guerre dans un article de la *Revue d'économie politique,* 1915, p. 197. Je ne m'attarderai pas à discuter cette opinion qui est restée et qui devait rester isolée. Je me borne à une seule observation. Villey écrit : « La responsabilité en vertu du risque professionnel n'ayant aucune application ici, la faute ne pouvant même pas être alléguée, la thèse de la responsabilité civile de l'État ne paraît pas soutenable. » Mon savant collègue et ami paraît ainsi ignorer la transformation profonde qui s'est accomplie dans le droit moderne ; il paraît ignorer que de plus en plus la responsabilité générale de l'État s'affirme, fondée sur le fait de la solidarité nationale et le principe de l'égalité de tous devant les charges publiques.

Pour la loi du 17 avril 1919, cons. *Exposé des motifs* du projet Viviani, déposé à la chambre le 11 mars 1915, *J. off., Doc. parl.,* Chambre, 1915, p. 403 et *Revue du droit public,* 1915, p. 663; *Rapport* de M. Desplats à la chambre, 13 juillet 1916, *J. off.,* 1916, *Doc. parl.,* Chambre, p. 1175; *Rapports* de M. Aymond à la chambre, *J. off.,* 1918, *Doc. parl.,* Chambre, p. 1681, 1969, 2108; 1919, p. 1116; *Rapports* de M. Reynald au sénat, *J. off.,* 1917, p. 630; 1919, p. 55, 244. On trouvera la reproduction des discussions les plus importantes au sénat et à la chambre dans les *Lois annotées* de Sirey, 1920, p. 141.

CHAPITRE VI

L'ÉTAT ET LE DROIT

§ 88. — *L'État de droit.*

Toutes les études qui font l'objet du présent ouvrage sont dominées par cette idée, à mes yeux fondamentale, que l'État est subordonné à une règle de droit supérieure à lui-même, qu'il ne crée pas et qu'il ne peut pas violer. Peu importe la notion que l'on se forme de l'État, qu'on y voie la personnification juridique de la collectivité, comme l'enseigne la doctrine métaphysique, qu'on n'y voie que le produit d'une différenciation entre gouvernants et gouvernés et une coopération de services publics, fonctionnant sous la direction et le contrôle des gouvernants, comme l'enseigne la doctrine réaliste, peu importe, il faut affirmer énergiquement et inlassablement que l'activité de l'État dans toutes ses manifestations est limitée par un droit supérieur à lui, qu'il y a des choses qu'il ne peut pas faire, qu'il y en a qu'il doit faire, que cette limitation ne s'impose pas seulement à tel ou tel organe, qu'elle s'impose à l'État lui-même, pris comme personne, si l'on admet cette conception, et si on ne l'admet pas, qui s'impose à toutes les manifestations de l'activité étatique, quel que soit l'organe qui intervienne.

Cette limitation de l'État par le droit, il faut l'admettre aussi quel que soit le fondement qu'on donne au droit. On peut discuter, et on discute depuis des siècles, le

principe du droit. Peu importe. Qu'avec la doctrine individualiste on croie à l'existence de droits naturels, individuels, inaliénables et imprescriptibles, antérieurs à l'État et venant limiter son action ; qu'avec la conception solidariste on affirme l'existence d'une règle de droit qui s'impose à tous, grands et petits, gouvernants et gouvernés ; qu'on rattache cette règle à un principe supérieur inné dans la conscience humaine, ou que, comme j'ai essayé de le faire, on lui donne un fondement purement positif en la rattachant aux éléments intimes de la structure sociale, peu importe ; à tout prendre, ce ne sont là que des discussions contingentes. L'essentiel, c'est de comprendre et d'affirmer, avec une indéfectible énergie, qu'il y a une règle de droit supérieur à la puissance publique, qui vient la limiter et lui imposer des devoirs. Il faut s'élever de toute sa force et de toute son indignation contre ces doctrines qui, se réclamant des plus grands noms de la philosophie et de la jurisprudence allemandes, de Kant, de Hegel, de Ihering, de Jellinek, enseignent que l'État fait le droit, qu'il n'est pas limité par lui, ou du moins qu'il ne l'est que dans la mesure qu'il fixe lui-même. Au tome I de cet ouvrage (p. 498 et s.), j'ai déjà fait justice de ces théories néfastes qui, je l'ai montré, conduisent nécessairement à la politique d'absolutisme à l'intérieur, à la politique de conquête à l'extérieur.

Un des plus grands juristes de l'Allemagne, Seydel, a osé écrire : « Entre les États, il ne peut point exister de droit ; entre eux, la force seule vaut... C'est donc une vérité imprescriptible qu'il n'y a pas de droit sans le *Herrscher*, au-dessus du *Herrscher* ou à côté du *Herrscher*, il y a un droit seulement par le *Herrscher* » (*Grundzüge*, 1873, p. 14 et 32). Je prends le contre-pied de cette affirmation ; je déclare, avec toute l'énergie dont je suis susceptible, et on me permettra

d'ajouter, avec l'autorité que me donne peut-être presque un demi-siècle consacré à l'étude passionnée et constante du droit et des problèmes politiques : ce n'est pas plus le *Herrscher* que l'État qui fait le droit; il y a un droit sans eux, au-dessus d'eux, à côté d'eux; il en est ainsi, il faut qu'il en soit ainsi; sans cela il n'y a pas de civilisation possible; il n'y a que despotisme et barbarie.

Cela ne fait point cependant que l'État doive être désarmé et dépourvu de tout moyen de contrainte matérielle. Ce serait une singulière illusion de croire que le droit s'impose à l'obéissance de tous par sa seule force. Toute l'histoire prouve qu'il n'en est point ainsi. Le droit sans la force est impuissant. Mais la force sans le droit est barbarie. Seulement cette force doit être dirigée et limitée par le droit. Et toutes les fois qu'elle intervient pour réaliser un but quel qu'il soit, contraire au droit, elle doit être arrêtée ou brisée.

Cela pose, il est vrai, un redoutable problème, mais qui cependant ne doit pas nous arrêter, ni même nous faire hésiter. Le voici dans toute sa simplicité et sa gravité. L'État, dis-je, est limité par le droit, oui. Mais quelle sera la sanction de cette limitation; peut-il y en avoir, puisque l'État, par définition, détient le monopole de la puissance de contrainte dans un pays donné, et que s'il viole le droit, il ne peut pas exercer cette force contre lui-même pour assurer une répression? Donc, dire que l'État est limité par le droit, c'est énoncer une formule d'école et rien de plus. Dans le fait, il ne peut en être ainsi, parce qu'il n'y a pas de droit sans une sanction matérielle et qu'il ne peut pas y en avoir contre l'État.

Tout cela est vrai; mais il n'en résulte pas cependant qu'il n'y ait pas de droit supérieur à l'État, et que notre proposition n'ait pas d'application et d'efficacité pra-

tiques. D'abord, je crois l'avoir démontré au tome I de cet ouvrage, il existe des règles de droit auxquelles on ne peut point contester ce caractère et qui cependant n'ont pas et ne peuvent pas avoir une sanction directe et socialement organisée. Ce qui fait la règle de droit ce n'est pas, à vrai dire, l'existence d'une sanction sociale organisée, mais la réaction sociale que provoque la violation de cette règle et surtout cette idée pénétrant profondément la conscience collective que la sanction d'une pareille règle peut et doit être socialement organisée (p. 1 et s.). D'autre part, si le droit a besoin d'une sanction par la contrainte matérielle, s'il ne peut tirer de sa force interne une puissance d'application suffisante, il est certain cependant que lorsque la conscience de la collectivité est profondément pénétrée de l'idée de droit, de l'idée qui s'impose à tous, aux gouvernants et aux gouvernés, il y a là une force qui, dans une certaine mesure, fait sentir son action et contre laquelle les détenteurs du pouvoir hésitent à s'élever ouvertement. C'est même la raison principale pour laquelle il ne faut jamais se lasser d'affirmer énergiquement la subordination de l'État à un droit supérieur à lui.

D'autre part, s'il est impossible d'organiser une sanction répressive du droit en tant qu'il s'impose à l'État, il n'est pas impossible d'organiser ce que j'appellerai une sanction préventive. En d'autres termes, on peut prendre des mesures de nature à réduire au minimum le danger d'une atteinte au droit par l'État. Ce besoin d'organiser une sanction préventive du droit public remplit la conscience moderne; et cela restera l'éternel honneur des hommes de 1789 d'avoir solennellement proclamé que l'État ne peut faire certaines lois et qu'il faut garantir la sûreté de l'individu, c'est-à-dire trouver les moyens d'empêcher autant que possible que l'État n'outrepasse les pouvoirs que lui donne le droit (Décla-

ration des droits de 1789 et constitution de 1791, tit. I): L'évolution des sociétés modernes, qui peuvent prétendre au titre de sociétés civilisées, est tout entière remplie par cet effort généreux de trouver les meilleurs moyens pour protéger les gouvernés contre l'arbitraire des gouvernants, pour donner, suivant la formule déjà employée, une sanction préventive à la règle de droit qui s'impose à l'État et qui limite son action.

L'un des moyens évidemment les plus efficaces est l'organisation interne donnée au pouvoir politique. J'ai montré au chapitre III du tome II que le mécanisme politique, savant et compliqué qu'est le régime parlementaire, n'a d'autre but que de protéger l'individu contre l'omnipotence de l'État et que c'est encore le meilleur système qu'on ait trouvé pour atteindre ce but, en le conciliant avec la bonne gestion des affaires publiques. Au tome IV, j'étudierai en détail le fonctionnement du système parlementaire français; il n'y a donc pas lieu de parler ici de l'organisation politique. Mais d'autres moyens ont été mis en œuvre pour obtenir le résultat cherché, et même, à cet égard, s'est introduit dans le droit moderne un principe qu'on peut dire devenu intangible, qui est essentiellement protecteur de l'individu contre les empiétements de l'État, principe sur lequel il convient d'insister et que l'on qualifie de principe de légalité.

On a dit avec raison que dans l'évolution générale des sociétés politiques, nous sommes arrivés aujourd'hui à ce qu'on peut appeler la *période législative;* ce qui veut dire que dans les pays civilisés la plus grande partie des règles de droit sont constatées par des lois positives, et que de nombreuses lois constructives existent pour assurer la réalisation des normes juridiques. On peut dire que le droit des sociétés modernes civilisées coïncide approximativement avec le droit légis-

latif de ces sociétés. Sans doute la coutume joue encore un rôle ; mais ce rôle, quoique notable, n'est pas assez important cependant pour qu'on ne puisse le négliger dans une théorie générale de l'État de droit. Aussi dirai-je que l'État moderne, en tant qu'il administre et qu'il juge, ne peut agir que conformément à la loi ; il est lié par la loi en ce sens que ses agents administratifs et juridictionnels ne peuvent faire aucun acte qui ne soit permis ou ordonné par la loi, en ce sens que tout acte fait en violation de la loi est nul, que tout acte fait afin de créer une obligation à la charge de l'État s'impose à lui, en ce sens enfin que l'État peut être partie devant ses propres juridictions et se trouve lié comme tout simple citoyen par leurs décisions.

Cette idée a profondément pénétré la conscience collective moderne, et nulle part plus qu'en France. Les agents publics quels qu'ils soient ne peuvent jamais prendre une décision individuelle que conformément à la règle générale, formulée par l'autorité compétente, c'est-à-dire que conformément à la loi, au sens matériel du mot. J'ai montré aux pages 145 et suivantes du tome II que la loi doit être, par définition, rationnellement et socialement, une disposition par voie générale, que ce caractère de généralité constitue pour l'individu une protection efficace, puisque le législateur, devant édicter une règle générale abstraite, sans considération d'espèce et de personne, échappe par là même au danger de se déterminer par des buts personnels, arbitraires ou tyranniques, que de tout temps l'homme a compris que la généralité de la loi est sa protection par excellence, que l'homme de la cité antique se croyait libre quand l'État, pouvant sans doute tout faire, ne le pouvait cependant que conformément à une règle générale, formulée pour tous et s'imposant à tous.

Le principe de légalité domine tout le droit moderne

et particulièrement le droit français. J'ai déjà montré que nulle part, mieux qu'en France, ce principe n'est appliqué et n'a reçu une sanction plus énergique et plus efficace grâce à l'ouverture si large du recours pour excès de pouvoir (t. II, p. 292, 293 et s.). J'y reviendrai plus loin avec quelques développements.

Mais pour que le principe de légalité puisse produire tous ses effets, il faut admettre un second principe qui le complète et qui est aussi indispensable parce que, s'il n'est pas respecté, le principe de légalité est réduit à néant. Dans tout pays civilisé, vivant sous un régime de droit, il faut qu'il y ait des juridictions fortement organisées, composées d'hommes compétents et absolument indépendants du pouvoir politique; il faut que les décisions prises par ces juridictions soient reconnues comme s'imposant également au respect des gouvernants et des gouvernés; il faut que tous les organes publics, quels qu'ils soient, depuis le parlement jusqu'au plus modeste des conseils locaux, depuis le chef de l'État jusqu'au plus humble des agents, s'inclinent devant elle. Il faut, en un mot, que tous reconnaissent que l'État lui même est lié par les décisions de ses tribunaux. Il ne peut faire un acte individuel que dans les limites que lui impose la loi dans ses dispositions par voie générale. S'il va au delà, la juridiction compétente le déclare, prend la décision pour réprimer cet excès de pouvoir, en général annule l'acte, et sa décision s'impose à tous, même à l'État, qui doit intervenir pour en assurer l'exécution.

Si l'État, administrateur et juge, est lié par la loi qu'il a faite, si tous ses organes doivent s'incliner devant la décision de justice portant qu'un acte individuel a été fait contrairement à la loi et se trouve par suite frappé de nullité, l'État législateur est lui-même lié par un droit supérieur à lui. Quand il fait la loi,

l'Etat doit formuler une règle de droit déjà existante et s'imposant à lui-même, ou prendre des dispositions constructives pour en assurer la réalisation. L'État législateur ne peut pas tout faire, et il y a des règles de droit qu'il est obligé de formuler et de mettre en œuvre. Pour donner à ces obligations négatives et positives de l'État législateur une sanction préventive, en dehors de l'organisation même du pouvoir législatif, dont, je l'ai déjà dit, je ne m'occuperai pas dans cette partie de l'ouvrage, deux procédés ont été employés, deux procédés qui, d'ailleurs, sont complémentaires l'un de l'autre, le système des déclarations des droits et le système des lois constitutionnelles rigides.

Dans le système des déclarations des droits, une assemblée réunie dans des conditions exceptionnelles formule certains principes de droit supérieur qui s'imposent à l'État, non seulement au pouvoir législatif ordinaire, mais même au pouvoir législatif constituant, et toute loi quelle qu'elle soit, quel que soit l'organe dont elle émane, doit être faite conformément à ces principes. Si elle viole l'un d'eux, elle est contraire au droit et logiquement aucune obéissance ne lui est due.

Le système des lois constitutionnelles rigides vient compléter le système des déclarations des droits. Un organe législatif est institué dans des conditions déterminées ; il est distinct de l'organe normalement chargé de faire la loi ; il formule, conformément aux principes inscrits dans la déclaration des droits, des règles d'ordres divers, habituellement des règles d'organisation politique, parfois des règles d'organisation administrative et judiciaire et aussi des principes généraux du droit dans ses divers domaines. Ces règles s'imposent au législateur ordinaire ; elles ne peuvent être ni abrogées, ni modifiées par lui ; elles ne peuvent l'être que dans des conditions particulières qu'elles déterminent

elles-mêmes. Les lois constitutionnelles ainsi comprises ont été appelées par Bryce et par Dicey des lois constitutionnelles rigides pour les distinguer des lois constitutionnelles faites par le législateur ordinaire, comme en Angleterre, qui sont constitutionnelles uniquement à raison de leur objet, l'organisation politique du pays, et qui peuvent être modifiées ou abrogées par le législateur ordinaire comme toutes les autres lois.

Pour que le système des déclarations des droits et des lois constitutionnelles rigides réalise une protection véritablement efficace de l'individu contre les violations possibles du droit de la part de l'État, il faut encore que dans le pays existent des juridictions éclairées, indépendantes et impartiales ; il faut qu'on leur reconnaisse compétence pour refuser d'appliquer une loi qu'elles jugent contraire aux principes de la déclaration des droits ou aux dispositions de la constitution. Il faut, en d'autres termes, que devant toutes les juridictions soit recevable l'exception dite d'inconstitutionnalité. Cette première garantie est indispensable. On examinera plus loin s'il ne faudrait pas, en outre, organiser une haute juridiction devant laquelle tout intéressé serait recevable à porter un recours tendant à l'annulation de toute loi qu'il prétend contraire à la déclaration des droits ou à la constitution. Pour des raisons qui seront indiquées, je suis disposé à croire que cette dernière institution présenterait plus d'inconvénients que d'avantages. Cf. § 98.

Enfin, une dernière observation. J'estime que, même dans les pays qui, comme la France, les États-Unis de l'Amérique du Nord, ont adopté et pratiquent le système des déclarations des droits et des constitutions rigides, on ne saurait dire que tous les principes du droit supérieur qui s'imposent à l'État se trouvent inscrits dans ces textes, quelque solennels, quelque étendus qu'ils

soient. En effet, si l'on peut dire qu'aujourd'hui le droit objectif d'un pays coïncide à peu près avec le droit écrit législativement proclamé, il y a cependant une différence, parce que le droit est en perpétuel devenir, parce qu'il existe, comme l'école historique allemande l'a définitivement montré, une formation continue et spontanée du droit dans tous les domaines. Il est donc impossible, à mon avis, de ne pas reconnaître qu'à tout moment il peut y avoir des principes du droit supérieurs à l'État, qui ne sont formulés ni dans les déclarations des droits, ni dans les lois constitutionnelles et qui, quoique non écrits, obligent l'État aussi rigoureusement que s'ils avaient été solennellement proclamés. Comme conséquence, il faut admettre que les juridictions qui, on vient de le dire, doivent avoir compétence pour refuser d'appliquer toute loi contraire aux déclarations des droits ou à la constitution, doivent pouvoir aussi refuser d'appliquer une loi qui, sans contenir une violation d'une règle constitutionnelle écrite, est certainement en contradiction avec un principe du droit supérieur non écrit et que la conscience collective aperçoit fortement comme s'imposant à l'État. Ce rôle capital du juge sera étudié avec quelques développements au paragraphe 98.

§ 89. — *Le système des déclarations des droits.*

Le pays qui, le premier, a mis en œuvre le système des déclarations des droits est la République américaine. En le faisant, les constituants américains ont été certainement déterminés par cette idée que ces déclarations formaient le pacte social des nouvelles sociétés politiques qui se constituaient. La notion de pacte ou de contrat social est fort ancienne. On sait qu'au XVIII^e^ siècle, elle a dû un retentissement immense au

livre célèbre de J.-J. Rousseau; mais elle remontait à saint Augustin; elle a traversé tout le moyen âge et tous les temps modernes jusqu'au moment où elle a reçu du philosophe de Genève sa formule définitive. L'idée a traversé l'Atlantique, et tous les promoteurs de l'indépendance américaine, Jefferson, Washington, Hamilton, en sont profondément pénétrés. La Déclaration d'indépendance de 1776 est précédée d'une formule qui rappelle les droits imprescriptibles de l'individu, qui seront l'objet même du pacte social pour les États nouveaux qui se constitueront quand on aura définitivement secoué le joug de l'Angleterre. La plupart des constitutions que se donnent les colonies anglaises, devenues autant d'États indépendants, sont ainsi précédées d'une déclaration des droits qui est le pacte social de chacune de ces nouvelles associations politiques. Il s'impose à tous, non seulement aux individus, mais aussi au législateur, au législateur constituant pour l'organisation politique qu'il donne au pays, au législateur ordinaire pour toutes les lois qu'il fera dans le présent et dans l'avenir. Le 12 juin 1776, la première, la convention de Virginie, adopte une déclaration qui servira de modèle à toutes les autres colonies, devenues des États indépendants. Ce caractère de pacte social appartenant aux déclarations des droits américaines apparaît encore très nettement, si l'on se rappelle que ces déclarations et ces constitutions étaient soumises au référendum. Ainsi, c'étaient tous les membres de la collectivité qui étaient appelés à signer en quelque sorte le contrat duquel naissait la société politique et qui s'engageait par là solennellement à en respecter les clauses. La théorie du contrat social, telle qu'elle avait été aperçue à une époque très ancienne, telle que l'avait formulée, dans des termes retentissants, le philosophe de Genève, trouvait ainsi dans les faits une réalisation effective.

Cela montre combien il est faux de dire, comme on le fait quelquefois, que ce sont les différents actes du droit public anglais, tels que la *Grande charte*, la *Pétition des droits* de 1627, l'*Habeas corpus* de 1679 et le *Bill of Rights* de 1689, qui ont suggéré aux Américains de placer en tête de la Déclaration d'indépendance et des différentes constitutions des nouveaux États une déclaration des droits. Ces textes célèbres n'étaient certainement inconnus ni des constituants américains, ni des membres de l'Assemblée nationale. Mais, comme le dit très justement Jellinek, « un abîme sépare les déclarations américaines (il aurait pu ajouter la Déclaration française) des lois anglaises précitées » (*loc. cit.*, p. 48). Celles-ci ne sont point inspirées par la croyance à l'existence de droits naturels et imprescriptibles de l'homme venant limiter les pouvoirs de l'État comme tel. Elles ont seulement pour but de limiter les pouvoirs du roi, de protéger l'individu contre l'arbitraire royal et reconnaissent l'omnipotence du parlement. Les déclarations américaines et françaises ont pour but de limiter par le droit les pouvoirs de l'État législateur ; les déclarations anglaises « n'ont ni le pouvoir, ni l'intention de limiter les facteurs législatifs et de poser les principes pour une législation future », mais simplement de limiter le pouvoir du roi et de ses agents, le parlement restant omnipotent.

En France, quand l'Assemblée nationale de 1789 décida, le 4 août 1789, que la constitution nouvelle serait précédée d'une déclaration des droits, elle agissait assurément sous l'action de diverses influences. D'abord, celle de J.-J. Rousseau. On verra plus loin que c'est une erreur totale de prétendre que les principes inscrits dans la Déclaration des droits de 1789 et l'esprit général qui l'inspire proviennent de Rousseau et du *Contrat social;* ils en sont, au contraire, aux anti-

podes. Mais il n'en est pas moins vrai que la notion même de contrat social remplit, en 1789, l'esprit de tous les constituants. La France est sans doute un ancien État; elle a des siècles d'existence. Ce n'est point comme les colonies anglaises de l'Amérique du Nord un État nouveau qui se constitue par l'adhésion des individus convenant de vivre ensemble, suivant certaines lois. Mais cependant, dans la pensée de l'Assemblée nationale, la France va se reconstruire depuis ses dernières assises, et la plupart des esprits pensent qu'il faut rédiger le pacte social de la société française régénérée qui va naître de la révolution.

L'idée a été exprimée formellement à plusieurs reprises par des membres marquants de l'Assemblée, notamment par Lally-Tollendal dans les termes suivants : « Il faut faire une déclaration des droits de tous qui soit, pour ainsi dire, un pacte social, un contrat universel »; et par Desmeuniers : « Il faut faire une déclaration des droits qui précède la constitution française, c'est-à-dire une déclaration de principes communs à tous les gouvernements » (*Archives parlementaires*, 1re série, VIII, p. 222 et 334).

Cependant, il faut bien dire que ce qui détermine surtout l'Assemblée nationale à rédiger une déclaration qui sera placée en tête de la constitution qu'elle va rédiger, c'est l'exemple des États-Unis de l'Amérique du Nord. On sait quel prestige avaient en France, depuis 1783, toutes les choses d'Amérique. Sans doute, l'idée d'une déclaration des droits était déjà exprimée dans quelques cahiers, notamment dans celui du bailliage de Nemours où se trouve un chapitre intitulé : « De la nécessité d'établir quels sont les droits de l'homme et du citoyen », et un projet en trente articles. On trouve aussi un projet de déclaration des droits dans les cahiers de la ville de Paris. Mais ce fut

Lafayette qui, le premier, proposa à l'Assemblée de faire précéder la constitution d'une déclaration des droits de l'homme et du citoyen, et présenta un projet. Le prestige de son nom, le souvenir de son rôle dans la guerre d'indépendance américaine firent acclamer sa proposition.

A l'exemple des constituants de 1789, les auteurs des constitutions de 1793 et de l'an III votèrent aussi une déclaration des droits s'inspirant du même principe et poursuivant le même but. Toutes nos constitutions postérieures, à l'exception des lois constitutionnelles de 1875, ont rappelé expressément, ou tout au moins visé, les principes inscrits dans la Déclaration des droits de 1789.

Le système des déclarations des droits tend à déterminer les limites qui s'imposent à l'action de l'État, et pour cela, on formule des principes supérieurs que doivent respecter le législateur constituant comme le législateur ordinaire. Ces principes supérieurs, la déclaration des droits ne les crée point; elle les constate et les proclame solennellement. En procédant ainsi, on pense que le législateur, connaissant exactement les limites de son pouvoir, n'osera pas aller au delà; on pense aussi que les citoyens pouvant à tout instant comparer les limites qui sont posées au pouvoir de l'État avec les lois qu'il fait lui obéiront plus fidèlement. Cette idée est, au reste, très nettement exprimée au préambule de la Déclaration des droits de 1789 : « Les représentants du peuple français ont résolu d'exposer, dans une déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme... afin que les actes du pouvoir législatif et ceux du pouvoir exécutif pouvant être à chaque instant comparés avec le but de toute institution politique en soient plus respectés. »

Par conséquent, la loi par excellence, celle qui est

plus forte que toutes les autres, lois constitutionnelles ou lois ordinaires, qui ne sont qu'une émanation d'elle, qui ne valent quelque chose que dans la mesure où elles se conforment aux principes qu'elle édicte, c'est la loi contenant l'énumération de ces droits individuels, c'est la déclaration des droits.

Cela explique comment les auteurs de la plupart des constitutions ont cru nécessaire d'inscrire dans la constitution elle-même des *garanties des droits*, qui ne font point double emploi avec la déclaration proprement dite. Elle est la loi fondamentale s'imposant au législateur constituant et au législateur ordinaire, et celui-là ne fait que remplir l'obligation que lui impose la loi supérieure, en faisant interdiction à celui-ci de violer les principes de cette loi supérieure. Dans le système de 1789, il y a trois catégories de lois se hiérarchisant, les déclarations des droits, les lois constitutionnelles et les lois ordinaires. Le législateur constituant est soumis aux déclarations et le législateur ordinaire au législateur constituant. *A fortiori*, le législateur ordinaire est-il lié par les déclarations des droits, et s'il n'y a pas dans la constitution les dispositions rappelant ou garantissant les droits inscrits dans la déclaration, le législateur ordinaire n'en reste pas moins lié par la déclaration et il lui est toujours interdit de la violer, sous peine de faire une loi contraire au droit.

Cette hiérarchie des lois apparaît encore nettement au titre I de la constitution de 1791 qui porte la rubrique : « Dispositions fondamentales garanties par la constitution. » On y lit la phrase suivante qui est d'une importance capitale : « Le pouvoir législatif ne pourra faire aucunes lois qui portent atteinte et mettent obstacle aux droits naturels et civils consignés dans le présent titre et garantis par la constitution... » Ainsi le législateur constituant reconnaît sa subordination à la règle

suprême formulée dans la Déclaration des droits; il en rappelle le principe et il adresse au législateur ordinaire l'interdiction formelle de faire une loi qui le violerait.

Le principe qui, dans la pensée de ceux qui rédigeaient la Déclaration des droits de 1789, venait limiter les pouvoirs de l'État, les pouvoirs du législateur ordinaire et même du législateur constituant était celui qu'enseignait la doctrine individualiste qui remontait à un lointain passé. Aux pages 111 et suivantes du tome I, j'ai dit en quoi consistait cette doctrine, quelles étaient ses origines, et les critiques qu'elle mérite. J'ai dit aussi qu'aujourd'hui la tendance générale est de fonder la limitation des pouvoirs politiques sur la conception solidariste, bien plutôt que sur l'individualisme. Mais pour le moment, la question n'est pas là, et d'ailleurs la conception solidariste, pour tout ce qui concerne la limitation négative des pouvoirs de l'État, ne vient point contredire les solutions dérivant de la doctrine individualiste; au contraire, elle les confirme. Mais elle ajoute certaines limitations d'ordre positif : elle conduit à cette conséquence que non seulement il y a des choses que l'État ne peut pas faire, mais qu'il y en a aussi qu'il est directement et positivement obligé de faire, comme par exemple assurer à tous le travail, la subsistance et un minimum d'instruction. On peut donc dire que la Déclaration des droits de 1789 reste comme l'expression très exacte tout au moins des limitations d'ordre négatif qui s'imposent au législateur constituant et au législateur ordinaire.

Dans ces conditions se pose une question de droit positif français qu'il est impossible de passer sous silence. C'est celle de savoir si la Déclaration de 1789 possède encore la valeur positive d'une loi et si le législateur constituant ou le législateur ordinaire, qui ferait une loi

en contradiction avec les principes qu'elle formule, ferait une loi contraire au droit. Je n'hésite pas à répondre affirmativement pour des raisons qui découlent nettement de ce qui précède. En 1789, on avait, on l'a vu, l'intention de rédiger le pacte social de la France régénérée par la Révolution, la loi fondamentale qui s'imposerait à tout législateur. A maintes reprises, les hommes les plus écoutés de l'Assemblée nationale l'affirment nettement. C'est Desmeuniers, on l'a déjà vu, disant que la Déclaration des droits est une déclaration de principes applicable à tous les gouvernements; c'est Dupont de Nemours affirmant que la Déclaration des droits est la loi fondamentale des lois de notre nation et de celles des autres nations qui doit durer autant que les siècles (*Archives parlementaires*, 1re série, VIII, p. 334, et XXIX, p. 268).

Cependant Esmein prétend que la Déclaration des droits de 1789 ne peut avoir actuellement force de loi positive, parce qu'elle n'a jamais eu ce caractère et qu'elle n'était qu'une sorte d'exposé doctrinal, une théorie politique et sociale, formulée par un législateur philosophe. Il écrit notamment : « Les déclarations des droits émanent de corps possédant une autorité légale et même souveraine, d'assemblées constituantes, mais elles ne sont pas des articles de lois précis et exécutoires. Ce sont purement et simplement des déclarations de principes » (*Droit constitutionnel*, 7e édit., 1921, I, p. 553).

J'ai déjà réfuté cette manière de voir au tome II, page 159. Je me borne à redire que les déclarations des droits n'étaient point de simples formules dogmatiques ou de simples énoncés théoriques formulés par un législateur philosophe; qu'elles étaient de véritables lois positives obligeant non seulement le législateur ordinaire, mais même le législateur constituant. Parti-

culièrement, la Déclaration des droits de 1789 a conservé encore de nos jours toute sa force législative positive. Je crois que si aujourd'hui le législateur faisait une loi violant un des principes formulés dans la Déclaration des droits de 1789, cette loi serait inconstitutionnelle. Je crois même que la Déclaration des droits de 1789 s'impose encore non seulement au législateur ordinaire, mais aussi au législateur constituant, et qu'une assemblée nationale formée dans les conditions de l'article 8 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 ne pourrait point juridiquement faire une loi contraire aux termes de la Déclaration de 1789.

Qu'on se rappelle que, dans la pensée de l'Assemblée nationale de 1789, la Déclaration était le pacte social de la société nouvelle qui allait naître de la Révolution. L'Assemblée, nommée pour régénérer la France, veut effacer tout le passé, et pour cela elle rédige d'abord le pacte social, comme l'ont fait les constituants américains qui lui servent de modèle. La Déclaration des droits ainsi comprise est une loi véritable, supérieure aux lois ordinaires, supérieure même, je le répète, à la loi constitutionnelle et bien distincte d'elle.

Comment prétendre que la Déclaration des droits n'a qu'une valeur doctrinale et point une force législative, quand la législation positive tout entière n'a, dans la conception individualiste, de valeur et de force qu'autant qu'elle est la mise en œuvre des principes juridiques formulés dans la Déclaration? Comment le texte qui contient l'énoncé de ces principes ne serait-il pas une loi? Dans la doctrine individualiste, qui est encore à la base de notre droit positif, la force obligatoire de la loi dérive bien plus de sa conformité aux principes que de la volonté nationale telle quelle.

Esmein ajoute que si les déclarations des droits avaient seulement une valeur dogmatique, au contraire

les *Garanties des droits* étaient de véritables lois constitutionnelles, positives, obligatoires pour le législateur ordinaire. Ainsi, dans cette doctrine, aujourd'hui la constitution de 1875 ne contenant ni garantie des droits, ni rappel des principes de 1789, les pouvoirs du législateur ne sont point limités; et une loi portant une atteinte directe aux droits de l'individu ne serait point une loi inconstitutionnelle. De cette conséquence, Esmein cherche à atténuer la gravité, en disant d'abord que cela change peu les choses, car, alors même que pareille loi serait inconstitutionnelle, les juges ne pourraient point refuser de l'appliquer, les tribunaux français, à la différence des tribunaux américains, n'ayant point le pouvoir d'apprécier la constitutionnalité des lois, et ensuite en montrant l'exemple de l'Angleterre, où, dit-il, les droits (individuels) paraissent mieux assurés qu'en aucun pays au monde et où pourtant le parlement est absolument souverain. « La meilleure garantie à cet égard se trouve dans les mœurs, dans l'esprit national et peut-être aussi dans l'institution des deux chambres ». Je réponds que c'est parce que les mœurs, l'esprit, ne sont pas en France ce qu'ils sont en Angleterre que l'exemple de celle-ci ne saurait être invoqué.

Assurément, les dispositions inscrites dans la plupart de nos constitutions sous les rubriques : *Droits des citoyens garantis par la constitution* ou *Droit public des Français*, sont des règles constitutionnelles positives proprement dites, dont la valeur et la portée sont déterminées d'après la théorie des constitutions rigides (cf. § 96 et 97). Pendant que les constitutions qui contenaient ces dispositions, désignées du nom générique de *Garanties des droits*, étaient en vigueur, il n'est pas douteux que le législateur était obligé par une loi positive supérieure à lui de ne pas porter atteinte aux droits

individuels. Mais n'en aurait-il pas été ainsi s'il n'y avait eu que la Déclaration des droits et point de Garantie des droits insérée dans la constitution ? N'en est il pas ainsi maintenant que la constitution en vigueur ne fait aucune mention des droits individuels?

Qu'on ne dise pas, en effet, qu'en admettant même que la Déclaration des droits de 1789 eût, au moment où elle a été faite, force législative, elle l'a perdue aujourd'hui, parce qu'elle faisait partie intégrante de la constitution de 1791, et que celle-ci a perdu toute valeur légale du moment où le régime politique qu'elle établissait a été renversé. Qu'on ne prétende pas davantage que ce qui prouve que la Déclaration des droits de 1789 a suivi le sort de la constitution de 1791, c'est qu'en 1793, en l'an III, on a fait de nouvelles déclarations, qui ont, elles aussi, suivi le sort des constitutions dont elles faisaient partie et qui sont mortes depuis longtemps. Qu'on ne dise pas non plus que, si l'on peut soutenir que les dispositions d'une constitution, qui ne sont pas purement politiques, mais ont une portée générale et peuvent s'appliquer indépendamment de la forme du gouvernement établi par la constitution, continuent à s'appliquer même après la chute de ce gouvernement, ces dispositions ne valent cependant que comme lois ordinaires pouvant toujours être abrogées ou modifiées par le législateur ordinaire, par exemple la disposition de l'article 75 de la constitution de l'an VIII appliquée comme loi ordinaire jusqu'à son abrogation par le décret du 19 septembre 1870, ou encore l'article 76 de la constitution de l'an VIII sur l'inviolabilité du domicile, l'article 5 de la constitution de 1848 abolissant la peine de mort en matière politique, toujours appliqués, mais seulement comme lois ordinaires, que par conséquent, si les dispositions de la Déclaration des droits de 1789 ont eu en 1789 force de

loi fondamentale, si aujourd'hui elles ont encore force législative, elles ne sont que des lois ordinaires qui ne lient point le législateur.

J'ai répondu d'avance à cette manière de raisonner. Sans doute, les dispositions des constitutions antérieures, ayant une portée générale et considérées comme encore en vigueur, n'ont que force de loi ordinaire. Mais la Déclaration des droits de 1789 ne faisait point partie, à proprement parler, de la constitution. Elle a été votée séparément et définitivement en 1789, et on a décidé, non pas qu'elle serait incorporée dans la constitution, mais qu'elle serait placée en tête de la constitution.

Le 4 août 1789, l'Assemblée décrète, à la presque unanimité, que *la constitution sera précédée d'une Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* (*Archives parlementaires,* 1re série, VIII, p. 341). On considérait si bien qu'elle était distincte de la constitution qu'au moment de la revision générale de celle-ci, Thouret, rapporteur, déclare « qu'il ne serait pas bon d'y faire aucun changement, et que cette Déclaration a acquis, en quelque sorte, un caractère sacré et religieux, qu'elle est devenue, depuis deux ans, le symbole de tous les Français » (*Archives parlementaires,* 1re série, XXIX, p. 266). L'Assemblée approuve la proposition de son rapporteur et se borne à ordonner la correction d'une faute d'impression dans l'article 17 où l'on avait imprimé *les propriétés* au lieu de *la propriété*. Tout cela montre bien que la Déclaration des droits était distincte de la constitution, que, suivant l'expression de Dupont de Nemours, elle était, dans la pensée de ses auteurs, « la loi fondamentale des lois de notre nation et de celles des autres nations, qui doit durer autant que les siècles » (*Archives parlementaires,* 1re série, XXIX, p. 268).

§ 90. — *Le contenu des déclarations des droits.*

Les Déclarations des droits françaises et particulièrement la Déclaration des droits de 1789, qui a servi de modèle à celles de 1793 et de l'an III, contiennent l'expression très nette, très précise et très exacte de la doctrine individualiste, telle que je l'ai exposée au tome I, pages 111 et suivantes. Elles tentent en outre de donner un fondement rationnel au droit et de déterminer les limites qu'il apporte au pouvoir de l'État. Au tome I, j'ai indiqué les critiques qui doivent être dirigées contre cette doctrine et j'ai montré qu'elle est inadmissible. Je ne reviens pas sur ce point. Mais le système a occupé et occupe encore une place trop considérable pour que je ne doive pas en rappeler ici les éléments principaux.

L'homme, en venant au monde, apporte avec lui certaines prérogatives qui tiennent à sa nature, à sa qualité d'homme. Suivant la conception cartésienne, le tout de l'homme est la pensée, et ainsi tout homme a le droit naturel et intangible de penser et d'extérioriser sa pensée, c'est-à-dire de développer son activité physique, intellectuelle et morale. D'autre part, comme tous les hommes ont une pensée, une activité, ils ont tous un droit égal à développer leur activité. Tous les hommes sont non seulement libres, mais ils sont tous *également* libres ; et ainsi le principe d'égalité et le droit de liberté forment les fondements de tout le droit.

Dans la Déclaration des droits de 1789, on lit : « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune. — Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont : la liberté,

la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression. — La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi » (art. 1er, 2 et 4).

La conséquence en est que l'État est limité par ces droits individuels antérieurs et supérieurs à lui. Il ne peut y porter aucune atteinte sous peine de violer le droit. Cependant, il peut et il doit y apporter certaines limitations, mais qui ont elles-mêmes pour mesure l'existence de ces droits. L'État ne peut limiter les droits individuels de chacun que dans la mesure où cette limitation est nécessaire pour que soient protégés et respectés les droits individuels de tous. D'autre part, cette limitation ne peut être apportée que par la loi et suivant la terminologie moderne, par un acte qui ait en même temps le caractère matériel et le caractère formel de loi, c'est-à-dire un acte qui soit une disposition par voie générale, portée par conséquent sans considération d'espèce ni de personne, et un acte voté par le peuple ou par ses représentants légalement constitués.

Cette conséquence de la conception individualiste et cette règle limitant les pouvoirs de l'État sont exprimées dans des termes d'une précision parfaite et dans la Déclaration des droits elle-même et au titre I de la constitution de 1791 sous la rubrique : « Dispositions fondamentales garanties par la constitution. »

A l'article 4 de la Déclaration des droits, il est dit : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui; ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées

que par la loi. » Et au titre I de la constitution de 1791, on rappelle, en les précisant, les droits individuels dont le principe est formulé dans la Déclaration des droits et on dit au paragraphe 3 : « *Le pouvoir législatif ne pourra faire aucunes lois qui portent atteinte et mettent obstacle aux droits naturels et civils consignés dans le présent titre et garantis par la constitution ;* mais comme la liberté ne consiste qu'à pouvoir faire tout ce qui ne nuit ni aux droits d'autrui ni à la sûreté publique, la loi peut établir des peines contre les actes qui, attaquant ou la sûreté publique ou les droits d'autrui, seraient nuisibles à la société. » Nulle part n'est formulée plus nettement la règle qui, fondée sur la reconnaissance des droits individuels, vient limiter juridiquement les pouvoirs de l'État législateur.

Toutes nos constitutions postérieures, à l'exception des lois constitutionnelles de 1875, ont rappelé expressément ou visé les droits individuels et naturels de l'homme, qui avaient été affirmés dans la Déclaration de 1789. Les Déclarations de 1793 et de l'an III ont été calquées sur celle de 1789. Cependant, spécialement en ce qui concerne la Déclaration de 1793, il y a quelques différences assez notables, notamment au sujet de l'égalité, de la résistance à l'oppression et du droit à l'assistance, à l'enseignement et au travail. Il en sera parlé plus loin. Cf. §§ 91, 95 et 101.

En 1848, il fut un moment question de voter une nouvelle déclaration des droits ; on y renonça et on se contenta de placer en tête de l'acte constitutionnel un préambule dans lequel on rappelait les grands principes de 1789. On y lit notamment : « La République reconnaît des droits et des devoirs antérieurs et supérieurs aux lois positives. Des devoirs réciproques obligent les citoyens envers la République et la République envers les citoyens » (art. III et VI).

Le 21 décembre 1909, la chambre des députés a été saisie, par M. Engerand, d'une proposition de revision tendant à donner le caractère constitutionnel à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (*J. off., documents parl.*, Chambre, session extraordinaire, p. 252, et *Revue du droit public*, 1910, p. 133).

A quelles sources les constituants de 1789 puisaient-ils les éléments de leur doctrine? Les conceptions individualistes avaient un lointain passé puisqu'elles remontent jusqu'aux doctrines stoïciennes de la Grèce et aux théories juridiques des prudents de Rome. Elles se sont conservées pendant le moyen âge et elles ont trouvé une forte expression dans les écrivains protestants du XVI^e^ siècle. La Réforme elle-même a été essentiellement un grand mouvement individualiste. Mais cela ne nous dit pas les sources auxquelles les auteurs de la Déclaration de 1789 ont directement puisé. Sur la question ainsi posée, on a beaucoup écrit et spécialement on a écrit beaucoup d'erreurs. Parmi elles, il en est deux qu'il importe au premier chef de rectifier; à savoir celle qui consiste à dire que la Déclaration des droits a été puisée dans le *Contrat social* de J.-J. Rousseau, et celle qui consiste à prétendre qu'elle a été une simple copie de la Déclaration d'indépendance américaine et des déclarations placées en tête de la plupart des constitutions que se sont données les États américains.

Un auteur aussi averti que le regretté Boutmy, et à sa suite M. Tchernoff affirment que la Déclaration des droits de l'homme a son origine dans la philosophie française du XVIII^e^ siècle, et que spécialement dans sa partie philosophique elle s'inspire directement du *Contrat social*. Ce sont là des propositions qu'il importe de rectifier. Que beaucoup des idées exprimées dans la Déclaration, notamment l'idée de l'homme naturel, ayant des droits antérieurs à l'État, à la société elle-même parce qu'il est homme, aient été dans la plupart des esprits en France au XVIII^e^ siècle, c'est incontestable.

Mais elles venaient de plus loin. D'autre part, il est exact que les principes politiques inscrits dans la Déclaration des droits, notamment le principe de la souveraineté nationale et de son indivisibilité (art. 3), la définition de la loi, « la loi est l'expression de la volonté générale » (art. 6), sont puisés directement dans le *Contrat social*. Mais, au contraire, ce qui est l'élément essentiel de la Déclaration, l'affirmation solennelle qu'il y a une limite au pouvoir souverain de l'État, est tout à fait étrangère au *Contrat social*. Rousseau est le père du jacobinisme sectaire et tyrannique. La Déclaration des droits est tout inspirée de libéralisme et de tolérance.

P. Janet a tort de dire que la pensée de Rousseau oscille sans cesse entre le droit de l'État et le droit de l'individu; Rousseau n'hésite point à subordonner le droit de l'individu au droit de l'État et à reconnaître à celui-ci un pouvoir sans limite.

Voici quelques passages du *Contrat social* qui ne peuvent laisser de doute : « Il n'y a ni ne peut y avoir nulle espèce de loi fondamentale obligatoire pour le corps du peuple, pas même le contrat social.... Le souverain n'étant formé que des particuliers qui le composent n'a ni ne peut avoir d'intérêt contraire au leur, par conséquent la puissance souveraine n'a nul besoin de garants envers les sujets... » (liv. I, chap. VII). C'est un pur sophisme, car le souverain est formé en réalité par une majorité, et la formule de Rousseau revient à dire que la majorité a le droit d'opprimer sans limite la minorité, proposition à laquelle je ne pourrai jamais souscrire. Rousseau dit encore : « L'aliénation se faisant sans réserve, l'union est aussi parfaite qu'elle peut l'être et nul associé n'a plus rien à réclamer, car *s'il restait quelques droits aux particuliers*, comme il n'y aurait aucun supérieur commun qui pût prononcer entre eux

et le public, chacun étant en quelque point son propre juge prétendrait bientôt l'être en tout ; l'état de nature subsisterait et l'association deviendrait nécessairement tyrannique ou vaine » (liv. I, chap. VI).

Cependant le chapitre IV du livre II du *Contrat social* est intitulé : *Des bornes du pouvoir souverain*, et on y lit : « On convient que tout ce que chacun aliène par le pacte social, de sa puissance, de ses biens, de sa liberté, c'est seulement la partie de tout cela dont l'usage importe à la communauté... » L'auteur paraît reconnaître que les droits naturels de l'individu persistent après la constitution du corps politique. Mais ce n'est qu'une illusion, car Rousseau s'empresse d'ajouter : « Mais il faut convenir aussi que le souverain seul est juge de cette importance. » C'est donc reconnaître le pouvoir *sans limite* de l'État sur l'individu. Et immédiatement, suivant la méthode habituelle de Rousseau, le sophisme pour justifier son affirmation ; il dit en effet : « Tous les services qu'un citoyen peut rendre à l'État, il les lui doit sitôt que le souverain les demande ; mais le souverain de son côté ne peut charger les sujets d'aucune chaîne inutile à la communauté ; *il ne peut pas même le vouloir, car sous la loi de raison, rien ne se fait sans cause, non plus que sous la loi de nature* » (liv. III, chap. IV). Ici, le sophisme passe la mesure. Il est étrange qu'après cela et après ce que lui-même avait écrit, M. P. Janet ait pu dire en parlant de la Déclaration des droits : « Un tel acte ne vient point de Montesquieu, mais de J.-J. Rousseau. »

Boutmy, *Annales de l'école libre des sciences politiques*, 1902, p. 414 ; Tchernoff, *Montesquieu et Rousseau, Revue du droit public*, 1903, II, p. 96 ; Paul Janet, *Histoire des doctrines politiques*, 2e édit., II, p. 583 et 612.

Pour l'étude critique du *Contrat social*, on peut consulter Jellinek, *La Déclaration des droits*, traduction Fardis, 1902, p. 9 ; Rodet, *Le Contrat social et les idées politiques de J.-J. Rousseau*,

1909; E. Champion, *J.-J. Rousseau et la Révolution française*, 1905; J. Lemaître, *J.-J. Rousseau*, 1906; Durkheim, *Le Contrat social de J.-J. Rousseau, Revue de métaphysique*, 1918, numéro de janvier-février, p. 1, et numéro de mars-avril, p. 129; Vaughan, *The political Writing of J. J. Rousseau*, 2 vol. in-8°, Cambridge, 1915. Cons. aussi l'excellente édition du *Contrat social* donnée par Dreyfus-Brisach, Paris, 1896.

Dans l'ouvrage qu'on vient de citer, Jellinek soutient que la Déclaration des droits de 1789 a été directement inspirée par la Déclaration d'indépendance américaine de 1776 et par les Déclarations des droits (*Bills of Rights*) qui furent placées en tête de la plupart des constitutions que se donnèrent les colonies anglaises devenues des États indépendants. La Déclaration d'indépendance américaine de 1776, rédigée par Jefferson, débute en effet par ces mots : « Nous tenons pour vérités démontrées d'elles-mêmes que tous les hommes sont créés égaux et sont dotés par le créateur de certains droits inaliénables, parmi lesquels figurent la vie, la liberté et la recherche du bonheur... Les gouvernements sont institués parmi les hommes pour assurer ces droits, et ils tiennent leurs justes pouvoirs du consentement des gouvernés. » Des déclarations conçues dans le même esprit se trouvent en tête de la plupart des constitutions que se donnèrent les colonies après la déclaration d'indépendance. Le 12 juin 1776, la convention de Virginie adoptait une déclaration qui devait servir de modèle aux autres colonies devenues États indépendants. A l'article 1^er^, il est dit : « Tous les hommes sont par nature également libres et indépendants, et ont certains droits inhérents, desquels, lorsqu'il existe entre eux un état de société, ils ne peuvent, par aucun pacte, priver leur postérité, notamment la jouissance de la vie et de la liberté avec le pouvoir d'acquérir et de posséder la propriété et de poursuivre et d'obtenir le bonheur et la sûreté. »

Il est incontestable que ces idées sont identiques à celles formulées dans la Déclaration des droits de 1789. Je l'ai dit au paragraphe précédent, c'est vraisemblablement l'exemple de l'Amérique qui donna aux hommes de 1789 l'idée de faire précéder d'une déclaration des droits la constitution qu'ils élaboraient.

Il n'est pas contestable aussi que les mêmes principes se retrouvent, parfois même formulés dans les mêmes termes, et dans la Déclaration des droits de 1789 et dans les déclarations américaines. Les unes et les autres expriment les principes essentiels de la doctrine individualiste. Les unes et les autres affirment l'autonomie de la personne humaine, antérieure à l'État, s'imposant à lui, et aussi le principe de la souveraineté nationale. Mais ces idées ne sont pas nées en Amérique. Je disais tout à l'heure qu'elles avaient un très ancien passé. Comme presque toutes les conceptions sur lesquelles vit le monde moderne, elles trouvent leur première origine dans la pensée grecque. Elles ont reçu leur développement au XVI^e^, au XVII^e^ et au XVIII^e^ siècle, chez les grands publicistes de l'Europe. Elles ont traversé l'Atlantique et elles sont revenues en France avec le prestige que notre pays attache volontiers aux choses qui viennent de loin, et surtout d'outre-mer, sans s'apercevoir souvent que c'est lui qui a fait la découverte, mais qu'il l'a négligée tant qu'elle n'a pas été adoptée par l'étranger.

Quoi qu'il en soit, il est incontestable que les conceptions individualistes qui forment le contenu essentiel de la Déclaration des droits ne sont pas nées en Amérique. Les Américains les avaient prises dans les ouvrages des publicistes européens; les constituants français de 1789 les ont empruntées aux mêmes sources.

C'est dans les écrits de Locke et de Montesquieu que les constituants américains et les auteurs de la Décla-

ration de 1789 ont particulièrement puisé les principes qu'ils formulent. A Montesquieu, on emprunta la notion de liberté et l'idée que le gouvernement doit être organisé avant tout en vue de la protection de la liberté. « La liberté ne consiste point à faire ce que l'on veut. Dans un État, c'est-à-dire dans une société où il y a des lois, la liberté ne peut consister qu'à pouvoir faire ce qu'on doit vouloir et à n'être point contraint de faire ce qu'on ne doit pas vouloir » (*Esprit des Lois,* liv. XI, chap. III).

C'est Locke qui me paraît avoir le plus nettement formulé la doctrine exprimée dans la Déclaration de 1789. Il admet l'existence d'un état de nature dans lequel auraient vécu les hommes, et il déclare que si ceux-ci ont abandonné l'état de nature et formé des sociétés, « c'est pour la conservation mutuelle de leurs vies, de leurs libertés et de leurs biens, choses que j'appelle par un nom général *propriétés* » (*Gouvernement civil,* chap. VIII, § 1).

Dans cette société organisée, le pouvoir supérieur est le pouvoir législatif (chap. X, § 1). Mais bien que le pouvoir législatif soit le pouvoir suprême de l'État, il ne peut s'exercer arbitrairement, dit Locke, sur la vie et les biens du peuple ; le pouvoir, n'étant autre chose que le pouvoir de chaque membre de la société remis à la personne ou à l'assemblée qui est le législateur, ne saurait être plus grand que celui que toutes ces différentes personnes avaient dans l'état de nature, car personne ne peut conférer à un autre plus de droit qu'il n'en a lui-même. Dans l'état de nature, un homme n'ayant point un pouvoir arbitraire sur la vie, sur les libertés et sur les possessions d'autrui, mais son pouvoir s'étendant seulement jusqu'où les lois de la nature le permettent pour la conservation de sa personne et pour la conservation du reste du genre humain, c'est

tout ce qu'il donne et qu'il peut donner à une société et par ce moyen au pouvoir législatif (chap. x, § 2). C'est ainsi, dit Locke, que le pouvoir législatif, la suprême puissance, n'a cependant pas le *droit* de se saisir d'aucune partie des biens propres d'un particulier sans son consentement; sans doute, les impôts sont nécessaires, mais ils ne peuvent être levés qu'avec le consentement du plus grand nombre des membres de la société, ou bien par ceux qui les représentent ou qui ont été choisis par eux. En outre, le pouvoir législatif ne peut faire que des lois égales, égales pour tous : « Il y aura les mêmes règlements pour le riche et pour le pauvre, pour le favori et pour le courtisan, et pour le provincial et le laboureur » (chap. x, § 9).

Par le mot *propriétés*, Locke, on l'a vu, entend la vie, les libertés et les biens des individus; donc, toute sa doctrine se résume ainsi : le pouvoir législatif ne peut faire aucune loi qui porte atteinte à la vie, à la liberté et aux biens des individus. La garantie de cette obligation se trouve dans une bonne organisation des pouvoirs publics. Mais cela ne suffit pas, et si le législateur viole ses obligations, Locke n'hésite pas à déclarer la révolution légitime : « Lorsque le pouvoir législatif attente aux personnes ou aux propriétés, le peuple est alors délié de toute obéissance à son égard; il a le droit de reprendre sa liberté originaire, et par l'établissement d'une nouvelle autorité législative telle qu'il jugera, de pourvoir à sa propre conservation et à sa propre sécurité » (chap. XVIII, § 14). Il est inutile d'insister pour montrer l'identité de cette doctrine de Locke avec les idées maîtresses de la Déclaration des droits.

Cependant, Jellinek estime que « Locke, tout en soutenant que la propriété (qui comprend aussi la liberté et la vie) est un droit antérieur à la société..., n'attribue pas aux hommes vivant en

société des droits fondamentaux strictement délimités et fixe plutôt au pouvoir législatif des limites morales qui découlent du but même de l'État ». Jellinek pense que c'est seulement Blackstone qui sut établir la théorie du droit absolu des personnes contre l'État législateur (*Écrit* de Blackstone paru sans nom, *An analysis of the Law England,* 1754, et *Commentaires,* 1765). Les idées exprimées dans l'écrit anonyme de Blackstone auraient été développées en Amérique par James Otis, dans son livre *Les droits des colonies anglaises,* 1764, qui, dit Jellinek, « affirma la transformation du droit objectif en droit subjectif » (Jellinek, *La Déclaration des droits,* traduction Fardis, 1902, p. 56, 85 et 86). Je ne crois pas que l'observation de Jellinek sur ce point soit exacte. Il me semble que Locke avait une notion très nette de droits subjectifs appartenant à l'individu antérieurement à la formation sociale, persistant malgré cette formation, et venant limiter comme tels les pouvoirs de l'État. Seulement, Locke n'était pas juriste et ne fit point une construction selon les règles de l'art; ce fut le rôle d'un juriste comme Blackstone qui ne fit autre chose que construire les idées de Locke selon la technique juridique.

On dit souvent, et j'ai dit moi-même, que les auteurs des Déclarations américaines et de la Déclaration française de 1789 avaient aussi puisé les idées qu'ils formulaient dans les juristes de l'école du droit naturel, qui avaient écrit à la fin du XVIIe siècle, et particulièrement dans Pufendorf, dont l'ouvrage *Le droit de la nature et des gens* aurait été connu en Amérique par le traité d'un publiciste américain John Wyse (Boston, 1712), qui déclare expressément lui-même avoir pris pour base de ses développements les doctrines de Pufendorf.

A y regarder de près, la doctrine de droit naturel développée par Pufendorf n'est pas la doctrine individualiste formulée par les Déclarations françaises et américaines. Celles-ci admettent que l'homme naturel est isolé, indépendant; que les hommes se sont rapprochés les uns des autres et ont formé des sociétés pour la garantie de leurs droits naturels, lesquels viennent limiter le pouvoir politique qui n'a d'autre raison d'être que de les protéger. Pufendorf enseigne, au contraire, que les hommes ont toujours vécu en société. Il est vrai qu'il n'en donne d'autre preuve que ce que dit la Bible et que ce n'est pas là un argument d'ordre scientifique. Mais l'opinion de Pufendorf n'en est pas moins très nette. « Il faut avouer, écrit-il, que tout le genre humain à la fois ne s'est jamais trouvé dans l'état de nature pure et simple et

que même cela ne pouvait arriver de la manière que les choses ont été disposées ; car, comme nous le croyons sur le témoignage incontestable de l'Écriture sainte, tous les hommes descendent de deux personnes unies par le lien conjugal et leurs enfants se trouvèrent en naissant sous le pouvoir paternel ou l'autorité domestique... » Un peu plus loin, Pufendorf déclare que la véritable liberté naturelle est celle que l'on a dans la société civile, puisque les hommes qui y vivent « ont alors seulement le secours nécessaire pour faire valoir leurs droits en toute sécurité ». A la différence des Déclarations des droits, Pufendorf n'admet point que la puissance politique soit limitée : « Il n'est pas moins naturel, dit-il, que les souverains soient eux-mêmes indépendants de toute autorité humaine et qu'ainsi à cet égard ils vivent dans la liberté naturelle, à moins que l'on ne veuille admettre dans un même ordre de choses un souverain au-dessus du souverain. » Enfin, l'article 2 de la Déclaration de 1789 porte : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels de l'homme... » Pufendorf écrit au contraire : « Quand nous disons que l'homme doit être sociable, nous donnons à entendre qu'il ne doit point avoir en vue son intérêt particulier, indépendamment de celui d'autrui... »

Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*, traduit du latin par Barbeyrac, 2e édit., 1712, liv. II, chap. II, § 4 ; chap. IV, § 15, t. I, p. 158, 159 et 197.

Le titre sous lequel on cite habituellement la *Déclaration des droits de l'homme* n'est pas exact. Son titre officiel et complet est *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*. Quels sont le sens et la portée de ce titre ? Les droits de l'homme sont apparemment les droits qui lui appartiennent en tant qu'homme avant même qu'il fasse partie d'une société politique et qui continueraient de lui appartenir s'il cessait de faire partie de cette société politique. Les droits du citoyen, au contraire, sont les droits qui appartiennent à l'individu en tant qu'il fait partie d'une société politique, qui cesseraient de lui appartenir s'il cessait de faire partie de cette société politique.

Mais on peut se demander comment les droits du citoyen figurent dans une déclaration qui a pour but de

limiter les pouvoirs du législateur. En effet, puisque l'individu ne possède les droits du citoyen qu'en tant qu'il fait partie d'une société politique, il semble bien que ces droits sont une concession de la société politique et que celle-ci, par son législateur, les ayant concédés, peut, à son gré, les retirer ou les restreindre. Telle n'était point la conception de 1789. On considérait que les droits du citoyen n'étaient pas, en réalité, des droits différents des droits de l'homme, mais étaient les droits naturels eux-mêmes en tant qu'ils étaient reconnus et garantis par la société politique. Dans la Déclaration, on énumère et on détermine les droits de l'individu en tant qu'homme et en tant que citoyen, c'est-à-dire non seulement les droits qui appartiennent à l'homme théoriquement, mais encore ces droits reconnus et efficacement garantis par la société. Les droits du citoyen ne sont pas distincts des droits de l'homme ; ce sont ceux-ci protégés et garantis.

Ainsi, par exemple, dans l'article 2 de la Déclaration de 1789 sont indiquées, comme droits de l'homme, la liberté, la propriété et la sûreté. La liberté et la propriété sont des droits de l'homme ; la sûreté est un droit du citoyen. Mais la sûreté n'est pas, en réalité, un droit particulier différent de la liberté et de la propriété ; la sûreté n'est pas autre chose que la liberté et la propriété socialement reconnues et garanties. L'homme entre dans la société avec ses droits de liberté et de propriété ; il devient un citoyen ; les droits qu'il possède en tant qu'homme deviennent droits du citoyen ; ils contiennent en eux-mêmes le droit d'exiger du corps social qu'il les reconnaisse, les respecte et les protège. Ce droit, c'est la sûreté, qui n'est, dès lors, pas autre chose que les droits de liberté et de propriété protégés par le corps social, à l'aide de l'organisation politique, administrative et judiciaire qu'il établit, qu'il

doit établir. La définition de la sûreté a été très nettement donnée par les Déclarations de 1793 et de l'an III : « La sûreté consiste dans la protection accordée par la société à chacun de ses membres pour la conservation de sa personne, de ses droits et de sa propriété » (Déclaration de 1793, art. 8). « La sûreté résulte du concours de tous pour assurer les droits de chacun » (Déclaration de l'an III, art. 4).

La Déclaration de 1789 ne parle point des droits politiques, c'est-à-dire des droits reconnus aux individus de participer à l'exercice de la puissance publique. D'abord (cf. t. II, p. 443), il est bien probable que, dans la pensée de la grande majorité des membres de l'Assemblée, ce n'étaient pas là des droits, mais l'exercice d'une fonction. Dans tous les cas, si les droits politiques étaient véritablement des droits, c'étaient des droits concédés et non pas des droits inhérents à la qualité d'homme, des droits que la puissance publique pouvait concéder comme elle l'entendait, avec les conditions et les réserves qu'il lui semblait bon d'établir ; ces droits ne devaient donc pas être énoncés dans un acte fixant les limites des pouvoirs de l'État. Les droits du citoyen ne sont pas ce que nous appelons aujourd'hui les droits politiques, mais plutôt ce qu'on appelle parfois les droits civiques. La constitution de 1791 les appelait *droits civils* (tit. I). Ce sont les droits naturels de l'individu en tant qu'ils sont reconnus et garantis par l'État.

Sur les déclarations des droits françaises et américaines, il y a une littérature extrêmement étendue. Outre les ouvrages précédemment cités, j'indiquerai encore : Esmein, *Droit constitutionnel,* 7e édit., I, p. 553 et s. ; Th. Ferneuil, *Les principes de 1789 et la sociologie,* 1889 ; Walch, *La Déclaration des droits de l'homme de 1789,* thèse Paris, 1903 ; Marcagni, *Des origines de la Déclaration des droits de l'homme,* 1904 ; Faguet, *Le libéralisme ;* Alengry, *Condorcet,* 1903 ; Boutmy, *Études politiques,* 1907, p. 122, et son article *Annales de l'école des sciences politiques,* 1902 ; Jellinek, *Réponse à M. Boutmy, Revue du droit public,* 1902, II, p. 385 ; Boucaud, *Les*

droits de l'État et les garanties civiques du droit naturel, 1909 ; Bonnard, *Revue du droit public*, 1907, p. 784; Caudel, *Nos libertés politiques, origine, évolution*, 1910 ; Perinjaquet, *Comparaison des principes des Déclarations des droits de 1789 et de 1793*, *Annales de la faculté de droit d'Aix*, janvier-juin 1909 (tirage à part). Dans une conférence faite à Paris, le 23 janvier 1906, M. Doumergue, professeur à la faculté de théologie de Montauban, a soutenu que les grands principes de la Déclaration des droits de 1789 sont d'origine calviniste et ont été propagés dans le monde moderne par les calvinistes (*Le Petit Temps*, 25 janvier 1906). Cf. Doumergue, *Les grands principes de 1789*, discours à la faculté de théologie de Montauban, 16 novembre 1905 ; *Les origines historiques de la déclaration des droits*, *Revue du droit public*, 1904, p. 673; Marcagni, *Les origines de la Déclaration des droits de l'homme de 1789*, 1912; Meloni, *La Dichiarazione dei diritti*, 1911; Del Vecchio, *La Dichiarazione dei diritti dell'uomo*, 1903; Id., *Sulla theoria del contratto sociale*, 1906; Hagermann, *Die Erklärung der Rechte der Menschen in ersten amerikanischen Staatsverfassungen*, 1910; Klöwerkorn, *Die Entstehung der Erklärung der Menschen und Bürgerrechte*, 1911; Bastide, *John Locke, ses théories politiques et leur influence en Angleterre*, 1906; Grondin, *Les doctrines politiques de Locke et l'origine de la Déclaration des droits*, thèse Bordeaux, 1920.

§ 91. — *Le principe d'égalité.*

Le législateur ne peut faire aucune loi qui porte atteinte à l'égalité des individus. En 1789, on se borne à déclarer que les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit ; on ne met point l'égalité au nombre des droits individuels naturels (Déclaration des droits, art. 1er). En 1793, dans l'énumération des droits naturels individuels, on place au premier rang le droit à l'égalité et on ajoute : « Tous les hommes sont égaux par la nature et devant la loi » (Déclaration des droits, art. 2 et 3). En l'an III encore, on place l'égalité au nombre des droits de l'homme, mais au second rang après la liberté (Déclaration des droits, art. 1er).

La formule de la Convention est certainement moins

exacte que celle de l'Assemblée nationale. Il est, en effet, difficile de concevoir l'égalité comme un droit, ou du moins comme un droit distinct des autres droits; elle est la conséquence de ce que les hommes ont des droits dérivant de leur qualité d'hommes et qui, par conséquent, doivent être égaux. Le législateur ne peut pas faire de loi portant atteinte à l'égalité des hommes parce que par là il porterait atteinte certainement aux droits naturels de quelques-uns. Mais qu'importent ces distinctions un peu subtiles? Ce qu'il faut seulement signaler et retenir, c'est qu'en faisant de l'égalité un droit et en le plaçant au premier rang des droits de l'homme, la Convention en 1793 marquait nettement son intention de donner à l'égalité la prédominance sur la liberté. Le principe d'égalité était en harmonie parfaite avec les tendances dictatoriales de la Convention; il n'y a pas de gouvernement tyrannique qui n'ait eu pour but d'étendre un niveau égalitaire sur tous les individus. En invoquant le faux principe de l'égalité naturelle et absolue des hommes, on colorait d'une justification apparente la lourde tyrannie qu'on faisait peser sur le pays. Au contraire, le libre développement des activités individuelles, la tolérance libérale du gouvernement favorisent les inégalités, les différences intellectuelles et physiques entre les hommes, et c'est le devoir de l'État de faire des lois en harmonie avec ces différences naturelles ou acquises.

D'autre part, en faisant de l'égalité un droit, on devait en conclure que les individus avaient droit à ce que l'État fît, dans la mesure du possible, disparaître les inégalités existant en fait. C'est évidemment à cette idée que se rattache la disposition de l'article 21 de la Déclaration des droits de 1793 : « Les secours publics sont une dette sacrée. La société doit la subsistance aux citoyens malheureux, soit en leur procurant du travail,

soit en assurant les moyens de subsister à ceux qui sont hors d'état de travailler. » Assurément, la Convention n'eut pas la conception actuelle d'une obligation directe s'imposant à l'État de donner l'assistance aux indigents et d'assurer du travail aux ouvriers sans travail ; mais elle pensait que l'égalité étant un droit, tous avaient un droit à ce que l'État, en distribuant des secours, en assurant du travail à tous, fît disparaître autant que possible les inégalités existant en fait.

La Convention ne faisait au reste, encore ici, que s'inspirer des idées de J.-J. Rousseau. A propos de l'égalité, il avait écrit au *Contrat social* : « Si l'on recherche en quoi consiste précisément le plus grand bien de tous, qui doit être la fin de tout système de législation, on trouvera qu'il se réduit à ces deux objets principaux, la liberté et l'égalité : la liberté, parce que toute dépendance particulière est autant de force ôtée au corps de l'État ; l'égalité, parce que la liberté ne peut subsister sans elle... A l'égard de l'égalité, il ne faut pas entendre par ce mot que les degrés de puissance et de richesse soient absolument les mêmes, mais que, quant à la puissance, elle soit au-dessus de toute violence et ne s'exerce jamais qu'en vertu du rang et des lois ; et quant à la richesse, que nul citoyen ne soit assez opulent pour en pouvoir acheter un autre et nul assez pauvre pour être contraint de se vendre ; ce qui suppose, du côté des grands, modération de biens et de crédit, et, du côté des petits, modération d'avarice et de convoitise. Cette égalité, disent-ils, est une chimère de spéculation qui ne peut exister dans la pratique. Mais si l'abus est inévitable, s'ensuit-il qu'il ne faille pas au moins le régler ? C'est précisément parce que la force des choses tend toujours à détruire l'égalité que la force de la législation doit toujours tendre à la maintenir » (liv. II. chap. XI).

Aucune conception de ce genre n'apparaît dans la Déclaration des droits de 1789 : des inégalités de fait existent, il n'y a point obligation pour l'État de les faire disparaître, mais seulement d'assurer à tous une égale protection. Cela n'exclut point au reste, bien au contraire, l'égalité véritable, celle qui consiste, suivant une vieille formule, à traiter également les choses égales et inégalement les choses inégales. L'égalité absolue, mathématique des hommes, comprise à la manière de 1793, est, on l'a dit très justement, le paradoxe de l'égalité ; elle aboutit, en réalité, à l'inégalité. Ce n'est point celle d'ailleurs qu'avait en vue l'Assemblée de 1789.

D'abord, en déclarant que les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits, jamais, en 1789, on n'eut la pensée d'affirmer le principe de l'égalité politique, c'est-à-dire l'égale participation de tous à la puissance publique. La Convention, au contraire, en 1793, mettant au premier plan l'égalité naturelle et sociale des hommes, établit le suffrage universel égalitaire (Déclaration des droits de 1793, art. 3). C'est aussi au nom du principe d'égalité qu'en 1848 on proclame le suffrage universel direct et égalitaire ; et aujourd'hui encore tout un parti voit dans le suffrage universel, tel que nous le pratiquons, l'application nécessaire du principe d'égalité. Cependant, dans la réalité des choses, le système du suffrage universel dit égalitaire est la violation du vrai principe d'égalité. Qu'on accorde à tous une participation à la puissance publique, cela est juste, puisque tous ont intérêt à ce que les affaires publiques soient bien gérées et que tous supportent les charges publiques. Mais qu'on accorde à tous une égale participation à la puissance publique, sous prétexte que tous sont membres du corps social, c'est un pur sophisme, car si tous les individus sont membres du

corps social, ils rendent à la société des services différents et ont une capacité différente. Par conséquent, pour respecter le principe d'égalité, on devrait accorder à chacun une participation à la puissance politique variant suivant sa capacité et les services qu'il est susceptible de rendre et qu'il rend en effet à la société. Ce serait moins simple que de dire : tout citoyen a une voix et n'a qu'une voix ; mais ce serait plus équitable et plus conforme à la vérité des choses.

En 1789, quand on proclamait le principe d'égalité, on voulait surtout affirmer que tous les citoyens doivent être protégés par la loi de la même manière, avec la même force, dans leur personne et leur propriété, non pas qu'ils aient tous exactement les mêmes prérogatives sociales ; mais les prérogatives dont ils disposent doivent recevoir de la loi exactement la même protection sans distinction de personne ou de classe. « La loi doit être la même pour tous, soit qu'elle protège... » (Déclaration des droits de 1789, art. 6). Ainsi tout homme a le droit de devenir propriétaire ; mais tous les hommes n'ont point le droit d'avoir la même quantité de richesse, car si l'appropriation des richesses est le résultat du travail, tous les hommes n'ont pas la même habileté et ne produisent pas la même quantité de richesse. Mais tous les propriétaires, petits ou grands, devront être protégés par la loi exactement de la même manière et avec la même énergie.

Cependant, si, comme le proclamait la Déclaration des droits de 1793, l'égalité est un droit, cela implique bien l'égalité économique. Si tous les hommes ont le droit d'être égaux les uns aux autres, tous ont le droit de s'approprier une égale quantité de richesses, ou, ce qui revient au même, de profiter pour la même part de la richesse générale. De sorte que la formule de 1793 comprenait en elle certainement un principe communiste.

On peut dire très exactement que le Babouvisme et le Manifeste des Égaux étaient l'aboutissement logique des principes de 1793. La Révolution n'a point été socialiste, bien loin de là ; mais on ne saurait nier que la Déclaration des droits de 1793 contenait en elle un germe de communisme.

De même que la loi doit assurer à tous une égale protection, de même elle doit, pour les mêmes infractions, infliger les mêmes peines : « Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse » (Déclaration de 1789, art. 6). La loi devra établir les mêmes peines sans distinction de classes sociales. Mais toutefois le législateur porterait l'égalité à un point où elle serait de l'inégalité s'il ne laissait au juge aucune liberté d'appréciation. L'application de la peine doit varier suivant la situation personnelle du délinquant. L'individualisation de la peine est la condition même de l'égalité dans l'application de la loi pénale.

Le principe de l'égalité interdit au législateur d'établir des exclusions au point de vue de l'accession de tous aux dignités, places et emplois. La règle a été formulée en termes parfaits à l'article 6 : « Tous les citoyens étant égaux à ses yeux (de la loi) sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents. » Rapp. Déclaration de 1793, art. 5. Nul ne peut donc, à cause de son origine, de ses croyances philosophiques, religieuses, de ses convictions politiques, être exclu de tel ou tel emploi, être privé de telle ou telle prérogative. Toute loi qui prononcerait une pareille exclusion violerait les principes de la Déclaration des droits.

L'article 14, § 1, de la loi du 1er juillet 1901, qui décide que « nul n'est admis à diriger, soit directement,

soit par personne interposée, un établissement d'enseignement de quelque ordre qu'il soit, ni à y donner l'enseignement, s'il appartient à une congrégation religieuse non autorisée », est une violation flagrante des principes de la Déclaration des droits. En effet, l'affiliation à une congrégation religieuse résulte d'une adhésion intérieure à la règle de cette congrégation et de la formation de vœux, qui ne sortent pas du domaine de la conscience intime et par conséquent échappent à la prise de la loi. La disposition rapportée interdit l'accession de certains emplois à des citoyens pour des raisons étrangères à leur capacité, à leurs vertus, à leurs talents, en réalité à cause de leurs croyances intimes et de promesses purement morales faites par eux.

Esmein estime qu'il n'y a point là une atteinte au principe d'égalité. Il en donne cette raison d'abord que l'interdiction vise des hommes ou des femmes qui ont commis un délit (*Droit constitutionnel*, 7e édit., 1921, II, p. 597). Ce n'est pas exact : sont privés, en effet, du droit d'enseigner tous congréganistes, alors même qu'ils n'aient été frappés d'aucune condamnation en vertu de l'article 16 de la loi de 1901. Or, un délit n'existe légalement que lorsqu'il y a eu condamnation. D'autre part, il n'y a pas délit dans le fait d'appartenir à une congrégation, mais seulement dans le fait de créer un établissement congréganiste sans autorisation. Esmein dit en outre que les congréganistes ont une qualité que la loi considère comme incompatible avec l'enseignement. C'est précisément le tort de la loi ; là est l'atteinte qu'elle porte au principe d'égalité, parce que cette qualité est le résultat de croyances intimes et de promesses morales qui échappent à la prise de l'État. La loi du 7 juillet 1904, article 1er, décide que « l'enseignement de tout ordre et de toute nature est interdit en France aux congrégations ». Cette dernière interdic-

tion ne vise pas les congréganistes pris individuellement, mais les congrégations elles-mêmes. Elle n'est pas une violation du principe d'égalité; elle est une atteinte directe à la liberté d'association.

De même que les prérogatives, les charges doivent être égales pour tous, et en premier lieu l'impôt. On lit à l'article 13 de la Déclaration de 1789 : « Pour l'entretien de la force publique et pour les dépenses de l'administration, une contribution commune est indispensable; elle doit être également répartie entre les citoyens en raison de leurs facultés. » Rapp. Déclaration de l'an III, art. 16; Constitution de l'an III, art. 306; Chartes de 1814 et de 1830, art. 2; Constitution de 1848, préamb. VII et art. 15.

On a fait observer que les Déclarations de 1789 et de l'an III et la constitution de l'an III parlaient d'une contribution établie sur les citoyens *en raison de leurs facultés,* qu'au contraire les chartes et la constitution de 1848 parlaient d'un impôt établi sur chacun *en proportion* de sa fortune, que la formule des Déclarations permet l'établissement d'un *impôt progressif* sans qu'il y ait violation du principe d'égalité. Je n'attache pas beaucoup d'importance à ces différences de formules. La pensée très juste de la Déclaration de 1789 est incontestablement que l'impôt ne pèse pas plus lourdement sur telle classe de citoyens que sur telle autre. Il appartient à l'art économique de déterminer le système d'impôt qui pourra le mieux assurer une juste répartition des charges publiques; et si l'économie politique établit que l'impôt progressif s'approche plus de ce résultat que l'impôt proportionnel, le système d'impôt véritablement conforme au principe d'égalité sera l'impôt progressif.

Le législateur devra prendre garde de ne point établir, sous couleur d'impôt progressif, un impôt d'expro-

priation ou d'égalisation des fortunes. Par là il porterait au principe d'égalité une atteinte en sens inverse, mais aussi grave qu'en faisant peser l'impôt plus lourdement sur les petites fortunes que sur les grosses. Ce serait de plus une erreur profonde de croire que la progressivité doive être introduite partout ou point du tout. Certaines taxes peuvent devoir être progressives quand d'autres ne doivent pas l'être. En résumé, point de règle absolue. C'est au législateur à régler la question suivant les circonstances en s'inspirant des données de la science financière et de la véritable notion d'égalité qu'on vient de déterminer.

Je considérerai comme contraire au vrai principe d'égalité une loi d'impôt qui dégrèverait complètement tous les citoyens dont le revenu n'excéderait pas un certain taux fixé par le législateur. Que tous les contribuables ne paient pas un impôt arithmétiquement proportionnel à leur revenu, cela se conçoit et peut être la condition d'une véritable égalité; mais que certains citoyens ne paient pas d'impôt du tout, il y a là une atteinte certaine à la loi d'égalité. Tous les membres du corps social profitent des services sociaux; il est donc absolument légitime qu'ils en supportent tous les charges en raison de leurs facultés.

Les questions d'impôt progressif, d'impôt proportionnel et de dégrèvement total des petits contribuables ne semblent pas s'être posées devant l'Assemblée de 1789. Mais à la Convention, ces questions ont été discutées à plusieurs reprises. Le projet de constitution girondine (tit. XII, art. 4) formulait le principe de la proportionnalité de l'impôt; mais à l'article 5 du même titre, il était dit : « Néanmoins, la portion du produit de l'industrie et du travail qui sera reconnue nécessaire à chaque citoyen pour sa subsistance ne peut être assujettie à aucune contribution. » D'autre part, le même jour (17 mars 1793), où sur la proposition de Barrère la Convention prenait le décret suivant : « Quiconque proposera ou tentera d'établir des lois agraires ou toutes autres lois et mesures subversives des propriétés territoriales, commer-

ciales et industrielles, sera puni de mort », elle décidait : « Le principe de l'impôt *progressif* est décrété », et cela sur la proposition du même Barrère qui déclarait : « L'impôt *progressif* que je fais profession de regarder comme infiniment juste... » Le même jour, sur la proposition de Ramel Nogaret, la Convention votait le décret suivant : « Pour atteindre à une proportion plus exacte dans la répartition des charges que chaque citoyen doit supporter en raison de ses facultés, il sera établi un impôt gradué et progressif sur le luxe et les richesses tant foncières que mobilières » (Séance du 17 mars 1793, *Moniteur*, réimpression, XV, p. 740 et 741). La question fut reprise au moment de la discussion de la constitution montagnarde (17 juin 1793). Hérault de Séchelles, au nom du comité, proposait un article ainsi conçu : « Nul citoyen n'est dispensé de l'honorable obligation de contribuer aux charges publiques » (Constitution de 1793, art. 101). Ce texte souleva d'assez vives protestations. Plusieurs députés proposèrent de le remplacer par ces formules : « 1° Les contributions sont en raison *progressive* des richesses; 2° on ne peut demander aucune contribution à celui qui n'a que l'absolu nécessaire. » Ducos appuya énergiquement les propositions de dégrèvement des petits contribuables; Cambon, Fabre d'Églantine et Robespierre les combattirent; celui-ci terminait son curieux discours en disant : « Bien loin d'écrire dans la constitution une distinction odieuse, il faut au contraire y constater l'honorable obligation pour tout citoyen de payer ses contributions. » Mais Robespierre proposait comme contre-partie d'inscrire dans la Déclaration des droits le principe de l'obligation pour la « société de fournir le nécessaire à tous ceux de ses membres qui ne peuvent se le procurer par leur travail » (cf. § 95). L'article fut voté tel que le proposait le comité; il est devenu l'article 101 de la constitution de 1793 (17 juin 1793, *Moniteur*, réimpression, XVI, p. 678 et 679). On sait que malgré son vote de principe sur l'impôt progressif la Convention se sépara sans l'avoir organisé.

Aujourd'hui, l'impôt progressif paraît bien être définitivement entré dans le droit fiscal de tous les pays modernes. Introduit en France pour la première fois pour les mutations par décès par la loi du 25 février 1901, il a été maintenu et accru par toutes les lois qui se sont succédé sur ce point jusqu'à la dernière, la loi du 25 juin 1920 (art. 29 et s.). La loi du 1er juillet 1916, qui a institué l'impôt sur les bénéfices de guerre, avait fixé un taux uniforme de 50 p. 100; la loi du 31 décembre 1917 a établi un taux fortement progressif allant jusqu'à 80 p. 100 pour la fraction

de bénéfices supérieure à 500.000 francs. Ces taxes sur les bénéfices de guerre ont été très critiquées; on prétendait qu'elles étaient contraires aux principes de l'égalité de tous devant les charges publiques. J'estime que ces critiques n'étaient pas fondées et qu'au contraire ces taxes étaient parfaitement équitables. Le principe de l'égalité de tous les citoyens devant les charges publiques est incontestable; c'est sur lui que j'ai fondé l'obligation pour la collectivité de réparer les dommages de guerre. Mais en vertu du même principe, si certaines personnes tirent un bénéfice anormal des circonstances mêmes qui entraînent pour les autres des pertes exceptionnelles, il est juste, il est logique que celles-là apportent une contribution à la caisse collective. C'est la condition même pour que l'égalité devant les charges communes soit effectivement réalisée.

Les lois qui depuis dix ans ont introduit en France l'impôt sur le revenu global et les impôts sur les revenus cédulaires, particulièrement la loi du 25 juin 1920, ont institué un tarif progressif, qui va jusqu'à 50 p. 100 pour les revenus excédant 550.000 francs.

Sur la question d'égalité devant l'impôt, cons. Seligman, *L'impôt progressif en théorie et en pratique,* édition française, 1919; Jèze, *Science des finances,* 1910, p. 655; Id., *De l'indépendance des pouvoirs publics dans la détermination des sources de recettes, Revue du droit public,* 1909, p. 432; Leroy-Beaulieu, *Science financière;* Alix, *Législation financière,* 1920.

Le principe d'égalité implique aussi l'établissement, égal pour tous, des charges autres que l'impôt, particulièrement des charges militaires. L'article 8, § 1, de la dernière loi militaire votée avant la guerre formulait le principe en ces termes : « Tous les hommes reconnus aptes au service militaire sont tenus d'accomplir effectivement la même durée de service. » Le principe est incontestable; mais l'application qu'en avait voulu faire cette loi de 1913 était mauvaise et conduisait en fait véritablement à l'inégalité, parce qu'elle prétendait imposer à tous, sans tenir compte des situations et des aptitudes, la même durée et le même mode de service. On s'en est bientôt aperçu, dès les premiers mois de la guerre. Il convient de marquer que dans

l'élaboration actuelle de la loi militaire nouvelle du 1er avril 1923 le parlement s'est efforcé de réaliser la véritable égalité en traitant inégalement des choses inégales, c'est-à-dire en tenant compte, pour la détermination des obligations militaires, autant que possible, de la situation et des aptitudes de chacun.

En résumé, le principe d'égalité est une règle de notre droit public positif s'imposant au législateur et toute loi qui la violerait serait une loi inconstitutionnelle. Mais en même temps, cette égalité il faut l'entendre seulement en ce sens que tous les hommes doivent être également protégés par la loi, que les charges doivent être non pas arithmétiquement égales, mais proportionnelles. Il ne faut jamais oublier qu'en voulant réaliser l'égalité mathématique des hommes, on risque fort de créer de l'inégalité.

Sur le principe d'égalité en général, cons. Esmein, *Droit constitutionnel,* 7e édit., I, p. 544 et s. ; II, p. 518 ; Bertheau, *L'égalité,* 1899 ; Bouglé, *Les idées égalitaires,* 1899 ; Brunet, *Le principe d'égalité,* 1910 ; P. Lafitte, *Le paradoxe de l'égalité,* 2e édit., 1910 ; Buisson, *Proposition de loi sur l'égalité des enfants pour le droit à l'instruction, J. off., Doc. parl.,* Chambre, session ordinaire, 1910, p. 403 ; S. Simon, *De la remise des créances publiques,* thèse Paris, 1913 ; G. Roffensteinwien, *Das sociologische Problem der Gleicheit, Jahrbuch* de Schmoller, XLV, 1921, p. 67.

Le conseil d'État reconnait force légalement obligatoire au principe d'égalité et annule les actes administratifs qui y portent atteinte, notamment arrêt *Roubeau,* 17 mars 1911, *Recueil,* p. 341. Dans un second arrêt *Roubeau* du 9 mai 1913, le conseil d'État rejette le recours parce que l'acte attaqué « ne fait pas échec au principe d'égalité de tous les citoyens devant les règlements administratifs » (*Recueil,* 1913, p. 522).

Je signale la disposition curieuse de la constitution allemande du 11 août 1919 ainsi conçue : « La législation doit procurer aux enfants naturels pour leur développement physique, intellectuel et social les mêmes conditions qu'aux enfants légitimes » (art. 121).

§ 92. — *La liberté.*

C'est le pouvoir qui appartient à tout individu d'exercer et de développer son activité physique, intellectuelle et morale, sans que l'État y puisse apporter d'autres restrictions que celles qui sont nécessaires pour protéger la liberté de tous. La Déclaration des droits de 1789 (art. 4) contient de la liberté une définition à laquelle il n'y a rien à reprendre : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ; ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi. » Rapprochez l'article 6 de la Déclaration de 1793 qui, dans un langage emphatique et moins clair, exprime la même idée : « La liberté est le pouvoir qui appartient à l'homme de faire tout ce qui ne nuit pas aux droits d'autrui : elle a pour principe la nature; pour règle la justice; pour sauvegarde la loi ; sa limite morale est dans cette maxime : Ne fais pas à un autre ce que tu ne veux pas qu'il te soit fait. » Rapp. Déclaration de l'an III, art. 2; Constitution de 1848, préamb. IV et art. 8.

Ces bornes, qui, pour que la vie sociale soit possible, doivent être apportées à la liberté individuelle, ne peuvent être déterminées que par la loi (Déclaration de 1789, art. 4). Cela veut dire d'abord qu'elles ne peuvent être déterminées que par l'organe spécialement chargé de faire la loi, et ensuite que ces bornes ne peuvent être établies qu'au moyen d'une décision prise par voie générale et abstraite, sans considération d'espèce et de personne, et non point par une décision individuelle et concrète prise en vue d'une personne ou

d'une espèce déterminées. Sur le caractère de généralité de la loi, cf. tome II, p. 143 et s.

Enfin, ces restrictions apportées dans l'intérêt de tous à la liberté individuelle de chacun doivent être les mêmes pour tous. C'est la conséquence directe du principe d'égalité (cf. § 91). La loi seule peut apporter des restrictions aux libertés individuelles, sous la condition expresse qu'elles soient les mêmes pour tous et qu'elles soient nécessaires pour assurer le libre développement de l'activité de chacun. Toute loi qui apporterait à la liberté individuelle des restrictions dépassant cette limite violerait le droit, comme aussi toute loi qui limiterait la liberté de quelques-uns dans des conditions plus rigoureuses que la liberté des autres.

Cette conception de la liberté telle qu'elle a été formulée dans nos Déclarations des droits, telle qu'elle a inspiré, pendant trois quarts de siècle, toute notre législation, spécialement le code civil et le code pénal, est certainement en train de se transformer ou, du moins, de s'élargir. Partout, et particulièrement en France, une conception solidariste de la liberté se substitue à la conception purement individualiste.

J'ai essayé de montrer, dans mon livre l'*État, le droit objectif et la loi positive*, et au chapitre I du tome I du présent ouvrage que le fondement du droit est la solidarité ou interdépendance sociale, que tous les membres de la société sont obligés par la règle de droit de ne rien faire qui soit contraire à la solidarité sociale et de faire tout ce qui est en leur pouvoir pour en assurer la réalisation, que s'il y a des droits, ils dérivent de cette obligation, que tout homme a le pouvoir d'accomplir son devoir social et de s'opposer à ce que quiconque l'empêche de l'accomplir. Je crois avoir montré que le droit étant ainsi fondé sur la solidarité sociale s'impose aux détenteurs de la puissance politique, à l'État, qu'il

en résulte pour lui l'obligation de ne faire aucune loi susceptible de porter atteinte au libre développement de l'activité individuelle, parce que ce libre développement est nécessaire pour que la solidarité sociale puisse se réaliser et se développer. L'État peut toutefois limiter le libre développement des activités individuelles, mais seulement dans la mesure où cela est nécessaire pour que ces activités individuelles ne se gênent pas réciproquement; il peut limiter la liberté de chacun dans la mesure où cela est nécessaire pour protéger la liberté de tous.

La conception de la solidarité conduit encore à cette conséquence que l'État est obligé de faire certaines lois. Il est obligé de mettre la puissance dont il dispose au service de la solidarité sociale; par conséquent, il est obligé par le droit lui-même de faire toutes les lois qui assureront à chacun la possibilité matérielle et morale de collaborer à la solidarité sociale, et par exemple de faire des lois assurant à chacun gratuitement un minimum d'enseignement, assurant les ressources suffisantes pour vivre à tout individu incapable de se les procurer par son travail, et enfin des lois permettant à tout individu qui peut et veut travailler de se procurer du travail. Je crois même qu'en vertu du droit fondé sur la solidarité sociale, l'État a le devoir de faire des lois imposant à tous le travail, non pas une forme déterminée de travail, mais le travail en soi. Il n'est pas permis à un membre du corps social de ne rien faire, et il n'est pas permis à l'État de ne pas l'obliger à faire quelque chose. L'État a aussi le devoir d'imposer à tous un minimum d'enseignement; nul n'a le droit de rester illettré.

Je crois fermement que les sociétés modernes, et au premier rang la société française, sont en train d'évoluer vers cette conception *socialiste* ou plutôt *solidariste*.

Notre droit public et notre droit privé s'en pénètrent chaque jour davantage. La loi du 14 juillet 1905 sur l'assistance aux vieillards et aux incurables, la loi du 5 avril 1910 sur les retraites ouvrières et paysannes, la loi du 17 juin 1913 sur le repos des femmes en couches, la loi du 14 juillet 1913 relative à l'assistance aux familles nombreuses, se rattachent directement à cette évolution. Mais les fondateurs du droit public français moderne, qui ont compris très nettement que l'État législateur est et doit être limité par le droit, ont fondé cette limitation de l'État sur la conception individualiste de la liberté. De même que le législateur de la Révolution a élaboré toute une théorie de l'État, de même il a édifié toute une doctrine relative au fondement du droit et à la limitation de l'État législateur. Elle est contenue dans les Déclarations de 1789, de 1793 et de l'an III, particulièrement dans celle de 1789 et aussi dans les dipositions constitutionnelles placées en général sous la rubrique : *De la garantie des droits*, et appelées pour cela les *Garanties des droits*. Toute cette doctrine est rigoureusement individualiste et la Déclaration des droits de 1789 en est l'expression tout à la fois la plus exacte et la plus complète.

Elle occupe une place de premier ordre dans l'histoire des idées ; elle est encore à la base de nos codes, bien que notre droit se pénètre chaque jour davantage de socialisme, à l'insu même de ceux qui l'élaborent ou qui l'appliquent. Le tort des auteurs des constitutions et des Déclarations des droits de l'époque révolutionnaire et encore de certains publicistes, c'est d'avoir vu et de voir dans la doctrine individualiste un dogme intangible et définitif, vrai dans tous les temps et dans tous les pays, quand ce n'était qu'un moment dans l'histoire éternellement changeante des institutions et des idées. Nous sommes à l'heure actuelle à une époque

de transition : le fondement *individualiste* de la limitation des pouvoirs de l'État législateur fait rapidement place au fondement *socialiste* ou *solidariste*. Mais nos Déclarations des droits occupent encore une place trop considérable dans le droit moderne en général et dans le droit français en particulier pour qu'on puisse les négliger quand on veut déterminer la limitation de l'État législateur par le droit.

Aussi bien, je reconnais volontiers qu'au point de vue des obligations négatives de l'État, on arrive à peu près aux mêmes conséquences pratiques avec la doctrine individualiste des Déclarations des droits et avec la conception solidariste. Mais les solutions théoriques sont évidemment bien différentes. Dans la doctrine individualiste, si l'État ne peut pas faire certaines lois, c'est parce que l'individu a des droits subjectifs contre lui, et quand des lois interviennent limitant les droits de chacun pour protéger les droits de tous, chacun conserve ses droits subjectifs contre l'État qui les reconnaît. C'est ainsi que la liberté, la propriété, reconnues et réglementées par la loi positive, sont et restent des droits subjectifs de l'individu opposables à tous, à l'État lui-même.

Au contraire, dans la conception solidariste, l'individu n'a aucun droit, il n'a que des devoirs sociaux ; l'État a le devoir de ne rien faire qui empêche l'individu d'accomplir ses devoirs sociaux et notamment de développer librement son activité ; l'État fait des lois pour réglementer les manifestations de cette activité, en limitant l'activité de chacun pour assurer le libre développement de l'activité de tous. De cette intervention de l'État ne naît point un droit subjectif pour l'individu contre l'État. La liberté, la propriété, dans la doctrine de la solidarité, ne sont point des droits subjectifs de l'individu contre l'État. Peut-être peuvent-

elles être le fondement de droits subjectifs de l'individu contre d'autres individus ; et encore je soutiens volontiers que non. Mais assurément, vis à-vis de l'État, la liberté et la propriété ne constituent pas des droits subjectifs. De cette différence théorique très importante résultent certainement des conséquences pratiques qui apparaîtront d'elles-mêmes dans la suite de cet exposé.

Dès à présent, voici les principales. D'après la conception individualiste, chacun a le droit d'agir, de travailler, d'employer son activité dans tous les domaines ; mais personne n'y est obligé. Par conséquent, s'il plaît à quelqu'un de rester inactif, de n'accomplir aucun travail, personne n'a le droit de se plaindre ; personne, pas même l'État, n'a le droit de le contraindre à travailler. On est allé même jusqu'à proclamer le principe du droit à l'oisiveté. La conscience moderne s'élève énergiquement contre un pareil principe. Il n'est pas permis à un être humain, en âge de travailler et ayant la force physique nécessaire, de rester inactif. En le faisant, il manque au premier devoir que lui impose sa qualité d'homme social. S'il ne travaille pas, s'il ne produit pas, il est un être inutile que la société tôt ou tard rejettera de son sein ; heureux s'il n'est pas un de ces vibrions dont parlait Alexandre Dumas fils, qui rongent les organismes sociaux, achèvent ceux qui sont déjà malades, mais que les organismes sains savent éliminer. Chacun doit travailler, suivant ses forces et ses aptitudes, et l'État peut et doit intervenir pour contraindre, directement ou indirectement, les récalcitrants au moyen de mesures appropriées, en les frappant, par exemple, d'impôts très lourds, allant jusqu'à la confiscation.

Qu'on ne dise pas : c'est la doctrine bolchéviste du travail forcé. Point du tout : le bolchévisme supprime

la propriété individuelle, et je la maintiens. L'expérience bolchéviste elle-même a fait la démonstration irrécusable que la propriété individuelle capitaliste est la condition indispensable d'un travail fécond et productif. D'autre part, j'estime que celui qui fait valoir un capital travaille, le produit du capital étant pour lui la rémunération de son travail. Mais je touche là à un immense problème, économique et moral, surtout moral, et le lieu n'est pas de l'étudier ici.

Si l'homme est obligé de travailler, il ne peut pas, il ne doit pas accomplir un travail au-dessus de ses forces. L'homme ne peut pas abuser de la valeur-travail d'un autre homme, parce qu'alors un élément essentiel de la vie sociale serait compromis, à savoir la force productrice que constitue tout être humain. C'est là que réside le principe qui fonde la légitimité de toutes les lois, qui, à l'époque actuelle, sont venues, dans tous les pays, organiser le travail ; des lois qui, par exemple, ont imposé le repos hebdomadaire, fixé la durée maximum de la journée de travail, le montant minimum du salaire quotidien. Incontestablement, certains détails de ces législations peuvent être critiqués. Dans certains pays, on est, sans doute, allé trop loin ; en France, par exemple, en imposant pour toutes les professions la journée de huit heures ; dans d'autres pays, au contraire, on n'est peut-être pas allé assez loin. Il est impossible d'entrer ici dans des développements à cet égard. Mais, à mon sens, la légitimité de l'intervention de l'État dans la réglementation du travail ne saurait être contestée ; elle se rattache directement à la conception solidariste de la liberté.

C'est encore une conséquence de cette même conception que l'homme ne peut rien faire qui soit de nature à compromettre sa santé physique, son intelligence, sa valeur morale. Par conséquent, l'État peut légitime-

ment interdire, il a même le devoir d'interdire l'usage des produits nocifs et, d'une manière générale, toutes les pratiques de nature à diminuer la force physique, intellectuelle et morale de l'individu. Le principe ne saurait faire de doute. La conception individualiste de la liberté le repousse ; il est au contraire la conséquence logique et nécessaire de la conception solidariste. Mais encore ici, il y a évidemment des questions d'application et de mesure. Des dispositions comme celles des lois françaises qui prohibent l'emploi du blanc de céruse, produit absolument nocif, dans les travaux de peinture, la vente et la consommation de l'absinthe, l'usage des stupéfiants, comme la morphine, la cocaïne et d'autres produits similaires, en dehors des emplois médicaux, sont assurément légitimes. Les lois étrangères qui interdisent la consommation de l'alcool sont aussi incontestablement légitimes; et en les édictant, le législateur n'a point outrepassé ses pouvoirs, il n'a fait que remplir son devoir. Mais certaines législations sont au contraire allées trop loin. Par exemple, en prohibant d'une manière absolue, non seulement la consommation de l'alcool, mais celle de la bière et du vin, les Américains ont certainement passé la mesure, et peut-être arriveront-ils au résultat inverse de celui qu'ils voulaient atteindre. Ils n'ont pas compris, en effet, que le meilleur moyen de prévenir l'alcoolisme, c'est de permettre, de favoriser même la consommation des boissons hygiéniques, comme le vin et la bière.

Dans un autre ordre d'idées, c'est encore en vertu de la même conception que dans tous les pays on reconnaît aujourd'hui à l'État le droit d'exiger que chacun acquière un minimum d'instruction. Il n'est pas permis à un père de famille de laisser ses enfants dans l'ignorance. L'enfant est une valeur sociale de premier ordre, peut-être la valeur sociale la plus élevée, et il n'est pas

admissible qu'il puisse rester sans instruction, parce que la valeur sociale qu'il représente resterait alors inemployée et improductive. En France, les défenseurs intransigeants de la conception individualiste ont, jusqu'en 1881, combattu, au nom de la liberté, l'enseignement obligatoire; c'est au contraire au nom de la liberté, conçue comme un devoir, que les lois de tous les pays établissent aujourd'hui l'instruction obligatoire.

Si la conception solidariste de la liberté conduit à reconnaître à l'État des pouvoirs plus grands que la conception individualiste, puisqu'on lui reconnaît le droit de contraindre l'individu à travailler, à s'instruire, à faire valoir ses capitaux, puisque l'État peut régler les conditions du travail industriel, interdire l'emploi de tout produit de nature à compromettre la santé physique et morale de l'individu, elle conduit aussi à reconnaître à l'État des obligations d'ordre positif que la conception individualiste est impuissante à fonder. Ce sont notamment les obligations que l'on indique souvent en d'autres termes, en disant que les individus ont contre l'État un droit au travail, un droit à l'instruction, un droit à l'assistance.

Cette formule n'est pas bonne; mais l'idée qu'elle exprime est tout à fait exacte. Puisque les individus ont, dans l'intérêt même de la société, le devoir de travailler, il faut que la force sociale qui appartient à l'État intervienne pour procurer du travail à chaque individu en état de travailler. Il n'est pas admissible que celui qui veut travailler et qui, en le voulant, ne fait que remplir le devoir social qui lui incombe, puisse ne pas trouver de travail. Voilà pourquoi la question du chômage est si grave et pourquoi c'est pour tous les gouvernements une obligation stricte de lui donner une solution.

L'individu ayant le devoir de s'instruire, c'est une

obligation pour l'État de donner à chacun la possibilité d'acquérir gratuitement un minimum d'instruction. Aujourd'hui, partout, l'instruction au premier degré, celle que nous appelons en France primaire, est gratuite. Cela est devenu un principe général du droit moderne qui se rattache directement à la transformation accomplie dans la conception de la liberté.

Enfin, si un individu, par suite de l'âge, de la maladie ou de ses infirmités, se trouve dans l'impossibilité de se procurer par son travail les moyens de subsistance, l'État doit intervenir pour les lui donner. Il le doit d'ailleurs seulement dans la mesure où l'initiative individuelle ne suffit pas pour assurer l'assistance. Dans tous les pays, une législation très touffue, très complexe, a été établie concernant l'assistance publique ; et dans ce domaine, c'est un honneur pour la France de tenir le tout premier rang.

Sur la transformation de la conception de liberté, je demande la permission au lecteur de le renvoyer à mon livre *Souveraineté et liberté,* 1922.

Sur la liberté en général, cons. notamment Jules Simon, *La liberté civile,* 1867 ; Ch. Beudant, *Le droit individuel et l'État,* 1895 ; Carl Schmith, *Der Wert des Staats und die Bedeutung der Einzelnen,* 1904 ; Stryk, *Ueber Freiheit,* 1913.

§ 93. — *Le régime de droit et le régime de police.*

Le régime légal de liberté peut être un régime de droit ou un régime de police. Ou plutôt, il doit être en principe un régime de droit ; il peut être exceptionnellement un régime de police.

Régime de droit. — C'est celui dans lequel, en principe, l'activité individuelle, physique, intellectuelle, morale, religieuse, peut se manifester librement, sans aucune restriction préventive, sans aucune autorisation préalable. Et c'est seulement lorsque l'activité indivi-

duelle s'est manifestée contrairement au droit, que le législateur autorise l'autorité publique à intervenir pour punir, pour forcer à réparer ou pour annuler.

Par exemple, je peux manifester mon activité physique comme je l'entends; mais si je tue ou si je vole, je serai arrêté, jugé et condamné. Je peux circuler librement sur la voie publique à pied, en voiture, à bicyclette, en automobile; mais si je cause à quelqu'un un préjudice par mon imprudence ou ma négligence, je devrai le réparer. Je peux publier par la parole ou par l'écrit une opinion quelconque; mais si l'expression de cette opinion s'accompagne d'injures, de diffamation, d'excitation à des faits qualifiés crimes, l'autorité sera compétente en vertu de la loi pour prononcer contre moi une répression, une réparation ou l'une et l'autre en même temps. Je puis faire tel contrat que je crois devoir faire, telle association qui me conviendra, mais si le faisant j'ai poursuivi un but contraire à la loi, l'autorité compétente, en vertu de la loi, prononcera l'annulation de ce contrat ou la dissolution de cette association.

Ces exemples font bien comprendre ce qu'est le *régime de droit*, lequel est le droit commun, dans le monde moderne, et constitue la condition essentielle de toute liberté. Mais si le régime de droit est le principe, il n'est pas exclusif, et une part peut et doit être faite à ce qu'on appelle le régime de police.

Régime de police. — La loi qui limite la liberté de chacun dans l'intérêt de la liberté de tous permet à l'autorité publique d'intervenir par voie préventive avant qu'aucune atteinte au droit ne soit faite, et cela afin de prévenir, dans la mesure du possible, le fait ou l'acte contraires au droit. C'est toujours la loi qui limite la liberté individuelle, qui la limite dans la mesure où cela est nécessaire pour protéger la liberté de tous. Mais la loi donne à l'autorité des pouvoirs particuliers,

qui s'appellent des pouvoirs de police, et en vertu desquels elle peut d'avance prendre certaines mesures pour empêcher que tel acte ou que tel fait contraires au droit ne se produisent.

Par exemple, il est défendu de tuer ou de voler ; la loi qui permet d'arrêter et de condamner le meurtrier ou le voleur n'est point une loi de police. Mais est, au contraire, une loi de police, la loi qui permet aux autorités compétentes de prendre toutes mesures préventives (rondes d'agents, patrouilles, tournées de gendarmerie) pour éviter autant que possible qu'il ne soit commis des vols et des meurtres. Je puis circuler librement à pied ou par un moyen de locomotion quelconque, sauf à réparer le préjudice que je cause par ma faute ou ma négligence. Mais cette circulation est, en même temps, soumise à un régime de police, puisque des lois ont établi ou permis aux autorités compétentes d'établir des dispositions portant interdiction d'employer tel moyen de locomotion, de marcher au delà d'une vitesse déterminée, etc... Je peux habiter telle maison que bon me semble et y mener la vie qu'il me plaît. Mais si une loi permet à l'autorité publique de m'ordonner de faire à ma maison, considérée comme dangereuse pour la santé publique, telles réparations qu'elle juge convenables, je suis soumis à un régime de police. Il y a encore régime de police si je ne puis entreprendre certain travail, exercer certaine industrie ou certain commerce, signer certains contrats ou former certaine association sans l'autorisation de l'autorité.

Ces exemples sont suffisants pour montrer la différence du régime de police et du régime de droit et qu'il n'y a véritablement de liberté que là où existe en principe le régime de droit. En France, en vertu même de la Déclaration des droits, le régime de droit est et doit être la règle. Cependant, on n'a pas pu ne pas faire

une certaine place au régime de police. Voici, à mon sens, les idées générales qui doivent guider le législateur. Lorsque la liberté veut s'exercer sur la voie publique ou, d'une manière générale, dans des endroits accessibles au public, et particulièrement dans les endroits où (suivant l'expression de la loi du 5 avril 1884, art. 97, n° 3) il se fait de grands rassemblements d'hommes, il est juste et nécessaire qu'elle soit soumise à un fort régime de police, et l'on ne saurait dire que le législateur qui l'établit porte atteinte à la liberté individuelle. Ainsi se justifient toutes les lois de police destinées à assurer l'ordre, la tranquillité et la sécurité sur la voie publique et dans les endroits ouverts au public.

D'autre part, le législateur doit établir un régime de police toutes les fois que le régime de droit, fondé sur le système répressif ou réparateur, serait impuissant à effacer le dommage social ou individuel. En pareil cas, il est évidemment légitime que le législateur établisse un régime de police tendant à prévenir, s'il est possible, le mal social, le préjudice individuel, qu'on ne pourrait réparer si l'on avait maintenu le pur régime de droit. La liberté est restreinte ; nul ne peut se plaindre, puisqu'elle est restreinte dans l'intérêt de tous. Elle est restreinte préventivement ; nul ne peut non plus se plaindre, parce que si elle ne l'était pas préventivement, la répression, la réparation seraient impuissantes à effacer le mal. Nulle part mieux qu'en matière d'hygiène publique n'apparaissent la nécessité et la légitimité de lois soumettant la liberté à un régime de police. Mais le régime de police doit toujours être l'exception, et il est en effet l'exception.

Aujourd'hui, le régime de police est surtout employé pour assurer la sécurité et la tranquillité dans les endroits publics et au point de vue de l'hygiène publi-

que. La grande loi du 15 février 1902 sur la protection de la santé publique a apporté de nombreuses restrictions préventives à l'exercice de la liberté en vue de l'hygiène et a donné pour la même raison des pouvoirs très étendus aux autorités administratives. Au contraire, la liberté d'opinion, la liberté de réunion, la liberté de la presse, la liberté religieuse, la liberté d'association sont placées sous un véritable régime de droit, sauf quelques très rares exceptions.

D'autre part, si l'existence d'un régime de police à côté du régime de droit est une chose très légitime, il faut, pour qu'il ne présente pas de graves inconvénients, que le législateur prenne des précautions sérieuses contre l'arbitraire, et il ne faut pas oublier que le régime de police doit être en même temps un régime légal. L'autorité administrative ne doit jamais pouvoir intervenir en matière de police, pas plus que pour les autres matières, que dans les cas et sous les conditions déterminées par la loi, comme je le montrerai aux paragraphes 99 et 100 en étudiant le principe de légalité.

Les auteurs ont proposé des définitions très diverses de la police. En général, on donne, il nous semble, des définitions trop larges. Hauriou dit, par exemple, que « la police est le règlement de la cité, c'est-à-dire le maintien de l'ordre public assuré par une réglementation appuyée sur la force publique et sur les organisations publiques » (*Droit administratif*, 5e édit., 1903, p. 505). Dans sa sixième édition, 1907, il écrit : « Les polices régaliennes comportent deux éléments : 1° la police de l'ordre public; 2° les droits fondamentaux en vertu desquels sont organisés les services » (p. 497). Une pareille définition comprend le système législatif tout entier, et il n'y a pas une de nos lois civiles, politiques, administratives ou pénales qui n'ait pour but d'assurer l'ordre public, qui ne repose sur la force publique et sur les organisations publiques; on peut le dire même des lois qui paraissent n'avoir d'autre but que la protection des droits privés, car si le législateur protège les droits privés, c'est parce qu'il considère que l'ordre public est intéressé à ce qu'ils le

soient, et la réglementation qu'il établit dans ce but s'appuie sur la force publique et sur l'organisation publique (organisation judiciaire).

Dans ses éditions postérieures, Hauriou a précisé la notion de police. Il écrit dans la dixième et dernière, 1921 : « La police administrative a pour but de maintenir l'ordre public en prévenant les troubles possibles par une sage réglementation et en réprimant les troubles qui se produisent par la coercition, c'est-à-dire par un déploiement de la force publique et en certains cas par un emploi direct de cette force » (p. 471).

Je ferai à cette définition deux critiques. D'abord, il n'est pas exact de dire que la police prévienne les troubles possibles seulement par une sage réglementation; elle tâche de les prévenir, non seulement par des règlements, mais aussi par des actes individuels. Secondement, lorsque la force publique intervient pour réprimer les troubles, ce n'est pas, à vrai dire, de la police. Si l'on veut éviter des confusions, il faut réserver le mot police, sans épithète, pour désigner uniquement l'intervention préventive de l'autorité. C'est pourquoi j'estime qu'Hauriou emploie une mauvaise terminologie, propre à provoquer des erreurs, quand il écrit : « Les services publics sont eux-mêmes des moyens d'assurer la police. » Ainsi le mot police désignerait toute l'activité de l'État.

J'adresse une critique analogue à la définition donnée par Otto Mayer : « La police est l'activité de l'État en vue de défendre, par les moyens de la puissance d'autorité, le bon ordre de la chose publique contre les troubles que les existences individuelles peuvent y apporter » (*Droit administratif,* édition française, 1904, II, p. 7).

Cf. Kurt Wolzendorf, *Die Grenzen der Polizeigewalt im französischen Recht, Archiv des öffentlichen Rechts,* XXIV, 1906, p. 325; Rosin, *Die Polizeiverordnungen,* 2e édit., 1895; Périnjaquet, *De la responsabilité des communes en matière de police,* thèse Bordeaux, 1906; Freund, *The police power, public policy and constitutional Rights,* 1904.

§ 94. — *La propriété.*

Le législateur ne peut faire aucune loi qui porte atteinte à la propriété des individus. La propriété est rangée, par la Déclaration des droits, au nombre de

ces droits naturels dont l'homme se trouve investi au moment même de sa naissance par cela même qu'il est homme. « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits... Ces droits sont... la propriété » (Déclaration de 1789, art. 1 et 2). Mais les auteurs de la Déclaration ne se sont pas contentés de cette formule générale; ils ont tenu à préciser et ils ont voté l'article 17 ainsi conçu : « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique légalement constatée l'exige évidemment et sous la condition d'une juste et préalable indemnité » (Déclaration des droits de 1789, art. 17). Conformément à ce principe, la constitution de 1791 déclare garantir « l'inviolabilité des propriétés ou la juste et préalable indemnité de celles dont la nécessité publique, légalement constatée, exigerait le sacrifice » (tit. I, § 4). Le droit de propriété est affirmé dans des termes analogues par la Déclaration des droits de 1793, article 19, et la constitution de 1793, article 122. Dès le premier jour de sa réunion, la Convention avait d'ailleurs déclaré que « les personnes et les *propriétés* étaient sous la sauvegarde de la nation » (Décret du 21 septembre 1792). Le 18 mars 1793, la Convention décrétait la peine de mort contre quiconque « proposerait une loi agraire ou toute autre subversive des propriétés territoriales, commerciales et industrielles ». Rapp. Déclaration des droits de l'an III, art. 1 et 5; Constitution de l'an III, art. 358; Charte de 1814, art. 19; Charte de 1830, art. 8; Constitution de 1848, pr., art. IV, VIII et art. 11; Constitution de 1852, art. 26.

Le texte contenant l'affirmation « que le droit de propriété est un droit inviolable et sacré » n'était pas dans le projet de la Déclaration des droits de 1789. Mais quand l'article 16 eut été voté, un grand nombre de députés demandèrent que l'on insérât dans la Déclaration des droits un article concernant spécialement la propriété. Une rédaction fut proposée par Duport et adoptée

immédiatement, malgré d'assez nombreux amendements; elle est devenue l'article 17, précité, de la Déclaration des droits de 1789 (séance du 26 août 1789, *Archives parlementaires,* 1re série, VIII, p. 489).

Comment le législateur constituant entend-il la propriété dans les divers textes rapportés? Évidemment, au sens romain du mot : c'est l'affectation exclusive d'une certaine richesse aux besoins d'un individu, avec le pouvoir de celui-ci d'user de la chose, d'en percevoir les fruits et d'en disposer. La Déclaration de 1789 ne définit point le droit de propriété. Mais à l'article 16 de la Déclaration de 1793, on lit : « Le droit de propriété est celui qui appartient à tout citoyen de jouir et de disposer à son gré de ses biens, de ses revenus, du fruit de son travail et de son industrie », et à l'article 5 de la Déclaration des droits de l'an III, on lit une formule tout à fait identique. Enfin le code civil, dont l'objet principal a été de mettre en œuvre et de garantir ce droit de propriété, dont l'inviolabilité avait été affirmée par les déclarations et les constitutions de la période révolutionnaire (si bien qu'on a pu l'appeler justement le *code de la propriété*), définit la propriété à l'article 544 : « La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par la loi et les règlements. »

En déclarant que la propriété est un droit naturel de l'homme, un droit inviolable et sacré, sauf l'expropriation pour cause d'utilité publique moyennant une juste et préalable indemnité, incontestablement le législateur de 1789 ne voulait pas dire que tout homme, en venant au monde, par cela seul qu'il est homme, a le droit d'être propriétaire d'une certaine quantité de richesse. Si la Déclaration de 1789 avait eu ce sens, elle eût exprimé les principes du pur communisme. Cependant, à prendre au pied de la lettre les textes précités et

même ceux de 1789, on peut en conclure que tout homme apporte en naissant le droit naturel et sacré d'être propriétaire, et que tous les hommes ont le droit d'être propriétaires d'une égale quantité de richesse. Aux termes de l'article 1er, tous les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits, et d'après l'article 2, ces droits sont la liberté et la propriété. Dès lors, de même que tous les hommes doivent être également libres, ils doivent être également propriétaires. De même que l'État doit assurer à tous une égale liberté, il doit assurer à tous une égale propriété. Telle n'était point cependant la pensée des rédacteurs de la Déclaration et de la constitution de 1789-1791, ni même des auteurs de la Déclaration de 1793. Mais il n'est pas douteux que les formules proclamées alors contenaient en elles tout le Babouvisme, qui ne fera que tirer les conséquences rigoureusement logiques du principe qu'elles impliquent.

Le Babouvisme est le développement logique du jacobinisme. L'*Analyse de la doctrine de Babeuf* et le *Manifeste des égaux* ne sont que le développement logique des Déclarations des droits. Dans le premier de ces documents, on lit : « 1° La nature a donné à chaque homme un droit égal à la jouissance de tous les biens... 6° Nul n'a pu sans crime s'approprier exclusivement les biens de la terre ou de l'industrie... 7° Dans une véritable société, il ne doit y avoir ni riches ni pauvres. » D'ailleurs, l'auteur de ce document invoque expressément la constitution de 1793. « La constitution de 1793 est la véritable loi des Français... Ceux qui ont porté la main sur la constitution de 1793 sont coupables de lèse-majesté populaire. »

Cité d'après Aulard, *Histoire politique de la Révolution française*, 1901, p. 628 et 629. Cf. A. Thomas, *Babeuf et la doctrine des égaux, extrait des œuvres complètes*, 1906 ; Buonarroti, *Conspiration pour l'égalité dite de Babeuf*, Bruxelles, 1828; Advielle, *Histoire de*

Graccus Babeuf et du Babouvisme, 1884; Deville, *Thermidor et Directoire,* t. V, de l'*Histoire socialiste* publiée sous la direction de M. Jaurès, p. 302-336. Cons. surtout le *Journal de Babeuf*, publié du 17 fructidor an II au 14 fructidor de l'an III sous le titre de *Journal de la liberté de la presse,* et à partir de cette date, sous le titre *Le Tribun du peuple*, par Graccus Babeuf (*Bibliothèque nationale,* Le^{2} 824-825); *Débats* du procès instruit par la haute cour de justice contre Drouet, Babeuf et autres, 4 vol. sans date (*Bibliothèque nationale,* Lb^{42} 346).

Tout cela était particulièrement préparé par la théorie jacobine de la propriété exposée par Robespierre dans un discours prononcé à la Convention le 24 avril 1793 et qui commence par ces mots : « Je vous proposerai d'abord quelques articles nécessaires pour compléter votre théorie sur la propriété. Que ce mot n'alarme personne. Ames de boue qui n'estimez que l'or, je ne veux point toucher à vos trésors, quelque impure qu'en soit la source. » Robespierre développe cette idée que la propriété est une institution sociale et propose de définir la propriété « le droit qu'a chaque citoyen de jouir et de disposer de la portion des biens qui lui est garantie par la loi »; et comme en même temps il affirme que les hommes ont le droit d'être égaux et que la société a pour devoir de garantir cette égalité, il en résulte que la loi, pour respecter le principe d'égalité, doit assurer à chaque citoyen la jouissance et la disposition d'une égale quantité de richesse. Cela n'était pas dit expressément par Robespierre, mais cela résultait logiquement de ses déclarations (*Moniteur,* réimpression, XVI, p. 212 et 295). Aussi, quand les collectivistes modernes invoquent en faveur de leurs doctrines les principes de la Révolution, ils n'ont pas tout à fait tort. Ni les doctrines communistes, ni les doctrines collectivistes n'étaient certainement dans l'esprit des hommes de 1789-1791, de 1793; mais avec une logique rigoureuse on peut dire qu'elles étaient contenues dans les principes qu'ils formulaient.

L'idée qui dominait l'esprit du législateur de la Révolution était tout simplement que la conservation des propriétés existant en fait devait être garantie aux titulaires actuels de ces propriétés. Il voulait affirmer qu'il existe pour celui qui est ou sera propriétaire un droit qui est exclusif du droit que pourraient revendiquer les autres, un droit auquel le législateur lui-même ne peut pas porter atteinte sans attribuer une indemnité préalable au propriétaire ainsi exproprié.

Cette inviolabilité des propriétés existantes fut affirmée, même dans la séance du 4 août, pour les droits féodaux qui sont déclarés être de vrais droits de propriété et qui ne peuvent être supprimés sans indemnité. L'article 1er du décret porte : « L'Assemblée nationale déclare complètement aboli le régime féodal... Les droits féodaux qui tiennent à la mainmorte réelle ou personnelle et à la servitude personnelle sont abolis sans indemnité ; tous les autres sont déclarés rachetables ; le prix et le mode de rachat seront fixés par l'Assemblée nationale. » Rapp. la loi des 15-28 mars 1790 relative aux droits féodaux, votée sur le rapport de Merlin. Ainsi les droits qui dérivent du servage sont abolis sans indemnité ; mais ces droits, résultant d'une restriction apportée à la liberté individuelle, ne peuvent être considérés comme une propriété. Quant aux autres droits féodaux, ce sont des droits légitimes qu'on supprime, parce qu'on supprime tout ce qui reste de la féodalité, mais qu'on supprime moyennant une indemnité. Le 4 août 1789, le duc d'Aiguillon disait, aux applaudissements de l'Assemblée : « Ces droits sont une véritable propriété et toute propriété est inviolable » (*Archives parlementaires,* 1re série, VIII, p. 344). Il faut dire d'ailleurs qu'en fait ces indemnités ne furent pas payées.

En affirmant l'inviolabilité des propriétés existantes, les constituants et les conventionnels avaient-ils une opinion précise sur le fondement de la légitimité de la propriété individuelle ?

M. Faguet a écrit : « Les constituants et les conventionnels sont *propriétaristes* parce qu'ils sont libéraux ; ils sont pour la propriété individuelle parce qu'ils sont pour la liberté individuelle avec ce qui en dérive et

avec ce qui la soutient » (*Le libéralisme*, 1904, p. 78). Ainsi, comme l'école libérale du XIX^e^ siècle, ils auraient vu dans l'inviolabilité de la propriété individuelle une conséquence nécessaire et directe de la liberté individuelle, la propriété étant le résultat du libre développement de l'activité individuelle, et l'individu ayant naturellement un droit légitime et sacré au produit de son activité et pouvant en disposer librement.

Très probablement, la grande majorité des constituants et des conventionnels n'eurent point de conception nette sur le fondement de la propriété ; ils ne se posaient pas la question. Ils comprenaient la propriété en juristes, c'est à-dire au point de vue des conséquences qu'elle entraîne, des bénéfices qu'elle assure à son titulaire et non point en philosophes, en économistes, au point de vue de son fondement et de son rôle social. Ils ont voulu affirmer que toute propriété existante est intangible ; mais ils n'ont point entendu déterminer la raison pourquoi il en est ainsi. S'ils ont solennellement affirmé l'intangibilité du droit de propriété, c'est que la grande majorité d'entre eux étaient propriétaires. Au point de vue politique et social, la Révolution a été l'œuvre du tiers état, c'est-à-dire de la classe moyenne propriétaire ; les représentants de cette classe formaient la majorité de la Constituante et de la Convention. Leur préoccupation constante est de placer la propriété sous la sauvegarde des Déclarations des droits et des constitutions et d'affirmer ainsi qu'elle s'impose au respect du législateur lui-même.

Aussi bien, au moment très court où l'élément démocratique paraît devoir l'emporter, en 1793, celui qui le représente le mieux, Robespierre, soutient que la propriété n'est qu'une pure concession de la loi, d'où il résulte que la loi peut, quand bon lui semble, retirer cette concession. V. le discours déjà cité de Robespierre, 24 avril 1793, *Moniteur*, réimpression, XVI, p. 212. Robespierre devait certainement s'inspirer de Rousseau, qui a

écrit au *Contrat social* : « Car l'État, à l'égard de ses membres, est maître de tous leurs biens par le contrat social qui, dans l'État, sert de base à tous les droits... De quelque manière que se fasse cette acquisition, le droit que chaque particulier a sur son propre fonds est toujours subordonné au droit que la communauté a sur le tout ; sans quoi, il n'y aurait ni solidité dans le lien social, ni force réelle dans l'exercice de la souveraineté » (*Contrat social,* liv. I, chap. IX).

Du reste, ce qui prouve bien que la grande majorité des membres de la Constituante et de la Convention n'avaient point d'idée nette sur le fondement de la propriété, c'est que ni l'une ni l'autre n'hésitèrent à confisquer au profit de la nation les biens du clergé et de la noblesse. Et cependant, si la propriété est un droit naturel fondé sur la liberté individuelle, toutes les propriétés sont également respectables. De nombreux textes de l'époque révolutionnaire, qui, en dehors des textes précités, consacrent l'inviolabilité de la propriété, visent particulièrement l'irrévocabilité des ventes de biens nationaux (cf. notamment L. 28 octobre-5 novembre 1790 et Constitution de l'an III, art. 373 et 374). Ainsi, ces textes consacrent à la fois la confiscation de ces biens sur leurs anciens propriétaires contrairement au principe de l'inviolabilité de la propriété et l'inviolabilité des acquisitions qui en ont été faites par les bourgeois acquéreurs de biens nationaux. Bref, la propriété des nobles et des clercs n'est point inviolable ; mais celle des bourgeois artisans et bénéficiaires de la Révolution est au contraire intangible.

Le décret du 2 novembre 1789, qui « met à la disposition de la nation tous les biens ecclésiastiques », ne fut voté qu'après une très longue discussion. De la lecture de ces débats, on retire cette impression très nette que les hommes dirigeants de l'Assemblée n'ont point de doctrine arrêtée sur le fondement de la propriété, qu'ils prennent la propriété comme un fait dont ils veulent le

maintien dans la mesure où une modification à cet état de choses pourrait les léser, mais dont ils ne redoutent pas le changement dans la mesure où il ne les atteint pas. Thouret est le seul orateur qui reconnaisse que la propriété est un droit *naturel* antérieur à la loi ; mais il s'empresse d'ajouter que cela n'est vrai que de la propriété des individus. « Les individus et les corps diffèrent par leurs droits à cet égard. Les individus existant avant la loi, ils ont des droits qu'ils tiennent de la nature, des droits imprescriptibles ; tel est le droit de propriété. Tous corps, au contraire, n'existant que par la loi et leurs droits dépendant de la loi, elle peut les modifier, les détruire... » (*Moniteur*, réimpression, II, p. 84). Quant à Mirabeau, il déclare, comme le fera Robespierre, que la propriété n'a d'autre fondement que la loi, et la conséquence logique, c'est que la loi peut supprimer la propriété (*Moniteur*, réimpression, II, p. 110).

En résumé, la Constituante et la Convention ont eu avant tout la pensée de garantir les propriétés existantes de la classe bourgeoise à laquelle appartenaient la grande majorité de leurs membres. Elles n'ont point eu des principes arrêtés sur le fondement de la propriété. Quelques-uns y voyaient un droit naturel ; mais la grande majorité y voyait seulement une création de la loi positive, sur l'importance sociale de laquelle d'ailleurs on ne s'expliquait point. Les formules vagues et générales dont on s'est servi peuvent au reste, combinées avec le principe d'égalité, fournir un point d'appui aux doctrines communistes et collectivistes modernes.

De cela il résulte que les dispositions de la Déclaration des droits de 1789, relatives à la propriété, ne peuvent pas avoir aujourd'hui la force limitative qu'ont à l'égard du législateur les dispositions sur la liberté. Celle-ci est

un droit antérieur à la société ; la Déclaration des droits le consacre et les dispositions qu'elle édicte à cet égard s'imposent au législateur. La propriété figure sans doute dans la Déclaration des droits ; malgré cela, elle n'est qu'une concession du législateur ; celui-ci peut donc y apporter des modifications et des restrictions et même la supprimer sans violer une loi supérieure à lui.

Peut-être peut-on soutenir que dans la constitution de 1848 la propriété était au contraire considérée comme un droit supérieur aux lois positives, échappant ainsi à l'atteinte du législateur ordinaire. A l'article III du préambule, on lit : « La République reconnaît des droits et des devoirs antérieurs et supérieurs à la loi positive », et à l'article VIII : « La République doit protéger le citoyen dans sa personne..., sa propriété. » Du rapprochement de ces deux textes il semble bien ressortir que, dans la pensée du législateur constituant de 1848, la propriété est un droit naturel supérieur au législateur et s'imposant au respect de celui-ci.

En dehors des textes de loi, comment faut-il, au point de vue politique, économique et social, concevoir le droit de propriété ? C'est une question considérable et dont l'étude ne rentre pas dans le cadre d'un livre de droit constitutionnel. On dira seulement que la doctrine, qui à certaines époques a eu grand crédit et d'après laquelle le droit de propriété, dérivant de la liberté individuelle, serait fondé sur le droit que chacun a de disposer du produit de son travail, est absolument impuissante à justifier la propriété telle qu'elle existe dans les sociétés modernes. Peut-être pourrait-elle justifier la propriété individuelle des choses mobilières ; elle ne peut évidemment légitimer la propriété immobilière, ni la propriété capitaliste sous ses différentes formes et non plus la transmission héréditaire. La propriété immobilière, capitaliste et héréditaire ne peut

s'expliquer que par son utilité sociale; et l'on n'aura démontré qu'elle est légitime que si l'on démontre qu'à une époque donnée elle est socialement utile.

De là résultent certaines conséquences très importantes. La propriété, reposant uniquement sur l'utilité sociale, ne doit exister que daus la mesure de cette utilité sociale. Le législateur peut donc apporter à la propriété individuelle toutes les restrictions qui sont conformes aux besoins sociaux auxquels elle correspond. La propriété n'est point un droit intangible et sacré, mais un droit continuellement changeant qui doit se modeler sur les besoins sociaux auxquels il vient répondre. S'il arrive un moment où la propriété individuelle ne répond plus à un besoin social, le législateur doit intervenir pour organiser une autre forme d'appropriation des richesses. Dans un pays où la propriété individuelle est reconnue par la législation positive, le propriétaire a, par cela même qu'il est propriétaire, un certain rôle social à remplir; et l'étendue de son droit de propriété doit être déterminée par la loi et par la jurisprudence qui l'applique, d'après le rôle social qu'il doit remplir : il ne peut prétendre d'autre droit que celui de pouvoir remplir librement, pleinement et entièrement sa fonction sociale de propriétaire. On peut dire qu'en fait la conception de la propriété droit subjectif disparaît pour faire place à la conception de la propriété fonction sociale. Le détenteur d'une richesse n'a point de droit sur elle; c'est une situation de fait qui l'astreint à une certaine fonction sociale et son appropriation est protégée dans la mesure et seulement dans la mesure où il remplit cette fonction sociale.

Auguste Comte a bien mis en relief cette transformation de la propriété. Il a dit en effet : « Dans tout état normal de l'humanité chaque citoyen quelconque constitue réellement un fonctionnaire public, dont les

attributions plus ou moins définies déterminent à la fois les obligations et les prétentions. Ce principe universel doit évidemment s'étendre jusqu'à la propriété où le positivisme voit surtout une indispensable fonction sociale, destinée à former et à administrer les capitaux par lesquels chaque génération prépare les travaux de la suivante. Sagement conçue, cette appréciation ennoblit la possession, sans restreindre sa juste liberté et même en la faisant mieux respecter » (*Système de politique positive*, édit. 1892, I, p. 156).

Hauriou exprime très bien la même idée : « Descendons, écrit-il, au plus individualiste des droits individuels, au droit de propriété privée. L'élément de fonction y est caché... Sans doute on n'oblige pas directement le propriétaire à cultiver, mais on compte sur les fréquents changements de propriétaires..., on sait que si l'un ne cultive pas l'autre cultivera, et que l'intérêt de la très grande majorité sera de cultiver... Mais si un jour ou l'autre on s'apercevait que la culture n'est plus assurée d'une façon suffisante, sans aucun doute l'obligation juridique d'accomplir la fonction apparaîtrait sous peine d'expropriation » (*Principes du droit public*, 1910, p. 38-39).

Moi-même, dès 1912, j'indiquais cette transformation de la propriété capitaliste dans les termes suivants :

« Tout individu a l'obligation d'accomplir dans la société une certaine fonction, en raison directe de la place qu'il y occupe. Or, le détenteur de la richesse, par cela seul qu'il la détient, peut accomplir une certaine besogne que lui seul peut accomplir. Seul il peut augmenter la richesse générale, assurer la satisfaction des besoins généraux en faisant valoir le capital qu'il détient. Il est donc obligé socialement d'accomplir cette besogne et il ne sera protégé socialement que s'il l'accomplit et dans la mesure où il l'accomplit. La pro-

priété n'est plus le droit subjectif du propriétaire, elle est la fonction sociale du détenteur de la richesse. »

Mais cette proposition rencontrait une objection qui paraissait très forte. On disait : sans doute il est possible que l'évolution sociale marche vers un système juridique dans lequel la propriété aura pour fondement l'obligation du détenteur de remplir une certaine fonction. Mais on n'y est point encore parvenu et la preuve en est que pas une législation n'impose au propriétaire l'obligation de cultiver son champ, de faire valoir ses capitaux ; ce serait cependant la conséquence logiquement nécessaire de la propriété-fonction. Je répondais, avec Hauriou, que l'absence de loi imposant au propriétaire l'obligation de faire valoir ses capitaux n'était point une preuve que la notion de fonction sociale n'avait pas encore remplacé, en ce qui concerne la propriété capitaliste, la notion de droit subjectif, que si la loi n'était pas encore intervenue, c'est parce que le besoin ne s'en était point fait sentir, mais que du jour où, pour une raison ou une autre, il y aurait lieu de contraindre le propriétaire capitaliste à faire valoir ses capitaux, à cultiver son champ, à louer sa maison, le législateur ne manquerait pas d'intervenir et qu'en agissant ainsi, il n'excéderait point ses légitimes pouvoirs.

Cette prévision a été pleinement confirmée par les faits. Pendant la guerre, sont intervenues en France plusieurs lois d'une importance primordiale, qui font apparaître d'une manière éclatante la conception de la propriété fonction, et comment elle s'est à peu près complètement substituée à celle de la propriété-droit. La guerre a montré comment l'exploitation intensive de toutes les propriétés rurales est d'une importance capitale pour la vie d'une nation. Par suite du manque de main-d'œuvre provenant de la mobilisation générale, et aussi, il faut bien le dire, par suite de l'apathie et

de l'indifférence de certains propriétaires, une quantité relativement importante de terre, à la seconde année de la guerre, était restée sans culture. Une première loi intervint à la date du 6 octobre 1916 portant : « A compter de la promulgation de la présente loi, le maire de chaque commune invitera par lettre recommandée le propriétaire ou l'exploitant habituel de terrains non cultivés, à mettre, s'il y a lieu, ses terrains en culture. Si, dans les quinze jours de l'envoi, l'exploitant ne justifie pas de raisons indépendantes de sa volonté, l'ayant contraint à abandonner sa terre, le maire aura le droit de réquisitionner les terrains et pourra les livrer, pour être mis en culture, au conseil communal d'action agricole, constitué par décret » (art. 1er, § 1). Une seconde loi du 4 mai 1918 est venue compléter cette première. Au cas où le propriétaire ou l'exploitant habituel ne veut pas ou ne peut pas assurer la culture d'une terre, « le maire ou, à son défaut, le préfet pourra, sur la demande du conseil communal d'action agricole, réquisitionner les terrains et en concéder l'exploitation à des agriculteurs de son choix et dans des conditions qu'il déterminera, d'accord avec le comité départemental d'action agricole, ou à des syndicats ou à des coopératives de culture, aux conditions qu'il déterminera » (art. 2, 3 et 4). La loi punit, en outre, de peines sévères « toute personne qui entraverait la mise en culture de la parcelle ou de l'exploitation concédée » (art. 10).

Je ne crois pas que ces lois aient reçu de fréquentes applications. D'autre part, la première portait (art. 5) qu'elle ne serait applicable, à moins de prorogation, que pendant la durée de la mobilisation ; et la seconde (art. 12), que son application cesserait à la fin de la campagne agricole en cours au moment de la cessation des hostilités. Ces deux lois n'en sont pas moins très

du 14 février 1911, d'après laquelle il y a lieu à évaluation de la plus-value d'un immeuble et à un prélèvement d'une quotité de la plus-value sous forme d'impôt à l'occasion de la transmission de toute propriété immobilière entre vifs et à titre onéreux. Seule la plus-value non gagnée, c'est-à-dire celle qui ne provient pas du fait du propriétaire, doit être frappée.

A la même idée se rattache encore la disposition de la loi française sur l'expropriation du 6 novembre 1918 qui décide que le propriétaire de terrains bâtis ou non, qui par suite de leur proximité ont acquis du fait de l'ouvrage public projeté une plus-value dépassant 15 p. 100, doit une indemnité à la personne administrative qui poursuit l'expropriation ; que s'il refuse de la payer, il peut être l'objet d'une expropriation (L. 6 novembre 1918, art. 2 *bis* et art. 23). Je me suis expliqué sur ce point au paragraphe 77.

Avec les notions de propriété fonction sociale et de protection sociale accordées à l'affectation d'une richesse à un but, on acquiert l'intelligence très nette et l'explication très facile de toute une série de décisions jurisprudentielles qui sont, au contraire, en opposition complète avec la conception de la propriété droit. Le propriétaire a le devoir et, partant, le pouvoir d'employer la chose qu'il détient à la satisfaction des besoins collectifs, et aussi à la réalisation de ses besoins individuels ; mais il va de soi qu'il ne s'agit que des actes qui correspondent à l'exercice de la liberté individuelle, telle que je l'ai définie précédemment, c'est-à-dire le libre développement de l'activité humaine. Les actes du propriétaire faits en vue d'un pareil but sont protégés. Ceux qui n'ont pas ce but, et qui d'autre part ne poursuivent pas un but d'utilité collective, sont contraires à la loi de la propriété et peuvent donner lieu à une réparation ou à une répression.

Ainsi se trouvent très facilement et très logiquement expliquées toutes les décisions qui reconnaissent et sanctionnent l'impossibilité pour le propriétaire de faire sur la chose qu'il détient un acte qui ne répond ni à l'utilité sociale, ni à l'utilité individuelle. Ces décisions sont, au contraire, tout à fait inconciliables avec l'idée de propriété droit absolu. Si je peux légalement bâtir une maison de rapport de cinq étages sur mon terrain, alors même qu'elle cause un grave préjudice à mon voisin, c'est que j'emploie la chose à la fois dans un intérêt social et dans un intérêt privé et aussi en vue d'un but auquel la chose correspond. Quelque préjudice que cette construction occasionne au voisin, je ne lui dois aucune indemnité. Mais au contraire, comme la jurisprudence l'a très justement décidé, je ne peux pas établir un écran sur mon terrain, une haute cheminée sur le toit de ma maison, sans qu'il y ait pour moi utilité, ou faire sans raison des fouilles dans mon jardin parce que je fais là des choses qui ne me sont d'aucune utilité et qui ne servent aucunement la collectivité.

Mais, dit-on, ces choses inutiles et sans profit ne sont pas, en réalité, interdites au propriétaire; ce qui est interdit, c'est le dommage qu'elles peuvent causer à autrui. Non point. Si le dommage causé à autrui oblige le propriétaire à payer une indemnité, c'est précisément que l'opération, cause de ce préjudice, est interdite par le droit. J'ai montré au paragraphe 81 que, dans les rapports entre individus, le dommage n'entraîne réparation que s'il est le résultat d'une faute et que la faute n'est autre chose que la violation de la loi. Ce qu'il y a de vrai, c'est que lorsque l'acte accompli par le propriétaire, sans utilité pour lui, entraîne un dommage pour un tiers, la règle de droit qui le prohibe reçoit la sanction de la réparation. Mais la prohibition

existe par elle-même. Si elle n'existait pas, la sanction de la réparation serait impossible, l'acte ne serait pas illicite, et celui qui subit le préjudice ne pourrait point en demander réparation.

Les principales décisions de la jurisprudence que je viens de résumer sont les suivantes : arrêt de la cour de Colmar, 2 mars 1855, Dall., 56, II, p. 9 ; tribunal de Gex, 27 juillet 1900, S., 1900, II, p. 147 ; Cass., 10 juin 1902, S., 1903, I, p. 2. Cf. mon volume, *Les transformations générales du droit privé,* 2e édition, 1920, p. 161 et s., et appendice IV, p. 197 et s., critiques de la théorie de l'abus du droit ; Jèze, Compte rendu de mon livre, *Revue du droit public,* 1909, p. 188 ; Ripert, *De l'exercice du droit de propriété,* 1902 ; Josserand, *De l'abus des droits,* 1905, p. 19 et s. ; Charmont, *L'abus du droit, Revue trimestrielle du droit civil,* 1902, p. 113 et s. ; Salanson, *De l'abus du droit,* thèse Paris, 1903 ; Marc Desserteaux, *Abus du droit ou conflit de droits, Revue trimestrielle de droit civil,* 1906, p. 119 et s. ; Saleilles, *Rapport* à la première sous-commission de la revision du code civil, *Bulletin de la Société d'études législatives,* 1905, p. 329 et s.

Sur le fondement social de la propriété individuelle et son évolution, cons. Gide, *Cours d'économie politique,* édit. 1909, p. 465 et s. ; Landry, *L'utilité sociale de la propriété individuelle,* 1900 ; Marguery, *Le droit de propriété et le régime démocratique,* 1905 ; Hayem, *Essai sur le droit de propriété et ses limites,* 1910 (livre intéressant et très documenté) ; Sanlaville, *Socialisme et propriété,* 1920 ; P. Lacombe, *L'appropriation du sol, Essai sur le passage de la propriété collective à la propriété privée ;* P. Leroy-Beaulieu, *Le collectivisme,* spécialement chap. VI, VII et VIII du livre I ; Aftalion, *Les fondements du socialisme, étude critique,* 1923. — Pour la taxe sur l'enrichissement, cf. J. Javal, *Rapport, J. off.,* Chambre, *Documents parl.,* 1912. p. 1687. — Sur le rôle social du capitaliste propriétaire de maisons à louer, discours à la chambre de M. Viviani, garde des sceaux, en mars 1916, *J. off., Débats parl.,* Chambre, 1916, p. 490.

La propriété industrielle. — A notre époque particulièrement industrielle, est née une forme nouvelle de la propriété : la propriété d'une invention, d'un procédé industriel, garantie par la législation sur les brevets d'invention et les marques de fabrique. Le principe en était déjà consacré par l'article 357 de la constitution de l'an III, et il a été mis en œuvre par les lois des 5 juillet 1844, 31 mai 1856, 23 juin 1856 et 3 mai 1892.

On peut se demander si cette propriété ainsi garantie ne constitue pas une atteinte à la liberté du travail et de l'industrie. Assurément, dans une société qui reposerait sur une conception purement socialiste du droit, on concevrait difficilement que le législateur pût réserver à un seul le profit d'une invention industrielle ou d'un procédé de fabrication. Mais nos sociétés modernes ne sont pas arrivées encore à cette conception, dont elles se rapprochent d'ailleurs constamment. On conçoit donc que le législateur assure à chacun le profit de sa découverte. Mais cette législation de la propriété industrielle devrait reposer bien plutôt sur l'idée du rôle social que remplit l'inventeur industriel que sur l'idée d'une attribution exclusive d'une richesse fondée sur un droit individuel.

La même conception et la même observation doivent s'appliquer à la propriété artistique et littéraire reconnue et réglementée aujourd'hui par les lois des 19 juillet 1793, 14 juillet 1866 et 11 mars 1902.

§ 95. — *Les obligations positives de l'État.*

Jusqu'à présent, on a montré les choses que l'État ne pouvait pas faire. Mais il est incontestable que, dans les conceptions modernes, la subordination de l'État au droit entraîne d'autres conséquences. Non seulement il y a des choses que l'État ne peut pas faire, mais encore il y a des choses que l'État est *obligé* de faire ; il y a des obligations positives qui s'imposent à lui ; il y a des lois qu'il est obligé de faire. Si l'on n'est d'accord ni sur l'étendue ni sur le fondement de ces obligations, tout le monde reconnaît qu'elles existent ; et les États modernes, particulièrement la France, ont par des lois récentes reconnu expressément certaines de ces obligations et organisé des services publics pour en assurer la réalisation.

D'abord, l'État moderne est assurément obligé de donner gratuitement à tous un minimum d'enseignement. On a montré, au paragraphe 92, que l'État n'excédait point ses pouvoirs en imposant à tous l'obligation

d'acquérir un minimum d'instruction. L'État est donc obligé, en retour, d'organiser un enseignement primaire neutre et gratuit. On sait que l'État français n'y a point manqué. Il suffit de rappeler les lois des 16 juin 1881, 28 mars 1882 et 30 octobre 1886.

Cf. Rapport de M. Avril sur le droit intégral du peuple à l'instruction, *J. off., Documents parl.*, Chambre, 1920, p. 403.

Il ne suffit pas que l'État ne porte aucune atteinte par ses lois au libre développement de l'activité individuelle, il faut encore que chacun puisse développer son activité individuelle. Par conséquent, si un individu est sans ressources et dans l'impossibilité de s'en procurer par son travail, parce qu'il est malade, infirme ou vieux, l'État doit lui assurer les moyens de se soigner et de se remettre, ou, s'il est incurable, les moyens de subsister. L'État doit faire des lois reconnaissant cette obligation et la mettant en œuvre.

On citera, dans cet ordre d'idées, la loi du 15 juillet 1893 sur l'assistance médicale gratuite (L. fin. 13 avril 1898, art. 58); la loi du 27 juin 1904 sur le service des enfants assistés, modifiée par la loi du 22 avril 1905, article 44; la loi du 14 juillet 1905 relative à l'assistance obligatoire aux vieillards, aux infirmes et aux incurables privés de ressources. Cette dernière formule d'une manière très nette le principe de l'obligation dans l'article 1er : « Tout Français privé de ressources, soit âgé de 70 ans, soit atteint d'une infirmité ou d'une maladie reconnue incurable qui le rend incapable de subvenir par son travail aux nécessités de l'existence, reçoit... l'assistance instituée par la présente loi » (rédaction de l'art. 35 de la L. fin. 31 décembre 1907). Il faut rapprocher les lois des 17 juin, 14 et 30 juillet 1913 sur les secours aux femmes en couches et aux familles nombreuses. Ainsi la France possède tout un service d'assistance publique qui lui fait honneur et peut supporter le parallèle avec celui d'un pays étranger quelconque.

Cf. D. 3 août 1909 et circulaire du 6 mars 1910 (*J. off.*, 10 mars 1910) sur l'application de la loi du 14 juillet 1905. Cons. Campagnole, *L'assistance obligatoire aux vieillards, Commentaire de la loi du 14 juillet 1905*, 2e édit., 1908. Rapp. la loi anglaise de 1909 sur l'assistance aux vieillards. Cf. lettre de M. H. Monod, *Le Temps*, 18 août 1909.

Pour assurer l'accomplissement de ces devoirs, le législateur a imaginé un procédé ingénieux : il a mis une partie des dépenses de l'enseignement et la plus grande partie des dépenses de l'assistance à la charge des personnes administratives subordonnées, départements et communes, et ainsi, par le système des dépenses obligatoires, l'État peut directement contraindre les départements et les communes à accomplir les obligations qui assurent le fonctionnement des services d'enseignement et d'assistance.

C'est, par exemple, la loi municipale du 5 avril 1884 (art. 136, n° 9) qui déclare obligatoires pour les communes les dépenses relatives à l'instruction publique conformément aux lois. Cf. L. 30 octobre 1886, art. 11-15, et 10 juillet 1903; la loi du 15 juillet 1893 (art. 26, § 3) qui déclare dépenses obligatoires pour les départements et les communes les dépenses ordinaires de l'assistance médicale gratuite qui leur incombent; la loi du 27 juin 1904 (art. 56) qui, combinée avec la loi du 5 avril 1884 (art. 136, n° 10), met au nombre des dépenses obligatoires des départements et des communes la part qui leur incombe dans les dépenses des enfants assistés; la loi du 14 juillet 1905 et les lois de 1913 (art. 27 et 28) qui déclarent dépenses obligatoires les dépenses imposées aux départements et aux communes pour l'assistance aux vieillards, aux infirmes et aux incurables, aux familles nombreuses, aux femmes en couches.

La législation positive moderne n'a point encore consacré l'obligation pour l'État d'assurer du travail à tout individu qui, voulant s'en procurer, n'en trouve pas. Mais on admet, en général, que l'État est obligé d'intervenir pour réglementer le travail et pour protéger le travailleur. On doit signaler une loi qui se rattache à l'idée que l'État est obligé de procurer du travail à tout individu qui veut travailler, la loi du 14 mars 1904,

qui oblige les communes ayant plus de 10.000 habitants à créer un bureau municipal de placement et toutes les communes à avoir un registre constatant les offres et demandes de travail et d'emploi (art. 4).

Quant au fondement de ces diverses obligations positives de l'État, il est facile de le déterminer si l'on admet la doctrine de la solidarité sociale. La règle de droit impose à tous l'obligation de ne rien faire qui soit contraire à la solidarité sociale et de faire tout ce qu'ils peuvent pour assurer le développement de cette solidarité. La règle de droit ainsi fondée et ainsi comprise s'impose à tous, gouvernés et gouvernants; elle s'impose au monarque absolu, aux parlements élus, soit au suffrage restreint, soit au suffrage universel; elle s'impose au peuple directement consulté si c'est lui qui fait la loi. En un mot, elle s'impose à l'État, quelles que soient ses formes politiques. Il est obligé non seulement de ne faire aucunes lois qui portent atteinte à la solidarité sociale, mais encore de faire toutes les lois qui sont nécessaires pour assurer la réalisation de la solidarité sociale. Or, comme le facteur de la solidarité sociale (on l'a montré au t. I, § 6) est avant tout l'activité individuelle, l'État est non seulement obligé de ne rien faire qui porte atteinte au libre développement de l'activité physique, intellectuelle et morale de l'individu, mais encore de faire toutes les lois, d'organiser tous les services qui permettront à tous les individus de développer complètement leur activité physique, intellectuelle et morale.

Par exemple, il est inadmissible qu'un individu valide et qui veut travailler ne puisse pas trouver du travail; c'est un devoir pour l'État d'organiser les choses de telle manière que tout individu qui veut travailler et qui a besoin de travailler pour vivre puisse trouver du travail.

Il n'est pas, pour l'État moderne, de problème plus difficile. Dans certains pays, il s'est posé depuis la guerre avec une certaine acuité. Il n'en est pas ainsi en France où, par suite des hécatombes formidables qui l'ont frappée, le chômage n'a été, depuis la cessation des hostilités, que très peu étendu. Néanmoins, le problème se pose pour tous les États, pour la France comme pour les autres. Il semble bien que le système suivi partout, consistant dans l'allocation d'une indemnité de chômage, n'est qu'un palliatif peu heureux et tout à fait insuffisant. Le mieux est encore de favoriser, par tous les moyens possibles, l'agriculture, le commerce et l'industrie ; s'ils sont prospères en fait, il n'y aura pas de chômage.

Il est inadmissible que celui qui travaille pour le compte d'autrui soit exploité par son patron et soit obligé d'accepter des salaires de famine ou d'exécuter un travail au-dessus de ses forces ; c'est un devoir pour l'État de faire des lois protectrices du travail ; en les édictant, il ne fait que remplir son obligation d'assurer le libre développement de l'activité physique de l'individu. C'est le fondement de toute la législation ouvrière, dont on peut critiquer les détails, mais dont on ne peut contester que le principe soit légitime.

C'est pour la même raison que l'État est obligé d'assurer des soins à tous ceux qui sont malades, des moyens de subsistance aux vieillards, aux infirmes et aux incurables, et à tous enfin un minimum de culture intellectuelle, car c'est la condition première pour que chacun puisse développer librement son activité intellectuelle et morale.

Cf. pour le développement de ces idées, Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, 1901, p. 255-318.

On pose souvent la question de savoir si l'individu a contre l'État un droit à l'assistance, au travail, à l'ensei-

gnement. L'école individualiste a dû formuler ainsi la question, puisqu'elle fonde la limitation de l'État sur l'existence de droits antérieurs à lui et appartenant à l'individu. La question ainsi posée est insoluble. D'ailleurs, peu importe. Il suffit, en effet, d'établir que l'État est *obligé positivement* de faire des lois qui organisent les services publics de telle façon que tout individu puisse obtenir l'assistance quand il ne peut travailler et qu'il est sans ressources, du travail quand il en demande et qu'il peut travailler et toujours gratuitement un minimum d'instruction. Peu importe qu'il y ait là ou non un *droit subjectif* de l'individu ; l'essentiel est d'établir qu'il existe un *devoir objectif* de l'État, et d'organiser les services publics nécessaires pour en assurer l'accomplissement.

La doctrine individualiste est au reste impuissante à établir le droit subjectif de l'individu à une prestation active de la part de l'État. En effet, si elle affirme que l'homme a le droit d'exiger de ses semblables qu'ils ne portent pas atteinte à sa liberté, elle ne prétend point que chacun ait le droit d'exiger des autres à son profit une prestation active. Si l'individu n'a pas ce droit contre les autres individus, il ne peut l'avoir contre la collectivité, contre l'État.

Cependant certains auteurs contemporains, notamment Henry Michel (*L'idée de l'État*, 1898, p. 96 et 646), ont soutenu que la doctrine individualiste bien comprise doit reconnaître ces obligations de l'État. Mais ils ne démontrent point comment cette obligation formelle peut dériver logiquement des principes individualistes. Les néo-individualistes reconnaissent bien que le droit de tout homme à l'existence et au développement de son être n'implique point pour les autres individus le devoir juridique d'assistance, que le devoir d'assistance est un devoir moral, mais point une obli-

gation juridique et positive dérivant du droit à l'existence. S'il en est ainsi, pourquoi les droits individuels de l'homme impliqueraient-ils l'obligation juridique positive pour l'État, c'est-à-dire pour la collectivité, d'assurer à chacun les moyens de vivre, de se développer intellectuellement et physiquement? Si la doctrine individualiste ne peut fonder une obligation juridique active pour l'individu, elle ne le peut pas davantage pour la collectivité. Si l'on veut établir le droit public sur les principes individualistes, on peut bien affirmer le devoir moral de l'État de fournir l'assistance, de distribuer l'enseignement, d'assurer du travail; mais on ne peut point donner un fondement juridique à ces obligations.

Henry Michel estime que l'Assemblée nationale de 1789 et surtout la Convention ont reconnu le droit à l'assistance et le droit à l'enseignement, sinon le droit au travail (*L'idée de l'État*, 1898, p. 90). Je crois au contraire que l'Assemblée de 1789 n'a jamais admis l'existence d'un droit à l'assistance ou à l'enseignement et que si la Convention, à certain moment, a paru affirmer l'obligation de l'État de fournir assistance et de donner l'enseignement, elle n'a point rattaché cette obligation aux principes individualistes.

Dans la Déclaration des droits de 1789, il n'y a pas un mot qui, de près ou de loin, fasse allusion à la reconnaissance d'un droit à l'assistance, à l'enseignement ou au travail. Dans la constitution de 1791, on ne trouve que la simple disposition énonciative suivante : « Il sera créé et organisé un établissement général de *secours publics* pour élever les enfants abandonnés, soulager les pauvres infirmes et fournir du travail aux pauvres valides qui n'auraient pas pu s'en procurer. Il sera créé et organisé une instruction publique, commune à tous les citoyens, gratuite à l'égard des parties

de l'enseignement indispensables pour tous les hommes et dont les établissements seront distribués graduellement dans un rapport combiné avec la division du royaume » (Constitution de 1791, tit. I, §§ 7 et 8).

Que l'on ne rattache pas cette création annoncée à l'existence de droits individuels à l'assistance, à l'enseignement et au travail, cela résulte clairement de ce que cette énonciation n'est point inscrite dans la Déclaration des droits de l'homme, mais seulement au titre I de la constitution, au même paragraphe où il est annoncé « qu'il sera établi des fêtes nationales pour conserver le souvenir de la Révolution française, entretenir la fraternité entre les citoyens... ». On ne pensait certainement pas que les citoyens eussent droit à la création de fêtes nationales; on ne pensait pas davantage qu'ils eussent droit à la création d'un établissement général de secours publics et d'une instruction publique. Il est vrai que l'Assemblée se considérait comme obligée d'organiser les secours publics, non point en vertu d'un droit reconnu aux individus, mais à cause de l'engagement pris par elle au moment où avaient été *nationalisés* les biens ecclésiastiques. Il était dit, en effet, dans le décret du 2 novembre 1789 : « L'Assemblée nationale décrète que tous les biens ecclésiastiques sont à la disposition de la nation, à la charge de pourvoir... au soulagement des pauvres... » C'était une charge que supportait le clergé; la nation confisquait ses biens; elle devait désormais supporter cette charge. Mais on n'y voyait point la conséquence d'un droit de l'individu. Cela est si vrai que dans la séance du 9 août 1791, au moment où l'on procédait à la revision générale de la constitution, quand Rabaud Saint-Étienne proposa de modifier le texte et de le rédiger ainsi : « La nation regarde comme *une dette sacrée*... », l'Assemblée repoussa ce changement et vota

la formule simplement énonciative proposée par le comité de constitution (*Archives parlementaires*, 1re série, XXIX, p. 300).

Cf. cependant le rapport « sur la situation de la mendicité de Paris » présenté par le duc de Larochefoucauld-Liancourt à l'Assemblée nationale dans sa séance du 30 mai 1790 et suivi d'un projet de décret qui fut adopté par l'Assemblée dans cette même séance (*Archives parlementaires*, 1re série, XV, p. 742 et s.). Le droit à la subsistance et au travail y paraît proclamé. « La société doit à tous ses membres subsistance ou travail. » Mais ce double droit trouve sa contre-partie dans l'obligation de travailler qui s'impose à tout individu valide : « Celui qui, pouvant travailler, s'y refuse, se rend coupable envers la société. » Et d'autre part, l'obligation de fournir subsistance ou travail aux individus indigents n'existe, pour l'État, qu'à l'égard de ses nationaux, qu'au profit des hommes « qui sont résidants ou domiciliés dans ses limites et dont il a le droit de requérir impérieusement les secours quand sa sûreté ou sa liberté sont en danger... ». Le droit, ainsi proclamé et limité, est ensuite pratiquement organisé par ce décret qui, « substituant au mot humiliant d'aumône, ceux plus appropriés de secours et de devoir, doit ennoblir ainsi et la nation qui donne et le malheureux qu'elle secourt ». C'est ainsi qu'il est créé de nouveaux ateliers de travail, « soit en travaux de terre pour les hommes, soit en filatures pour les femmes et les enfants ». Enfin, « parmi les moyens de fournir du travail », il en est un qui, d'après le duc, « réunit tous les avantages désirables » : il propose à l'Assemblée d'ordonner l'ouverture d'un canal joignant la Marne à la Seine et la Seine à l'Oise.

La Convention paraît, elle, avoir reconnu à un certain moment le droit au travail, à l'assistance et à l'enseignement. On lit, en effet, aux articles 21 et 22 de la Déclaration des droits de 1793 : « Les secours publics sont une dette sacrée. La société doit la subsistance aux citoyens malheureux, soit en leur procurant du travail, soit en assurant les moyens d'exister à ceux qui sont hors d'état de travailler. L'instruction est le besoin de tous. La société doit favoriser de tout son pouvoir les progrès de la raison publique et mettre l'instruction à la portée de tous les citoyens. » Rapp. Déclaration

des droits girondine, articles 23 et 24. Ces textes paraissent formels. Mais qu'on se rappelle les conditions tout exceptionnelles dans lesquelles fut rédigée et votée la constitution montagnarde et on reconnaîtra que ces dispositions ne représentent certainement pas l'opinion véritable de la Convention. D'autre part, je crois bien que dans l'esprit de ceux qui proposèrent et firent voter ces dispositions, elles ne se rattachaient point à la pure doctrine individualiste. L'inspiration en est purement jacobine et avant tout *robespierriste*. Sans doute, des dispositions analogues se retrouvent dans la Déclaration girondine ; mais les rédacteurs de cet acte n'avaient pu se soustraire à l'influence jacobine. Au moment du vote de la constitution de 1793, Robespierre s'écriait : « Ce qu'il y a de populaire, ce qu'il y a de juste, c'est le principe consacré dans la Déclaration des droits que la société doit le nécessaire à tous ceux de ses membres qui ne peuvent pas se le procurer par le travail » (*Moniteur*, réimpression, XVI, p. 679, séance du 17 juin 1793).

Or, la doctrine jacobine n'a rien de commun avec la doctrine individualiste proprement dite, telle qu'elle est exprimée dans la Déclaration de 1789. L'idée dominante n'y est plus la liberté naturelle de l'homme, mais bien l'égalité naturelle des hommes avec toutes ses conséquences, ce qui aboutit à la suppression même de toute liberté. D'autre part, la Convention fait de l'égalité un droit, le premier des droits, et elle doit en conclure que l'individu a le droit de demander à l'État de faire disparaître les inégalités naturelles, et par conséquent d'assurer des secours aux malheureux et du travail à ceux qui n'en ont pas.

Cons. sur ce point Perinjaquet, *Comparaison entre les principes des Déclarations des droits de 1789 et de 1793, Annales de la Faculté de droit d'Aix,* janvier-juin 1909 (tirage à part). Cf. E. Faguet, *Le libéralisme,* 1901, p. 62.

La pensée vraie de la Convention, il la faut chercher non pas dans la constitution de 1793, acte de circonstance et non appliqué, mais dans la Déclaration et la constitution de l'an III. Là on ne trouve pas un mot qui vise de près ou de loin le droit à l'assistance, au travail, à l'enseignement. Les articles 296 à 300 indiquent seulement les principes généraux sur lesquels reposera l'organisation de l'enseignement public.

Par décret du 25 février 1848, le Gouvernement provisoire s'engageait « à garantir l'existence de l'ouvrier par le travail..., à garantir du travail à tous les citoyens ». La commission de constitution, qui avait inscrit le droit au travail dans son premier projet, l'avait supprimé de son projet définitif. L'Assemblée, après une longue et très vive discussion, repoussa l'amendement Mathieu de la Drôme qui portait : « La République... reconnaît le *droit* de tous les citoyens à l'instruction, au travail, à l'assistance » (séance du 14 septembre 1848). L'Assemblée se contenta de voter une très vague formule : « La République doit protéger le citoyen dans sa personne..., son travail et mettre à la portée de chacun l'instruction indispensable à tous les hommes; elle doit, par une assistance fraternelle, assurer l'existence des citoyens nécessiteux, soit en leur procurant du travail dans les limites de ses ressources, soit en donnant, à défaut de la famille, des secours à ceux qui sont hors d'état de s'en procurer » (Constitution de 1848, préamb., art. VIII). Ce n'était point le droit au travail, puisque l'Assemblée l'avait expressément repoussé. Était-ce le droit à l'enseignement, à l'assistance? On peut en douter.

Quoi qu'il en soit aujourd'hui, on ne saurait méconnaître que c'est un devoir juridique s'imposant rigoureusement à tout État civilisé, d'assurer gratuitement à tous ses nationaux un minimum d'instruction, à tous

ceux qui sont en état de travailler la possibilité de se procurer, par un travail suffisamment rémunérateur et n'excédant pas leur force, les moyens de subsistance pour eux et pour leur famille. Enfin, c'est un devoir strict pour l'État de donner assistance à ceux qui, à raison de leur âge, de leurs infirmités ou de leurs maladies, sont dans l'impossibilité de travailler ou même d'accomplir un travail suffisamment rémunérateur. Mais, à cet égard, une idée nouvelle pénètre chaque jour davantage la conscience sociale, l'idée d'après laquelle au système d'assistance doit être substitué un système de prévoyance à laquelle participeront les intéressés eux-mêmes. C'est à cette conception qu'est venue répondre la loi française de 1910 organisant les retraites ouvrières et paysannes, mais certainement dans des conditions insuffisantes. C'est cette conception que prétend réaliser complètement le grand projet d'assurance sociale dont est actuellement saisie la chambre des députés. Mais il faut reconnaître que l'idée d'après laquelle c'est un devoir pour chacun de consacrer une partie de son salaire à la constitution d'une retraite pour le moment où il ne pourra plus travailler n'est pas encore suffisamment entrée dans la conscience individuelle pour que, dès à présent, le système de prévoyance puisse remplacer entièrement le système d'assistance. L'application de la loi de 1910 sur les retraites ouvrières a été, on ne saurait le méconnaître, un insuccès complet. Bien que l'assurance fût légalement obligatoire, c'est une toute petite partie des ouvriers et des paysans qui y ont adhéré, et je crains que si les chambres votent le projet actuel d'assurances sociales, l'insuccès ne soit aussi complet. Assurément, le système de prévoyance est l'avenir, mais la société française n'est pas encore arrivée à le comprendre, et le principe n'est pas encore saisi par sa conscience juridique.

Sur le droit au travail, cons. Rapin, *Le droit au travail, son histoire et ses fondements,* Lausanne, 1894, et un compte rendu détaillé, *Revue générale de droit,* juillet-août 1894; H. Maillard, *La théorie du droit au travail en France,* thèse Paris, 1912.

Le 11 mars 1908, la chambre des communes a eu à se prononcer sur le droit au travail et l'a finalement repoussé. Cons. pour le détail, *Revue générale d'administration,* juillet 1908, p. 336.

§ 93. — *Le système des lois constitutionnelles rigides.*

La plupart des pays, et particulièrement la France et les États-Unis, pratiquent le système des lois constitutionnelles rigides. Ils distinguent deux catégories de lois. Les unes, les lois ordinaires, sont faites par le législateur ordinaire intervenant dans les conditions déterminées par la constitution et qui peut à tout moment les modifier, les abroger et les suspendre. Sans doute, tant qu'elles sont en vigueur, le législateur est tenu de s'y conformer, mais il peut toujours les changer ou les supprimer par une loi nouvelle. Les lois constitutionnelles rigides sont faites dans une forme particulière; elles ne sont pas habituellement votées par le législateur ordinaire, et dans les pays où elles sont faites par lui, elles le sont dans des conditions déterminées suivant une procédure spéciale, d'ailleurs très variable. Ces lois constitutionnelles ne peuvent être modifiées ou abrogées que dans une forme spéciale, et le législateur ordinaire ne peut faire une loi qui leur soit contraire. Il est lié par elles, il ne peut ni les modifier, ni les abroger, ni les suspendre.

L'expression *lois constitutionnelles* est souvent employée dans un autre sens pour désigner les lois qui ont pour objet de régler l'organisation politique d'un pays, indépendamment de la forme en laquelle ces lois sont faites. En Angleterre, par exemple, il y a des lois constitutionnelles; cependant le parlement fait toutes les

lois et il n'y a pas de lois que le parlement ne puisse modifier ou abroger. Au contraire en France, aux États-Unis, le parlement, intervenant suivant la procédure législative ordinaire, ne peut modifier ni abroger les lois ayant le caractère de lois constitutionnelles. C'est pour éviter toute confusion que MM. Dicey et Bryce ont proposé d'appeler et qu'à leur suite on appelle les lois constitutionnelles ainsi comprises des lois *constitutionnelles rigides*. Cf. Dicey, *Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, édition française, 1902, p. 82 et 371; Bryce, *La République américaine*, édition française, 1900, I, p. 54.

On voit par là que la distinction des lois ordinaires et des lois constitutionnelles rigides est une distinction exclusivement *formelle*. Le plus habituellement, les lois faites en la forme des lois constitutionnelles sont des lois contenant l'énoncé des principes généraux du droit ou les règles d'organisation des grands pouvoirs de l'État. Mais ce n'est pas leur objet qui fait le caractère des lois constitutionnelles rigides. Beaucoup de lois relatives à l'organisation des grands pouvoirs de l'État n'ont point le caractère de lois constitutionnelles rigides; il suffit de citer, pour la France, la loi du 30 novembre 1875 sur l'organisation de la chambre des députés et les lois des 2 août 1875 et 9 décembre 1884 sur l'organisation du sénat. A l'inverse, on trouve souvent, dans les lois constitutionnelles, des dispositions qui ne sont point relatives à l'organisation des grands pouvoirs de l'État et ne contiennent pas davantage l'énoncé d'un principe général du droit. On peut citer, en France, l'article 4 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, qui détermine le mode de nomination des conseillers d'État. Les constitutions de 1791 (tit. III, chap. IV, sect. II) et de l'an III (art. 174-201) contenaient de nombreux articles relatifs

à l'organisation administrative et qui, par conséquent, ne touchaient point l'organisation des grands pouvoirs de l'État. Depuis l'an VIII, toutes les règles d'organisation administrative sont inscrites dans des lois ordinaires.

Le système des lois constitutionnelles rigides vient compléter celui des déclarations des droits. Celles-ci formulent les principes généraux du droit, qui s'imposent à l'État lui-même quel que soit celui de ses organes qui intervienne. Conformément aux principes qu'elles formulent, des lois faites en une forme déterminée organisent l'État de manière que les individus aient la sûreté, c'est-à-dire qu'ils aient toutes les garanties possibles que le législateur ordinaire n'excédera pas ses pouvoirs. Ce sont les lois constitutionnelles rigides. Elles peuvent contenir aussi certaines dispositions d'ordre général considérées comme étant d'une importance telle qu'elles doivent être soustraites à la volonté du législateur ordinaire. Celui-ci fait toutes les autres lois dans les limites fixées et par la déclaration des droits et par la loi constitutionnelle.

Dans les pays qui pratiquent ce système, il y a une véritable hiérarchie des lois. Au sommet, la loi suprême, supérieure à toutes les autres, la déclaration des droits. Au-dessous d'elle, les lois constitutionnelles rigides qui lui sont subordonnées, mais qui sont supérieures aux lois ordinaires. Enfin ces dernières qui ne peuvent édicter aucune disposition contraire aux lois constitutionnelles ou à la déclaration. Le système constitue une puissante protection au profit de l'individu contre l'arbitraire législatif, mais sous une condition indispensable, qui sera étudiée plus loin : il faut qu'il existe dans le pays des tribunaux fortement organisés, dont l'indépendance et la capacité soient au-dessus de tout soupçon et qui aient le pouvoir de refuser l'application

de toute loi qu'ils jugent contraire à la déclaration des droits ou à la constitution.

On a dit que cette distinction des lois constitutionnelles et des lois ordinaires était une création des constituants américains. Ils en ont fait une application très étendue; mais ils ne l'ont point inventée. Elle avait été élaborée dans la France de l'ancien régime. Si les Américains l'ont empruntée directement ailleurs, l'influence française n'a point été sans se faire sentir. La distinction, il est vrai, s'appliquait aisément dans ces États de formation nouvelle. L'Assemblée française de 1789 était unanimement et profondément pénétrée de la conception; elle considérait qu'elle avait pour mission de la réaliser. Mais ce n'est point à l'Amérique qu'elle l'empruntait; c'était aux traditions françaises, qui avaient une lointaine origine; c'était, puis-je dire, à l'opinion publique française elle-même qui, spécialement, depuis un demi-siècle, demandait que la constitution de la France fût enfin solennellement proclamée et soigneusement rédigée.

Depuis le XIV^e^ siècle, on distinguait en France les *lois du royaume* et les *lois du roi;* les premières recevaient aussi le nom de *lois fondamentales* et même de *lois constitutionnelles*. Ce sont des règles, en général coutumières, qui s'imposent au roi, détenteur du pouvoir législatif. Le roi législateur ordinaire ne peut modifier ou abroger ces règles; il ne pourrait le faire qu'avec l'assentiment des états généraux. C'est bien la conception moderne des lois constitutionnelles rigides. Le roi, dans l'ancien régime, est le législateur ordinaire, et il y a des lois supérieures à lui, qui s'imposent à lui, et qu'il ne peut ni modifier ni abroger. Aujourd'hui, le parlement est le législateur ordinaire; il ne peut ni modifier ni abroger les lois constitutionnelles. Comme lois fondamentales de l'ancien régime, on peut

citer la règle que le roi ne peut établir de nouveaux impôts, lesquels ne peuvent être établis que par les états généraux, la règle connue sous le nom de loi salique et d'après laquelle les femmes et les descendants par les femmes sont exclus de la succession à la couronne de France.

Au XVI^e^ siècle, la distinction se précise. A Blois, en 1576, on distingue très nettement deux sortes de lois : les *lois du roi* pouvant être modifiées ou révoquées par le roi seul et les *lois du royaume* qui ne pourraient être changées que du consentement des états. En 1588, aux seconds états de Blois, la distinction paraît avoir été faite d'une manière encore plus nette.

Cf. Picot, *Histoire des états généraux*, III, p. 99 et 151. A la même époque, Bodin parle d'une *loi fondamentale* qui vient limiter les pouvoirs du roi : c'est la loi en vertu de laquelle l'impôt ne peut être levé sur les sujets sans leur consentement ou celui de leurs représentants (*République*, liv. I, chap. V et VIII; liv. V, chap. I).

Pendant la minorité de Louis XIV et les troubles de la Fronde, le parlement de Paris affirme énergiquement l'existence de *lois fondamentales* ou *lois du royaume* et rend l'arrêt connu sous le nom d'*Arrêt d'union* ou *Déclaration de la chambre de saint Louis*, qui est véritablement une constitution (30 juin 1648, cf. le texte de l'arrêt, Isambert, XVII, p. 79). Par la déclaration du 31 juillet 1648 et l'ordonnance du 22 octobre 1648, la royauté accepte les dispositions de l'*Arrêt d'union*. Mais pendant le règne personnel de Louis XIV et le règne de Louis XV, tout cela est oublié. De nouveaux impôts sont établis par l'autorité souveraine du roi.

Pendant les dix années qui précèdent la réunion des états généraux en 1789, de nombreuses publications paraissent sur les *lois fondamentales*, sur la *véritable constitution* de la France. Dans sa brochure célèbre, *Qu'est-ce que le tiers?* Siéyès affirme que c'est la nation

elle-même qui fait les lois constitutionnelles ou lois fondamentales; et le pouvoir législatif des délégués de la nation est limité par le pouvoir constituant de la nation, lequel n'est limité que par les droits naturels des individus. Siéyès déclare que dans un grand pays la nation tout entière ne peut s'assembler, que dès lors un corps extraordinaire suppléera à l'assemblée de la nation pour faire la constitution, et que cette constitution déterminera elle-même dans quelles conditions elle pourra être revisée. Ainsi toute la théorie moderne des lois constitutionnelles et des lois ordinaires était formulée.

Cons. A. Lemaire, *Les lois fondamentales de la monarchie française,* d'après les théoriciens de l'ancien régime, 1907. Cf. Siéyès, *Qu'est-ce que le tiers,* édition originale de 1789. Sur Siéyès, cons. Bigeon, *Siéyès, l'homme et le constituant,* 1902.

Au contraire, l'Angleterre n'est point arrivée à réaliser la distinction des lois constitutionnelles rigides et des lois ordinaires. Elle n'admet qu'une seule catégorie de lois qui émanent toutes du parlement, lequel, suivant un vieux proverbe, peut tout faire « excepté changer un homme en femme ». En Angleterre, l'effort consista continuellement à limiter les pouvoirs du roi, à déterminer les choses qu'il ne pouvait pas faire ou du moins qu'il ne pouvait faire qu'en parlement, à substituer la législation par *acte* à la législation par *charte*. Cet effort avait abouti, dès le XIII^e^ siècle, à la grande charte de 1215 et à ses diverses confirmations. C'est en vue du même but que la *Pétition des droits* de 1627 est imposée à Charles I^er^. L'Angleterre n'est pas allée plus loin. Elle a établi la limitation des pouvoirs du roi par le parlement, mais non point la limitation du pouvoir législatif, du parlement par une loi constitutionnelle rigide supérieure à lui.

Cependant un moment, sous le protectorat de Cromwell, fut exprimée la conception d'une loi supérieure au

parlement, d'une loi constitutionnelle rigide. L'idée fut formulée dans l'acte appelé *Agreement of the people* ou *Pacte populaire*, rédigé par les chefs du parti puritain et particulièrement les *Indépendants* de l'armée de Cromwell. La pensée très nette des auteurs du *Pacte populaire* est d'établir une loi suprême, placée au-dessus des atteintes du parlement, limitant ses pouvoirs. Le *Pacte populaire* est un acte purement privé. En 1653, cependant, quelques unes des idées qui y sont formulées passent dans l'*Instrument de gouvernement*, élaboré par le conseil des officiers; et Cromwell aurait reconnu lui-même la nécessité de lois fondamentales supérieures aux lois du parlement. Mais ces idées restèrent isolées et sans conséquence sur le droit postérieur. Le bill d'*Habeas corpus* de 1679, la *Déclaration des droits* ou *Bill des droits* de 1688 sont des actes qui établissent des garanties seulement contre l'arbitraire de la couronne et de ses agents; ils ne limitent point les pouvoirs du parlement. Et si quelques doutes sont exprimés au XVIII^e^ siècle, notamment en 1721, à propos du *septennal act* portant de trois à sept ans la durée de la législature, à la fin du XVIII^e^ siècle Blackstone peut écrire : « Nous pouvons donc affirmer qu'aussi longtemps que la constitution anglaise durera, le pouvoir du parlement sera absolu et sans contrôle » (traduction Chompré, I, p. 281).

Cons. Dicey, *Introduction à la constitution anglaise*, édition française, 1902, p. 35 et s.; Boutmy, *Études de droit constitutionnel; Id., Le développement de la société politique en Angleterre;* Stubbs, *Histoire constitutionnelle de l'Angleterre*, édition française, 1907; Gardiner, *The constitutional documents of the puritain Revolution*, 1889; Borgeaud, *Établissement et revision des constitutions*, 1893; Esmein, *La constitution de Cromwell, Revue du droit public*, 1899, II, p. 193 et 405. — V. le texte de l'*Agreement of the people* ou *Pacte populaire, Annales de l'école des sciences politiques*, 1890, p. 314.

L'idée puritaine d'un pacte populaire venant limiter les pouvoirs des organes politiques, même ceux de l'organe

législatif, passe dans les colonies anglaises de l'Amérique du Nord, dont plusieurs sont exclusivement peuplées de Puritains. Elle s'affirme surtout dans l'acte connu sous le nom de *Fondamental orders of Connecticut* de 1639. Elle se développe et se précise dans toutes les colonies. Ainsi au milieu du XVIII^e^ siècle il y a en Amérique deux conceptions très nettes : 1° la communauté politique résulte d'un contrat et l'autorité politique prend sa source dans ce contrat; 2° il y a des droits naturels que par ce contrat on charge l'autorité politique de protéger et de garantir et l'on doit organiser cette autorité politique de manière à protéger autant que possible l'individu contre l'arbitraire. Ces deux idées impliquaient le système des constitutions rigides. Les colonies devenues des États indépendants vont s'associer et dans un pacte formuler les principes d'un gouvernement commun. Ce sera la constitution fédérale; naturellement supérieure aux lois fédérales ordinaires et aux lois constitutionnelles et ordinaires des États membres. La distinction des lois constitutionnelles et des lois ordinaires est donc sortie en Amérique à la fois des idées traditionnelles chez les fondateurs des colonies, des conditions dans lesquelles se fondaient les nouvelles républiques et aussi de l'influence française.

En France, les idées américaines exercèrent en retour, certainement, une grande action sur les constituants de 1789. Elles vinrent se combiner avec la conception traditionnelle française d'après laquelle on distinguait depuis des siècles les lois ordinaires et les lois fondamentales. Ainsi le système était parachevé dès 1791; il s'est introduit dans presque tous les pays du monde; l'Angleterre est peut-être le seul qui ne l'ait pas adopté.

Les idées américaines furent apportées en France par Franklin et Lafayette et exposées dans les livres traduits en français de John Adams, *Histoire de la querelle de la Grande-Bretagne et des*

colonies américaines, 1787 ; *Nécessité d'une balance entre les pouvoirs*, 1787, et de R. Levingstone, *Examen du gouvernement d'Angleterre comparé à celui des États-Unis*, 1789.

Sur la distinction des lois ordinaires et des lois constitutionnelles en général, cons. Gajac, *De la distinction des lois ordinaires et des lois constitutionnelles*, thèse Bordeaux, 1905 ; R. Holtzmann, *Französische Verfassungsgeschichte*, 1910 ; Schubert-Soldern, *Zur Erkenntnistheoretischen Grundlegung des Verfassungsrechts*, *Zeitschrift de Tübingen*, 1910, p. 613 ; Santoni, *De la distinction des lois constitutionnelles et des lois ordinaires*, thèse Toulouse, 1913.

§ 97. — *La distinction des lois constitutionnelles et des lois ordinaires en France de 1789 à 1875.*

L'idée exprimée par Siéyès que le pouvoir de faire une constitution appartient seulement à une assemblée élue avec mandat de faire une constitution est celle de la grande majorité des députés en 1789, et quand, le 30 juin, les trois ordres réunis forment définitivement l'Assemblée nationale, on affirme à maintes reprises que celle-ci a le pouvoir et le devoir de faire une constitution parce qu'elle en a reçu mandat de la nation. Déjà adoptant la terminologie américaine, quelques-uns de ses membres qualifient l'assemblée de *convention*, et Pétion, exprimant l'opinion commune, dit : « Une convention est une assemblée établie pour faire ou défaire une constitution » (*Archives parlementaires*, 1re série, XXX, p. 115). L'assemblée a donc tout pouvoir pour faire la constitution ; le texte constitutionnel qu'elle a voté n'a pas besoin d'être soumis au peuple ; et l'on repousse une proposition de Malouet tendant à soumettre la constitution à l'acceptation du peuple (séance du 30 août 1791).

Mais la nation étant souveraine « a le droit imprescriptible de changer sa constitution » (Constitution de 1791, tit. VII, art. 1er). Aussi règle-t-on les formes et les conditions de la revision constitutionnelle. Il n'y aura

lieu à la revision que lorsque trois législatures consécutives auront émis un vœu uniforme pour le changement de quelque article constitutionnel. L'assemblée de revision sera formée par la quatrième législature augmentée de 240 membres élus en chaque département. Elle ne pourra statuer que sur les objets à elle soumis par le vœu uniforme des trois législatures précédentes (Constitution de 1791, tit. VII). Aux termes de l'article 3 du même titre, les deux législatures qui suivront celle de l'Assemblée nationale ne pourront proposer la réforme d'aucun article constitutionnel.

A l'exemple de la constitution de 1791, presque toutes nos autres constitutions ont déterminé elles-mêmes les conditions dans lesquelles et les formes suivant lesquelles la revision sera faite. Mais, par suite des révolutions nombreuses qui se sont succédé en France pendant le XIX^e^ siècle, les revisions constitutionnelles légales et pacifiques ont été bien rares. Le plus souvent, les constitutions sont tombées avec le gouvernement qu'elles établissaient et que renversait l'émeute ou le coup d'État.

Le 10 août 1792, l'Assemblée législative envahie suspend Louis XVI de ses fonctions et convoque une *convention nationale*, c'est-à-dire, dans la langue politique de l'Amérique, une assemblée nationale chargée de faire une constitution. Réunie le 21 septembre 1792, la Convention décrète ce même jour « qu'il ne peut y avoir de constitution que celle qui est acceptée par le peuple ». Et de fait, les constitutions de 1793 et de l'an III sont soumises à la ratification populaire (cf. t. II, p. 481).

La constitution de 1793 donne logiquement l'initiative de la revision à la nation elle-même. Si, dans la moitié des départements plus un, le dixième des assemblées primaires de chacun d'eux demande la revision de l'acte

constitutionnel, le corps législatif doit convoquer toutes les assemblées primaires pour savoir s'il y a lieu à une convention nationale. En cas de réponse affirmative, une convention nationale est élue de la même manière que le corps législatif ; elle a le pouvoir législatif ; pour la revision constitutionnelle elle ne peut s'occuper que des articles qui ont motivé sa convocation (Constitution de 1793, art. 115-117).

Les auteurs de la constitution de l'an III s'attachèrent à rendre la revision aussi difficile que possible. L'initiative de la revision ne peut venir que du conseil des anciens; il faut que la proposition soit ratifiée par les cinq cents et qu'elle ait été faite à trois époques éloignées l'une de l'autre de trois années au moins. Une assemblée de revision composée de deux membres par département est nommée dans la même forme que les conseils législatifs. Elle n'exerce aucune fonction législative et ne peut faire la revision que des articles constitutionnels qui ont été désignés par le corps législatif. Elle ne peut siéger plus de trois mois. Ses décisions doivent être adressées aux assemblées primaires (Constitution de l'an III, art. 336-350).

Cf. Egon Zweig, *Die Lehre vom Pouvoir constituant, ein Beitrage zum Staatsrecht der französischen Revolution,* 1909; G. Jellinek, *Verfassungsanderung und Verfassungswandlung,* 1906; *Id.*, Compte rendu du livre de Zweig, *Archiv des öffentlichen Rechts,* XXV, 1909, p. 389.

En l'an VIII, la règle formulée et appliquée par la Convention reçoit une première déformation. Elle supposait un texte voté par une assemblée élue et ratifié par le peuple. En l'an VIII, on dira : la ratification par le peuple donne seule la force de constitution; elle suffit donc; et le texte soumis au peuple n'a pas besoin d'être voté par une assemblée élue. C'est pourquoi le texte constitutionnel de l'an VIII est établi par une simple commission. Le 18 pluviôse an VIII, il est approuvé par

le peuple. En l'an X, le principe du *referendum* constituant subit une nouvelle déformation. Jusqu'ici, on avait soumis un texte constitutionnel à l'approbation du peuple; on va maintenant lui demander un mandat à l'effet de modifier la constitution. Par le plébiscite qui nomme Bonaparte consul à vie (proclamé par le sénatusconsulte du 14 thermidor an X), le sénat se considère comme investi du mandat de reviser la constitution de l'an VIII pour la mettre en harmonie avec cette nomination. Le sénatusconsulte du 16 thermidor, fait dans ces conditions, donne au sénat compétence pour régler tout ce qui n'est pas prévu par la constitution et qui est nécessaire à sa marche et pour expliquer les articles de la constitution qui donnent lieu à différentes interprétations (art. 54). Le sénat devient ainsi un instrument commode entre les mains du chef de l'État pour modifier la constitution. C'est en vertu de ces pouvoirs que le sénat vote le sénatusconsulte du 28 floréal an XII « confiant à un empereur le gouvernement de la république française » et organisant le nouvel empire. Seul le principe de l'hérédité de la dignité impériale est soumis au *referendum*. En 1815, l'Acte additionnel rédigé par une commission prend sa force dans l'acceptation populaire.

La constitution dite *sénatoriale* votée par le sénat impérial le 6 avril 1814, après le décret prononçant la déchéance de Napoléon Bonaparte, n'est point acceptée par Louis XVIII. Le roi entend monter sur le trône dans la plénitude de son droit héréditaire, et la charte constitutionnelle de 1814 est la concession volontaire et gracieuse par le roi de certaines libertés à ses sujets. La charte est *octroyée* (cf. le préambule *in fine*). Le roi a tous les pouvoirs; seulement il consent à y apporter une limitation. Mais s'il y a une limitation aux pouvoirs du roi, il n'y en a point, semble-t-il, aux pouvoirs du

roi et des représentants de la nation agissant de concert. Dans ces conditions, deux questions se posaient. Le roi pouvait-il modifier seul la charte? La charte pouvait-elle être modifiée par une loi ordinaire résultant de l'accord des chambres et du roi (charte de 1814, art. 15)?

La charte étant octroyée volontairement par le roi, il semble que le roi peut à son gré la modifier ou la révoquer. Mais d'autre part, d'après le préambule, « la concession et l'octroi sont faits, *tant pour nous que pour nos successeurs et à toujours...* ». Quoique unilatérale, la promesse paraît donc devoir lier définitivement et irrévocablement Louis XVIII et ses successeurs. En fait, dans les premiers jours de la seconde restauration, l'ordonnance royale du 13 juillet 1815, qui convoquait une nouvelle chambre, modifiait certaines dispositions de la charte. Au milieu des troubles de 1815, personne ne protesta. Mais l'ordonnance du 5 septembre 1816, qui prononçait la dissolution de la *chambre introuvable*, annonçait qu'aucun article de la charte ne serait modifié. Quand le roi Charles X, par les ordonnances du 25 juillet 1830, viola la charte, en suspendant notamment la liberté de la presse, il provoqua une révolution qui entraîna la chute des Bourbons ; et il semble bien qu'il n'y eut jamais révolution plus légitime.

La charte pouvait-elle être modifiée par une loi ordinaire, qui (art. 15) résultait de la volonté collective des deux chambres et du roi? Si oui, sous la restauration, le système de la distinction des lois constitutionnelles et des lois ordinaires ne s'applique plus. S'il y a une loi constitutionnelle, ce ne peut être que la charte ; si la loi ordinaire peut modifier la charte, elle peut modifier la loi constitutionnelle. Il est bien difficile de dire que la charte ne pouvait pas être modifiée par une loi ordinaire. En effet, la charte est une promesse faite par

le roi à ses sujets représentés par les chambres; il ne peut pas seul retirer cette promesse; mais si la chose est acceptée et par les chambres qui ont reçu la promesse et par le roi qui l'a faite, rien ne s'oppose à ce que la charte soit modifiée. Or, c'est précisément ce qui a lieu quand la charte est modifiée par une loi qui résulte de l'accord des deux chambres et du roi.

En fait, la charte fut à plusieurs reprises modifiée par des lois; ce ne fut point cependant sans quelques protestations. De bons esprits pensaient qu'on devait faire dans les articles de la charte une distinction entre les articles *fondamentaux* et les articles *réglementaires*. Les premiers, disaient-ils, sont immuables; le roi ne peut y toucher parce que, en octroyant la charte, il a renoncé définitivement et irrévocablement à les modifier; le législateur ne peut non plus les modifier, parce qu'ils sont constitutionnels et, par conséquent, au-dessus de lui. Cette théorie était bien fragile. D'abord il était difficile dans le fait de déterminer quels articles de la charte étaient *fondamentaux*, quels simplement *réglementaires*. D'autre part, en déclarant les articles fondamentaux immuables et au regard du roi seul et au regard du législateur, on proclamait une constitution perpétuelle, ce qui paraît inadmissible. Toutefois, cette distinction a occupé une très grande place dans les discussions politiques de la restauration.

Cf. notamment les discussions parlementaires qui ont précédé le vote de la loi électorale du 29 juin 1820 (*Archives parlementaires*, 2e série, XXVII, p. 512) et celui de la loi du 9 juin 1824, modifiant l'article 37 de la charte et établissant le renouvellement *intégral* et *septennal* de la chambre des députés (*Archives parlementaires*, 2e série, XLI, p. 86 et s.).

Pendant le gouvernement de juillet, on n'a certainement pas fait la distinction des lois constitutionnelles et des lois ordinaires. La charte de 1814 était une charte octroyée; la charte de 1830 fut une charte votée par les

chambres et acceptée par le roi. Cf. la déclaration des chambres du 7 août 1830 et l'acceptation solennelle de la charte par le duc d'Orléans en présence des chambres le 9 août 1830. Le mot de charte aurait dû être remplacé par celui de constitution. Mais il était très populaire; la révolution de juillet avait été faite aux cris de *Vive la charte*, et il fut conservé quoiqu'il ne fût plus exact. La charte était donc le résultat d'un accord des chambres et du roi. Toute loi dans le système politique qu'elle institue (art. 14) est le résultat du même accord. La loi peut donc évidemment modifier toutes les dispositions de la charte. Ce droit du législateur de modifier la charte fut notamment affirmé très nettement au moment de la discussion de la loi sur la régence du 30 août 1842. Cf. notamment le rapport de Dupin (*Moniteur*, 17 août 1842).

Cons. Barthélemy, *La distinction des lois constitutionnelles et des lois ordinaires sous la monarchie de Juillet, Revue du droit public*, 1909, p. 5.

Avec la révolution de 1848 réapparaît le système des lois constitutionnelles rigides. Par le décret du 5 mars 1848, le gouvernement provisoire convoque les assemblées électorales de canton pour élire les représentants du peuple à l'assemblée nationale « qui doit décréter la constitution ». L'assemblée vote la constitution du 4 novembre 1848, et, revenant au principe représentatif absolu affirmé en 1791, elle décide que la constitution ne sera point soumise à l'acceptation du peuple (séances des 15 septembre et 23 octobre 1848).

La constitution règle le mode de revision constitutionnelle et la soumet à des conditions restrictives. Il faut que l'assemblée législative émette le vœu de la revision totale ou particlle dans la dernière année de la législature et que ce vœu soit exprimé par trois délibérations consécutives, prises chacune à un mois d'intervalle et aux trois quarts des suffrages exprimés, le

nombre des votants devant être de 500 au moins. Si ces conditions sont réunies, une assemblée de revision est élue, suivant la loi électorale ordinaire, pour trois mois; elle ne doit s'occuper que de la revision pour laquelle elle a été convoquée; elle pouvait néanmoins, au cas d'urgence, pourvoir aux nécessités législatives (constitution de 1848, art. 111).

Le président de la République, le prince Louis-Napoléon, le 2 décembre 1851, prononce illégalement la dissolution de l'assemblée, fait disperser par la force les députés tentant de se réunir et demande au peuple français de lui donner par un plébiscite mandat de faire une constitution sur les *cinq bases* indiquées dans sa proclamation du 2 décembre. Dernière déformation du principe d'après lequel il n'y a de constitution que celle qui est approuvée par le peuple. C'est en vertu de ce mandat donné au prince par le plébiscite des 20 et 21 décembre 1851 qu'est faite la constitution du 14 janvier 1852, qui restera l'acte fondamental jusqu'au sénatusconsulte constituant du 21 mai 1870.

Comme le sénatusconsulte du 16 thermidor an X, la constitution de 1852 (art. 28-31) donnait au sénat pouvoir de régler « tout ce qui n'a pas été prévu par la constitution et qui est nécessaire à sa marche, le sens des articles de la constitution qui donnent lieu à différentes interprétations » (art. 27 . L'initiative appartenait, en principe, au chef de l'État seul. Mais il était dit à l'article 32 : « Sera soumise au suffrage universel toute modification aux bases fondamentales de la constitution, telles qu'elles ont été posées dans la proclamation du 2 décembre et adoptées par le peuple français. » C'était logique. Conformément à ce texte, furent soumis à la ratification du peuple (21 et 22 novembre 1852 le sénatusconsulte du 7 novembre 1852 rétablissant la dignité impériale et proclamant Louis-Napoléon

Bonaparte empereur des Français et aussi le sénatus-consulte du 20 avril 1870 (8 mai 1870) qui organisait l'empire parlementaire et qui, après le vote populaire, fut promulgué sous la date du 21 mai 1870.

Le gouvernement impérial s'effondrait le 4 septembre 1870 à la nouvelle du désastre de Sedan. Un gouvernement provisoire se constituait sous la présidence du général Trochu et prenait le titre de *gouvernement de la défense nationale*. Dès le 8 septembre, le gouvernement de la défense nationale convoquait les collèges électoraux pour le 12 octobre, à l'effet d'élire une *assemblée nationale constituante*. Le décret du 10 septembre visant le décret du 8 « portant convocation des électeurs à l'effet d'élire une *assemblée nationale constituante* », fixe la date des élections pour les colonies. Le 15 septembre, un décret vient compléter celui du 8 en déclarant applicable aux élections pour l'*assemblée constituante* la loi du 15 mars 1849, sauf quelques modifications de détail. Le décret du 16 (art. 5) décide que les élections pour l'*assemblée constituante* sont avancées au 2 octobre et le décret du 17 porte que le second tour de scrutin pour l'élection des membres de l'*assemblée constituante* est fixé, s'il y a lieu, au dimanche 9 octobre. Mais les événements militaires se précipitent et le décret du 23 septembre, « en considération des obstacles matériels », ajourne les élections pour l'*assemblée constituante* et annonce qu'une nouvelle date sera indiquée pour l'élection des membres de l'*assemblée constituante*. Cette nouvelle date, c'est le décret du 29 janvier 1871 qui vient la fixer : « Les collèges électoraux sont convoqués à l'effet d'élire l'*assemblée nationale* pour le dimanche 5 février dans le département de la Seine et pour le mercredi 8 février dans les autres départements » (art. 1er). On ne dit pas *une* assemblée nationale, mais *l'*assemblée nationale,

c'est-à-dire l'assemblée dont l'élection avait été ordonnée, puis ajournée, c'est à-dire l'*assemblée nationale constituante* nommément désignée dans les nombreux décrets qui ont précédé le décret du 29 janvier et dont celui-ci n'est que le complément. Il est donc certain que le décret du 29 janvier 1871 convoquait les électeurs à l'effet de nommer une assemblée nationale constituante et que l'assemblée ainsi élue qui a voté les lois de 1875 avait bien le pouvoir constituant.

Jusqu'au 30 janvier 1875, jour du vote de l'amendement Wallon qui consacrait la république, le parti républicain a soutenu que l'assemblée élue en février 1871 n'avait point le pouvoir constituant, qu'elle avait seulement pouvoir de statuer sur la question de paix ou de guerre, que le décret du 29 janvier 1871 convoquait les électeurs à l'effet de nommer l'*assemblée nationale* et non une *assemblée constituante*. Le rapprochement des textes qui vient d'être fait montre que c'était une opinion insoutenable. Cela est confirmé par la circulaire adressée par le ministre de l'intérieur, le 5 février 1871 : « Les électeurs ne s'abstiendront pas, y était-il dit, quand il s'agit de nommer une assemblée... qui sera peut-être appelée à poser les bases de nos institutions politiques, car il est impossible de prévoir où s'arrêtera sa tâche » (*J. off.*, 6 février 1871). D'ailleurs, dans les affirmations du parti républicain, il y avait bien plutôt une tactique politique qu'une opinion juridique.

Dès le 17 février 1871, dans l'acte par lequel elle nomme M. Thiers chef du pouvoir exécutif de la république française, l'Assemblée de Bordeaux affirme son pouvoir constituant. Au préambule de la loi du 31 août 1871, on lit : « L'Assemblée nationale, considérant qu'elle a le droit d'user du *pouvoir constituant*, attribut essentiel de la souveraineté dont elle est investie... », et dans la loi du 13 mars 1873 : « L'Assemblée nationale, réservant dans son intégrité le *pouvoir constituant* qui lui appartient... ». Cf. Duguit et Monnier, *Les constitutions de la France*, 3e édit., 1914, *Notices historiques*, p. CXV et s.

Cependant, les deux lois du 25 et du 24 février 1875 ne furent ni votées ni promulguées sous le titre de *lois constitutionnelles*. C'est que l'Assemblée, en majorité monarchiste, n'ose pas s'avouer à elle-même qu'elle fait une constitution républicaine. Elle avait d'abord seulement voulu, comme le lui proposait la

commission des trente, organiser les pouvoirs *septennaux* du maréchal de Mac-Mahon. Entraînée par la force irrésistible des faits, elle *constituait* la république, mais elle n'osait pas le dire. Le caractère constitutionnel des lois de février n'est cependant pas douteux; le rapporteur, M. de Ventavon, comme malgré lui, avait été obligé de le reconnaître dans son rapport pour la loi du 25 février; l'article 8 de cette loi organisait la revision des lois constitutionnelles, et depuis, les deux lois ont été qualifiées de lois constitutionnelles par les lois constitutionnelles du 21 juin 1879 et du 14 août 1884. Préparée par une commission en majorité républicaine, la troisième loi de 1875, la loi du 16 juillet 1875, a été, elle, votée et promulguée avec le titre officiel de loi constitutionnelle.

Le vote des lois de février a été le résultat d'une transaction entre différents partis de l'Assemblée, transaction dont il faut bien connaître et comprendre les clauses, si l'on veut donner son véritable sens et sa véritable portée à l'article 8 de la loi du 25 février 1875, qui règle le mode de revision de la constitution actuelle. Cette transaction intervint entre les partis modérés de l'Assemblée, le centre gauche et le centre droit; elle fut le résultat de ce que, dans la phraséologie de l'époque, on appela la *conjonction des centres*. Après le refus du comte de Chambord d'accepter la couronne avec le drapeau tricolore (31 octobre 1873), l'Assemblée vota la loi du 20 novembre 1873 (dite loi du septennat) qui confiait le pouvoir exécutif pour sept ans au maréchal de Mac-Mahon. Invoquant cette loi, tous les monarchistes soutenaient que désormais l'Assemblée ne pouvait qu'organiser les pouvoirs septennaux du maréchal de Mac-Mahon et qu'à l'expiration de ces pouvoirs il faudrait nécessairement procéder à une revision. Ils espéraient qu'à cette époque les choses auraient peut-être changé et que la monarchie serait possible. Les républicains, et notamment le centre gauche, soutenaient que l'Assemblée nationale pouvait et devait, par une constitution définitive, constituer la

république comme gouvernement définitif du pays, et qu'en vertu de la loi du 20 novembre le maréchal de Mac-Mahon serait le premier président *septennal* de cette république: Quelques hommes politiques, et notamment les membres du groupe Wallon-Lavergne, essaient, aux mois de mai et de juin 1874, de négocier une transaction entre les modérés de la droite, le centre droit, et les modérés de la gauche, le centre gauche, sur les bases suivantes : le centre droit votera le principe de la république comme gouvernement définitif; mais le centre gauche en retour acceptera une clause de revision générale et toujours possible, afin que suivant les circonstances, à tout moment, la monarchie puisse être faite.

Ce sont ces pourparlers, ces transactions plutôt tacitement consenties qu'expressément formulées, qui aboutirent au vote du 30 janvier 1875 où le groupe Wallon-Lavergne et le groupe Target assurèrent l'adoption de l'amendement Wallon, et par là l'échec du *septennat* et l'établissement de la république. Mais en retour le centre gauche vota le principe de la revision *générale, illimitée* et toujours possible. C'est là le point essentiel et qui permet de comprendre le vrai sens de l'article 8 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875. Ainsi, à la différence de nos constitutions antérieures, qui avaient entouré la revision de toute sorte de conditions restrictives, la constitution de 1875 a voulu que la revision fût aussi facile que possible, qu'à tout moment les chambres pussent la faire et même changer la forme du gouvernement. Et, faiblesse des prévisions humaines, cette constitution, que l'on voulait toujours revisable, que beaucoup de ses auteurs croyaient provisoire, devait avoir une durée notablement plus longue qu'aucune des constitutions de la France au XIX^e^ siècle, et sous son égide la France devait traverser la période la

plus tragique, mais aussi la plus glorieuse de son histoire.

L'article 8 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 est ainsi conçu : « Les chambres auront le droit, par délibérations séparées prises dans chacune à la majorité absolue des voix, soit spontanément, soit à la demande du président de la République, de déclarer qu'il y a lieu de reviser les lois constitutionnelles. Après que chacune des deux chambres aura pris cette résolution, elles se réuniront en assemblée nationale pour procéder à la revision. Les délibérations portant revision des lois constitutionnelles en tout ou en partie devront être prises à la majorité absolue des membres composant l'assemblée nationale. » Ce dernier alinéa a reçu de la loi constitutionnelle du 14 août 1884 (art. 2) une addition ainsi conçue : « La forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une proposition de revision. » J'étudierai la portée de cette disposition et la procédure de la revision au tome IV.

L'exposé qui précède montre que la distinction des lois constitutionnelles rigides et des lois ordinaires a profondément pénétré tout notre droit public. Peut-être ne constitue-t-elle pas pour l'individu une aussi puissante garantie que le croyaient les hommes de la Révolution. Quoi qu'il en soit, il faut bien qu'elle réponde à une réalité et à un besoin, puisque, comme je l'ai déjà dit, elle est devenue vraiment un principe du droit politique commun aux nations civilisées. Il reste maintenant à rechercher quelle peut en être la sanction.

§ 98. — *Les lois contraires au droit.*

J'appelle loi contraire au droit toute loi formelle qui contient une disposition contraire, soit à un principe de droit supérieur, tel qu'il est aperçu par la

conscience collective du peuple dans les conditions que j'ai essayé de déterminer au chapitre I du tome I, soit à une disposition inscrite dans la déclaration des droits, soit enfin à une disposition de la loi constitutionnelle rigide, dans les pays qui, comme la France et les États-Unis, ont adopté cette hiérarchie des lois. Pour faciliter l'exposé, je qualifierai simplement de loi inconstitutionnelle toute loi contraire à un principe supérieur du droit, inscrit ou non dans une loi supérieure à la loi ordinaire, déclaration des droits ou loi constitutionnelle rigide. En un mot, je prends l'expression : loi inconstitutionnelle, comme synonyme de loi contraire au droit supérieur écrit ou non écrit.

De ce que j'ai dit au tome I, chapitre I, et au tome II, chapitre II, paragraphes 14 à 17, il résulte que le législateur positif n'a point la puissance de créer le droit, qu'il peut seulement le constater et édicter des dispositions constructives pour le mettre en œuvre. La conséquence logique en est qu'une loi qui est contraire au droit objectif ou qui n'a pas pour but de mettre en œuvre une règle de droit et d'en assurer l'exécution est une loi sans valeur, une loi sans force exécutoire.

Mais on voit mal le moyen pratique de réprimer la violation du droit par le législateur. Puisque le législateur est chargé de formuler le droit et d'en assurer la sanction, on n'aperçoit guère comment il pourra organiser contre lui-même un système destiné à réprimer les violations du droit commises par lui. Comme on le verra un peu plus loin, les tentatives qui ont été faites en France dans ce but sont restées sans résultat effectif. D'autre part, bien qu'il n'y ait impossibilité à le faire dans aucun pays, on n'a songé à établir pareille organisation que dans les pays qui admettent la distinction de deux ou plusieurs catégories de lois hiérarchisées, comme les États-Unis ou comme la France, où nous

avons trois catégories de lois : les déclarations des droits qui formulent les principes supérieurs du droit que ne peuvent transgresser ni le législateur ordinaire ni même le législateur constituant (Cf. § 89 le caractère des déclarations des droits) et les lois constitutionnelles que le législateur ordinaire ne peut ni modifier ni abroger. Dans un pays comme l'Angleterre, qui ne connaît pas la distinction des lois constitutionnelles et des lois ordinaires, on n'a jamais eu l'idée de créer un organe chargé d'apprécier la conformité des lois au droit. D'ailleurs en Angleterre, la puissance de l'opinion est la meilleure des garanties contre l'arbitraire du législateur.

Qu'il y ait ou qu'il n'y ait pas dans un pays d'organe chargé d'apprécier la conformité des lois au droit objectif et de déclarer sans force obligatoire les lois contraires au droit, il ne faut pas hésiter à tirer toutes les conséquences de la proposition précédente et à dire que le refus d'obéissance à une loi contraire au droit est parfaitement légitime. C'est le principe de la résistance à l'oppression affirmé nettement par la Déclaration des droits de 1789 (art. 2) comme un des droits naturels inaliénables et imprescriptibles de l'homme, et par la Déclaration des droits de 1793 dans des articles bien connus (art. 33-35). Quand on formule cette proposition, on est en général taxé d'anarchiste parce que, dit-on, il n'y aurait pas de société possible si tous les citoyens pouvaient refuser d'obéir aux lois sous prétexte qu'elles sont contraires au droit. Je réponds qu'il y a des lois auxquelles il ne viendra à l'idée de personne de refuser l'obéissance, parce qu'elles formulent ou mettent en œuvre une règle de droit qui n'est contestée par personne. Et l'affirmation du droit de résistance à l'oppression est la meilleure des garanties contre l'arbitraire du législateur, qui s'efforcera, dès lors, de ne faire que des lois devant rencontrer une adhésion quasi unanime.

On parlera plus longuement de la résistance à l'oppression au paragraphe 101, parce que la résistance à l'oppression implique non seulement le refus d'obéissance à une loi contraire au droit, mais encore le refus d'obéissance à un acte individuel d'autorité contraire à la loi. Mais dès à présent je dois citer le passage où Locke, qui n'était point un anarchiste, affirmait le droit de sédition contre la puissance législative « qui tâche de se mettre en possession d'un pouvoir absolu sur les vies, sur les libertés et sur les biens du peuple » (*Du gouvernement civil,* chap. XVIII, § 14, édition française, Amsterdam, 1691, p. 285).

Rapp. Benjamin Constant qui n'était point non plus un anarchiste et qui écrit : « Aucun devoir ne nous lie envers des lois telles que celles qu'on faisait, par exemple, en 1793, ou même plus tard et dont l'influence corruptive menace les plus nobles parties de notre existence. Aucun devoir ne nous lierait envers les lois qui non seulement restreindraient nos libertés légitimes et s'opposeraient à des actions qu'elles n'avaient pas le droit d'interdire, mais qui nous en commanderaient de contraires aux principes éternels de justice ou de pitié... La doctrine *d'obéissance illimitée* à la loi a fait sous la tyrannie et dans les orages des révolutions plus de maux peut-être que toutes les erreurs qui ont égaré les hommes » (*Cours de politique constitutionnelle,* 1818, I, p. 311 et 312).

Au reste, les gouvernants, par cela même qu'ils sont obligés, par leur situation même, de formuler et de mettre en œuvre la règle de droit, sont en même temps tenus d'une obligation particulière, qui est le complément indispensable des obligations que nous leur avons reconnues. Ils doivent donner à l'État une organisation interne et prendre des mesures telles que se trouve réduite au minimum la possibilité pour eux de faire des lois qui violent leurs obligations ou de ne pas faire des lois qu'ils sont obligés de faire.

Les auteurs des déclarations, qui fondaient toutes les obligations de l'État sur les droits de l'individu, indiquaient, dans l'énumération des droits individuels, un droit qu'ils appelaient la *sûreté* (Déclarations de 1789, art. 2; 1793, art. 2; an III, art. 1er). La sûreté n'est pas véritablement un droit particulier, mais bien l'ensem-

ble des droits individuels en tant qu'ils impliquent pour l'État l'obligation de se donner une organisation intérieure et de prendre des mesures telles que se trouve réduit au minimum le danger de leur violation. La même idée est nettement exprimée dans la définition de la sûreté donnée par la Déclaration des droits de 1793, article 8. Dans un pays où l'État a ainsi respecté la sûreté des citoyens, on dit que la *garantie des droits* existe.

Les déclarations et les constitutions de l'époque révolutionnaire ont indiqué quelle était la règle d'organisation interne qui était la condition essentielle de la garantie des droits. A l'article 16 de la Déclaration de 1789, on lit : « Toute société dans laquelle la *garantie des droits* n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de constitution. » Ni dans la Déclaration, ni dans la constitution de 1793, il n'est question de séparation des pouvoirs; mais à l'article 24 de la Déclaration, il est dit : « Elle (la garantie sociale) ne peut exister, si les limites des fonctions publiques ne sont pas clairement déterminées par la loi. » L'article 22 de la Déclaration des droits de l'an III, dans des termes analogues à ceux de la Déclaration de 1789, indique la séparation des pouvoirs comme la condition de la garantie des droits. De tout cela il résulte que dans le système de nos déclarations existe pour l'État l'obligation de réaliser la sûreté des citoyens, d'organiser la garantie des droits par la création d'un régime politique dont l'élément essentiel sera la séparation des pouvoirs, ou du moins la limitation des fonctions. Bien entendu, je ne veux pas dire que le législateur soit obligé d'organiser un régime de séparation des pouvoirs identique à celui que l'Assemblée de 1789 appelait ainsi. J'ai expliqué ce point au tome II, p. 514, Mais le législateur constituant est obligé d'organiser l'État de telle façon que la toute-puissance ne soit pas concentrée dans un seul organe : il faut qu'il y ait plusieurs organes se limitant respectivement, comme il doit y avoir aussi plusieurs autorités dont le domaine d'action soit rigoureusement déterminé par la loi. Il est incontestable que le système actuel d'organisation politique de l'État français réalise, en principe, ces conditions.

Dans les pays comme la France, les États-Unis, qui pratiquent le système des constitutions rigides, le législateur ordinaire ne peut faire une loi qui soit contraire

aux règles établies par les lois constitutionnelles, qui sont d'ailleurs présumées avoir toutes pour but d'éviter la violation par le législateur des principes du droit qui s'imposent à l'État. Ainsi la distinction des lois constitutionnelles rigides et des lois ordinaires constitue une garantie particulière du respect du droit par le législateur. Mais il importe de rappeler que la limitation du pouvoir législatif n'a pas pour fondement vrai l'existence d'une loi constitutionnelle rigide. Le législateur est partout, même dans les pays qui ne pratiquent pas le système des constitutions rigides, limité par un droit supérieur à lui. Même en Angleterre, où l'omnipotence du parlement est considérée comme un principe essentiel, il y a certaines règles supérieures dont la conscience même du peuple anglais ne saurait accepter la violation par le parlement. On doit donc voir dans l'existence de lois constitutionnelles rigides supérieures aux lois ordinaires, non point le fondement de la limitation du pouvoir législatif, mais seulement une garantie positive, et d'ailleurs incomplète et précaire, des règles limitatives qui s'imposent à l'État législateur.

Ne faut-il pas aller plus loin et dire que tout État qui reconnaît le principe de sa subordination au droit, qui reconnaît qu'il y a des lois qu'il ne peut pas faire, doit, pour respecter complètement ce principe, constituer une haute juridiction présentant toutes les garanties possibles d'indépendance et de capacité et recevant compétence pour annuler les lois contraires au droit, ou, suivant une formule moins générale et moins exacte, qui serait compétente pour apprécier la constitutionnalité des lois et pour annuler les lois inconstitutionnelles?

Le système qui consiste à donner à une haute et impartiale juridiction, sans caractère politique, compé-

tence pour apprécier les lois au point de vue du droit et pour annuler les lois contenant des atteintes au droit, semble au premier abord très séduisant. Cependant quand on y réfléchit, on hésite et on se demande si véritablement il y aurait là une heureuse institution. D'abord, comment serait composée cette haute juridiction et comment ses membres seraient-ils nommés? S'ils sont nommés par le gouvernement ou par le parlement, il est à craindre qu'ils n'aient aucune indépendance. S'ils sont élus par le peuple, au suffrage direct ou à deux degrés, cette haute juridiction deviendra un corps politique et ne présentera pas les garanties d'impartialité qu'on lui demande. Si elle se recrute par cooptation, elle deviendra vite une sorte de corps aristocratique incompatible avec la démocratie moderne.

Supposons cependant que cette haute cour existe, comment serait-elle saisie? Si elle ne peut être saisie que par le gouvernement, il est à craindre que celui-ci n'intervienne que pour faire disparaître une loi qui lui déplaît. Si la haute juridiction peut intervenir d'office et annuler spontanément toute loi pour inconstitutionnalité, elle devient un organe politique susceptible d'acquérir une trop grande puissance dans l'État. Enfin si l'on permet à tout individu qui se prétend lésé par une loi inconstitutionnelle de s'adresser à cette juridiction, on peut redouter que l'œuvre législative ne soit elle-même complètement entravée. On conçoit qu'un simple particulier puisse provoquer l'annulation d'un acte fait par une autorité administrative (recours pour excès de pouvoir). On comprend plus difficilement, ce nous semble, qu'un simple particulier puisse provoquer l'annulation d'une loi qui, faite par les organes constitutionnels du pays, doit être présumée utile et conforme au droit.

Au reste, l'expérience qui a été faite en France même

d'un *sénat conservateur,* chargé d'apprécier la constitutionnalité des lois sous le consulat, le premier et le second empire, paraît suffisante pour qu'on ne tente point de rétablir un pareil système.

Siéyès, dans son projet de constitution exposé à la Convention le 2 thermidor an III, au moment de la discussion de la constitution de l'an III, proposait la création d'une *jurie constitutionnaire,* dont la mission serait de juger les réclamations contre toute atteinte portée à la constitution (*Moniteur,* réimpression XXV, p. 281 et s.). La *jurie constitutionnaire* de Siéyès devient le sénat conservateur de la constitution de l'an VIII « qui maintient ou annule tous les actes qui lui sont déférés comme inconstitutionnels par le tribunat ou par le gouvernement » (constitution de l'an VIII, art. 21), qui reçoit, en outre, du sénatus-consulte du 16 thermidor an X « le droit de régler tout ce qui n'a pas été prévu par la constitution et qui est nécessaire à sa marche et d'expliquer les articles de la constitution qui donnent lieu à différentes interprétations ».

Le sénat conservateur reparaît dans la constitution de 1852. Dans la proclamation du 2 décembre 1852 (*les cinq bases*), on disait au n° 5 : « Une seconde assemblée formée de toutes les illustrations du pays, pouvoir pondérateur, gardien du pacte fondamental et des libertés publiques » ; et aux articles 25-27 de la constitution de 1852 : « Le sénat est le gardien du pacte fondamental et des libertés publiques. Aucune loi ne peut être promulguée avant de lui avoir été soumise. Le sénat s'oppose à la promulgation : 1° des lois qui seraient contraires ou qui porteraient atteinte à la constitution, à la religion, à la morale, à la liberté des cultes, à la liberté individuelle, à l'égalité des citoyens devant la loi, à l'inviolabilité de la propriété et au principe de l'inamovibilité de la magistrature; 2° de celles qui seraient contraires à la défense du territoire. Le sénat règle par un sénatus-consulte... tout ce qui n'a pas été prévu par la constitution et qui est nécessaire à sa marche; 3° le sens des articles de la constitution qui donnent lieu à différentes interprétations. » On sait que par le sénatus-consulte du 21 mai 1870 le sénat cessa d'être un corps conservateur pour devenir une seconde chambre législative.

Si le sénat conservateur de la constitution de l'an VIII eut quelque indépendance au début du consulat, il devint bientôt entre les mains du premier consul et de l'empereur un instrument docile pour modifier la constitution, pour la suspendre, et

pour annuler ou maintenir au gré du maître les actes législatifs, judiciaires ou administratifs, surtout quand les articles 63 et suivants du sénatus-consulte du 28 floréal an XII lui eurent donné des attributions particulières en matière de liberté individuelle et de liberté de la presse. Le sénat du second empire ne fut pas plus indépendant, et son rôle se borna à modifier la constitution de 1852 au gré du prince.

Cons. H. Trouillard, *Le sénat conservateur du consulat et du premier empire, ses attributions, son rôle,* thèse Paris, 1912. Malgré cette double expérience, quelques bons esprits demandent actuellement la création d'une haute juridiction chargée de juger la constitutionnalité des lois. Cf. en ce sens une proposition déposée par MM. J. Roche, Charles Benoist, Audiffred, le 28 janvier 1903 à la chambre et qui tend à ajouter à la loi constitutionnelle du 25 février 1875 un article 9 qui serait ainsi conçu : « Il est établi une cour suprême chargée de statuer sur les réclamations des citoyens pour violation de leurs droits constitutionnels par le pouvoir législatif ou par le pouvoir exécutif. » (*J. off., Doc. parl.,* 1903, session ordinaire, p. 97). Les auteurs de cette proposition demandent aussi qu'il soit ajouté à l'article 1er de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 un paragraphe visant la Déclaration des droits de 1789 et se terminant par ces mots : « Le pouvoir législatif ne peut faire aucune loi qui porte atteinte et mette obstacle à l'exercice de ces droits. » Rapp. proposition de loi de M. Charles Benoist tendant à instituer une cour suprême pour connaître des atteintes portées aux droits et aux libertés des citoyens (*J. off., Doc. parl.,* Chambre, session ordinaire, 1903, p. 99).

S'il n'y a pas lieu de créer une haute cour devant laquelle pourraient être portés les recours tendant à faire prononcer l'annulation d'une loi pour inconstitutionnalité, ne doit-on pas reconnaître aux tribunaux compétence pour apprécier la constitutionnalité d'une loi invoquée devant eux et refuser de l'appliquer s'ils la jugent inconstitutionnelle? En examinant la question théoriquement, abstraction faite des législations positives et des difficultés qui peuvent s'élever en pratique, il faut assurément répondre affirmativement. Les tribunaux doivent, avant tout, appliquer la loi, c'est-à-dire résoudre, conformément à la loi, toutes les questions de

droit qui leur sont posées. Ils sont liés par la loi, évidemment par toutes les lois en vigueur dans un pays donné, par les lois ordinaires sans doute, mais aussi et *a fortiori* par les lois supéricures, écrites ou non écrites, particulièrement par les règles inscrites dans les déclarations des droits et dans les lois constitutionnelles. Dans les pays où existe une telle hiérarchie des lois, il est incontestablement logique qu'au cas de contradiction entre la loi inférieure et la loi supérieure, c'est cette dernière que doivent appliquer les tribunaux, lesquels refuseront par là même d'appliquer la loi inférieure. S'il y a contradiction entre la loi ordinaire d'une part et la loi constitutionnelle ou la déclaration des droits d'autre part, le tribunal ne peut pas appliquer la loi ordinaire. De même, s'il y a contradiction entre la loi constitutionnelle et une disposition de la déclaration des droits, le tribunal devra appliquer celle-ci et refuser d'appliquer celle-là.

Théoriquement donc, tout plaideur doit être déclaré recevable à opposer devant un tribunal quelconque l'exception d'inconstitutionnalité, c'est-à-dire recevable à soutenir que la loi invoquée contre lui ne peut être appliquée par le tribunal parce qu'elle est contraire au droit supérieur écrit ou non écrit auquel est subordonné le législateur ordinaire.

Cette solution doit être donnée même, je pourrai dire surtout dans les pays qui pratiquent le principe de la séparation des pouvoirs, telle qu'il était compris par la constitution française de 1791 et la constitution des États-Unis. D'après cette conception, le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire sont également souverains dans leurs domaines respectifs ; ils sont complètement indépendants l'un de l'autre; mais ils ont un supérieur commun, le pouvoir constituant. Ni le pouvoir législatif, ni le pouvoir judiciaire ne peuvent faire un acte quel-

conque qui soit contraire aux décisions du pouvoir constituant. Si le pouvoir législatif a violé une règle constitutionnelle, il ne peut imposer au pouvoir judiciaire l'obligation de s'associer à cette violation. Celui-ci reste souverain et indépendant dans son domaine et ne peut être contraint par le pouvoir législatif de violer la loi constitutionnelle. S'il était obligé, par le pouvoir législatif, d'appliquer une loi inconstitutionnelle, il cesserait d'être indépendant et souverain dans son domaine et le principe de la séparation des pouvoirs, comme celui de la supériorité de la loi constitutionnelle, serait mis en échec.

Juridiquement et logiquement, cette solution n'est pas sérieusement contestable. Elle a toujours été admise aux États-Unis. Au contraire, en France, jusqu'à ces dernières années, la doctrine et la jurisprudence étaient d'accord pour déclarer non recevable l'exception d'inconstitutionnalité et pour décider, en invoquant le principe même de la séparation des pouvoirs, qu'aucun tribunal ne pouvait refuser d'appliquer une loi pour inconstitutionnalité. Outre le principe général de la séparation des pouvoirs, on mettait aussi en avant l'article 10 du titre II de la loi du 16 août 1790 : « Les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décisions du corps législatif... »; et l'article 3 du chapitre V du titre III de la constitution de 1791 : « Les tribunaux ne peuvent ni s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif ni suspendre l'exécution des lois. »

En invoquant ces deux textes pour déclarer non recevable l'exception d'inconstitutionnalité, la doctrine et la jurisprudence françaises étaient certainement dans l'erreur. Ces textes, en effet, n'étaient qu'une applica-

tion du principe de la séparation des pouvoirs, et si, comme je viens de le montrer, celui-ci impliquait pour les juges le pouvoir d'apprécier la constitutionnalité des lois et de refuser d'appliquer toute loi inconstitutionnelle, on ne pouvait pas invoquer ces articles pour prétendre que les tribunaux n'avaient point compétence à cet effet.

Et cependant la jurisprudence française n'a jamais admis et encore aujourd'hui n'admet point que les tribunaux français puissent refuser d'appliquer une loi pour cause d'inconstitutionnalité. En 1833, la cour de cassation a rendu un arrêt qui semble avoir fixé définitivement la règle à ce sujet. Voici dans quelles circonstances : le journal *Le National* ayant été condamné en vertu de l'article 16 de la loi du 25 mars 1822, un pourvoi en cassation fut formé, fondé sur ce qu'il ne pouvait être fait application ni de l'article 16 de la loi du 25 mars 1822, ni de la loi du 8 octobre 1830 qui l'avait déclaré maintenu, parce que ces textes étaient contraires à l'article 69 de la charte de 1830, déclarant les délits de presse de la compétence du jury. La cour rejette le pourvoi : « Attendu que la loi du 8 octobre 1830, délibérée et promulguée dans les formes constitutionnelles prescrites par la charte, fait la règle des tribunaux et ne peut être attaquée devant eux pour cause d'inconstitutionnalité » (Cass., 11 mai 1833, S., 1833, I, p. 357).

Malgré cette jurisprudence, depuis quelques années s'est produit dans la doctrine française un mouvement très net auquel j'adhère pleinement. On soutient que les tribunaux français ont, comme les tribunaux américains, le pouvoir et même le devoir d'apprécier la constitutionnalité des lois invoquées devant eux et d'écarter l'application de toute loi qu'ils jugent inconstitutionnelle. Dès 1894, le professeur Beauregard, dans un article du *Monde économique*, soutenait que les tribu-

naux auraient le devoir de ne tenir aucun compte d'une loi qui établirait le système dit du « cadenas » parce qu'il violerait le principe constitutionnel qu'aucun impôt ne peut être établi que par une décision du parlement. En 1895, Jèze soutenait, sans hésiter, que lorsqu'une loi contient une violation flagrante de la constitution, les tribunaux ne peuvent pas l'appliquer; que, se trouvant en présence de deux textes contradictoires, ils doivent appliquer la loi constitutionnelle, qui est la loi supérieure. Berthélemy et Jèze ont repris et développé cette thèse dans la consultation qu'ils ont donnée, en 1912, à la Société municipale des tramways de Bucarest. Ils y écrivaient très justement : « En droit public et constitutionnel, dès qu'un État adopte le système de la séparation des lois constitutionnelles et des lois ordinaires, consacre le principe de la séparation des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, et organise des tribunaux indépendants, il confère par cela même aux tribunaux, à titre de conséquence naturelle et logique, sans qu'il soit besoin de le dire expressément, le pouvoir et le devoir de vérifier la constitutionnalité des lois invoquées devant eux, le pouvoir et le devoir de refuser d'appliquer des lois contraires à la constitution. »

Hauriou a défendu vigoureusement la même thèse, en lui donnant même une portée plus large. Dans ses notes, sous les arrêts *Winkel* (7 août 1909) et *Tichit* (1er mars 1912), arrêts reconnaissant la légalité des actes qui révoquaient pour fait de grève des agents des postes, sans qu'il leur ait été fait la communication du dossier exigée par l'article 65 de la loi du 22 avril 1905, le savant doyen de Toulouse développe cette idée qu'est inconstitutionnelle non seulement une loi qui viole une règle formelle de la constitution, mais encore toute loi qui viole un principe essentiel à la vie même de l'État.

Il ajoute qu'une loi qui reconnaîtrait la légalité des grèves de fonctionnaires violerait un principe essentiel et que, par conséquent, les tribunaux ne doivent pas faire application d'une pareille loi. « L'inconstitutionnalité des lois, écrit-il, peut être entendue dans un sens plus large ; derrière l'idée formelle de faire des lois constitutionnelles qui ne sont pas votées de la même façon que les lois ordinaires..., il y a cette idée matérielle qu'il existe une hiérarchie pour les lois, qu'il y a des lois fondamentales et d'autres qui ne le sont pas et que les lois ordinaires doivent être subordonnées aux lois fondamentales. » On ne saurait mieux dire.

Les auteurs que je viens de citer font, en outre, justement observer qu'en reconnaissant aux tribunaux le pouvoir d'apprécier la constitutionnalité des lois, on ne leur donne point celui d'annuler la loi, et que, par conséquent, on ne leur attribue pas le droit de s'immiscer dans la puissance législative. Souvent, la décision du tribunal consistera tout simplement dans l'interprétation qu'il donnera de la loi et de laquelle il résultera qu'elle ne peut pas s'appliquer à l'espèce, comme l'a fait le conseil d'État dans les affaires *Winkel* et *Tichit* que je viens de rappeler. Au plus, le tribunal écartera-t-il tout simplement l'application de la loi, en disant qu'elle est inconstitutionnelle ; malgré cette décision, la loi subsiste et conserve tout entier son caractère de loi. Un autre tribunal pourra décider, au contraire, que la loi est constitutionnelle ; et le même tribunal, dans une nouvelle espèce, ne sera point lié par une décision antérieure. Qu'on ne dise donc pas qu'avec le système de l'exception d'inconstitutionnalité la justice empiète sur le domaine de la législation. Il n'en est rien. Le parlement conserve son indépendance entière et les tribunaux restent dans leur rôle en appliquant, au cas de contradiction entre deux lois, dont l'une est subor-

donnée à l'autre, en appliquant, dis-je, la loi supérieure.

Naturellement, Esmein soutient l'opinion contraire. Il refuse aux tribunaux le pouvoir d'apprécier la constitutionnalité des lois, et il écrit que leur reconnaître une pareille prérogative, ce serait leur donner véritablement un pouvoir politique. Hauriou lui répond très justement : « Un jugement qui refuse d'appliquer une loi à une hypothèse déterminée n'empêche point cette loi de devenir exécutoire; il n'a point la prétention d'arrêter le parlement dans son droit de légiférer, ni le chef de l'État dans la promulgation. Il ne s'occupe de cette loi qu'après la promulgation; il ne l'annule même pas; il ne déclare même pas la loi inapplicable en toute hypothèse. » Hauriou a pleinement raison. Le juge qui statue sur le conflit naissant, en une espèce donnée, entre une loi fondamentale et une loi ordinaire ne s'immisce aucunement dans l'exercice du pouvoir législatif; il ne fait point un arrêt de règlement; il n'arrête ni ne suspend l'exécution d'une loi, et si la loi inférieure reste sans application, cela ne résulte point, en vérité, de la décision du juge, mais de l'autorité de la loi supérieure qui s'impose à celui-ci comme au législateur ordinaire.

Dans la première édition de cet ouvrage (t. I, p. 159), j'avais, après quelques hésitations, refusé aux tribunaux français le pouvoir d'apprécier la constitutionnalité des lois invoquées devant eux. J'étais dans l'erreur, et aujourd'hui j'accepte, sans hésiter, la solution que je viens d'exposer à la suite des éminents juristes que j'ai nommés. Il me paraît évident qu'elle est la conséquence nécessaire et logique de la hiérarchie des lois. J'estime, en outre, que parmi les textes du droit positif français, il n'en est aucun qui s'oppose à ce qu'on reconnaisse ce pouvoir à nos tribunaux. Bien au contraire, comme je l'ai dit plus haut, les textes qui consacrent le principe

de la séparation des pouvoirs le leur donnent implicitement. J'ajoute qu'un pays dans lequel on ne reconnaît pas ce droit aux juridictions ne vit pas véritablement sous un régime d'État de droit. Ce système a toujours été pratiqué aux États-Unis. Il ne laisse pas sans doute de présenter quelques inconvénients que les Américains sont les premiers à reconnaître. Ces inconvénients, au reste, proviennent bien moins du système lui-même que de la manière dont le pratiquent les tribunaux américains et de leur mode de recrutement. Au demeurant, les avantages sont de beaucoup supérieurs aux inconvénients, et cela suffit pour qu'on en demande l'application dans notre pays.

Cf. Beauregard, *Monde économique,* 17 novembre 1894, p. 505; Jèze, *Du contrôle des délibérations des assemblées délibérantes, Revue générale d'administration,* 1895, II, p. 411; Signorel, *Du contrôle judiciaire des actes du pouvoir législatif, Revue politique et parlementaire,* juin 1904, p. 526; Clappier, *Les lois inconstitutionnelles et le pouvoir judiciaire, Discours* prononcé à la conférence des avocats à la cour de cassation le 13 décembre 1902, *Gazette des tribunaux,* 19 décembre 1902; Anglays, *Des garanties judiciaires contre l'arbitraire du pouvoir législatif,* 1910; Hauriou, Notes sous conseil d'État, *Winkel,* 7 août 1909, S., 1909, III, p. 145, et sous conseil d'État, *Tichit,* 1er mars 1912, S., 1913, III, p. 137; Berthélemy et Jèze, *Consultation* pour la Société communale des tramways de Bucarest, *Revue du droit public,* 1912, p. 139.

Le tribunal d'Ilfove (Bucarest), le 2 février 1912, et la cour de cassation de Roumanie (16 mars 1912) qui confirme ce jugement, reconnaissent expressément aux tribunaux le droit d'apprécier la constitutionnalité des lois et de refuser d'appliquer une loi jugée inconstitutionnelle. On lit notamment dans l'arrêt de la cour de cassation roumaine : « Considérant que dans le cas de contradiction... le juge a le droit de vérifier la constitutionnalité de la loi ordinaire, et s'il estime qu'elle est contraire à la constitution, de donner la préférence aux dispositions constitutionnelles...; qu'en procédant de la sorte, on ne saurait dire que le juge sort de sa compétence et usurpe les attributions du pouvoir législatif; qu'au contraire, il remplit une attribution strictement légale, celle de décider quelle loi doit être appliquée dans le

litige soumis à son jugement » (*Revue du droit public*, 1913, p. 153 et 365 ; S., 1912, IV, p. 9 et 29 ; Dall., 1912, II, p. 20, avec une note de Berthélemy).

Dans l'intéressante communication qu'il a faite en 1902 à la Société de législation comparée, Larnaude concluait qu'il n'y aurait aucun intérêt à importer en France le système américain et que cela pourrait provoquer des conflits, créer une nouvelle cause d'agitation (*Bulletin de la Société de législation comparée*, 1902, p. 227 et s.). Dans la discussion qui a suivi cette communication, Saleilles, Thaller, Jalabert ont au contraire exprimé l'opinion qu'il faudrait reconnaître aux tribunaux français le pouvoir d'apprécier la constitutionnalité des lois, *Ibid.*, 1902, p. 240 et s.

Aux États-Unis, on a toujours reconnu aux cours de justice le pouvoir d'apprécier la constitutionnalité des lois et d'écarter l'application d'une loi jugée inconstitutionnelle. A ce sujet, il importe d'éviter deux erreurs très communément répandues. D'abord, il ne faut pas croire que ce pouvoir appartient uniquement à la cour suprême ; toutes les juridictions américaines, les cours des États membres comme les cours fédérales, peuvent apprécier la constitutionnalité des lois et refuser d'appliquer une loi qu'elles jugent inconstitutionnelle. Mais il va de soi que par suite du prestige qui s'attache aux décisions de la cour suprême, lorsqu'elle refuse d'appliquer une loi en décidant qu'elle est inconstitutionnelle, le retentissement est autrement grand que lorsque la même décision émane d'une cour inférieure. Mais, en droit, les pouvoirs de la cour suprême ne sont pas plus étendus que ceux des autres tribunaux. Pas plus que ceux-ci, elle ne peut, contrairement à ce que l'on dit souvent, prononcer l'annulation d'une loi ; elle peut seulement décider que, la jugeant inconstitutionnelle, elle refuse d'en faire l'application à l'espèce qui lui est soumise et dans laquelle elle est invoquée. Malgré cette décision, la loi reste intacte. Il est certain qu'il y a désormais un fort préjugé contre elle ; mais théoriquement et juridiquement, elle garde

toute sa force jusqu'à ce que le congrès l'ait abrogée.

Comme je l'ai dit plus haut, ce pouvoir reconnu aux tribunaux américains est la conséquence logique et directe du principe de la séparation des pouvoirs, tel qu'il était compris en France et en Amérique en 1789. Il n'y avait point besoin d'un texte pour le justifier. Cependant, les Américains ont voulu l'appuyer sur un texte de la constitution et on l'a rattaché à la section II du chapitre III, ainsi conçue : « Le pouvoir judiciaire s'étendra à tous les cas, en droit et en équité, qui naîtront de la présente constitution, des lois des États-Unis, des traités conclus ou à conclure sous leur autorité... » Les auteurs de la constitution, en rédigeant ce texte, avaient-ils la pensée qu'ils donnaient aux tribunaux le pouvoir d'apprécier la constitutionnalité des lois ? C'est fort douteux et c'est d'ailleurs sans importance. La solution découlait, en effet, nécessairement du principe de la séparation des pouvoirs, et ce n'est qu'après coup qu'on a tenté de lui donner l'appui d'un texte constitutionnel. D'autre part, des raisons propres aux États-Unis ont aussi contribué à l'adoption de la règle et à son développement.

Le pouvoir reconnu aux tribunaux américains a son origine à l'époque coloniale pendant laquelle les colonies ne pouvaient pas évidemment légiférer au delà des droits que leur reconnaissaient les chartes. Ce pouvoir s'est maintenu parce qu'il venait répondre à un besoin particulier propre aux États fédéraux, le règlement des rapports du pouvoir fédéral et des États membres. Enfin l'organisation particulière des États-Unis, le prestige tout particulier qui s'attache spécialement à la haute cour fédérale, le rôle éminent qu'ont joué différents *chiefs of justice*, et toute une série de circonstances spéciales expliquent le développement de ce pouvoir des tribunaux américains et les services qu'il rend.

Cependant la cour suprême semble bien avoir été par la force des choses amenée à jouer un véritable rôle politique. Je ne puis entrer dans des détails à ce sujet, et je dois renvoyer le lecteur à l'excellent livre de mon collègue de Lyon, le professeur Lambert : *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, 1921. Il montre comment la cour suprême a été tout naturellement conduite à juger, non seulement la constitutionnalité formelle de la loi, mais encore sa constitutionnalité matérielle, je veux dire à statuer non seulement sur le point de savoir si la loi est contraire à une disposition de la constitution écrite, mais encore si elle est ou non conforme aux principes généraux, fondamentaux pour le maintien de la société américaine sur les bases qu'ont voulu lui donner ses fondateurs. C'est ainsi que s'expliquent de nombreuses décisions de la cour suprême qui, suivant l'expression de Lambert, semblent contrôler les mérites économiques de l'acte législatif.

C'est ainsi encore que s'explique la tendance qu'a la cour suprême d'apprécier non seulement la constitutionnalité des lois ordinaires, mais encore celle des amendements constitutionnels. Pénétrés de cette idée qu'il y a certains principes fondamentaux, non inscrits formellement dans la constitution, mais s'imposant au législateur, quel qu'il soit, même à celui qui apporte des additions à la constitution, les juges suprêmes ont été tout naturellement amenés à juger la constitutionnalité au sens large des amendements à la constitution. C'est ainsi qu'en 1920, ils ont été appelés à se prononcer sur la légalité du 18e amendement, qui prohibe dans toute l'étendue des États-Unis la consommation de l'alcool, du vin et de la bière. La *Distiller's association of America* soutenait qu'il était illégal, et quant à la forme et quant au fond. La cour suprême a rejeté les

deux moyens : celui tiré des vices de forme avec des considérants développés et celui tiré des vices de fond sans donner de motif précis. On soutenait que l'amendement était illégal, d'une part, parce qu'il constituait un empiétement sur l'autonomie des États, et, d'autre part, parce qu'il était entaché de détournement de pouvoir pour la raison qu'on avait usé de la voie de l'amendement constitutionnel afin d'étendre illégalement le domaine de la législation fédérale au détriment de celle des États.

Quoi qu'il en soit des tendances politiques qui peuvent apparaître dans la jurisprudence de la cour suprême américaine, il y a dans le pouvoir reconnu aux tribunaux américains d'apprécier la constitutionnalité des lois une institution hautement protectrice de la liberté individuelle contre l'arbitraire du législateur. J'ai pu constater par moi-même que les Américains les plus éclairés et les plus indépendants restent profondément attachés à cette institution et que le prestige de la haute cour et de son chef n'est nullement amoindri dans l'esprit public. On parle du gouvernement des juges ; l'expression est employée par quelques auteurs américains et c'est le titre que Lambert a donné à son livre. Il n'est pas exact. On ne peut pas dire qu'en Amérique les cours de justice, même la cour suprême, soient véritablement associées au gouvernement ; on ne peut même pas dire qu'elles exercent un véritable contrôle sur le Congrès, qu'elles puissent opposer une sorte de veto aux lois votées par lui. Celles-ci tirent toutes leurs forces du vote du Congrès et de la promulgation par le chef de l'État, qui seul peut exercer un veto suspensif. La cour suprême, suivant l'expression de Larnaude, ne juge pas, à vrai dire, un procès fait à la loi ; elle donne solution à un litige particulier ; mais cette solution exige que le tribunal prenne parti sur la

constitutionnalité de la loi. Évidemment, la constitutionnalité s'apprécie au sens large ; et la cour suprême, on ne saurait l'en blâmer, bien au contraire, refuse de faire application non seulement des lois qui violent une règle écrite de la constitution, mais encore un principe fondamental du droit américain. Elle reconnaît et sanctionne un droit supérieur dont j'ai souvent affirmé l'existence, qui s'impose à tout législateur et dont, à leur honneur, les juristes américains sont unanimes à reconnaître l'existence et la force.

Outre la décision précitée rendue par la cour suprême sur la légalité du 18e amendement à la constitution, je citerai celle du 7 janvier 1918 par laquelle elle a reconnu la constitutionnalité du *Selective service Act* du 18 mai 1917 établissant l'obligation du service militaire pendant la guerre. La question se posait à propos de poursuites dirigées contre quelques réfractaires qui soutenaient que la loi établissant le service militaire obligatoire était inconstitutionnelle. Voici l'opinion du Chief of justice White : « Le fondement constitutionnel de cette loi se trouve dans la clause de la constitution qui confère au Congrès le pouvoir de déclarer la guerre, de lever et d'entretenir des armées. L'objection consistant à dire que l'Américain est citoyen d'un État avant d'être citoyen des États-Unis et que la loi fédérale ne peut pas lui faire perdre ses prérogatives de citoyen d'État doit être repoussée, parce qu'elle n'irait à rien de moins qu'à rendre inefficace le droit reconnu par la constitution au Congrès de lever une armée » (*Revue du droit public,* 1918, p. 57).

On a beaucoup écrit sur le pouvoir des cours américaines d'apprécier la constitutionnalité des lois. Cons. notamment, Larnaude, *Bulletin de la Société de législation comparée,* 1902, p. 175 et s.; Nerinx, *L'organisation judiciaire aux États-Unis,* 1909, p. 136 et s.; Bryce, *La République américaine,* édition française, 1911, I, p. 371-378; Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis,* 1921 ; Harold M. Bowmann, *Congress and the suprem court, Political Science Quarterly,* mars 1910, p. 20; Charles E. Hughes, *La constitution américaine et la guerre;* J. Beck, *La cour suprême aux États-Unis, La vie des peuples,* 10 octobre 1922, p. 319; Beard, *The supreme court of the constitution,* New-York, 1913; Boudin, *Government by judiciary, Political Science Quarterly,* juin 1911, p. 338; Daugherty, *Power*

of the federal judiciary one legislation, 1912; Mac Langhlin, *The court, the constitution and parties*, Chicago, 1913; Myers, *History of the suprem court of the United States*, Chicago, 1912; Burr, *Unconstitutional law and the federal judiciary, Law Review*, juin 1912; F.-J. Goodnow, *The legislative power of congress under the judicial article of the constitution, Political Science Quarterly*, décembre 1910, p. 577; Meigs, *The relation of judiciary to the constitution;* Baldwin, *The american judiciary;* le grand ouvrage de Willoughby, *The constitutional law of United States*, New-York, 1910; Watson, *The constitution of United States;* T.-R. Powell, *The supreme court's review of legislation, Political Science Quarterly*, septembre 1922, p. 486.

Ce droit des tribunaux d'apprécier la constitutionnalité des lois existe aussi dans quelques pays de l'Amérique latine: Mexique, constitution 12 février 1857, art. 101; République Argentine, constitution 25 septembre 1860, art. 101; Brésil, constitution 24 février 1891, art. 59, § 1. Cf. Jimenés de Arechaga, *Sobre inaplicabilitad de leges inconstitutionales*, Montevideo, 1915.

Sous l'application de la constitution impériale allemande, Laband écrivait : « Les juges ont-ils le droit d'examiner la constitutionnalité des lois d'empire? Cette question, tant de fois discutée par les jurisconsultes allemands, est tranchée par l'immense majorité des auteurs en faveur du droit d'examen des juges » (Laband, *Droit public*, édition française, II, p. 322). La même solution est donnée sous l'empire de la constitution républicaine. Cf. Friedrich Schack, *Zür richterlichen Prüfung der Rechtsmässigkeit der Gesetze und Verordnungen um neuen Reichs und preussischen Recht, Archiv des offentlichen Rechts*, XLI, 1921, p. 163.

En Norvège, la jurisprudence admet le droit des tribunaux d'apprécier la constitutionnalité des lois (Décisions de la cour suprême de Norvège du 3 juin 1890 et de la cour suprême de Christiania du 2 février 1893, citées d'après Jèze, *Revue du droit public*, 1912, p. 145).

En Grèce, de nombreuses décisions reconnaissent aux tribunaux le pouvoir d'apprécier la constitutionnalité des lois, notamment arrêt n° 145, rendu en 1904 par la première chambre de l'Aréopage.

En Suisse, il a fallu un texte constitutionnel formel pour enlever aux tribunaux le pouvoir logique d'apprécier la constitutionnalité des lois. C'est l'article 113 de la constitution de 1874. Mais cet article ne s'applique qu'aux lois fédérales et aux

traités fédéraux ; on en conclut que les tribunaux ont le droit d'apprécier la constitutionnalité des lois cantonales (Dubs, *Das öffentliche Recht der schweizerischen Eidgenossenschaft*, 2e édit., II, p. 90 et s.).

Dans toutes les colonies anglaises munies d'une constitution, on reconnaît aux tribunaux, bien qu'aucun texte formel ne le leur donne, le droit d'écarter l'application de toute loi qu'ils jugent inconstitutionnelle ; il en est ainsi au Canada, dans le Commonwealth australien, dans l'Afrique du Sud.

§ 99. — *Le principe de légalité.*

On peut le formuler en des termes très simples et que voici : il n'est pas un organe de l'État qui puisse prendre une décision individuelle qui ne soit conforme à une disposition par voie générale antérieurement édictée. Ou sous une autre forme, une décision individuelle ne peut jamais être prise que dans les limites déterminées par une loi matérielle antérieure. C'est le principe essentiellement protecteur de l'individu, et l'on peut dire qu'il n'a pas, qu'il ne peut pas, qu'il ne doit pas recevoir d'exception. Une société qui ne le reconnaît pas, ou qui, le reconnaissant, lui apporte des réserves ou des exceptions, ne vit pas véritablement sous un régime d'État de droit.

En étudiant la fonction législative et le caractère matériel de la loi au tome II, pages 151 et suivantes, j'ai montré comment s'est constitué ce principe, comment il est arrivé un moment où l'on a compris que la fixité, la généralité, le caractère abstrait de la loi forment la protection la plus efficace de l'individu contre l'arbitraire des gouvernants, un moment où l'on a compris que les détenteurs du pouvoir politique ne doivent pas pouvoir prendre arbitrairement telle ou telle décision individuelle en vue d'une situation déterminée, qu'ils sont liés par la règle générale formulée

d'avance d'une manière abstraite, sans considération d'espèce ni de personne, et qu'ils ne peuvent prendre de décision individuelle que conformément à cette règle générale. Tel est le principe de légalité. Il n'en est pas de plus essentiel. S'il n'existait pas ou s'il était violé sur quelque point, ce serait le despotisme; il n'y a pas, en effet, d'autre définition d'un gouvernement despotique que celle-ci, c'était celle de Montesquieu : un gouvernement qui peut prendre des décisions individuelles sans être lié par des lois générales fixes et stables.

Cela posé, on comprend que, comme je le disais au début de ce paragraphe, le principe de légalité ne comporte aucune exception. Il est absolu, d'abord, au point de vue des organes auxquels il s'applique. Il n'y a pas un organe de l'État, quel qu'il soit, qui puisse prendre une décision individuelle au delà de la loi ou contrairement à elle. Le parlement lui-même est lié par la loi. Il peut l'abroger, la modifier ou la remplacer par une loi nouvelle; mais tant qu'elle existe, il lui est subordonné et il ne peut prendre de décision individuelle qui lui soit contraire. S'il le faisait, il ferait un acte contraire au droit et, par conséquent, sans valeur juridique. Sans doute, en France et dans la plupart des pays, aucun recours n'est ouvert aux intéressés contre de pareilles décisions, mais leur illégalité n'en est pas moins certaine ; et conformément à ce qui a été expliqué au paragraphe précédent, l'exception d'inconstitutionnalité pourrait être invoquée devant tout tribunal qui aurait le droit et le devoir de refuser l'application d'un pareil acte.

Le principe de légalité est aussi absolu dans son application, je veux dire qu'il n'y a pas un cas où un organe quelconque de l'État pourrait faire valablement, pour une raison quelconque, un acte individuel en vio-

lation d'une loi. Le recours en annulation contre un pareil acte doit toujours, sans aucune exception, être déclaré recevable. La théorie dite des actes de gouvernement, d'après laquelle, dans certains cas, un acte individuel fait en violation de la loi par le gouvernement ou sur son ordre doit échapper à tout recours, à raison des motifs qui l'ont déterminé, une pareille théorie, dis-je, doit être absolument et énergiquement écartée. Je reviendrai plus loin sur ce point avec quelques développements.

Jusqu'à présent, je n'ai parlé du principe de légalité qu'au point de vue matériel. Mais il se présente aussi avec un caractère formel. Dans les conceptions juridiques modernes, non seulement aucun acte individuel ne peut être fait contrairement à la loi au sens matériel, mais encore la loi au sens matériel elle-même ne peut, en principe, être faite qu'en une certaine forme, c'est-à-dire par le parlement, dont une partie au moins est élue par le peuple à un suffrage plus ou moins étendu, aujourd'hui à peu près dans tous les pays au suffrage universel.

Mais sous l'action des nécessités pratiques, le principe de légalité considéré au point de vue formel a dû subir de nombreuses restrictions. Dans tous les pays, et particulièrement en France, la loi constitutionnelle et parfois la loi ordinaire ont donné exceptionnellement à des organismes autres que le parlement, et spécialement au gouvernement, compétence pour édicter, dans certains cas et sur certaines matières, des dispositions par voie générale. Ce sont ces dispositions par voie générale édictées par des organes autres que le parlement, qu'on appelle des règlements, et le pouvoir appartenant exceptionnellement à certains organes d'édicter de semblables dispositions, le pouvoir réglementaire. Cf. t. II, p. 282 et s.

Les lois qui confèrent le pouvoir réglementaire à certains organes sont des lois d'exception. L'observation est essentielle. Le principe général du droit moderne est certainement que les lois matérielles ne peuvent être faites que par un corps représentatif. C'est même, dans les pays qui pratiquent le système des constitutions rigides, un principe d'ordre constitutionnel. Sans doute, on a dû y déroger sous l'empire des nécessités inéluctables de la pratique, à mesure que le nombre des services s'accroissait et que les affaires devenaient plus complexes, le parlement ne pouvant plus matériellement suffire à sa tâche. On a même admis, dans les pays à constitution rigide, sous l'action des mêmes besoins, comme coutume constitutionnelle, que le législateur ordinaire peut, par une décision expresse, déroger au principe et conférer lui-même à certains organes, spécialement au gouvernement, le pouvoir réglementaire. Mais ce sont là des décisions d'exception. Il reste toujours vrai que le parlement a seul le pouvoir d'édicter les dispositions par voie générale et que le pouvoir réglementaire n'appartient à d'autres organes que dans les limites exactes où une loi expresse le leur a donné.

La question s'est posée cependant de savoir si dans certains cas il ne fallait pas déroger à cette règle, si, dans des circonstances exceptionnelles, il ne fallait pas reconnaître au gouvernement le pouvoir d'édicter des règlements en dehors des cas où la loi le lui donne expressément. En France et à l'étranger, on a souvent répondu affirmativement à cette question; et comme pour justifier cette réponse on a invoqué des raisons de nécessité pratique, en Allemagne, le droit de nécessité, *Nothrecht,* on appelle les règlements faits dans ces conditions et qui seraient valables des règlements de nécessité. J'examinerai un peu plus loin la valeur de

cette doctrine, après avoir dit quelques mots des actes de gouvernement.

La question des actes de gouvernement. — Si l'on admet l'existence des actes de gouvernement, il y a là une grave exception au principe de légalité considéré du point de vue matériel. J'ai dit, au début de ce paragraphe, qu'il ne pouvait pas en être ainsi. C'est pourquoi je repousse de toutes mes forces la conception des actes de gouvernement. Il faut bannir le mot et la chose du droit public de tout pays civilisé.

Au tome II, pages 245 et suivantes, j'ai montré qu'il ne fallait pas confondre les actes politiques et les actes de gouvernement. L'expression actes politiques doit être réservée pour désigner les actes que fait le gouvernement en tant qu'organe politique. Dans les pays modernes, et particulièrement en France, le gouvernement a un double caractère : tantôt il agit comme organe politique, tantôt comme organe administratif. Les actes qu'il fait comme organe administratif sont susceptibles de tous les recours contentieux organisés par le droit positif du pays considéré, en France du recours pour excès de pouvoir. Au contraire, les actes que fait le gouvernement comme organe politique ne sont susceptibles d'aucun recours contentieux, pas même du recours pour excès de pouvoir. Ce n'est point que leur nature interne s'y oppose. Mais le droit moderne en général et le droit français en particulier ne sont pas encore arrivés à reconnaître la recevabilité des recours contentieux contre les actes émanant d'un organe politique, que ce soient ceux du gouvernement ou ceux du parlement. C'est une conséquence de la notion de souveraineté, toujours persistante, malgré tout ce qu'elle a d'artificiel et de dangereux. Les actes diplomatiques rentrent aussi dans cette catégorie d'actes politiques, parce que le gouvernement, quand il les fait, n'agit pas comme organe administratif.

L'expression actes de gouvernement doit être réservée pour désigner des actes qui interviennent dans des conditions tout à fait différentes. Il s'agit d'actes qui sont véritablement, au point de vue formel, des actes administratifs, qui émanent du gouvernement agissant comme organe administratif ou d'une autre autorité administrative, des actes contre lesquels précisément, parce qu'ils émanent d'organes ou d'agents administratifs, tous les recours contentieux et au premier rang le recours pour excès de pouvoir sont recevables. Mais on prétend qu'exceptionnellement ils échapperaient à tout recours à raison des motifs de défense gouvernementale qui ont déterminé le gouvernement quand il les a faits ou quand il a donné l'ordre de les faire.

Admettre des actes de gouvernement ainsi compris, c'est admettre que pour des raisons d'État on peut apporter des exceptions plus ou moins arbitraires au principe essentiellement protecteur, au principe fondamental, le principe de légalité matérielle, sans lequel il n'y a pas d'État de droit, sans lequel, pourrais-je dire, il n'y a pas vraiment de droit public.

J'ai déjà dit qu'on ne devait pas, qu'on ne pouvait pas admettre la théorie des actes de gouvernement, quelque limite qu'on tente de lui donner. Si l'on fait une seule exception au principe de légalité matérielle, on ne sait pas où cela peut conduire; et si certaines circonstances se présentent, on peut facilement arriver au despotisme. Faire une seule exception au principe de légalité, c'est aller fatalement jusqu'à la doctrine allemande contre laquelle je me suis souvent élevé, c'est dire avec Seydel : « Il n'y a pas de droit à côté du *Herrscher* »; avec Jellinek : « L'État est placé plus haut que toute règle de droit particulière. » Il faut protester énergiquement contre de pareilles concep-

tions. Il faut repousser, de toutes ses forces, la théorie des actes de gouvernement, qui n'est qu'un retour à la doctrine néfaste de la raison d'État, au nom de laquelle ont été commis, au cours des siècles, et sont commis encore aujourd'hui tant de crimes irrémissibles.

Les auteurs de droit administratif qui ont écrit avant 1870 enseignaient en général que les actes émanés d'autorités administratives et faits sur l'ordre du gouvernement en vue d'un but politique échappaient à tout recours. On connaît les déclarations souvent citées de M. Vivien, rapporteur de la loi organique de 1849 sur le conseil d'État : « Il est même des droits dont la violation ne donne pas lieu à un recours par voie contentieuse. Dans un gouvernement représentatif, sous le principe de la responsabilité, il est des circonstances où, en vue d'une grande nécessité publique, les ministres prennent des mesures qui blessent les droits privés. Ils en répondent devant le pouvoir politique. Les rendre justiciables du tribunal administratif, ce serait paralyser une action qui s'exerce en vue de l'intérêt commun et créer dans l'État un pouvoir nouveau qui menacerait tous les autres. Les mesures de sûreté générale, l'application des actes diplomatiques ne rentrent pas non plus dans le contentieux administratif, bien que des droits privés puissent en être atteints. On ne saurait sans danger les livrer à l'appréciation d'une juridiction quelconque. » C'était le sophisme de la raison d'État défendu par un habile légiste. On voit facilement les dangers d'une pareille doctrine. Elle était enseignée cependant par Dufour et par Batbie.

Le conseil d'État fit application de la doctrine dans son arrêt du 9 mai 1867, à propos de la saisie des œuvres du duc d'Aumale par le préfet de police, saisie approuvée par le ministre de l'intérieur; il déclara le recours non recevable, comme étant dirigé contre des

actes politiques. Plus tard, la cour d'appel de Paris a invoqué la théorie des actes de gouvernement pour se déclarer incompétente en confirmant un jugement du tribunal de la Seine dans l'action intentée par le prince Napoléon contre le ministre de l'intérieur et le préfet de police, à l'occasion de l'arrêté d'expulsion pris contre lui le 10 octobre 1872 et exécuté par la force.

Dufour, *Droit public,* IV, p. 600; Batbie, *Droit administratif,* VII, p. 401. — Conseil d'État, 9 mai 1867, *Recueil,* p. 472; cour d'appel de Paris, 24 janvier 1876, S., 1876, II, p. 297.

Au contraire, la doctrine et la jurisprudence, depuis 1880 jusqu'en 1914, ont très nettement repoussé la théorie des actes de gouvernement. Il est vrai que, parfois, on a confondu les actes de gouvernement et les actes politiques tels que je les ai définis plus haut, c'est-à-dire les actes faits par le gouvernement agissant comme organe politique et par suite insusceptibles de recours. Mais, dès 1889, Michoud faisait clairement la distinction. Il montrait très nettement que les actes que le gouvernement fait comme organe politique ne peuvent être attaqués par le recours pour excès de pouvoir, non pas à raison du but qui les détermine, mais à raison du caractère de l'organe qui les fait, et il condamnait très nettement la thèse de l'acte de gouvernement insusceptible de recours, parce qu'il serait déterminé par un but de défense gouvernementale. Brémond, en 1893, soutenait la même thèse. Moi-même, dans la première édition de cet ouvrage, en 1911 (t. I, p. 214), j'écrivais : « Dans le régime de droit sous lequel nous vivons, il n'y a pas d'actes qui soient placés hors de la légalité; mais la sanction de la légalité par le recours pour excès de pouvoir n'est possible que pour les actes émanés d'une autorité administrative et ces actes-là, sans exception, sont susceptibles du recours pour excès de pouvoir, et d'aucun d'eux on ne peut dire qu'ils sont des actes de gouvernement. »

Michoud, *Des actes de gouvernement*, *Annales de Grenoble*, 1889, p. 263 ; Brémond, *Revue critique*, 1893, p. 321, et *Revue du droit public*, 1896, I, p. 60.

Cependant, Hauriou (*Droit administratif*, 6e édit., 1907, p. 437-439 ; 7e édit., 1911, p. 75-78 ; 10e édit., 1921, p. 431) estime qu'il faut maintenir cette expression et en donne cette définition toute formelle : « L'acte de gouvernement est celui qui figure dans une certaine énumération d'actes politiques dressée par la jurisprudence administrative sous l'autorité du tribunal des conflits. » Une pareille définition est évidemment insuffisante, car quelque pouvoir qu'on reconnaisse à la jurisprudence, elle ne peut déterminer le caractère intrinsèque d'un acte. D'après Hauriou, la liste des actes admis par la jurisprudence comme *actes de gouvernement* comprendrait : les actes relatifs aux rapports du gouvernement avec les chambres, les décrets établissant l'état de siège, les décrets rendus en matière de police sanitaire, les actes relatifs aux relations diplomatiques, les actes relatifs à la sûreté extérieure et intérieure de l'État, les faits de guerre, les décrets de grâce.

Hauriou met là sur la même ligne des actes de nature très différente. J'ai montré que si le recours pour excès de pouvoir n'est recevable ni contre les actes relatifs aux rapports du chef de l'État et des chambres, aux relations extérieures, ni contre les décrets établissant l'état de siège ou accordant une grâce, c'est que le gouvernement fait ces actes comme organe politique ; il n'y a point à faire intervenir la notion d'acte de gouvernement. Quant aux décrets sur la police sanitaire, il n'est point du tout certain que le recours contentieux ne puisse pas les atteindre ; seulement, les lois donnent au gouvernement un pouvoir très étendu et il y aura rarement une cause de nullité. Les faits de guerre sont

des opérations matérielles qui soulèvent seulement la question de responsabilité de l'État, laquelle est toute différente de celle examinée en ce moment. Quant aux actes relatifs à la sûreté intérieure de l'État, en faire des actes de gouvernement insusceptibles de tout recours, c'est revenir à la raison d'État, ce qui est inadmissible dans un pays libre. Hauriou confond, comme le font beaucoup d'auteurs moins avertis que lui, les actes faits par le gouvernement comme organe politique et ceux qu'il fait comme organe administratif. Ceux-ci sont toujours susceptibles de recours, quelque motif qui les ait déterminés.

Pour soutenir qu'il y a dans notre droit des actes qui, normalement, seraient susceptibles d'être attaqués par le recours contentieux administratif, mais qui échappent à ce recours à cause de leur qualité d'actes de gouvernement, on invoque encore quelquefois l'article 26 de la loi du 24 mai 1872 sur le conseil d'État : « Les ministres ont le droit de revendiquer devant le tribunal des conflits les affaires portées à la section du contentieux et qui n'appartiendraient pas au contentieux administratif. » D'après Hauriou (*loc. cit.*), ce texte donne au tribunal des conflits le pouvoir de dresser la liste des actes de gouvernement. Je ne connais pas un seul cas où depuis 1872 ait été faite application de l'article 26. Il est vraisemblablement le résultat d'une erreur législative et par conséquent ne saurait être invoqué; il est la reproduction de l'article 47 de la loi du 3 mars 1849, dans lequel on a substitué « les ministres » au « ministre de la justice ».

En tout cas, ce texte ne s'appliquerait qu'aux actes politiques proprement dits, c'est-à-dire à ceux qui sont faits par le gouvernement agissant comme organe politique, et qui sont insusceptibles de recours contentieux administratif, non pas à raison de leur nature ou de

leur but, mais à raison du caractère de l'organe duquel ils émanent.

Enfin, je ne puis accepter la proposition d'Hauriou disant que la théorie des actes de gouvernement est une sorte de compromis entre le gouvernement et la juridiction du conseil d'État. « On a mis, dit-il, certains actes hors de la légalité; moyennant ce sacrifice, tous les autres actes pourront être soumis progressivement à la légalité. » Il n'y a pas d'actes qui soient hors de la légalité. Il ne peut pas y en avoir dans un État civilisé, dans un État de droit. Les actes politiques eux-mêmes sont dominés par le principe de légalité; mais pour eux la sanction en est mise en œuvre par le parlement, au lieu de l'être, comme pour les actes des autorités administratives, par les tribunaux. Ce n'est pas le principe de légalité qui subit un échec, c'est son mode de sanction qui n'est pas encore complètement organisé.

Avant la guerre, le tribunal des conflits et le conseil d'État repoussaient très nettement la doctrine néfaste des actes de gouvernement.

Le tribunal des conflits l'a repoussé implicitement, mais très nettement, par ses jugements des 4, 5, 13, 17 et 20 novembre 1880, rendus à propos de l'exécution des décrets du 29 mars 1880 contre les congrégations religieuses. Dans ses conclusions, M. l'avocat général Ronjat avait dit : « On peut soutenir que l'acte fait par l'autorité publique est un acte de gouvernement qui ne peut être l'objet d'un recours quelconque devant les tribunaux administratifs ou judiciaires... S'il existe de pareils actes, le décret du 29 mars 1880 en est un... Si vous pensez que l'acte n'a pas le caractère que nous venons d'indiquer, vous avez à examiner si cet acte est un acte administratif qui ne peut être déféré qu'aux tribunaux administratifs ou s'il constitue une voie de fait de la compétence des tribunaux judiciaires. » Or, le tribunal

des conflits déclare « qu'il ne saurait appartenir à l'autorité judiciaire d'annuler les effets et d'empêcher l'exécution de cet acte administratif..., que si les demandeurs se croyaient fondés à soutenir que la mesure prise contre eux n'était autorisée par aucune loi..., c'était à l'autorité administrative qu'ils devaient s'adresser pour faire prononcer l'annulation de cet acte ». Le tribunal des conflits décidait ainsi que les décrets du 29 mars 1880 n'étaient point des actes de gouvernement et il affirmait la recevabilité du recours pour excès de pouvoir qui serait dirigé contre eux.

V. le texte des jugements du tribunal des conflits 4, 5, 13, 17 et 20 novembre 1880, avec les conclusions de M. l'avocat général Ronjat, S., 1881, III, p. 85 et s.

Le conseil d'État a lui aussi très nettement repoussé la théorie régalienne des actes de gouvernement à propos du recours formé par les princes d'Orléans et le prince Murat contre la décision du ministre de la guerre qui, invoquant la loi du 22 juin 1886, relative aux membres des familles ayant régné sur la France, les avait rayés des cadres du contrôle de l'armée. Le ministre de la guerre opposait aux pourvois une fin de non-recevoir tirée de ce que les décisions attaquées constituaient des actes de gouvernement, qui ne seraient pas de nature à être déférés au conseil d'État par la voie du recours pour excès de pouvoir. Le conseil rejette cette fin de non-recevoir, « considérant qu'il résulte du texte même des décisions attaquées que le ministre de la guerre les a prises en vue d'appliquer l'article 4 de la loi du 22 juin 1886, qu'ainsi il a agi dans l'exercice des pouvoirs d'administration qui appartiennent aux ministres pour assurer l'exécution des lois et que ces décisions constituent des actes administratifs susceptibles d'être déférés au conseil d'État par application des lois des 7-14 octobre 1790 et 24 mai 1872 ». Le

conseil rejetait au fond le recours des princes d'Orléans et faisait triompher celui du prince Murat.

V. le texte des arrêts du conseil d'État, 20 mai 1887, avec les conclusions de M. Marguerie, commissaire du gouvernement, S., 1889, III, p. 19 et s.

Le tribunal des conflits a encore très nettement repoussé la théorie des actes de gouvernement par trois jugements, reconnaissant la compétence judiciaire pour apprécier la légalité des saisies ordonnées par des préfets agissant en vertu de l'article 10 du Code d'instruction criminelle, saisies de brochures et portraits du comte de Paris. On lit dans le premier de ces jugements : « Considérant qu'en admettant que les instructions verbales invoquées par le préfet de police eussent été données pour l'application... de la loi du 22 juin 1886..., elles ne sauraient imprimer aux mandats et à la saisie le caractère d'actes administratifs ou de gouvernement ; qu'en effet, la saisie ne change pas de nature par ce fait qu'elle est ordonnée par le ministre de l'intérieur dans un but politique et que la mesure a été approuvée par les chambres... ; que si le gouvernement a le devoir d'assurer la sécurité de l'État et de réprimer toute entreprise tentée contre la République par les membres des familles ayant régné en France, il n'est investi à cet égard que des pouvoirs que la loi lui donne..., que le droit de pratiquer discrétionnairement des saisies ne résulte ni de la loi du 22 juin 1886, ni d'autres lois. »

Tribunal des conflits, 25 mars 1889, S., 1890, III, p. 32 et s., les conclusions de M. Valabrègue et de M. Marguerie, commissaires du gouvernement.

La théorie des actes de gouvernement paraissait bien aussi condamnée par un jugement du tribunal des conflits du 25 mars 1911 (*Rougier* c. *Carteron*), dans une espèce un peu spéciale (*Recueil,* p. 392, avec les conclusions de M. Chardenet, commissaire du gouvernement, S., 1911, III, p. 105, avec une note d'Hauriou, *Revue du droit public,* 1911, p. 663, avec une note inté-

ressante de Jèze, qui montre bien que le tribunal des conflits a encore rejeté la théorie des actes de gouvernement, *Revue de droit international privé*, 1911, p. 97 et s.).

Devant cette jurisprudence, qui paraissait si ferme et si bien établie, j'écrivais en 1911, au tome I, page 213, de la première édition de cet ouvrage : « On peut donc considérer comme définitivement condamnée la doctrine d'après laquelle étaient soustraits à tout recours les actes inspirés par un but de défense gouvernementale, et de cela il faut se féliciter, car elle n'était qu'une survivance des régimes d'arbitraire. Comme conséquence, on doit écarter définitivement de la terminologie du droit public l'expression *actes de gouvernement*, qui ne peut que soulever des discussions désormais sans objet. »

Malheureusement, mes prévisions ont été démenties. Sous l'action des circonstances spéciales nées de la guerre, et aussi, il faut bien le dire, sous l'influence du mal intérieur, qui paraît avoir atteint sa jurisprudence, le conseil d'État vient de revenir à la théorie régalienne et arbitraire des actes de gouvernement. Par son arrêt *Graty* du 4 janvier 1918, il a décidé qu'aucun recours contentieux n'est recevable contre l'arrêté ministériel qui a ordonné l'internement d'un sujet belge dans un dépôt spécial pendant la durée des hostilités. Une pareille décision est assurément un acte administratif et par son objet et à raison du caractère de l'agent dont elle émane, le ministre de l'intérieur, incontestablement autorité administrative. Par suite, à moins d'admettre la théorie des actes de gouvernement, le recours pour excès de pouvoir était certainement recevable contre un pareil acte. Je crois, au surplus, que la décision était illégale et que le recours pour excès de pouvoir était fondé, parce que d'après les règles constantes du droit interne et du droit international, les autorités d'un pays belligérant peuvent légalement ordonner l'internement des sujets d'une puissance ennemie, mais non

des sujets d'une puissance alliée ; elles peuvent seulement les expulser du territoire. Au reste, peu importe, la question n'est pas là ; elle est seulement de savoir si le recours pour excès de pouvoir était recevable contre un pareil acte ou si, revenant à la théorie régalienne des actes de gouvernement, on devait le déclarer non recevable en raison des motifs gouvernementaux qui avaient déterminé la décision.

J'ai le regret de dire que c'est ce qu'a décidé le conseil d'État, « considérant que cette décision relève de l'exercice du pouvoir qui appartient au gouvernement chargé de veiller à la sécurité du territoire de la France et d'assurer la défense nationale, de prendre en temps de guerre, à l'égard des étrangers, les mesures de police qu'il juge nécessaires à cette fin ; qu'elle n'est pas de la nature des actes qui peuvent être déférés au conseil d'État pour excès de pouvoir ». J'aurais compris, à l'extrême rigueur, que le conseil d'État, à raison des circonstances exceptionnelles dans lesquelles se trouvait le pays, déclarât le recours mal fondé. Mais je ne puis admettre qu'il le déclare non recevable et qu'il revienne ainsi à la théorie, depuis longtemps condamnée, des actes de gouvernement. Si la plus haute juridiction du pays ouvre ainsi une brèche dans le principe de légalité matérielle, on ne sait pas jusqu'où cela peut conduire.

Conseil d'État, *Graty,* 4 janvier 1918, *Recueil,* p. 1 ; *Revue du droit public,* 1918, p. 212, avec une note de Jèze, qui montre bien que l'arrêt du conseil d'État est un retour à la théorie des actes de gouvernement et qui conclut en disant : « Les principes juridiques sont sacrifiés et l'esprit de légalité dans notre pays n'en sort pas renforcé. »

Outre les auteurs précédemment cités, on peut consulter les suivants, sauf cette réserve que pour la plupart ils confondent ce que je me suis attaché soigneusement à distinguer : les actes politiques, c'est-à-dire les actes faits par le gouvernement comme organe politique et les actes de gouvernement proprement dits.

Lecourtois, *Des actes de gouvernement,* thèse Poitiers, 1899; Lonné, *Des actes de gouvernement,* thèse Paris, 1898; Fabre, *Des actes de gouvernement,* thèse Montpellier, 1908; Dauphinot, *Les actes de gouvernement,* thèse Nancy, 1898; J. Renault, *Des actes discrétionnaires,* thèse Paris, 1899; Béguin, *Des actes des autorités administratives qui échappent à un recours pour excès de pouvoir,* thèse Paris, 1911; Hauriou, *Note* sous arrêt *Gugel,* 30 juin 1893, S., 1895, III, p. 41.

La question des règlements de nécessité. — Elle est toute différente de la précédente. Elle est celle de savoir si, dans certaines circonstances, il peut y avoir une exception au principe de légalité formelle, si le gouvernement ou l'autorité administrative peuvent faire des règlements en dehors des cas où la loi leur en donne expressément le pouvoir. La question n'est pas alors de savoir si aucun recours contentieux n'est recevable contre de pareils règlements. Tous les recours contentieux du droit commun peuvent certainement être formés contre eux; la question est seulement de savoir s'ils sont fondés, si à raison des circonstances dans lesquelles le règlement est intervenu, il doit être déclaré valable bien que l'organe dont il émane ait agi en dehors des limites dans lesquelles la loi lui donnait le pouvoir réglementaire. S'il en est ainsi, on dit qu'il y a règlement de nécessité. Les actes de gouvernement, s'ils existent, sont des exceptions au principe de légalité matérielle; les règlements de nécessité seraient des exceptions au principe de légalité formelle. Aucun recours contentieux n'est recevable contre un acte de gouvernement; le recours pour excès de pouvoir est recevable contre un règlement de nécessité, mais il doit être déclaré mal fondé.

La doctrine allemande, logique avec elle-même, admet sans hésiter la théorie des règlements de nécessité. Elle enseigne que, dans certaines circonstances, le gouvernement peut régulièrement édicter des règlements

en dehors des cas où la constitution et la loi lui donnent ce pouvoir. Voici notamment ce qu'écrit Jellinek : « Il résulte de la nature de l'État et du gouvernement qu'il peut se rencontrer des situations exigeant impérieusement que soient édictées à l'instant même des dispositions qui, en principe, doivent être portées par la voie législative. Si la constitution refuse, en pareil cas, au gouvernement le droit de suppléer la volonté du législateur, elle crée par là même une de ces situations qui doivent être évitées, dans lesquelles la réalité des forces naturelles de l'État tend à remplir la place laissée vacante par l'ordonnancement juridique. Le gouvernement est alors contraint par la force des circonstances de pourvoir, sous sa responsabilité, à la nécessité par tous les moyens qui sont à sa disposition, et il appartient alors aux chambres d'arranger les choses par une ratification postérieure de l'atteinte portée au droit formel » (*Gesetz und Verordung*, 1887, p. 376).

Certaines constitutions monarchiques permettaient expressément au gouvernement d'édicter des ordonnances de nécessité, notamment l'article 14 de la constitution autrichienne du 21 décembre 1867, qui portait : « Si des circonstances urgentes rendent nécessaires, dans l'intervalle des sessions, quelques mesures exigeant, suivant la constitution, le vote du Reichsrath, il pourra y être pourvu, sous la responsabilité collective du ministère, par ordonnance de l'empereur... »

Ce droit, au contraire, n'appartenait pas à l'empereur allemand. On lit à ce sujet dans le *Traité de droit public allemand* de Laband : « Les écrivains qui traitent du droit public de l'Empire conviennent d'un commun accord que les ordonnances qui pourraient déroger aux lois de l'Empire ne peuvent pas être publiées sans violer la constitution, même dans le cas de nécessité et en l'absence du Reichstag. La constitution ne contient

pas la moindre disposition qui établisse à quelles conditions une ordonnance de ce genre est valable, ni par qui elle peut être publiée, ni quels sont ses effets et sa forme. » Mais la constitution républicaine du 11 août 1911 donne au président du Reich le pouvoir que n'avait pas l'empereur d'édicter des règlements de nécessité. « Le président d'Empire peut, lorsque la sécurité et l'ordre public sont, dans l'Empire allemand, gravement troublés ou mis en péril, prendre les mesures nécessaires au rétablissement de la sécurité et de l'ordre public... A cet effet, il peut, à titre transitoire, suspendre en tout ou en partie les droits fondamentaux proclamés par la constitution... « (Art. 48, § 2).

En France, la seule constitution qui ait permis la suspension de la constitution et du pouvoir législatif et comme conséquence le droit pour le gouvernement d'édicter des règlements de nécessité est la constitution de l'an VIII, dont l'article 92 portait : « Dans le cas de révolte à main armée et de troubles qui menaceraient la sécurité de l'État, la loi peut suspendre dans les lieux et pour le temps qu'elle détermine l'empire de la constitution; cette suspension peut être provisoirement déclarée dans les mêmes cas par un arrêté du gouvernement, le corps législatif étant en vacances, pourvu que ce corps soit convoqué au plus court terme par un article du même arrêté. » On a prétendu que l'article 14 de la charte de 1814 donnait au roi, au cas de circonstances graves, le droit d'édicter des ordonnances sur des matières législatives et même des ordonnances suspendant ou modifiant, à raison des circonstances, les lois formelles existantes. C'est à la faveur de ce texte que le ministère Polignac prétendit donner une base légale aux ordonnances du 25 juillet 1830. Certainement, dans la pensée de ses auteurs, la charte n'avait pas cette portée. Elle donnait simplement au roi le pouvoir

d'édicter des ordonnances de police générale, mais non point de suspendre ou modifier des lois existantes. On sait que le roi Charles X, en signant les ordonnances de juillet, signa d'avance son abdication.

Depuis 1814, il n'est pas une de nos constitutions ni de nos lois qui reconnaisse expressément, quelles que soient les circonstances, le pouvoir au gouvernement de faire des règlements sur des matières législatives, de modifier, d'abroger ou de suspendre une loi formelle. Même sous le régime de l'état de siège, le gouvernement n'a pas le droit, reconnu légalement, d'édicter des dispositions par voie générale dans le domaine législatif. La loi du 9 août 1849 donne pendant la durée de l'état de siège des pouvoirs exceptionnels à l'autorité militaire et, par là même, au gouvernement qui dispose de la force armée. Mais ces pouvoirs sont expressément et limitativement indiqués par l'article 9 de la loi de 1849; et cet article 9 ajoute : « Les citoyens continuent, nonobstant l'état de siège, à exercer tous ceux des droits garantis par la constitution, dont la jouissance n'est pas suspendue par les articles précédents. » Or, aucun des articles de la loi de 1849 ne fait une allusion, de près ou de loin, au droit qui appartiendrait au gouvernement, pendant la durée de l'état de siège, de publier des dispositions par voie générale en matière législative. Il n'en a donc certainement pas le pouvoir. Il importe d'affirmer cela bien nettement, parce que, pendant la guerre, on a dit parfois et le gouvernement, à certains moments, a eu évidemment quelque complaisance à le laisser dire, qu'à la faveur de l'état de siège le président de la République pouvait exercer un véritable pouvoir législatif. C'est en s'inspirant de cette idée que le gouvernement a édicté, pendant la durée des hostilités, toute une série de dispositions sur des matières législatives. Elles ne pou-

vaient trouver dans la loi de 1849 aucune base légale.

Cependant, même dans l'état actuel de notre droit positif, il est bien difficile de dire que jamais, quelles que soient les circonstances, le gouvernement ne pourra porter des décrets réglementaires sur des matières législatives. Il faut incontestablement lui reconnaître ce pouvoir dans certaines circonstances et sous des conditions et des réserves étroitement déterminées. Il faut, en effet, éviter à tout prix d'aboutir à la théorie allemande du *Nothrecht*. La pente est rapide et dangereuse, et il faut se garder de toute doctrine susceptible de l'ouvrir aux gouvernements trop enclins dans les circonstances graves, malgré la vertu des hommes qui les composent, à dire, comme le chancelier Bethmann Hollweg : *Noth hat kein Geboth,* formule naturelle du despotisme et de l'arbitraire.

Je suis disposé à penser que dans certaines circonstances exceptionnelles le gouvernement peut, sous la pression de la nécessité, édicter régulièrement des règlements d'ordre législatif, des règlements même suspendant, modifiant ou abrogeant une loi formelle existant, mais sous les trois conditions suivantes : 1° il faut qu'il y ait une guerre étrangère, une insurrection à main armée ou une grève générale de fonctionnaires ; 2° il faut qu'il y ait impossibilité matérielle de réunir le parlement, ou du moins que le parlement n'étant pas réuni, il y ait une telle urgence qu'on ne puisse pas attendre l'expiration du délai minimum indispensable pour le convoquer et le réunir ; 3° il faut que le règlement législatif soit fait avec l'intention, exprimée ou non, mais réelle, qu'il soit soumis à la ratification du parlement, dès qu'il sera possible de le réunir et à sa première réunion. Cette dernière condition est indispensable, parce que seule elle est la preuve qu'en édictant un règlement de nécessité, le gouvernement

n.a pas voulu empiéter sur le domaine législatif, mais qu'il a dû, à raison de la situation exceptionnelle dans laquelle se trouvait le pays, en présence de l'urgence et de l'impossibilité de réunir le parlement, édicter lui-même une disposition générale indispensable.

Tant que le parlement ne peut pas se réunir, le règlement législatif fait par le gouvernement doit certainement s'appliquer. Les tribunaux ne peuvent pas refuser d'en tenir compte sous prétexte qu'il n'est pas légal. Le recours pour excès de pouvoir est certainement recevable parce que l'acte émane du gouvernement agissant comme organe administratif; mais il devrait être déclaré mal fondé si l'on n'invoque pas d'autres moyens que l'illégalité provenant de ce qu'il porte sur une matière législative. Au contraire, si le parlement s'est réuni et que le gouvernement n'ait pas soumis immédiatement le règlement de nécessité à l'approbation des chambres, il devient caduc; les tribunaux doivent refuser d'en faire application; le gouvernement a incontestablement empiété sur le domaine législatif puisque, le parlement étant réuni, il ne lui a pas demandé immédiatement de ratifier le règlement législatif qu'il a été obligé de prendre. Le recours pour excès de pouvoir dirigé contre le règlement devrait être déclaré recevable et fondé et le conseil d'État prononcer l'annulation dudit règlement.

Si le parlement appelé à statuer ne ratifie pas le décret, celui-ci naturellement est frappé de caducité. Si, au contraire, les chambres le ratifient, il devient une véritable loi du jour où il a été porté. Il ne tire pas d'ailleurs, en réalité, sa force obligatoire de la ratification parlementaire; la rétroactivité est une fiction, et il faut écarter du droit toute fiction. La ratification ne peut produire d'effet que du jour où elle intervient. Si le règlement de nécessité, ratifié postérieurement, pro-

duit ses effets du jour de sa date, c'est que dès ce moment, à raison des circonstances, à raison des conditions dans lesquelles il a été publié, il avait déjà force législative.

Pendant la guerre, le gouvernement a eu une tendance regrettable à invoquer la doctrine du droit de nécessité et à l'appliquer sans que cependant, à aucun moment, les conditions que je viens d'indiquer comme pouvant seules le justifier se soient trouvées réunies, puisque à aucun moment le parlement n'a été vraiment dans l'impossibilité de se réunir ; et j'ai le regret de dire que le conseil d'État n'a eu ni la netteté juridique ni la fermeté désirable pour censurer une pareille pratique et annuler ces prétendus règlements de nécessité.

Dans les premiers mois de la guerre ont été portés toute une série de règlements sur des matières législatives touchant les choses militaires, l'état des officiers, les conseils de guerre, la suspension de l'article 65 de la loi du 22 avril 1905 relative à la communication des dossiers avant l'application de mesures disciplinaires concernant les officiers. Sans doute, il n'y avait pas impossibilité matérielle à réunir le parlement, mais ces mesures présentaient une urgence extrême ; beaucoup de membres du parlement étaient mobilisés et l'on peut dire, à l'extrême rigueur, qu'à cet égard, le gouvernement se trouvait bien réellement dans un cas de nécessité. D'autre part, dès que le parlement se réunit à Paris, à la fin de 1914, on lui demanda la ratification de tous les décrets législatifs touchant les choses militaires ; et ils furent en effet ratifiés par la loi du 30 mars 1915.

Au contraire, le gouvernement a certainement outrepassé ses pouvoirs dans les décrets qu'il a portés à la même époque, touchant l'état des fonctionnaires civils ;

et l'on ne peut pas, pour les valider, invoquer la théorie des règlements de nécessité. Le parlement pouvait être réuni et il n'y avait point une urgence telle que le gouvernement ne pût attendre les quelques jours nécessaires pour provoquer et réaliser cette réunion. C'est ainsi qu'étaient, à mon avis, certainement illégaux, les deux décrets du 10 et du 16 septembre 1914, dont le premier déclarait suspendue, en ce qui concerne les fonctionnaires civils, l'application de l'article 65 de la loi du 22 avril 1905, et le second suspendu pour toute la durée de la guerre le fonctionnement des conseils de discipline *institués par des lois* ou des règlements. Cf. *supra*, p. 163 et 164.

Cependant, à mon grand étonnement, le conseil d'État a décidé que ces deux décrets étaient légaux. Je me suis permis de qualifier ses arrêts d'incohérents, parce qu'en effet ils fondent la légalité de ces décrets, suspendant l'application de certaines lois, sur le pouvoir que donne au président de la République l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875; or, ce texte donne au chef de l'État compétence *pour surveiller et assurer l'exécution des lois* et non point compétence pour en suspendre l'application.

Conseil d'État, *Heyriès*, 28 juin 1918, *Recueil*, p. 651; *Fabre*, 16 janvier 1920, *Recueil*, p. 38. Cf. *supra*, p. 164, 165 et 173.

Je ne puis passer en revue tous les décrets qui, pendant la guerre, ont été portés par le gouvernement sur des matières législatives, décrets modifiant, suspendant des lois formelles. Certains ont été postérieurement remplacés par des lois, comme les décrets du 7 janvier 1915, portant interdiction de la vente en gros et en détail de l'absinthe et interdisant l'ouverture de nouveaux débits de boisson. Ces décrets ont été remplacés par les lois du 16 mars 1915 et du 9 novembre 1915. Ces lois n'étaient point la ratification des décrets du 7 janvier

1915, de telle façon que la question de leur légalité a pu se poser devant les tribunaux, et la cour de cassation, qui s'est montrée plus respectueuse du principe de légalité que le conseil d'Etat, a très justement décidé qu'ils étaient entachés d'excès de pouvoir.

Arrêt de la cour de cassation (chambre criminelle) du 30 novembre 1916, cassant un arrêt de la cour de Poitiers, Dall., 1917, I, p. 43, et dans le même sens, Cass. crim., 5 janvier 1917, Dall., 1917, I, p. 44.

Beaucoup de décrets portés, en 1916 et en 1917, sur des matières législatives et notamment en vue du ravitaillement, n'ont point été soumis à la ratification parlementaire, ni remplacés par des lois. Ils étaient certainement illégaux par la simple raison qu'il n'y avait aucune impossibilité de réunir le parlement, puisque le parlement était en fait réuni et qu'assurément ils ne présentaient pas une urgence telle qu'on ne pût demander au parlement un vote d'urgence. C'était l'affaire de quelques heures. La plupart de ces décrets étaient précédés de visas où l'on invoquait l'article 9 de la loi du 9 août 1849 sur l'état de siège. C'était tout simplement une preuve nouvelle de l'ignorance totale du droit qui règne dans les milieux ministériels. J'ai déjà dit que cette loi n'avait rien à faire ici et qu'aucun de ces articles ne donne au gouvernement compétence d'édicter, pendant l'état de siège, des règlements législatifs. Les tribunaux judiciaires n'ont pas hésité à déclarer illégaux ces divers décrets, sanctionnant ainsi, très nettement, le principe de légalité. La cour de cassation s'est montrée dans ces circonstances plus ferme que le conseil d'État et l'on doit l'en féliciter.

Je ne citerai qu'un exemple. Le décret du 3 mai 1917 portait à 85 p. 100 le taux de blutage de la farine. Des lois antérieures, 16 octobre 1915 (art. 8), 25 avril 1916, 29 juillet 1916, l'avaient successivement fixé à 74 p. 100, 77 p. 100 et 80 p. 100. Un meu-

nier ayant été poursuivi pour violation du décret du 3 mai 1917, la cour de Poitiers refusa de lui faire l'application de ce décret le déclarant illégal. La cour de cassation, chambre criminelle, s'est prononcée dans le même sens : « Attendu que le gouvernement ne peut modifier par décret une disposition législative et édicter de sanction pénale que lorsqu'il y a été autorisé par une disposition générale ou spéciale de la loi ; que cette délégation, en ce qui concerne la faculté de modifier le taux d'extraction de la farine, ne se rencontre dans aucune loi ; d'où il suit qu'en déclarant non obligatoires les prescriptions du décret du 3 mai 1917, la cour de Poitiers n'a violé aucune disposition légale... » (Cass. crim., 3 novembre 1917, S., 1917, I, p. 145).

Je fais toute réserve sur les formules employées par la cour suprême qui a le tort de parler de délégation législative, mais j'approuve entièrement sa décision. Rapp. Nîmes, 8 novembre 1917, refusant d'appliquer, parce qu'illégal, le décret du 19 avril 1917, interdisant de fabriquer et de mettre en vente des pâtisseries à farine de froment (*Revue générale d'administration*, janvier-février 1919, p. 87).

Devant ces décisions de justice, le gouvernement comprit enfin qu'il entrait dans une voie illégale et dangereuse et finit par demander aux chambres le vote d'une loi lui donnant des pouvoirs étendus en matière d'alimentation et de ravitaillement ; ce fut l'origine de la loi du 10 février 1918.

Outre les auteurs déjà cités, on peut consulter sur la question du droit de nécessité : Pellegrino, *Il diritto di necessita*, Rome 1903.

§ 100. — *Sanction du principe de légalité.*

La sanction générale du principe de légalité, considéré tant au point de vue formel qu'au point de vue matériel, consiste, en principe, dans l'annulation de l'acte fait en violation de la loi, avec la responsabilité personnelle de son auteur ou celle de l'État, suivant les circonstances dans lesquelles est intervenue l'illégalité et suivant les distinctions que j'ai essayé de préciser aux paragraphes 72, 81 et suivants. Mais comment

cette annulation sera-t-elle prononcée, à quelles conditions peut-elle l'être, quelles en seront les conséquences? Ce sont là autant de points sur lesquels il convient de donner quelques indications.

D'abord, il faut mettre dans une classe à part les actes juridictionnels. Pour le contrôle de leur légalité, les législations positives ont toutes institué une série de voies de recours dont les deux plus importantes sont l'appel et le pourvoi en cassation. Par son effet dévolutif, l'appel soumet au juge supérieur le procès tout entier, tel qu'il s'est présenté en première instance. Il entraîne pour la juridiction d'appel le pouvoir sans doute d'annuler pour violation de la loi le jugement rendu en premier ressort; mais il n'a pas exclusivement ce but, puisque le procès tout entier est remis en question. Au contraire, le pourvoi en cassation a pour but exclusif de soumettre à la juridiction suprême la question de légalité du jugement attaqué. Il est le procédé technique essentiel pour sanctionner le principe de légalité en ce qui concerne les décisions juridictionnelles. J'ai montré aux pages 349 et suivantes du tome II que la juridiction de cassation avait cependant un caractère interne variable, qu'elle était tantôt une juridiction objective, tantôt une juridiction subjective, suivant la nature des actes juridictionnels entrepris. Je ne reviens pas sur ce point.

Pour les actes émanés du parlement, j'ai déjà dit qu'en général le droit moderne n'a pas encore institué des voies de droit pour faire prononcer leur annulation par une juridiction compétente toutes les fois qu'ils sont contraires à la loi. Malgré l'affaiblissement constant de la notion de souveraineté, elle subsiste encore à certains égards; et l'opinion est toujours portée à croire que le parlement est l'organe d'État, qui est le plus particulièrement investi de la souveraineté. C'est

cette croyance erronée qui retarde l'établissement d'une voie de droit susceptible de réprimer énergiquement les illégalités commises par le parlement. Il serait même téméraire de croire qu'un pareil système pourra s'instituer dans un avenir prochain. Mais si aucun recours n'est recevable contre les actes du parlement, j'estime que certainement un tribunal peut et doit toujours refuser de faire application d'un acte émané des chambres quand il est contraire à la loi. J'ai montré au paragraphe 98 que partout une doctrine très fortement défendue reconnaît aux tribunaux le pouvoir d'écarter l'application d'une loi jugée par eux contraire au droit supérieur non écrit ou à la loi constitutionnelle écrite. On doit leur reconnaître, par là même, le pouvoir d'écarter comme non avenu tout acte individuel du parlement, qui serait contraire au droit, par exemple une décision individuelle qui violerait expressément une loi ou porterait atteinte à un contrat passé régulièrement par l'État. Cf. *supra*, p. 402 et s., ce que j'ai dit des contrats de l'État.

Reste maintenant à parler des actes innombrables faits par les divers agents et organes administratifs. En ce qui les concerne, une première sanction du principe de légalité réside dans le droit de contrôle général qui, dans les pays pratiquant le régime parlementaire, appartient au parlement sur toute l'activité administrative. Assurément, en fait, dans ses interventions, le parlement est souvent déterminé, bien plutôt par des considérations politiques que par des raisons proprement juridiques. Malgré cela, on ne saurait méconnaître que le système d'une large responsabilité ministérielle devant les chambres constitue, au profit de l'individu, contre les violations du principe de légalité, une première garantie qui n'est point illusoire. Mais elle serait incontestablement insuffisante. Un pays ne pratique

vraiment le régime de l'État de droit que s'il a fortement organisé un système de sanction juridictionnelle. On sait déjà qu'à cet égard aucun pays n'est aussi avancé que la France. Le système est forcément compliqué. Les modes de sanction juridictionnels doivent, en effet, varier suivant les caractères des actes administratifs considérés et aussi suivant les caractères de l'illégalité dont ils sont affectés. Il faut reprendre les distinctions qui ont été développées au tome II, pages 263 et suivantes, et examiner successivement les actes administratifs n'ayant pas le caractère juridique ou opérations matérielles administratives, les actes administratifs objectifs, actes-règles et actes-conditions, les actes administratifs subjectifs.

Opérations matérielles administratives. — Il a été expliqué au tome II, pages 232 et suivantes, que bien souvent l'activité administrative se traduit par de simples opérations matérielles, n'ayant aucun caractère juridique, et qui ne tendent en aucune espèce de façon à faire naître une situation de droit. On a expliqué comment elles tombent cependant sous la prise du droit. Il ne peut évidemment pour ces opérations être question d'annulation; elles peuvent seulement, quand les agents qui les accomplissent commettent une faute, entraîner la responsabilité de l'administration ou de l'agent dans les conditions et suivant les distinctions qui ont été étudiées aux paragraphes 72, 81 et suivants.

J'ai dit aussi (§ 64) que lorsque, comme il arrive souvent, ces opérations matérielles sont des actes d'exécution sur les personnes ou sur les biens, elles ne peuvent être faites que par les fonctionnaires compétents et suivant certaines formes rigoureusement déterminées par la loi. Alors se pose véritablement une question de compétence et de forme; et il faut distin-

guer les cas où il y a usurpation de pouvoir et ceux où il y a simplement abus de pouvoir. Mais la sanction ne sera pas l'inexistence ou la nullité. On ne peut pas dire d'un acte d'exécution qu'il est inexistant ou nul. La sanction sera dans la responsabilité qui atteindra, suivant les cas, l'agent qui fait l'acte ou l'administration seulement.

Il y a *usurpation de pouvoir* dans toute opération matérielle, acte d'exécution sur les personnes ou sur les biens, par laquelle l'agent administratif est sorti du domaine administratif. Dans la conception française, tout acte d'exécution sur la personne ou sur les biens doit être fait par un agent judiciaire ou en vertu d'une décision prise par un agent judiciaire. Cela résulte du principe même de la séparation de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif. Cf. §§ 54, 55 et 56. Par conséquent, tout agent administratif qui fait ou ordonne un acte d'exécution sur la personne ou sur les biens est présumé commettre une *usurpation de pouvoir*. C'est seulement dans le cas où il est établi que la loi a donné expressément et exceptionnellement compétence à un agent administratif pour procéder à un acte d'exécution sur la personne ou sur les biens qu'il n'y aura pas usurpation de pouvoir.

Quand il y a usurpation de pouvoir dans un acte d'exécution, on ne peut pas dire que l'acte est inexistant. Mais il y a un simple fait qui peut être même une infraction (Code pénal, art. 114 et s.) et qui entraîne la responsabilité personnelle de l'agent administratif, laquelle sera jugée par les tribunaux judiciaires. Cf. § 72, pour la responsabilité des fonctionnaires.

Il y a *abus de pouvoir* quand l'agent administratif fait une opération matérielle en restant dans le domaine administratif ou même un acte d'exécution sur la personne et sur les biens que la loi a donné exceptionnel-

lement à un agent administratif pouvoir de faire, mais commet une faute, soit parce que l'acte devait être fait par un autre agent administratif, soit parce qu'il l'a fait sans les formalités exigées par la loi, soit parce que tout en poursuivant un but administratif, il avait en vue un but autre que celui que la loi avait en vue en lui donnant pouvoir à cet effet.

La notion d'*abus de pouvoir* correspond très exactement à la notion d'*excès de pouvoir*, avec cette différence que l'excès de pouvoir s'applique à un acte d'ordre juridique et l'abus de pouvoir à une opération matérielle. L'acte entaché d'excès de pouvoir reste un acte administratif; l'opération entachée d'abus de pouvoir reste une opération administrative. Ici non plus, naturellement, il ne peut être question d'une annulation. La sanction sera la responsabilité qui atteindra non pas l'agent administratif, mais l'administration elle-même et qui sera jugée par les tribunaux administratifs et non par les tribunaux judiciaires. On voit par là combien il est important de distinguer l'usurpation de pouvoir et l'abus de pouvoir.

Cette distinction est très nettement admise par les meilleurs auteurs de droit administratif. Si les expressions *usurpation de pouvoir* et *abus de pouvoir* ne sont pas toujours employées, les choses différentes qu'elles désignent sont bien distinguées; et l'on s'accorde à reconnaître, ce qui est l'essentiel, que l'usurpation de pouvoir entraîne responsabilité de l'agent avec compétence judiciaire, et l'abus de pouvoir responsabilité de l'administration avec compétence administrative. C'était l'opinion très nettement affirmée par Laferrière. D'autre part, Hauriou expose une véritable théorie de la voie de fait. Il distingue la voie de fait par manque de droit et la voie de fait par manque de procédure; et il écrit notamment : « La voie de fait n'est pas un fait de ser-

vice, puisqu'elle est totalement en dehors des pouvoirs de l'administration ou de ses procédures et, par conséquent, en dehors de l'exécution des services. La voie de fait, c'est une incompétence qui va jusqu'à l'usurpation de pouvoir... » (*Droit administratif*, 10e édit., 1921, p. 35, note 3).

Berthélemy enseigne très fortement la même doctrine, dans un article de la *Revue du droit public*, 1904, p. 209, intitulé *De l'exercice de la souveraineté par l'autorité administrative*. Cf. Chabert-Ortland, *Contribution à l'étude des voies de fait en droit administratif*, thèse Lille, 1907.

La jurisprudence du tribunal des conflits paraît, il est vrai, hésitante. La question s'est posée très nettement en 1902, à propos de l'apposition des scellés par un préfet sur des immeubles appartenant à des particuliers et occupés par une école congréganiste fermée par un décret du gouvernement invoquant l'article 13, § 2, de la loi du 1er juillet 1901. La société immobilière propriétaire de l'immeuble dans lequel était l'école avait formé une action en restitution contre le préfet du Rhône devant les tribunaux judiciaires. La cour de Lyon s'était déclarée compétente, et même avait statué sur le fond. A mon avis, c'était parfaitement jugé : l'apposition des scellés est un acte d'exécution sur les biens; l'agent administratif ne peut procéder à cet acte que dans les cas où la loi lui donne expressément pouvoir à cet effet; or, la loi de 1901 ne donnait point ce pouvoir au préfet; il y avait donc usurpation de pouvoir, voie de fait, et par suite compétence judiciaire; le tribunal des conflits aurait dû annuler l'arrêté de conflit. Au lieu de cela, il le maintient, et par des considérants qui n'en sont pas. « Considérant, était-il dit, qu'il ne saurait appartenir à l'autorité judiciaire d'annuler les effets et d'empêcher l'exécution de ces actes administratifs (décrets prononçant la fermeture des écoles); que l'apposition des scellés... ne constitue pas un acte de dépossession pouvant servir de base à une action devant les tribunaux judiciaires » (Tribunal des conflits, 2 décembre 1902, Sirey, 1904, III, p. 17, avec une note d'Hauriou; Dall., 1903, III, p. 41; *Recueil*, 1902, p. 713).

Cette décision du tribunal des conflits a été rendue sur les conclusions conformes de M. le commissaire du gouvernement Romieu, qui a essayé, mais en vain, de limiter les cas où dans le silence de la loi l'autorité administrative peut procéder à des actes d'exécution sur la personne et sur les biens; il reconnaît

les dangers de l'exécution forcée par voie administrative et il cherche à limiter les cas où elle est possible. D'après lui, pour qu'elle le soit, quatre conditions doivent être réunies : 1° il faut que l'opération administrative pour laquelle l'exécution est nécessaire ait sa source dans un texte de loi précis ; 2° il faut que par suite de la résistance à la loi ou à l'acte de puissance publique, il y ait lieu à exécution forcée ; 3° il faut que l'absence de sanction pénale rende nécessaire l'exécution par voie administrative ; 4° il faut que les mesures d'exécution forcée tendent uniquement, dans leur objet immédiat, à la réalisation de l'opération prescrite par la loi. On ne voit guère sur quoi se fondait le savant commissaire du gouvernement pour formuler ces quatre propositions ; et en tout cas, elles ne viennent limiter que bien imparfaitement l'arbitraire d'une exécution par voie administrative en dehors d'un texte de loi qui l'autorise expressément.

Cf. les critiques adressées aux conclusions de M. Romieu par Berthélemy dans l'article précité, *Revue du droit public,* 1904, p. 209, et sur certains points par Hauriou, *Note* sous décision précitée du tribunal des conflits, Sirey, 1904, III, p. 17. Rapp. cons. d'État, 12 mars 1909 (*comm. Triconville*), qui reconnaît la régularité de l'apposition des scellés sur l'ordre d'un préfet sur un presbytère pour en assurer l'évacuation par le desservant, *Revue du droit public,* 1909, p. 696, note de Jèze, et *Recueil,* p. 275, avec les conclusions de M. Chardenet. Cf. cons. d'État, 10 décembre 1910, *Recueil,* p. 937.

La thèse de M. Romieu a été reprise par M. Léon Blum dans ses conclusions pour deux affaires de presbytère, *Bouchon* et *Hardel.* Mais il conclut à l'annulation de la mise en demeure du préfet, parce qu'en fait il y avait eu par la mise sous séquestre une sanction judiciaire. C'est la solution qui est donnée par le conseil d'État dans les deux arrêts, 17 mars 1911 (*Recueil,* p. 341, avec les conclusions de M. Léon Blum).

Si le tribunal des conflits décidait en 1902 que l'apposition des scellés sur le local occupé par une congrégation religieuse était une mesure administrative pouvant être ordonnée et exécutée par l'autorité administrative, si le conseil d'État, en 1909 et en 1911, donnait la même solution pour les presbytères, en 1913, au contraire, la haute juridiction décidait que l'apposition des scellés sur une usine fermée pour cause d'insalubrité est un acte d'exécution sur les biens, qui est de la compétence exclusive de l'autorité judiciaire. « Considérant, est-il dit dans l'arrêt, que si le préfet de police avait le droit de mettre la société requérante

en demeure de suspendre jusqu'après autorisation ses opérations relatives à la fabrication de l'acide sulfurique noir, il ne pouvait, sans excès de pouvoir et comme exécution de son arrêté, ordonner l'apposition des scellés sur les appareils servant à la fabrication de ce produit; il s'agit en effet, dans l'espèce, d'une mesure d'exécution qui ne pouvait être prescrite que par l'autorité judiciaire » (7 novembre 1913, *Recueil,* p. 1057).

C'est très bien jugé; mais je voudrais bien que les honorables et savants conseillers d'État me disent pourquoi l'apposition des scellés est une mesure d'exécution appartenant à la compétence exclusive de l'autorité judiciaire lorsqu'elle a lieu sur une usine, et qu'elle est, au contraire, un acte administratif de la compétence de l'autorité administrative lorsqu'elle a lieu sur un local congréganiste ou un presbytère. V. le texte de l'arrêt du 7 novembre 1913, avec une intéressante note d'Hauriou, S., 1916, III, p. 1.

Actes objectifs. — Tout acte objectif, acte-règle ou acte-condition, contraire au principe de légalité, considéré au point de vue matériel ou au point de vue formel, doit être atteint de nullité. C'est cette nullité qui est la sanction par excellence du principe. Un recours doit être accordé à tout intéressé pour obtenir des tribunaux compétents qu'ils prononcent l'annulation. Cette proposition est très simple; elle est incontestable; elle ne peut, en principe, soulever aucune difficulté. Mais dans l'application, diverses questions se posent qui demandent une réponse. Cette nullité apparaît-elle toujours avec le même caractère? Quelles personnes peuvent l'invoquer? Quelle voie de droit leur est ouverte pour faire constater ou prononcer la nullité? Sur tous ces points, la jurisprudence du conseil d'État français a élaboré un système juridique parfaitement cohérent, essentiellement protecteur de l'individu contre l'arbitraire administratif, qui n'a dans les pays étrangers que des équivalents lointains.

L'acte fait en violation de la loi peut être entaché *d'usurpation de pouvoir, d'excès de pouvoir*, ou *de détournement de pouvoir.*

Il y a *usurpation de pouvoir* dans l'acte de l'agent administratif qui sort du domaine administratif. Cette définition implique une législation qui, comme le droit français, admet la distinction du domaine administratif et du domaine judiciaire ; on a expliqué aux paragraphes 54 et 55 cette distinction. Il suffit de donner ici une définition négative et de dire que, dans la conception française, l'agent administratif sort du domaine administratif toutes les fois qu'en dehors d'un texte lui donnant expressément compétence à cet effet, il prend une décision qui touche directement à la liberté individuelle ou à la propriété privée. Par exemple, un agent administratif, en dehors de l'hypothèse prévue par l'article 10 du code d'instruction criminelle, prend un mandat d'arrêt contre un individu, ordonne la confiscation d'une propriété ou toute autre voie d'exécution forcée sur les biens.

Une pareille décision est non seulement nulle, mais inexistante. Elle est comme si elle n'était pas. L'agent étant sorti du domaine administratif, l'acte est un simple fait sans aucun caractère juridique. L'intéressé pourra agir comme si la décision n'avait pas été prise. S'il y a une difficulté, elle sera de la compétence des tribunaux judiciaires, car il n'y a point lieu d'apprécier un acte administratif, puisque l'acte est inexistant. La responsabilité personnelle de l'agent se trouve engagée, et elle sera jugée par les tribunaux judiciaires.

J'ai déjà dit que Laferrière enseignait d'une manière très nette que lorsque le fonctionnaire administratif est sorti du domaine administratif l'acte qu'il a fait est non seulement nul, mais inexistant, qu'il constitue une usurpation de pouvoir, que les tribunaux judiciaires peuvent être directement saisis et que la responsabilité personnelle de l'agent est engagée devant eux. Voici le passage de Laferrière qui doit être cité en entier : « Il y a

cependant un cas où l'acte d'un administrateur prétendant exercer la puissance publique cesserait d'être un acte administratif échappant au jugement des tribunaux. C'est le cas où l'administrateur sortirait non seulement de ses propres attributions, mais des attributions mêmes de l'autorité administrative. Si, par exemple, un administrateur confisquait une propriété, privait un citoyen de sa liberté, supprimait un journal, interdisait un commerce ou une industrie libres, le principe de la séparation des pouvoirs ne s'opposerait pas à ce que la partie lésée réclamât l'assistance des tribunaux judiciaires; il exigerait, au contraire, que leur compétence s'exerçât aussi librement que si la décision de l'administration n'existait pas. Cette décision, en effet, ne serait pas seulement susceptible d'annulation; elle serait inexistante en droit, puisqu'elle serait étrangère par son objet à l'exercice de la fonction administrative » (*Juridiction et contentieux,* 2e édit., 1896, I, p. 479).

J'ai dit aussi, à propos des opérations matérielles, qu'Hauriou enseignait la même doctrine. Il écrit, en effet : « L'administration commet une voie de fait ou usurpation de pouvoir, si elle use d'un droit qui n'a pas été, au préalable, formellement réglementé... Dans la voie de fait, il y a fréquemment un fait personnel du fonctionnaire » (*Loc. cit.*, p. 35 et note 3).

Je crois qu'au cas d'usurpation de pouvoir, il y a toujours faute personnelle de l'agent. Je l'ai montré au paragraphe 72, en étudiant la responsabilité des fonctionnaires. J'ai montré aussi comment l'agent peut se placer en dehors du domaine administratif, en donnant à son acte, soit un objet, soit un but étrangers à la gestion des services publics administratifs. Je n'y reviens pas. Il importe seulement de noter que cette responsabilité personnelle de l'agent n'exclut point les voies de recours qui appartiennent à l'intéressé pour

faire cesser la situation illégale qui est née de l'usurpation de pouvoir. Mais il n'a pas besoin d'invoquer une voie de nullité devant les tribunaux administratifs; l'acte étant inexistant, l'intéressé aura les voies de droit portées devant les tribunaux judiciaires; par exemple, si l'administration a procédé à la confiscation d'une propriété privée et qu'elle soit encore en possession de la chose confisquée, l'intéressé est recevable à exercer contre elle une action en revendication qu'il portera devant les tribunaux judiciaires.

Je rappelle que le tribunal des conflits a consacré très nettement la théorie de l'usurpation de pouvoir et reconnu la responsabilité personnelle des agents coupables dans deux espèces intéressantes. Il s'agissait de l'ordre donné par des maires de sonner les cloches d'une église catholique pour un enterrement civil. Dans les deux décisions dès 22 avril et 4 juin 1910, on lit : « Considérant que l'ordre verbal donné par le maire au sieur N... de sonner les cloches de l'église pour un enterrement civil ne saurait être envisagé comme un acte administratif fait par le maire dans le cercle de ses attributions, mais constitue une simple voie de fait ou tout au moins une faute personnelle, dont les conséquences ne peuvent être appréciées que par les tribunaux judiciaires. »

Tribunal des conflits, *abbé Piment,* 22 avril 1910, *Recueil,* p. 324; 4 juin 1910, *abbé Mignon, Recueil,* p. 442, S., 1910, III, p. 129, avec une note d'Hauriou. Rapp. dans le même sens sur conflit négatif, 29 janvier 1916, *abbé Thiney, Recueil,* p. 52.

Supposons, au contraire, que l'agent administratif soit resté dans le domaine administratif, que l'acte qu'il a fait ait un objet de service public et ait été déterminé par un but administratif, mais que la loi ait été violée, soit parce que par son objet l'acte n'était pas de la compétence du fonctionnaire, soit parce qu'en le faisant l'agent a été déterminé par un but autre que celui que

la loi avait en vue en lui donnant compétence, soit enfin parce que les formalités exigées par la loi n'ont pas été accomplies. On dit alors que l'acte est entaché d'*excès de pouvoir*. Le terme est aujourd'hui couramment employé dans un sens général pour désigner toute violation de la loi, au moins dans la langue du droit administratif. Dans la terminologie judiciaire, la loi, la jurisprudence et la doctrine semblent faire une distinction entre la violation de la loi et l'excès de pouvoir. Mais la distinction est très flottante, et même en matière judiciaire je suis d'avis qu'il y a lieu de la négliger. Quoi qu'il en soit, quand il n'y a pas usurpation de pouvoir, toute violation de la loi est un excès de pouvoir, et l'acte qui en est atteint est frappé de nullité. Une large voie de recours, le recours pour excès de pouvoir, est ouverte à tout intéressé pour obtenir des tribunaux administratifs, en France le conseil d'État en premier et dernier ressort, l'annulation de l'acte vicié.

La création de ce recours est due à la jurisprudence du conseil d'État qui se fondait d'abord uniquement sur l'article 52 de la constitution consulaire, d'après lequel « le conseil d'État était chargé de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative », et qui depuis 1832 invoquait la disposition de la loi des 7-14 octobre 1790, laquelle, à propos d'une difficulté qui s'était élevée dans le département de la Haute-Saône, décidait « que les réclamations d'incompétence à l'égard des corps administratifs... seraient portées au roi, chef de l'administration générale ». La loi du 24 mars 1872 est venue confirmer la jurisprudence du conseil d'État sur les recours pour excès de pouvoir en décidant à l'article 9 que le conseil d'État « statue souverainement sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoir formées contre les actes des diverses autorités administratives ». Malgré cela, le conseil d'État vise encore souvent dans

ses arrêts; mais à mon sens inutilement, à côté de la loi de 1872, la loi des 7-14 octobre 1790.

J'ai été amené à étudier longuement le recours pour excès de pouvoir, en étudiant au tome II, pages 374 et suivantes, la juridiction objective. J'ai montré comment il était largement ouvert à toute personne intéressée, pécuniairement ou simplement moralement, à l'annulation de l'acte, comment il était, par excellence, le moyen de sanctionner le principe de légalité formelle et matérielle, comment il était ouvert seulement contre les actes objectifs, comment, en un mot, il était essentiellement une voie de recours objective.

J'ai insisté aussi sur le recours pour excès de pouvoir fondé sur le détournement de pouvoir, c'est-à-dire le recours tendant à obtenir l'annulation d'un acte, parce qu'en le faisant le fonctionnaire a été déterminé par un but autre que celui que le législateur avait en vue en lui donnant compétence. J'ai montré comment, à la faveur de cette large extension donnée au recours pour excès de pouvoir, on peut dire qu'il n'y a plus dans le droit public français d'actes discrétionnaires ou de pure administration, qu'il n'est plus vrai de dire que l'administration, dans certains cas, a un pouvoir discrétionnaire, que les intéressés sont toujours recevables à prouver devant le conseil d'État qu'elle a été déterminée par un but qu'elle n'avait pas compétence à poursuivre.

V. t. II, p. 296 et s. — Depuis la publication de ce volume, Jèze a publié, sous le titre : *Théorie générale des motifs déterminants,* une intéressante étude dans laquelle il arrive à des conclusions analogues à celles auxquelles j'ai été moi-même conduit, *Revue du droit public,* 1922, p. 425 et s.

Je viens de dire que le recours pour excès de pouvoir étant une voie de droit objective, ayant uniquement pour objet l'annulation d'un acte objectif fait en violation de la légalité, le requérant est recevable à le former, alors

même qu'il ne prétend et ne peut prétendre à aucun droit lésé par l'acte attaqué; qu'un simple intérêt, même un intérêt moral largement apprécié, suffit pour que le recours soit recevable. J'ai montré notamment beaucoup d'applications de cette idée dans les recours formés par les fonctionnaires et les associations de fonctionnaires contre les nominations, révocations, suspensions irrégulières. M. Pichat, commissaire du gouvernement, dans ses conclusions pour l'affaire Lafage, disait très justement : « Le recours pour excès de pouvoir est un instrument à la portée de tous pour la défense de la légalité méconnue. »

La jurisprudence du conseil d'État paraissait si fermement établie sur ce point que lorsque, en 1913, M. Raoul Péret déposa une proposition de loi tendant à permettre à toute personne inscrite sur les listes électorales de former, en cette seule qualité, un recours pour excès de pouvoir, elle me parut complètement inutile (*J. off., Doc. parl.,* Chambre, session extraordinaire, 1913, p. 51). Aujourd'hui je n'en dirai pas autant, car il semble résulter d'un arrêt *Rascol,* du 22 mars 1918, que le conseil d'État exige maintenant, pour la recevabilité du recours pour excès de pouvoir, un intérêt d'ordre pécuniaire et décide qu'un simple intérêt moral ne suffit plus. On y lit, en effet : « Considérant que les fonctionnaires appartenant à une administration ont qualité pour déférer au conseil d'État les nominations illégales faites dans cette administration..., mais qu'ils sont sans intérêt pour poursuivre l'annulation de celles de ces nominations qui ne sont pas de nature à leur porter préjudice » (*Recueil,* 1918, p. 318). Tout fonctionnaire a bien cependant un intérêt moral évident à ce qu'il ne soit pas fait de nomination irrégulière dans le service auquel il appartient, et cet intérêt moral avait été jusqu'ici jugé suffisant pour qu'il soit recevable à former le recours. C'est ce qu'avait décidé le conseil d'État, le 11 décembre 1903, dans les arrêts *Lot* et *Molinier,* et dans une série d'arrêts postérieurs. La haute assemblée paraît l'avoir oublié.

J'ai étudié au tome II, à propos des caractères et des effets des décisions juridictionnelles rendues en matière de contentieux objectif, la portée et les conséquences de la décision d'annulation rendue sur recours pour

excès de pouvoir (t. II, p. 374 et s.) Elle a nécessairement une portée générale comme toute décision rendue en matière de contentieux objectif. Le principe de la relativité de la chose jugée ne peut s'appliquer qu'en matière de contentieux subjectif. Il y a cependant certaines distinctions que j'ai faites et sur lesquelles il n'y a pas lieu de revenir. J'ai étudié notamment la question de savoir si l'on pouvait concevoir la recevabilité d'une tierce opposition contre une décision d'annulation pour excès de pouvoir. J'ai montré enfin que la décision contentieuse objective rendue par un tribunal administratif s'impose aux tribunaux judiciaires et qu'il devrait en être de même si les tribunaux judiciaires avaient rendu un jugement de caractère objectif, par exemple un jugement prononçant l'annulation d'une société (t. II, p. 391).

De tout cela il résulte que lorsqu'un acte administratif objectif est entaché d'excès de pouvoir, on peut dire qu'il est frappé d'une nullité qui a bien le caractère d'une nullité absolue. Il convient toutefois de faire cette réserve que, quoique la nullité soit absolue, le recours pour la faire prononcer ne peut être formé que dans un délai très court, le délai de deux mois à partir de la notification ou de la publication de l'acte (L. 13 avril 1900, art. 24, § 3).

Si la nullité ne peut être invoquée par voie d'action que pendant un délai déterminé, elle peut toujours être opposée par voie d'exception à une époque quelconque. Tout intéressé peut, quel que soit le temps qui s'est écoulé depuis la date de l'acte, opposer devant un tribunal quelconque l'exception d'illégalité contre l'acte administratif invoqué devant lui. Dans les pays qui, comme la France, pratiquent la séparation du contentieux administratif et du contentieux judiciaire, si l'exception d'illégalité est invoquée devant un tribunal

judiciaire, celui-ci ne peut, en principe, la juger. Il doit surseoir à statuer jusqu'à ce que le tribunal administratif compétent se soit prononcé. C'est, en principe, le conseil d'État qui est compétent pour statuer *omisso medio* sur l'exception. Mais il importe de remarquer que lorsque le conseil d'État est saisi dans ces conditions de la question de légalité, il ne peut point prononcer l'annulation de l'acte. Il peut seulement décider s'il est légal ou illégal. S'il décide qu'il est illégal, le tribunal judiciaire ne pourra pas en faire l'application. Mais l'acte administratif subsiste tant qu'il n'est pas annulé par l'autorité compétente, contentieuse ou administrative. Dans une autre affaire, le même tribunal ou un autre tribunal, le conseil d'État lui-même, pourrait déclarer l'acte légal et en faire application.

Il est aujourd'hui de jurisprudence constante en France que, par suite de l'application extensive qui est faite de l'article 471, n° 15, du Code pénal, les tribunaux judiciaires sont compétents pour recevoir et juger l'exception d'illégalité élevée contre un règlement administratif quelconque, règlement de police, règlement d'organisation, émané d'une autorité administrative inférieure, maire, préfet, ou d'une autorité supérieure, ministre et même gouvernement. Le règlement est un acte administratif formel; mais au point de vue matériel il est une loi (cf. t. II, p. 183 et s.). Par conséquent, tout tribunal administratif ou judiciaire, ayant le droit d'interpréter la loi invoquée devant lui, a le droit d'interpréter les règlements dont les plaideurs se prévalent. On en a conclu qu'il devait, par suite, avoir le droit d'apprécier la légalité de cette loi lorsqu'elle a été édictée en la forme réglementaire. La cour de cassation a très nettement affirmé le principe dans un arrêt du 24 octobre 1917 : « Attendu que les règlements... ne constituent pas des actes spéciaux individuels, dont l'in-

terprétation échappe à la compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire..., mais des dispositions générales qui participent ainsi du caractère de la loi..., qu'il appartient, dès lors, à l'autorité judiciaire non seulement d'en faire l'application quand les dispositions sont claires et précises, mais encore d'en apprécier la légalité et d'en interpréter le sens lorsque cette interprétation est nécessaire pour la solution du litige dont elle est compétemment saisie. »

Cass., chambre civile, 24 octobre 1917, S., 1918-1919, I, p. 194, avec une note de Duguit, et Dall., 1917, I, p. 1. L'arrêt a été rendu sur le rapport de M. Ambroise Colin. On s'en aperçoit à la rédaction qui est excellente.

Encore ici, il importe de noter que le tribunal judiciaire, s'il estime que le règlement invoqué devant lui est illégal, déclare l'illégalité, refuse de faire application du règlement, mais n'en prononce point l'annulation. Le règlement subsiste jusqu'à ce qu'il soit annulé par l'autorité compétente, contentieuse ou administrative, et dans une autre espèce, un autre tribunal ou le même tribunal pourrait, au contraire, déclarer le même règlement légal et en faire l'application. Il n'en est pas autrement, même quand c'est la cour de cassation qui a déclaré le règlement illégal. Les choses se passent comme elles devraient se passer si, suivant l'opinion aujourd'hui presque unanimement admise par la doctrine, les tribunaux recevaient l'exception d'inconstitutionnalité et déclaraient la loi invoquée inconstitutionnelle. Elles se passent ainsi aux États-Unis, comme je l'ai expliqué au paragraphe 98.

Le conseil d'État admet qu'il est compétent pour statuer sur l'exception d'illégalité concernant un règlement, quand, malgré la compétence qui lui appartient à cet effet, un tribunal judiciaire a refusé de statuer sur l'exception invoquée devant lui et a sursis à statuer jusqu'à ce que le tribunal administratif se soit prononcé

sur la légalité du règlement. Quand le conseil d'État est appelé, dans ces conditions, à juger la légalité d'un règlement, s'il estime qu'il est contraire à la loi, il n'en prononce pas cependant l'annulation. Comme précédemment, l'acte subsiste jusqu'à ce qu'il ait été annulé par l'autorité compétente, juridictionnelle ou administrative, et rien ne s'oppose à ce qu'un tribunal, même le conseil d'État, en fasse application.

Cons. d'État, 29 octobre 1914, *Recueil,* p. 1021 ; Dall., 1920, III, p. 8.

Je fais observer, en terminant sur ce point, que le principe de légalité au point de vue matériel a une portée si générale que sa violation entraîne la nullité, non seulement des actes qui sont faits en violation d'une loi formelle ou d'un règlement émané d'une autorité supérieure à l'auteur de l'acte, mais encore la nullité des actes faits en violation de règlements édictés par l'autorité elle-même qui fait l'acte. Les autorités administratives qui ont le pouvoir réglementaire sont liées par leur propre règlement; elles peuvent le modifier, l'abroger, le remplacer par un autre, mais tant qu'il existe, elles sont obligées de s'y conformer, et tout acte émané d'elles qui le viole porte atteinte au principe de légalité ; il est frappé de nullité et donne ouverture au recours pour excès de pouvoir. La solution est incontestable et le conseil d'État l'a consacrée à plusieurs reprises.

Arrêt *Lesage* du 22 janvier 1909, annulant l'attribution d'un prix faite par la faculté de médecine de Paris en violation d'un règlement établi par elle (*Recueil,* p. 78); arrêt du 5 janvier 1917, annulant une décision du conseil général des Bouches-du-Rhône prise en violation du règlement de retraites établi par lui (*Recueil,* 1917, p. 19).

Actes subjectifs. — Je rappelle que j'entends par actes subjectifs tous ceux à la suite desquels naît une situation juridique subjective, qu'ils soient unilatéraux

ou contractuels. Eux aussi ne peuvent être faits en violation de la loi, mais pour eux il ne peut être question du recours pour excès de pouvoir. C'est une voie de droit objective; elle pose aux juges seulement la question de savoir si la légalité objective a été violée. Quand il s'agit d'un acte subjectif, la seule question qui puisse se poser est celle de savoir si la situation juridique subjective est née ou n'est pas née. Assurément, la violation de la loi donne ouverture à une voie de droit tendant à l'annulation de l'acte; mais la question soumise aux juges reste toujours celle de savoir si la situation juridique subjective existe régulièrement, et quelle en est l'étendue. Il est un cas cependant, comme je l'ai montré au tome II, à la page 381, où l'intéressé peut attaquer un acte subjectif par le recours pour excès de pouvoir : c'est celui où le bénéficiaire d'une situation objective, comme un fonctionnaire, prétend qu'un administrateur a fait un acte subjectif qui porte atteinte à cette situation. La question alors est de savoir quelle est l'étendue et la portée de la situation objective, d'où l'ouverture du recours objectif pour excès de pouvoir. Cette réserve faite, il reste vrai que le recours pour excès de pouvoir n'est point recevable contre un acte administratif subjectif.

Quand un acte de cette nature est directement attaqué, la décision qui est alors rendue et porte annulation de l'acte produit des effets relatifs. Ils ne peuvent avoir d'autre étendue que celle de la situation juridique subjective qui faisait l'objet du débat. C'est pourquoi on peut dire qu'à la différence des actes objectifs, les actes subjectifs ne peuvent jamais être atteints que d'une nullité relative, nullité qui n'a pas plus de portée que la situation elle-même qui se trouve supprimée. Je me suis d'ailleurs expliqué sur ce point au tome II, page 348, et il me paraît inutile d'y revenir.

Habituellement, au lieu de faire la distinction d'une manière générale, comme je le fais, entre les actes administratifs objectifs, actes-règles ou actes-conditions d'une part, et les actes administratifs subjectifs d'autre part, on distingue les actes administratifs unilatéraux et les actes administratifs contractuels, et l'on dit ou on laisse entendre que la théorie des nullités est la même pour tous les actes administratifs unilatéraux d'une part et pour les actes contractuels d'autre part, que la nullité des actes unilatéraux peut toujours être réalisée par le recours pour excès de pouvoir, et que seuls les actes contractuels ne sont pas susceptibles d'être attaqués par cette voie de droit. C'est bien l'idée qu'exprimait M. le commissaire du gouvernement Pichat dans ses conclusions pour l'affaire *Lafage* (8 mai 1912) que je cite au tome II, page 384.

Il n'est pas exact de présenter les choses en ces termes. En effet, il y a beaucoup d'actes administratifs subjectifs qui ne sont pas des actes contractuels et contre lesquels cependant le recours pour excès de pouvoir n'est pas recevable. D'un autre côté, si ce recours n'est pas recevable contre un acte contractuel, ce n'est point parce qu'il a ce caractère, mais bien parce qu'il est un acte subjectif. D'actes subjectifs administratifs, unilatéraux, on pourrait en citer beaucoup, je me borne à en rappeler trois, à titre d'exemple. Et d'abord l'acte par lequel l'autorité compétente, en France le préfet, rend exécutoire le rôle des contributions directes et fait naître la créance de l'État contre le contribuable. C'est bien, je suppose, un acte subjectif, et ce n'est point évidemment un acte contractuel; cependant il n'est point susceptible du recours pour excès de pouvoir. Le contentieux des contributions directes est essentiellement subjectif. Le contribuable qui réclame prétend que le préfet a violé la loi fiscale; cependant, la seule

question que doit résoudre le juge est celle de savoir si la créance de l'État, c'est-à-dire une situation juridique subjective, est née régulièrement ou non. J'en dirai autant pour la décision du directeur de l'enregistrement compétent, en vertu de la loi du 9 mars 1918 (art. 30, § 8) sur les loyers, pour allouer une indemnité au propriétaire se trouvant dans certaines conditions et privé par la loi d'une partie de ses loyers. Les recours que cette loi prévoit et qui sont portés devant le ministre et devant le conseil d'État ont nettement le caractère subjectif. Le ministre joue certainement le rôle de juge et statue uniquement sur la question de savoir si le propriétaire est ou non créancier d'une indemnité contre l'État. Le conseil d'État intervient comme juge d'appel et statue sur la même question. Enfin l'arrêté du maire qui prescrit, conformément à l'article 3 de la loi du 21 juin 1898, la réparation ou la démolition d'un mur en bordure de la voie publique, fait naître une obligation individuelle de faire, à la charge du propriétaire. C'est un acte unilatéral, essentiellement subjectif ; il n'est point susceptible du recours pour excès de pouvoir. Le recours que la loi de 1898 ouvre à l'intéressé devant le conseil de préfecture ne soulève pas la question de savoir si la légalité objective a été ou non violée, mais celle de savoir si l'obligation individuelle de faire est née à la charge du propriétaire.

Si le recours pour excès de pouvoir n'est pas recevable contre les actes administratifs subjectifs en général et spécialement contre les contrats, il l'est, au contraire, contre les actes administratifs qui sont la condition nécessaire pour qu'une certaine autorité administrative ait compétence pour les faire. Ces actes sont, en effet, des actes objectifs, puisqu'ils conditionnent la naissance d'une compétence, c'est-à-dire d'une

situation ayant certainement le caractère objectif. Par exemple, l'intéressé peut certainement attaquer par le recours pour excès de pouvoir l'adjudication qui précède souvent, presque toujours même, certains contrats administratifs, comme les marchés de fournitures et de travaux publics, ou encore la délibération d'un conseil municipal ou d'un conseil général qui autorise le maire ou le préfet à passer un contrat, ou la décision du préfet, du gouvernement qui approuve une pareille délibération ou le contrat lui-même.

La jurisprudence du conseil d'État, un moment hésitante sur ce point, paraît aujourd'hui définitivement fixée dans le sens que l'on vient d'indiquer. Le conseil d'État admettait depuis assez longtemps les recours pour excès de pouvoir formés par des adjudicataires évincés contre les décisions approuvant une adjudication que l'on prétendait avoir été faite irrégulièrement (cons. d'État, 19 juillet 1901, 29 mai 1903, et surtout 30 mars 1906, *Ballande, Recueil,* p. 279, conclusions de M. Romieu et très bonne note de Jèze, *Revue du droit public,* 1906, p. 670 et s.). Mais la haute juridiction paraissait hésiter à recevoir le recours formé contre une décision administrative impliquant l'approbation d'un contrat définitivement conclu. Par son arrêt du 4 août 1905 (*Martin*), sur les conclusions de M. le commissaire du gouvernement Romieu, le conseil a admis la recevabilité du recours pour excès de pouvoir formé pour vice de forme contre la délibération d'un conseil général, bien que cette délibération eût été suivie d'un décret de concession de tramways, acte contractuel (*Recueil,* p. 749, avec les très remarquables conclusions de M. Romieu, et S., 1906, III, p. 49). Par son arrêt du 29 décembre 1905 (*Petit*), le conseil d'État a annulé l'arrêté du préfet des Pyrénées-Orientales approuvant une délibération du conseil municipal d'Amélie-les-Bains, et cela parce que, contrairement aux articles 68-4° et 69, § 2, de la loi du 5 avril 1884, l'arrêté n'avait pas été pris en conseil de préfecture (*Recueil,* p. 1011, et S., 1906, III, p. 49, avec une note d'Hauriou). Même solution dans des espèces analogues, arrêts du 5 juin 1908, *Porte, Recueil,* p. 631 ; 5 février 1909, *Barla, Recueil,* p. 134, *Pompes funèbres de Toulon ;* 12 novembre 1909, *Frères de Ploërmel, Revue du droit public,* 1910, p. 57, avec une note de Jèze, et *Recueil,* p. 865, avec

d'importantes conclusions de M. le commissaire du gouvernement Teissier.

Cette jurisprudence est extrêmement intéressante, parce qu'elle montre comment l'acte unilatéral d'autorité et l'acte contractuel de gestion se superposent sans se confondre et aussi l'extension toujours plus grande donnée au recours pour excès de pouvoir. Cf. les conclusions de M. Romieu, *in fine,* dans l'affaire *Martin, Recueil,* 1905, p. 749.

Mais quel est l'effet sur le contrat de l'annulation de l'acte administratif. La question ne laisse pas de présenter de sérieuses difficultés. M. Romieu, dans les conclusions précitées de l'affaire *Martin* (*Recueil,* 1905, p. 749), estime que l'annulation de l'acte administratif n'a pas par elle-même de conséquences nécessaires sur le contrat, qui subsistera tel quel avec tous ses effets, tant que le juge du contrat n'aura pas été saisi par l'une des parties d'une demande en résiliation ou en indemnité et que le juge ainsi saisi aura toute liberté pour apprécier « les conséquences sur les rapports contractuels des parties de l'irrégularité des actes administratifs ». Cette solution me paraît difficilement acceptable, que le conseil d'État ait annulé soit la délibération du conseil administratif en vertu de laquelle le contrat a été passé, soit les décisions de l'autorité du contrôle approuvant le contrat. En effet, dans le premier cas, la délibération du conseil administratif est la condition nécessaire pour que l'agent (maire ou préfet) ait pouvoir de passer le contrat; cette délibération étant annulée est comme si elle n'avait jamais été; le contrat a donc été signé par un agent sans pouvoir et se trouve par là même frappé de nullité. Dans le second cas, les choses doivent se passer comme s'il n'y avait jamais eu d'approbation. Si le contrat a été exécuté, il est évident que chacune des parties sera armée d'une action pour remettre les choses en l'état, ou, si c'est impossible, pour obtenir une indemnité; ce ne sera point l'action du contrat, mais une action fondée sur le paiement de l'indû ou l'enrichissement sans cause.

V. spécialement sur la question, Jèze, *Sanction des irrégularités des actes juridiques, Revue du droit public,* 1913, p. 324-326.

De l'annulation et du retrait par l'autorité administrative d'un acte administratif irrégulier. — Il est évident que l'autorité administrative supérieure, qu'elle possède un pouvoir hiérarchique ou un pouvoir de contrôle, peut et doit, spontanément ou sur la demande

des intéressés, annuler l'acte fait par l'autorité subordonnée ou contrôlée en violation de la loi. Il est évident aussi que l'auteur de l'acte peut et doit, spontanément ou sur la demande des intéressés, rapporter l'acte qu'il a fait quand il s'aperçoit qu'il est illégal et, par suite, atteint de nullité. Mais il est certain aussi que cette annulation ou ce retrait ne sont possibles que lorsqu'il s'agit d'un acte unilatéral, au reste objectif ou subjectif. S'il y a un contrat, l'administration ne peut agir par voie unilatérale que si le contrat lui réserve la faculté de résiliation. Autrement, elle ne peut recourir qu'aux voies de droit ouvertes pour obtenir l'annulation d'un contrat.

Jusqu'à ces derniers temps, on s'accordait à décider que l'annulation administrative ou le retrait d'un acte irrégulier pouvaient intervenir à toute époque. On disait très justement que l'administration ayant violé la loi, il devait lui être permis, qu'elle avait même le devoir, à toute époque, de faire cesser spontanément l'illégalité qu'elle avait commise. On ajoutait que nul ne pouvait s'en plaindre, puisque ce pouvoir de l'administration était encore une sanction du principe de légalité, principe essentiel, établi avant tout dans l'intérêt des administrés. Tout cela était, semble-t-il, parfaitement logique. De plus, cette solution était expressément confirmée pour les délibérations des conseils municipaux par l'article 65 de la loi municipale du 5 avril 1884 qui, parlant des nullités de droit dont peut être atteinte une délibération d'un conseil municipal, décide qu'elle est déclarée par le préfet et qu'elle peut être prononcée par lui, proposée ou opposée par les parties à toute époque.

Cependant, depuis quelques années, on s'est demandé s'il n'y aurait pas de graves inconvénients à permettre à l'autorité supérieure d'annuler et à l'auteur de l'acte de rapporter à toute époque un acte administratif irré-

gulier. Il faut observer d'ailleurs que la question ne peut pas se poser quand il y a usurpation de pouvoir, puisque l'acte étant alors inexistant, il ne peut pas être question de l'annuler ou de le rapporter. D'autre part, la situation qui peut être née à la suite d'une usurpation de pouvoir est un simple fait illégal que l'administration a le devoir de faire disparaître dans la mesure du possible, quel que soit le temps écoulé. La question ne peut se poser que pour les actes atteints d'une illégalité qui ne les rend pas inexistants, mais simplement nuls, pour les actes qui, malgré le vice dont ils sont affectés, existent comme actes juridiques administratifs, produisent tous leurs effets jusqu'à ce que l'autorité compétente, contentieuse ou administrative, les ait annulés ou rapportés.

Pour l'annulation contentieuse, le législateur a fixé un délai très court, le délai de deux mois (L. 13 avril 1900, art. 24, § 4). Le législateur a voulu que l'incertitude sur la valeur définitive d'un acte ne puisse pas subsister longtemps à cause des conséquences graves qu'elle pourrait avoir pour les intéressés et aussi pour le fonctionnement des services publics. Le législateur n'a point fixé de délai pour l'annulation hiérarchique ou de contrôle, ni pour le retrait. Est ce qu'on ne peut pas dire que les raisons qui ont déterminé la fixation d'un délai pour les recours contentieux existent aussi pour l'annulation par la voie administrative et pour le retrait? Ne semble-t-il pas qu'on puisse le soutenir avec force? L'on va voir que, dans sa jurisprudence la plus récente, le conseil d'État a cru devoir décider que l'autorité supérieure ne peut annuler un acte administratif et l'auteur de l'acte le rapporter que dans le délai pendant lequel le recours contentieux peut être formé et, s'il est formé, à la condition que la juridiction n'ait pas encore statué. Sans rechercher si le conseil d'État, en

le décidant ainsi, n'a pas outrepassé ses pouvoirs, j'estime que cette règle ne peut pas s'appliquer à tous les actes administratifs et qu'il convient de faire certaines distinctions.

Si l'acte administratif illégal est un règlement, on ne saurait contester qu'à toute époque l'autorité supérieure peut annuler les dispositions qu'elle juge illégales, et pour la même raison, l'auteur du règlement l'abroger ou le modifier. D'un règlement disposition par voie générale il ne naît pour personne une situation juridique subjective; par conséquent, personne ne peut se plaindre de l'annulation ou du retrait. A la faveur d'un règlement, certaines situations avantageuses se sont peut-être établies; mais c'est contrairement au droit, puisque, par hypothèse, le règlement est contraire au droit. Les bénéficiaires de ces situations ne peuvent se plaindre si l'administration annule ou rapporte le règlement, puisqu'alors elle ne fait que supprimer une illégalité sans toucher aucune situation subjective.

Je donnerai la même solution pour les actes-conditions à la suite desquels est née une situation objective, par exemple la situation de fonctionnaire. Si un fonctionnaire a été illégalement nommé, je ne puis admettre que l'autorité supérieure n'ait pas, à toute époque, le droit d'annuler la nomination, que l'auteur de la nomination n'ait pas aussi à toute époque le droit de la rapporter. Il n'est pas possible qu'un fonctionnaire reste illégalement en fonction et que lorsque, quel que soit le délai écoulé, l'illégalité est découverte, l'administration ne puisse pas spontanément la faire cesser. S'il en était autrement, le principe de légalité serait mis en échec et cela ne peut pas être. Par exemple, si l'on s'aperçoit qu'un magistrat a été nommé qui n'était pas licencié en droit, il faut qu'à toute époque le gouvernement puisse rapporter une pareille nomination. Sans doute,

l'annulation ou le retrait d'un pareil acte pourront entraîner un dommage au préjudice du fonctionnaire irrégulièrement nommé. Il aura peut-être droit à une indemnité de la part de l'État ou même peut-être du fonctionnaire qui a fait la nomination, suivant les règles que j'ai étudiées aux paragraphes 72, 81 et suivants, touchant la responsabilité des fonctionnaires et de l'État; mais c'est une tout autre question. Il reste, à mon sens, incontestable qu'à toute époque l'administration peut et doit faire cesser une situation objective illégalement établie.

Le conseil d'État, par son arrêt *Fraissé* du 1er août 1919, a reconnu au gouvernement le droit de rapporter sans condition de délai une nomination irrégulière au grade de capitaine, « considérant que la nomination du requérant au grade de capitaine intervenue irrégulièrement ne lui confère aucun droit pouvant mettre obstacle à ce que le chef de l'État rapporte comme il l'a fait par la décision attaquée la précédente décision (*Recueil*, p. 695).

M. le commissaire du gouvernement Rivet, dans des conclusions qui vont être rapportées plus bas, a insinué que dans cet arrêt le conseil d'État, visant le décret du 10 août 1914 suspendant pendant la guerre les prescriptions et les péremptions, a marqué par là son intention de subordonner, en temps ordinaire, à un certain délai, l'annulation et le retrait des actes administratifs irréguliers. La haute juridiction a-t-elle eu, en effet, cette pensée en ce qui concerne les actes administratifs conditions, comme la nomination de fonctionnaires j'en doute fort.

Supposons maintenant un acte administratif subjectif ayant donné naissance à une situation juridique subjective. Si celle-ci consiste exclusivement en des charges imposées à l'administré, il est évident que ce dernier ne se plaindra pas qu'à une époque quelconque l'administration annule ou rapporte l'acte illégal. L'intéressé pourrait se plaindre, au contraire, si l'administration connaissant l'illégalité maintenait l'acte ; et j'estime qu'il peut à toute époque former le recours non contentieux pour obtenir l'annulation ou le retrait, comme il serait

recevable à agir en responsabilité, suivant les cas, contre l'auteur de l'acte ou contre l'administration. Cf. §§ 72, 81 et s.

La question est différente quand l'acte subjectif fait naître au profit de l'administré une situation active, par exemple une créance pécuniaire contre l'État. En pareil cas, l'administration peut-elle annuler ou rapporter l'acte à une époque quelconque? Il est bien certain que si l'acte administratif subjectif est régulier, elle ne peut ni l'annuler ni le rapporter. Elle ne peut par sa seule volonté supprimer une situation subjective qu'elle a volontairement créée. Bien que ce soit un acte unilatéral, l'administration s'est définitivement et régulièrement obligée, et elle ne peut se dégager par sa seule volonté. Mais doit-on donner la même solution quand l'acte est atteint de nullité? Non assurément. L'administration a toujours le droit de se donner le rôle de défenderesse dans un litige. Elle peut donc prendre les devants et annuler ou rapporter l'acte subjectif qu'elle juge illégal. Mais c'est ici qu'on peut soutenir avec force qu'il est inadmissible que le créancier de l'État reste indéfiniment dans l'incertitude et la précarité, et qu'il puisse se trouver à un moment quelconque exposé à perdre sa créance, parce que l'administration s'aperçoit enfin que l'acte qu'on croyait légal ne l'est pas et que, par suite, elle l'annule ou le rapporte. Le fonctionnaire a commis une faute qui entraîne peut-être sa responsabilité envers le trésor. Mais le créancier de l'État ne peut pas avoir à supporter les conséquences de cette faute. Il faut donc, pour les actes subjectifs ayant donné une créance à un administré, fixer un délai à l'expiration duquel l'administration ne pourra ni annuler ni rapporter l'acte bien qu'il soit irrégulier.

Déterminé par ces considérations, le conseil d'Etat, semblant d'ailleurs outrepasser ses pouvoirs, a décidé

que l'annulation ou le retrait d'un acte administratif subjectif irrégulier ayant entraîné la naissance d'une créance contre l'État ne peuvent intervenir que pendant le délai accordé pour le recours contentieux et que si ce recours est formé, ils doivent avoir lieu avant que la juridiction ait statué. La haute juridiction n'a statué que pour les actes subjectifs faisant naître une créance au profit de l'administré. Pour les raisons que j'ai dites précédemment, il me paraît impossible d'appliquer cette décision aux actes réglementaires et aux actes objectifs conditions; et même pour les actes subjectifs, il me paraîtrait plus juridique de décider que s'ils sont irréguliers l'administration peut les annuler ou les rapporter à toute époque, sauf, s'il y a lieu, sa responsabilité ou celle de l'administrateur.

Le conseil d'État a donné la solution que je viens d'indiquer dans son arrêt *Cachet* du 3 novembre 1922 : « Considérant que d'une manière générale s'il appartient au ministre, lorsqu'une décision administrative ayant créé des droits est entachée d'une illégalité de nature à en entraîner l'annulation par la voie contentieuse, de prononcer lui-même d'office cette annulation, il ne peut le faire que tant que les délais du recours contentieux ne sont pas expirés; que dans le cas où un recours contentieux a été formé, le ministre peut encore, même après l'expiration de ces délais et tant que le conseil d'État n'a pas statué, annuler lui-même l'acte attaqué, dans la mesure où il a fait l'objet dudit recours... » Je ne puis me tenir de faire observer que, par leur généralité, ces formules ressemblent beaucoup plus à des articles de loi qu'aux considérants d'un jugement.

Conseil d'État, *Cachet,* 3 novembre 1922, *Revue du droit public,* 1922, p. 559, avec les longues et intéressantes conclusions de M. le commissaire du gouvernement Rivet.

Sur la sanction du principe de légalité, outre les auteurs cités au cours de cet exposé, on peut consulter : Alcindor, *Esquisse d'une théorie des nullités en droit administratif,* 1912; Jèze, *Sanction des irrégularités des actes juridiques, Revue du droit public,* 1913, p. 320 et s.; *Les principes généraux du droit administratif,* 2e édit., 1914, principalement le chapitre VII sur *Le retrait des actes juridiques,* et le chapitre VIII, intitulé : *Y a-t-il des actes*

qui, par leur nature juridique, ne sont pas susceptibles de recours juridictionnel ? p. 86 et 105; de Chalut, *Contribution à l'étude des voies de fait en matière administrative,* thèse Toulouse, 1907; Michoud, *Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration,* 1913; Tournyol du Clos, *Le recours pour excès de pouvoir,* thèse Paris, 1906; Beaudouin, *La notion d'intérêt dans le recours pour excès de pouvoir,* thèse Paris, 1904; Kellerhsohn, *Des effets de l'annulation pour excès de pouvoir,* thèse Bordeaux, 1915; Georgin, *La violation de la loi, cause d'ouverture du recours pour excès de pouvoir,* thèse Paris, 1915; Miecislas Baumgart, *Les garanties juridictionnelles du droit public moderne,* 1914. — On pourra lire avec intérêt le discours de M. Aulard au Congrès des Sociétés savantes (6 avril 1923) sur *la Révolution et le principe de légalité, J. off.,* 7 avril 1923, p. 3518.

A l'étranger : Walter Jellinek, *Gesetzanwendung und Zweckmassigkeitserwagung,* 1913; Atiglio Gaglio, *Concetto publicistico di azione civile, Rivista diritto publico,* 1915, I, p. 384; Recaredo Fernandez de Velasco, *La « accion popular » en il derecho administrativo,* Madrid, 1920.

§ 101. — *La résistance à l'oppression.*

La garantie de l'accomplissement par l'État des obligations négatives et positives qui lui incombent se trouve avant tout dans une bonne organisation des pouvoirs publics. C'est la *sûreté* qui est le droit pour l'individu que l'État s'organise de telle manière que soit réduit au minimum le danger de violation du droit. Les éléments protecteurs par excellence se trouvent, on l'a montré aux paragraphes précédents, dans une répartition et une hiérarchie des fonctions, dans un contrôle juridictionnel énergique de tous les actes des pouvoirs et des agents publics, et enfin dans une responsabilité fortement sanctionnée de l'État et des fonctionnaires.

Si malgré toutes les garanties qui sont établies dans les pays modernes pour assurer le respect et l'application du droit par l'État, il y a violation du droit, on

dit, d'après la terminologie de nos déclarations des droits, qu'il y a *oppression*. Il y a oppression lorsque l'État législateur fait une loi qu'en vertu du droit il ne peut pas faire. Il y a oppression lorsque l'État législateur ne fait pas les lois qu'il est juridiquement obligé de faire. Il y a oppression même quand ces violations de la règle de droit supérieure émanent d'un parlement élu au suffrage direct et universel ou même du corps du peuple directement consulté. Il y a oppression quand un acte individuel, acte administratif ou juridictionnel, est fait en violation de la loi, quel que soit l'organe ou l'agent qui le fait ; et même l'oppression est d'autant plus *oppressive* qu'elle émane d'un organe plus élevé dans la hiérarchie des pouvoirs, parlement ou corps électoral.

La loi faite en violation du droit est oppressive bien qu'elle soit par définition une règle générale et abstraite, ne s'appliquant pas à une personne déterminée. Mais contraire au droit, elle établit pour le corps social tout entier un régime d'oppression qui fait que chacun de ses membres est opprimé. A l'inverse, un acte individuel fait en violation de la loi est oppressif non pas seulement pour l'individu auquel il s'adresse, mais encore pour tous les membres du corps social liés par une intime et étroite solidarité. Qu'on ne dise donc pas : qu'importe un acte individuel fait en violation de la loi ? Qu'on ne dise donc pas que la collectivité tout entière n'est pas intéressée à la réparation d'une injustice individuelle, que même quelquefois elle est intéressée à ce qu'il y ait des injustices individuelles ! Tous les membres du corps social sont étroitement unis les uns aux autres, et l'injustice, quelle qu'elle soit, faite à l'un d'eux réagit toujours sur tous les autres.

Ce sont les idées qui étaient exprimées dans une formule aussi exacte que concise par les rédacteurs de

la Déclaration de 1793 : « Il y a oppression contre le corps social lorsqu'un seul de ses membres est opprimé. Il y a oppression contre chaque membre lorsque le corps social est opprimé » (art. 34). L'article 32 de la Déclaration des droits girondine disait aussi très exactement : « Il y a oppression lorsqu'une loi viole les droits naturels, civils et politiques qu'elle doit garantir. Il y a oppression lorsque la loi est violée par les fonctionnaires publics dans son application à des faits individuels. Il y a oppression lorsque les actes arbitraires violent les droits des citoyens contre l'expression de la loi. Dans tout gouvernement libre, le mode de résistance à ces différents actes d'oppression doit être réglé par la constitution. »

Quand, malgré les garanties organisées par la législation positive d'un pays, le législateur édicte des lois contraires au droit ou que l'administrateur ou le juge font des actes contraires à la loi, les sujets de l'État peuvent-ils résister à l'application des lois contraires au droit, à l'exécution des actes administratifs ou juridictionnels contraires à la loi ? C'est la question très ancienne, très célèbre et très complexe de la *résistance à l'oppression.*

Elle n'a point échappé aux rédacteurs de nos déclarations des droits. A l'article 2 de la Déclaration des droits de 1789, on lit dans l'énumération des droits naturels et imprescriptibles de l'homme : la résistance à l'oppression. En quel sens les hommes de 1789 entendaient-ils ce droit ? Ils se sont bien gardés de le dire. Ni dans la Déclaration, ni dans la constitution de 1791, ni même dans les discussions qui les ont précédées, on ne trouve rien qui permette de saisir la pensée exacte de l'Assemblée nationale sur ce point. Il importe cependant de noter que pour elle la résistance à l'oppression, pas plus que la sûreté, n'est un droit indivi-

duel distinct de la liberté et de la propriété. Elle est tout simplement l'ensemble des droits individuels en tant qu'ils s'opposent à toute puissance oppressive. L'individu, en vertu même de ses droits individuels, peut résister à tout acte de l'État y portant atteinte. Le principe est affirmé. Mais comment et dans quelle mesure l'individu peut-il résister, l'Assemblée de 1789 ne le dit point.

Dans la Déclaration girondine, on dit seulement : « Les hommes réunis en société doivent avoir un moyen légal de résister à l'oppression. Dans tout gouvernement libre, le mode de résistance à ces différents actes d'oppression doit être réglé par la constitution » (art. 31 et 32, § 4).

Au contraire, les auteurs de la Déclaration et de la constitution de 1793 ont déterminé nettement le fondement et l'étendue de la résistance à l'oppression. Ils déclarent qu'elle est la conséquence des autres droits de l'homme. Elle peut être non seulement *passive* et *défensive,* mais encore *agressive* et aller jusqu'à l'insurrection tendant à renverser le gouvernement. On lit, en effet, aux articles 10 et 11 de la Déclaration de 1793 : « ... Tout citoyen, appelé ou saisi par l'autorité de la loi, doit obéir à l'instant; il se rend coupable par la résistance. Tout acte exercé contre un homme hors les cas et sans les formes que la loi détermine est arbitraire et tyrannique; celui contre lequel on voudrait l'exécuter par la violence a le droit de le repousser par la force. » Il n'y a donc pas de délit de rébellion dans le fait de celui qui repousse même par la violence un acte de l'autorité fait en violation de la loi.

On va encore plus loin, et si le peuple est opprimé par des lois tyranniques, l'insurrection est un droit, même un devoir. C'est la disposition du célèbre article 35 de la Déclaration de 1793 : « Quand le gouvernement

viole les droits du peuple, l'insurrection est pour le peuple et pour chaque portion du peuple le plus sacré des droits et le plus indispensable des devoirs. » Enfin les hommes de 1793 ont même reconnu la légitimité du tyrannicide, ou du moins la légitimité du meurtre de l'usurpateur : « Que tout individu qui usurperait la souveraineté soit à l'instant mis à mort par les hommes libres. » Quelle amère ironie que de pareils principes soient proclamés par une assemblée qui, pendant deux années, a fait peser sur notre pays la plus sanglante des tyrannies !

En affirmant la légitimité du tyrannicide et en proclamant le droit à l'insurrection, la Convention ne faisait que donner une formule nouvelle à des idées très anciennes. Elle ne savait cependant peut-être pas que les promoteurs de ces idées étaient les théologiens catholiques.

Le premier théologien qui ait fait un exposé théorique de la légitimité du tyrannicide est Jean de Salisbury (1110-1180), dans le livre intitulé *Polycraticus,* Cologne, 1475, où il a certainement en vue Henri II et le meurtre de saint Thomas Becket. D'après Jean de Salisbury, le prince est une image de la divinité, le tyran est une image de Lucifer; dès lors, tuer un tyran non seulement est permis, mais encore est une action convenable « *æquum et justum...* » (*Polycraticus,* liv. III, chap. XV et liv. VIII, chap. XVII et XX).

Saint Thomas d'Aquin, qui admet la légitimité de la sédition contre le tyran, paraît repousser le tyrannicide, c'est-à-dire le meurtre du tyran par des particuliers. Au *De regimine principis,* liv. I, chap. V et VI (dont l'authenticité est toutefois contestée), saint Thomas déclare que contre une tyrannie excessive la sédition est permise, mais que la doctrine qui pense qu'il appartient à un homme courageux de tuer le tyran n'est point apostolique, parce que saint Pierre enseigne qu'il convient d'être soumis non seulement aux maîtres bons et simples, mais encore aux maîtres dissolus. Dans la *Somme théologique,* où est exprimée une affirmation très nette du droit à la sédition (cf. *infra* et t. I, p. 424), on ne trouve pas un mot du tyrannicide. On a inexactement inféré d'un passage du *Commentaire des sentences de Pierre Lombard* (liv. II, distinct. 44, quest. 2, art. 2) que saint Thomas admettait le tyrannicide. Voici le texte : « On doit dire que Cicéron parle

(*De officiis,* liv. III, chap. VI) du cas où quelqu'un s'est emparé par violence du pouvoir, où il a forcé le consentement des sujets et où il n'y a pas de recours devant une autorité supérieure qui puisse juger l'usurpateur. Alors, en effet, celui qui, pour délivrer sa patrie, tue le tyran est loué et reçoit une récompense. » Voici le raisonnement de saint Thomas : pour défendre le tyrannicide, on invoque le texte de Cicéron ; mais ce texte prévoit seulement le cas où le tyran s'est emparé du pouvoir par la violence, et dans ce cas saint Thomas constate le sentiment général d'admiration qu'on a pour le meurtrier, mais n'exprime point son opinion personnelle.

La doctrine du tyrannicide fut reprise par Jean Petit dans le sermon prononcé le 8 mars 1408 où il fait l'apologie du meurtre du duc d'Orléans par le duc de Bourgogne, Jean sans Peur. La doctrine, dénoncée par Gerson à Constance, 1415, fut anathématisée par le concile.

La doctrine du tyrannicide a surtout été affirmée par les démagogues catholiques de la Ligue et particulièrement par Boucher, *De justa abdicatione Henrici III,* 1589, qui était en quelque sorte le manuel du parfait Ligueur. Le tyran usurpateur peut être tué, soit par le pouvoir public, soit par la main des particuliers ; le tyran possesseur légitime du pouvoir qui en abuse contre les particuliers peut être tué seulement par le pouvoir public ; le tyran qui abuse du pouvoir au détriment de l'intérêt commun peut être tué, soit par l'autorité publique, soit par un particulier. Le livre contient une apologie enflammée de Jacques Clément, le meurtrier de Henri III. Cf. Labitte, *La démocratie chez les prédicateurs de la Ligue,* 2e édit., 1865.

Chez les écrivains qu'on vient de citer, la doctrine du tyrannicide était un instrument de guerre politique et religieuse ; chez Mariana, elle est une doctrine théorique et réfléchie. Il l'expose dans son livre *De rege et regis institutione,* 1603 (édition 1905). Rapp. Allen, *Traité politique où il est prouvé par l'exemple de Moïse que tuer un tyran n'est pas un crime,* 1658. L'autorité du roi prend sa source dans le peuple ; elle n'est point légitime sans son consentement. La république doit toujours se réserver le droit de contraindre et de punir un mauvais prince. Mais si le peuple s'est tout à fait dépouillé, comme il faut un châtiment au prince pervers, il reste le tyrannicide ; le tyran est une bête féroce qui met tout à feu et à sang ; s'il s'agit d'un tyran usurpateur du pouvoir, le droit de tout individu de le tuer est incontestable ; s'il s'agit d'un prince légitime devenu tyran, on doit d'abord

l'avertir; s'il résiste, le peuple doit lui enlever le pouvoir et pour cela le condamner, et une fois la sentence prononcée, le droit de l'exécuter appartient à tout particulier. V. surtout *De rege et regis institutione,* liv. I, chap. VI et VII. Cf. Cirot, *Mariana*, 1905; Douarche, *De tyrannicidio apud scriptores XVI*i *seculi* (thèse latine), 1888.

De nos jours, des chefs d'État, empereurs, rois, présidents de la République ont été assassinés. Souvent, ces attentats ont été l'œuvre de fous ou de criminels de droit commun. Mais de certains on a dit quelquefois qu'ils étaient des tyrannicides qui pouvaient s'excuser. On a osé soutenir pareille chose pour l'assassinat du roi de Portugal le 1er février 1908 (*Documents du progrès,* avril 1908, p. 291).

Quant à la résistance à l'oppression, c'est une tradition constante chez les théologiens catholiques de la reconnaître comme légitime. Ils distinguent la résistance *passive,* la résistance *défensive* et la résistance *agressive*. La résistance *passive* consiste dans la non-exécution de la loi contraire au droit ou de l'acte illégal, tant qu'on n'y est pas contraint par la force. On lit dans l'Encyclique *Libertas* (20 juin 1888) de Léon XIII : « Verum ubi imperandi jus abest, vel si quidquam præcipiatur rationi, legi eternæ, imperio Dei contrarium, rectum est non parere scilicet hominibus, ut Deo pareatur... Imperare atque imperata exigere eatenus potestati humanæ jus est, quatenus cum potestate Dei nihil dissentiat, constitutoque divinitus modo se contineat. At vero cum quidquam præcipitur quod cum divina voluntate aperte discreperet, tum longe ab illo modo disceditur, simulque cum auctoritate divina confligitur : ergo rectum est non parere » (*Lettres apostoliques* de Léon XIII, II, p. 186 et 202, édition des *Questions actuelles*). Rapp. Saint Thomas, *Somme théologique,* II, 2e partie, quest. 116, art. 4, édition Lachat-Vivès, VI, p. 381.

La résistance *défensive* consiste à repousser la violence par la violence, lorsque le souverain veut faire exécuter la loi injuste qu'il a portée ou lorsqu'il veut faire exécuter un acte contraire aux lois justes qu'il a édictées. Tous les théologiens ont admis la légitimité de la résistance défensive; c'est la légitime défense; elle est de droit naturel. Gerson, au XVe siècle, écrivait : « Et si subditos manifeste et cum obstinatione in injuria et de facto prosequatur principis, tunc regula hæc naturalis, vim vi repellere licet, locum habet » (*Contra adulatores principium,* consid. 7). V. le développement de l'idée dans cardinal Ziglaria, *Summa philosophica,* 4e édit., Lyon, 1882, III, p. 266-267).

Quant à la résistance *agressive,* c'est la sédition, l'insurrection tendant à forcer par la violence le gouvernement à retirer les lois injustes qu'il a portées ou les décisions illégales qu'il a prises et même à le renverser. Depuis saint Thomas, tous les théologiens reconnaissent ce droit à la sédition, mais seulement comme un *ultimum remedium;* ils conseillent d'en user avec beaucoup de prudence, en examinant bien si cette insurrection ne risque pas d'aggraver le mal au lieu de le supprimer. Cette réserve faite, le principe est incontestable. Naturellement, saint Thomas pose et discute la question en la forme théologique : la sédition est-elle un péché, demande-t-il? Oui, répond-il, en principe, parce qu'elle est opposée à la paix et à l'unité du peuple. Mais ceux qui défendent le bien commun, ceux qui résistent à la sédition, ceux-là ne sont point séditieux. Or, quand un gouvernement est tyrannique, lorsqu'il fait des lois injustes, quelle que soit d'ailleurs la forme du gouvernement, ou bien quand des hommes se sont emparés du pouvoir par la violence, ce sont précisément ceux qui détiennent le pouvoir qui sont séditieux, puisque ce sont eux qui troublent la paix publique, par conséquent on peut leur résister et en cherchant à leur enlever le pouvoir on n'est point séditieux, on ne commet point un péché. Saint Thomas conclut par ces fortes paroles : « Magis autem tyrannus seditiosus est, qui in populo sibi subjecto discordias et seditiones nutrit, ut citius dominari possit. » La sédition est donc alors permise, « à moins, dit saint Thomas, qu'il en résulte une si profonde perturbation que le peuple en souffre plus qu'il ne souffrait du régime tyrannique » (Saint Thomas, *Somme théologique,* II, 2e partie, quest. 42, art. 2, édit. Lachat-Vivès, VIII, p. 200). Rapp. *De regimine principis* (authenticité contestée), liv. I, chap. v et vi.

Léon XIII a écrit dans l'encyclique *Libertas :* « Lorsqu'on est sous le coup de la menace d'une domination qui tient la société sous la pression d'une violence injuste ou prive l'église de sa liberté légitime, il est permis de chercher une autre organisation politique sous laquelle il soit possible d'agir avec liberté » (*Lettres apostoliques* de Léon XIII, II, p. 211, édit. des *Questions actuelles*).

Cons. sur tous ces points, Chénon, *Théorie catholique de la souveraineté nationale,* p. 16 et s.; *Id., Le rôle social de l'Église,* 1921, particulièrement p. 116 et s.; Vareilles-Sommières, *Principes fondamentaux du droit,* p. 154; Mgr d'Hulst, *La morale du citoyen,* 1895, p. 49, 53; Féret, *Le pouvoir civil devant l'enseignement catholique,* 1888, où sont rassemblés les principaux textes; Montagne,

Revue thomiste, janvier 1901, p. 631, juillet 1901, p. 322 et janvier 1902, p. 674.

Au XVIe siècle, après la Saint-Barthélemy, les écrivains protestants ont nettement affirmé le droit à l'insurrection. Dans le pamphlet *Vindicia contra tyrannos* (Edimbourg, 1579), attribué à Duplessis-Mornay, l'auteur affirme très nettement le droit du peuple de refuser d'obéir au prince qui viole ses devoirs envers Dieu et envers le peuple et même de le renverser; toute la doctrine de l'auteur repose sur l'idée d'un contrat existant entre le roi et le peuple. Si le roi viole ses obligations envers Dieu ou envers le peuple, celui-ci est délié de l'obéissance. Le peuple, sous la conduite de ses magistrats, peut alors former une conjuration pour renverser le prince. L'auteur ajoute : « Si le tyran est si fort qu'on ne puisse le renverser que par les armes, il sera loisible aux représentants du peuple de faire prendre les armes au peuple et d'employer tout moyen de force et de ruse contre celui qui a été jugé ennemi de la patrie et de la république. » Mais l'auteur repousse le tyrannicide proprement dit.

Un petit livre paru en 1574, sous le titre *Du droit des magistrats sur leurs sujets* (dont l'auteur, longtemps inconnu, est Théodore de Bèze), contient des doctrines analogues (inséré dans les *Mémoires de l'État de France sous Charles IX,* 1577). L'auteur admet même le tyrannicide quand il s'agit d'un tyran sans titre. « Je ne puis trouver bonne l'opinion de ceux qui, sans aucune distinction ni exception, condamnent tous les tyrannicides » (*Mémoires de l'État de France,* II, p. 743).

Sur les doctrines politiques des écrivains protestants à la fin du XVIe siècle, cons. H. Lureau, *Les doctrines démocratiques chez les écrivains protestants français de la seconde moitié du XVIe siècle,* 1900; Méaly, *Les publicistes de la Réforme sous François II et Charles IX,* 1903; Dr Armaingaud, *Montaigne pamphlétaire,* 1910.

Au XVIIe siècle, Jurieu admet la résistance à l'oppression. « Le salut et la conservation du peuple sont la suprême loi; donc nous devons nous régler, dans l'obéissance qu'on doit aux souverains, sur ce qui fait la conservation de la société et l'on peut résister à quiconque la détruit » (*Lettres pastorales,* 3e édit., 1688, 17e lettre, p. 598). Mais Jurieu a toujours proclamé très nettement son aversion pour le régicide. Sur Jurieu, cons. l'excellent travail de R. Lureau, *Les doctrines politiques de Jurieu,* thèse Bordeaux, 1904.

A la fin du XVIIe siècle, Locke, répondant à Filmer et à ses disciples, fait une véritable théorie de la révolution. Il conclut

au droit pour les individus de renverser le gouvernement qui excède ses pouvoirs. « Si, dit-il, le procédé injuste du prince ou du magistrat s'est étendu jusqu'au plus grand nombre des membres de la société et a attaqué le corps du peuple, ou si l'injustice et l'oppression ne sont tombées que sur peu de personnes, mais au regard de certaines choses qui sont de la dernière conséquence, en sorte que tous soient persuadés en leur conscience que leurs lois, leurs biens, leurs libertés, leurs vies sont en danger *et peut-être même leur religion,* je ne saurais dire que ces sortes de gens ne doivent pas résister à une force si illicite dont on use contre eux... Quand les législateurs s'efforcent de ravir et de détruire les choses qui appartiennent en propre au peuple, ou de le réduire en esclavage sous un pouvoir arbitraire, ils se mettent dans l'état de guerre avec le peuple, qui dès lors est absous et exempt de toute sorte d'obéissance à leur égard... Toutes les fois donc que la puissance législative violera cette règle fondamentale de la société..., par cette brèche qu'elle fera à son crédit et à la confiance qu'on aurait prise en lui, *elle perdra entièrement le pouvoir* que le peuple lui avait remis pour des fins directement opposées à celles qu'elle s'est proposées et il est dévolu au peuple qui a droit de reprendre sa liberté originale..., de pourvoir à sa propre conservation et à sa propre sûreté... » (Locke, *Du gouvernement civil,* chap. XVII, n° 11 ; chap. XVIII, n^os^ 13 et 14, édition française, Amsterdam, 1691, p. 269 et 285).

Il est important de remarquer que Locke affirme les droits de résistance et de sédition non seulement à l'égard du roi, mais encore à l'égard du législateur, représentant du peuple, qui est lié comme le roi lui-même par des lois supérieures. Locke nie ainsi la toute-puissance de la loi, qui sera la doctrine de J.-J. Rousseau. Celui-ci ne peut admettre la résistance à l'oppression contre le législateur, puisque le législateur c'est la collectivité elle-même; la collectivité ne peut s'insurger contre elle-même (*Contrat social,* liv. I, chap. II). C'est l'absolutisme pur ; et les doctrines du *Contral social* impliquent la négation de la résistance à l'oppression de la minorité par la majorité. C'est ce qu'avait en vue Benjamin Constant quand il écrivait si justement : « Je ne connais aucun système de servitude qui ait consacré des erreurs plus funestes que l'éternelle métaphysique du *Contrat social* » (*Cours de politique constitutionnelle,* I, 1819, p. 329).

Ce n'est donc point dans le *Contrat social,* mais bien dans le *Traité du gouvernement civil* de Locke que l'on doit chercher l'inspiration des dispositions de nos Déclarations des droits qui proclament le droit de résistance à l'oppression.

Cf. Smyrniadès, *Les doctrines de Hobbes, de Locke et de Kant sur le droit d'insurrection,* thèse Paris, 1921.

Comment la question se pose-t-elle aujourd'hui? Pour le tyrannicide, la solution n'est pas douteuse. Nul n'a le droit de donner la mort à autrui. L'assassinat politique reste toujours un assassinat. Quant à la résistance à l'oppression, il faut distinguer les trois espèces traditionnelles : la résistance *passive,* la résistance *défensive* et la résistance *agressive.*

Il n'est pas douteux que tout individu a le droit de résister à l'application de toute loi contraire au droit ou à tout acte contraire à la loi, en n'exécutant la chose commandée que lorsque la contrainte est employée contre lui, en protestant même contre ce qu'il considère comme une violation du droit, en déclarant qu'il ne cède qu'à la contrainte matérielle et après avoir employé toutes les voies de recours qui sont mises par la loi à sa disposition. Le droit de résistance passive ainsi compris n'a jamais été contesté et ne peut pas l'être. Il appartient à chacun d'apprécier en conscience s'il doit obéir volontairement à tel ou tel acte de l'autorité ou s'il ne doit y obéir que sous la pression de la contrainte. La loi n'est point, parce qu'elle est la loi, la vérité absolue. Demander à tous l'obéissance passive à la loi, c'est vouloir faire un peuple d'esclaves. L'obéissance à la loi est une nécessité sociale, mais chacun est libre d'apprécier la valeur d'une loi et de faire tout ce qu'il pourra, sans recourir à la violence, pour se soustraire à l'application d'une loi qu'il considère comme contraire au droit, comme aussi à l'exécution d'un acte qu'il considère comme contraire à la loi.

Benjamin Constant a dit très justement : « L'obéissance à la loi est un devoir; mais comme tous les devoirs, il n'est pas absolu, il est relatif; il repose sur la supposition que la loi part d'une source légitime et

se renferme dans de justes bornes. Ce devoir ne cesse pas lorsque la loi ne s'écarte de cette règle qu'à quelques égards; nous devons au repos public beaucoup de sacrifices... Mais aucun devoir ne nous lie envers des lois telles que celles qu'on faisait par exemple en 1793, ou même plus tard et dont l'influence corruptrice menace les plus nobles parties de notre existence... »

Cours de politique constitutionnelle, I, 1819, p. 211. Cf. en sens inverse, Esmein, *Droit constitutionnel,* 6e édit., p. 1109, et 7e édit., 1921, I, p. 563.

La résistance *défensive* est-elle légitime? La question est ici plus délicate. Elle se pose dans le cas où l'on veut résister par la force à l'exécution d'une loi que l'on prétend contraire au droit ou à un acte individuel contraire à la loi. Le droit de résistance défensive ne saurait être théoriquement contesté. Mais il n'est pas douteux que l'exercice d'un pareil droit présente de graves dangers. On conçoit difficilement qu'une société puisse vivre où l'on reconnaîtrait à tout citoyen le droit de s'opposer par la force à l'exécution d'une loi qu'il prétend contraire au droit. Il est incontestable, d'autre part, qu'il y aurait en droit positif délit de rébellion de la part de l'individu qui opposerait une résistance armée à l'agent qui agit dans les limites de ses pouvoirs pour assurer l'exécution d'une loi, alors même que cette loi serait manifestement contraire au droit : le tribunal ne pourrait pas ne pas le condamner pour rébellion.

Cependant, si l'on admet, comme j'ai essayé de le démontrer au paragraphe 98, que les tribunaux ont le droit d'apprécier la constitutionnalité des lois et d'écarter l'application d'une loi jugée inconstitutionnelle, la conséquence logique, c'est que tout individu prévenu du délit de rébellion pourrait soutenir que le délit n'existe pas, parce que la loi dont l'agent public a voulu lui

faire l'application est contraire au droit, que le tribunal devrait statuer sur ce point et acquitter s'il juge, en effet, que la loi au nom de laquelle on a agi est inconstitutionnelle.

Mais l'individu a certainement le droit de résister par la force à l'acte individuel d'un agent agissant en violation de la loi. L'acte de l'agent n'a alors aucune valeur légale ; c'est un acte de force brutale auquel l'individu a le droit de répondre par la force. En droit positif, la question se pose très nettement de la manière suivante : y a-t-il crime ou délit de rébellion, aux termes de l'article 209 du code pénal, dans les voies de fait exercées sur un agent agissant en violation de la loi?

Le code pénal de 1791, conformément au principe de la résistance à l'oppression formulé par l'article 2 de la Déclaration des droits, ne punissait la résistance violente qu'autant qu'elle était opposée à un dépositaire de la force publique « agissant légalement dans l'ordre de ses fonctions ». Certaines législations modernes ont, comme le code de 1791, subordonné expressément l'existence du délit de rébellion à la légalité de l'acte exercé par l'agent de l'autorité publique. Ce sont notamment les codes allemand, hongrois, italien. D'autres ne donnent pas de solution précise et exigent seulement que, pour qu'il y ait rébellion, la violence et les voies de fait se produisent contre l'exécution des lois ou les ordres de justice (code français, art. 209).

Le code français ayant gardé le silence, je crois, avec Garraud, « qu'il ne saurait exister de rébellion dans la résistance même avec violences et voies de fait, opposée à un acte illégal ». Le savant auteur dit très justement : « Ce qui constitue la criminalité de la rébellion, c'est la désobéissance et le mépris de la loi ; la violence contre les agents de l'autorité est le moyen extérieur par lequel se manifestent cette désobéissance et ce mépris.

Or, quand le fonctionnaire public n'exécute pas la loi en sortant de ses fonctions ou en en abusant, il commet un acte arbitraire au préjudice du citoyen, et celui-ci en y résistant ne s'oppose pas à l'*exécution*, mais à la *violation* de la loi. Non seulement cette résistance cesse d'être délictueuse, mais encore elle devient légitime.... L'attaque ou la résistance avec violence dans le but d'empêcher l'exécution d'une loi ou d'un ordre de l'autorité, tel est l'élément intentionnel du délit de rébellion ; or, celui qui résiste à un acte arbitraire n'a pas l'intention de s'opposer a l'exécution de la loi, puisqu'il résiste précisément parce que la loi n'est pas exécutée » (*Droit pénal*, 3e édit., 1914, II, p. 36).

Garraud, pour mettre sa doctrine d'accord avec la jurisprudence, lui apporte une restriction. Il estime que les agents de l'autorité doivent être présumés agir légalement ; que, dès lors, si un particulier se trouve en présence d'un fonctionnaire agissant dans la sphère de ses pouvoirs avec un mandat dont il justifie, toute résistance avec voies de fait serait une rébellion, alors même qu'une illégalité aurait été commise ; que le délit de rébellion serait écarté seulement quand un agent agit en dehors de ses fonctions ou sans mandat, ou fait un acte qui lui est interdit par la loi. Je ne puis admettre une pareille restriction, et je crois qu'il n'y a jamais rébellion dans le fait du citoyen qui résiste par la force à un acte illégal d'un agent public. Il peut y avoir une autre infraction (par exemple, meurtre, coups et blessures), mais il n'y a pas rébellion.

Une question analogue s'est posée pour le délit de bris de scellés prévu à l'article 249 du code pénal. Cf. Cass. crim., 28 novembre 1902, 26 décembre 1902 et 2 janvier 1903, arrêts desquels il semble résulter que le délit de bris de scellés existe indépendamment de la question de savoir si les scellés ont été régulièrement apposés. Rapp. S., 1904, I, p. 57, une longue et intéressante note de Chavegrin qui étudie toute la question

de la résistance défensive et écrit très justement : « En un mot, la nécessité d'une discipline nationale ne doit pas faire méconnaître le besoin de garanties pour les individus, et il y a des cas extrêmes où ces garanties comportent l'emploi de la violence. » Sur la question de la légalité des scellés administratifs, cf. ce qui a été dit plus haut au paragraphe 100 à propos des opérations matérielles administratives et de l'usurpation de pouvoir.

Reste la question de la résistance *agressive* ou du droit à l'insurrection. Ici encore, théoriquement, la réponse ne peut faire de doute. Tout gouvernement (j'entends l'ensemble des pouvoirs placés à la tête de l'État) qui, d'une manière permanente, fait des lois attentatoires au droit supérieur qui s'impose à l'État, qui fait ou laisse faire des actes arbitraires en violation des lois existantes, est un gouvernement tyrannique qui manque à sa mission, et le peuple qui fait une révolution pour le renverser accomplit assurément un acte légitime. On ne saurait nier non plus que dans l'histoire il y a eu des révolutions légitimes. Mais j'accorde qu'en pratique l'exercice d'un pareil droit présente de grands dangers. Tous les philosophes politiques, qui depuis saint Thomas jusqu'à Locke, ont reconnu le droit d'insurrection, ont compris ces dangers et ont recommandé de n'user de ce remède qu'avec une extrême prudence.

Il est clair d'ailleurs que la question de la légitimité d'une insurrection ne pourra jamais se poser en droit positif devant un tribunal. Si l'insurrection triomphe, le gouvernement qui en sortira ne fera certainement pas poursuivre pour attentat à la sûreté de l'État ou pour complot ceux auxquels il doit le pouvoir; et si l'insurrection échoue, il n'y aura pas un tribunal qui ose déclarer qu'il n'y a pas eu complot ou attentat à la sûreté de l'État parce que le gouvernement était tyrannique et que l'intention de le renverser était légitime.

Le droit à l'insurrection, incontestable en théorie, est en fait dépourvu d'efficacité. La loi constitutionnelle

d'un pays ne peut le reconnaître sans jeter dans ce pays un ferment d'anarchie. C'est ce qui faisait dire à Boissy d'Anglas que la constitution de 1793 « avait organisé l'anarchie » (*Rapport* sur la constitution de l'an III, *Moniteur*, réimpression, XXV, p. 81).

De là naît pour l'État une obligation rigoureuse, l'obligation d'organiser les pouvoirs politiques de manière à réduire au minimum le danger que les gouvernants prennent des décisions arbitraires, fassent des lois contraires au droit, ordonnent ou permettent des actes individuels contraires aux lois. On va étudier, au tome IV de cet ouvrage, comment l'État français a rempli cette obligation qui s'impose à tout État.

Cf. sur la résistance à l'oppression, outre les auteurs déjà cités, Delpech, *Revue du droit public*, 1907, p. 290 ; J. Barthélemy, *même Revue*, 1907, p. 311 ; Porquier de Lagarrigue, *La sûreté et la résistance à l'oppression*, thèse Bordeaux, 1906 ; Lacour, *La résistance aux actes de l'autorité publique*, thèse Paris, 1905 ; Alloati, *La legitimazione della resistenza*, 1908 ; Longhi, *La legitimita della resistenza agli atti dell'autorita*, 1906.

FIN DU TOME TROISIÈME

TABLE DES MATIÈRES

CHAPITRE IV

Les agents publics.

Pages

53. La distinction des agents fonctionnaires et des agents employés..... 1
54. La distinction des fonctionnaires judiciaires et des fonctionnaires administratifs..... 21
55. De la séparation de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif..... 29
56. De la sanction de la séparation du contentieux administratif et du contentieux judiciaire..... 53
57. Les fonctionnaires agents directs des gouvernants.... 58
58. Les fonctionnaires décentralisés..... 66
59. La décentralisation par région..... 75
60. La décentralisation par service..... 83
61. La nature juridique de la fonction publique..... 95
62. La nomination des fonctionnaires..... 110
63. Le recrutement des fonctionnaires..... 125
64. La compétence..... 139
65. Le statut des fonctionnaires..... 147
66. Le statut des fonctionnaires (*suite*)..... 165
67. Fonctionnaires qui ont un statut légal spécial..... 176
68. Les obligations et les charges des fonctionnaires..... 194
69. Les grèves de fonctionnaires..... 202
70. Les associations et syndicats de fonctionnaires..... 217
71. La hiérarchie et la discipline des fonctionnaires..... 248
72. La responsabilité des fonctionnaires..... 262

CHAPITRE V

Le patrimoine de l'État.

73. La notion générale de patrimoine..... 296
74. Le domaine de l'État..... 318
75. Les différentes catégories de domaine public..... 337

Pages

76. La prétendue inaliénabilité du domaine public 337
77. Des modes d'acquisition du domaine de l'État 357
78. Les créances de l'État..... 376
79. Les dettes de l'État..... 385
80. Les contrats de l'État..... 402
81. La responsabilité de l'État en général..... 426
82. La responsabilité de l'État administrateur. Travaux publics..... 441
83. La responsabilité de l'État administrateur (*suite*)..... 452
84. La question de la coexistence de la responsabilité de l'État et de la responsabilité personnelle du fonctionnaire 478
85. La responsabilité de l'État-juge..... 490
86. La responsabilité de l'État-législateur..... 512
87. La responsabilité de l'État pour dommages de guerre. 532

CHAPITRE VI

L'État et le Droit.

88. L'État de droit..... 547
89. Le système des déclarations des droits..... 556
90. Le contenu des déclarations des droits..... 568
91. Le principe d'égalité..... 582
92. La liberté..... 594
93. Le régime de droit et le régime de police..... 603
94. La propriété..... 608
95. Les obligations positives de l'État..... 627
96. Le système des lois constitutionnelles rigides..... 639
97. La distinction des lois constitutionnelles et des lois ordinaires en France de 1789 à 1875 647
98. Les lois contraires au droit..... 659
99 Le principe de légalité..... 681
100 Sanction du principe de légalité..... 705
101 La résistance à l'oppression..... 735

TABLE ANALYTIQUE

Les chiffres renvoient aux pages. Les astérisques indiquent l'endroit où la matière est spécialement traitée.

Absinthe, interdiction, 521 et 522, 703 et 704; pas d'indemnité due, 521.

Abus de pouvoir, quand l'agent administratif fait une opération matérielle du domaine administratif et commet une faute, 709 et 710; correspond à l'excès de pouvoir, 710. V. Excès de pouvoir, Usurpation de pouvoir.

Acte additionnel de 1815, est voté par le peuple, 650.

Acte d'autorité, ne peut pas être distingué de l'acte de gestion, 11 et 12.

Acte de gestion, ne peut pas être distingué de l'acte d'autorité, 11 et 12.

Acte de gouvernement, notion de l' —, 158, 683, 685* et s.; ne pas les confondre avec les actes politiques ou actes faits par le gouvernement comme organes politiques, 685 et 686; la notion de l' — doit être absolument écartée, 158, 161 et 162, 683; elle serait une exception au principe de légalité matérielle qui n'en comporte pas, 686 et 687; elle conduit à la doctrine despotique de Seydel et au droit de nécessité de l'école allemande, 686 et 687; pour défendre la théorie des —, on ne saurait invoquer l'article 26 de la loi du 24 mai 1872, 690 et 691; le tribunal des conflits repousse nettement la théorie des —, 691 et s.; le conseil d'Etat l'appliquait sous le second empire, il paraissait l'avoir abandonnée, 687 et 688, 692 et 693; il semble l'avoir ressuscitée depuis la guerre, 694 et 695.

Acte diplomatique, irresponsabilité de l'Etat, 474 et s.; jurisprudence constante du conseil d'Etat, 476.

Acte juridictionnel, l'Etat ne peut pas être responsable à l'occasion d'un —, parce que ce serait contraire au principe de l'autorité de la chose jugée, 499 et s.; réfutation des objections, 501 et 502; — soumis au principe de légalité, sanction, 706.

Acte juridique, unilatéral, 113; — plurilatéral, 113; l' — plurilatéral n'est pas toujours un contrat, 113; — collectif, 117; caractère de la nomination de fonctionnaires, 117 et 118. V. Contrat.

Acte politique. V. Acte de gouvernement.

Acte objectif. V. Nullité.

Affectation, d'un immeuble à un service public, 354; l' — doit être expresse et faite par

décret, 354; elle résulte souvent d'une convention avec une ville, 354; l'administration ne peut rien faire qui soit contraire à l' —, 354 et 355; article 56, § 1, de la loi de finances du 25 février 1901, 355; la procédure des contraventions de grande voirie n'est pas applicable à un immeuble affecté à un service public, 355.

Agents publics, 1 et s.; le nombre des — augmente dans tous les pays, 2 et s.; décision du parlement français pour le limiter, 2; — ayant le caractère de fonctionnaires, 3 et s., 6 et s.; intérêts qu'il y a à distinguer les — fonctionnaires et les — employés, 4 et s.; les — qui participent d'une manière permanente et normale à un service public sont des fonctionnaires, quel que soit ce service et quels que soient les actes qu'ils font, 10 et s.; les — engagés momentanément et accidentellement par une administration n'ont pas le caractère de fonctionnaires, 14 et 15; un — peut être fonctionnaire bien qu'il ne touche pas de traitement, 15 et 16; — décentralisés, 66 et s. V. Décentralisation, Fonction publique, Fonctionnaire, Service public.

Air atmosphérique, laissé au libre usage, 329, 342; conventions relatives à la navigation aérienne, 329.

Allemagne, l'Empire de 1871 a été constitué par le concours des volontés des Etats allemands, 72; la constitution de 1919 est un acte unilatéral, 72 et 73; elle limite étroitement les pouvoirs des Pays, 73 et 74; l'unification et la centralisation de l' — sont plus grandes depuis sa défaite, 73, la loi du 31 mars 1873 sur les fonctionnaires et la théorie allemande de la fonction publique, 120 et 121; la constitution de 1919 dit expressément que la même protection doit être assurée aux enfants naturels et aux enfants légitimes, 593; le président d'empire, à la différence de l'empereur, a le droit d'édicter des règlements de nécessité, 698.

Amnistie, plusieurs lois récentes l'ont déclarée applicable aux infractions disciplinaires, 258 et 259.

André (Le général), a reconnu la légalité des syndicats d'ouvriers militaires, 227 et 228.

Angleterre, a conservé théoriquement l'idée d'une délégation donnée par la couronne aux fonctionnaires, 112; l' — ne pratique pas le système des lois constitutionnelles rigides, le parlement peut tout faire, 639 et 640, 643, 645 et 646; la distinction est faite un moment sous le protectorat de Cromwell, 644 et 645.

Annulation contentieuse et non contentieuse. V. Nullité.

Armée, l'obéissance passive dans l' —, 286, 289* et 290. V. Officiers.

Arrêt d'union, 643.

Arrêté de débet, 382.

Arsenaux, militaires et maritimes, sont des services publics, 9.

Assemblée nationale de 1789, affirme son pouvoir constituant, 647; repousse une proposition de Malouet tendant à soumettre la constitution au peuple, 647.

Assemblée nationale de 1871, avait le pouvoir constituant, 655 et 656; le parti républicain le lui a contesté jusqu'au 30 janvier 1875, jour où a été voté l'amendement Wallon établissant la république, 656; nomme M. Thiers

chef du pouvoir exécutif de la République française, 656, 658; vote la loi du septennat, 657; l'amendement Wallon, 658.

Assistance, droit à l' —, 583 et 584, 602 et 603, 628* et s.; lois françaises qui l'ont reconnu et organisé, 628; obligations imposées aux collectivités administratives secondaires, 629. V. Etablissement public.

Associations professionnelles de fonctionnaires, sont légales, 137, 217* et s., 233 et s.; application de la loi de 1901, 218, 233 et s.; objections qui ont été faites, 234 et 235; le conseil d'Etat a reconnu souvent expressément la légalité des — conformément à la loi de 1901, 235 et 236; cependant l'arrêt Fédel, 27 février 1922, paraît contradictoire, 239; les tribunaux judiciaires ont également reconnu la légalité des — conformément à la loi de 1901, 236 et 237; de même le gouvernement, 237 et 238; les — sont recevables à former des recours tendant à l'annulation des nominations ou des révocations illégales, 137 et 138, 191, 238 et 239; les — ne peuvent adhérer à la confédération générale du travail, 243; dans l'état du droit positif français, elles peuvent former une fédération générale, 243 et 244; cette faculté devrait leur être retirée par la loi, 244 et 245; projet de loi sur le statut des fonctionnaires du 1er juin 1920, 226, 245; urgence de ce projet de loi, 245 et 246; s'il était voté, il ne résoudrait point cependant toutes les difficultés, 245 et 246; elles proviennent en partie de l'erreur du législateur qui, après avoir reconnu la liberté générale d'association en 1901, a maintenu sans raison la loi de 1884 sur les syndicats professionnels, 218 et 219, 245. V. Confédération générale du travail, Fédération, Grève, Syndicats.

Aubry et Rau, leur théorie du patrimoine, 296 et 297.

Autorité. V. Acte d'autorité, Fonctionnaires d'autorité, Puissance publique, Services publics.

Autorité administrative, 21 et s.; comprend tous les agents publics, à l'exception de ceux auxquels la loi donne le caractère politique ou le caractère judiciaire, 22 et 23; ne peut faire aucun acte du domaine judiciaire, 30, 709, 714* et s. V. Séparation de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire, Usurpation de pouvoir.

Autorité judiciaire, 21 et s.; ne comprend que les agents publics auxquels la loi a donné ce caractère, 22 et 23; ne peut s'immiscer dans le domaine administratif, 31; n'est pas un pouvoir, 182. V. Contentieux administratif, Séparation de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif.

Autriche, la constitution de 1920 fait de l'— un Etat fédéral, 73.

Avancement, des fonctionnaires au choix et à l'ancienneté, 168 et 169; — des magistrats, 179 et 180; — des professeurs d'université, 185; — des professeurs de lycée, 186.

Babouvisme, conséquence logique de la conception de l'égalité-droit en 1793, 586 et 587; la Déclaration de 1793 en affirmant l'égalité-droit, conduisait à l'égalité économique, 610 et s.; les doctrines de Robespierre préparent le —, 612; les principales affirmations du —, 612.

Barckhausen, a démontré d'une

manière définitive que dans la loi des 22 novembre et 1er décembre 1790 et dans le code civil, les expressions domaine national et domaine public sont synonymes, 319* et 320, 321 et 322; se trompe quand il dit que la loi de 1790 maintenait l'inaliénabilité du domaine, 339.

Barrère, défend l'impôt progressif à la Convention, 591.

Barthélemy (Joseph), dit à tort que l'ordre du supérieur peut transformer la faute du subordonné en une faute de service, 287; critique la théorie de Laband sur l'ordre de service, 289; ce qu'il dit au sujet de la subordination militaire, 290.

Barthou, garde des sceaux, reconnaissait aux associations professionnelles de fonctionnaires, formées conformément à la loi de 1901, la possibilité de se fédérer, 244.

Batbie, enseignait la théorie des actes de gouvernement, 687 et 688.

Baudry-Lacantinerie, a le tort de faire du fonctionnaire un commis ou un employé de l'Etat, 107.

Beaubois, admet une large responsabilité des fonctionnaires, 87.

Beauregard, admet l'exception d'inconstitutionnalité, 670 et 671.

Beauquier, ses propositions de décentralisation par région, 77.

Benjamin Constant, reconnaît le droit de refuser l'obéissance à une loi contraire au droit, 662, 745 et 746.

Berthélemy, est seul aujourd'hui à défendre la distinction des fonctionnaires d'autorité et des fonctionnaires de gestion, 10 et 11, 167; devrait logiquement admettre la grève des fonctionnaires de gestion, 12, 212*; admet la distinction du contentieux par nature et du contentieux par détermination de la loi en la rattachant à la distinction des actes d'autorité et des actes de gestion, 37; critique le syndicalisme fonctionnariste, 89; réponse, 89 et 90; soutient, à tort, que les prétendus fonctionnaires de gestion sont dans une situation contractuelle, 107; que la nomination d'un fonctionnaire d'autorité est un acte unilatéral, celle d'un fonctionnaire de gestion, un contrat, 120; devrait admettre, pour être logique, la grève et les syndicats des fonctionnaires de gestion, 212 et 220; maintient, à tort, la fausse et néfaste distinction des fonctionnaires d'autorité et des fonctionnaires de gestion, 231, 240 et 241; se trompe en disant que d'après la loi du 12 mars 1920 des fonctionnaires comme les instituteurs, les percepteurs peuvent se syndiquer, 231, 241; persiste à enseigner contre l'évidence que les fonctionnaires ne peuvent pas former d'association professionnelle conformément à la loi de 1901, 240 et 241; nie la personnalité de l'Etat-puissance, mais admet celle de l'Etat patrimonial, contradiction, 202 et 203; analogie de sa doctrine, sur ce point, avec celle de Ducrocq, 302 et 303; dit très justement que la réquisition est de même ordre que l'expropriation, 369; que l'indemnité de réquisition doit être la réparation exacte du dommage, 373 et 374; soutient encore, à tort, que dans une saine doctrine juridique on devrait décider qu'à moins d'une décision expresse de la loi l'Etat n'est responsable qu'à

l'occasion d'un service de gestion, 454; a le tort d'opposer l'équité au droit, 454 et 455; — enseigne très nettement que l'administration ne peut faire d'acte d'exécution, 711 et 712.

Berthet, sa déclaration comme rapporteur de la loi du 3 décembre 1908, 429.

Blackstone, expose la doctrine individualiste, 578; affirme le pouvoir sans limite du parlement, 644.

Boissy d'Anglas, dit que la constitution de 1793 avait organisé l'anarchie, 750.

Bolchevisme, impose le travail et supprime la propriété individuelle, 599 et 600.

Bonnard, sa théorie de la répression disciplinaire, 259 et 260.

Boucher, fait l'apologie du tyrannicide, 740.

Bourguin, admet la légitimité de la grève des prétendus fonctionnaires de gestion, 12, 212; admet les syndicats des mêmes fonctionnaires, 220.

Boutmy, commet l'erreur de dire que la Déclaration des droits de 1789 est tirée du contrat social de J.-J. Rousseau, 571 et s.

Brémond, repousse la théorie des actes de gouvernement, 688 et 689.

Brésil, le fédéralisme y résulte d'une décision unilatérale émanant du pouvoir central, 71.

Briand, son projet de 1910 ne prévoyait pas la grève des fonctionnaires, 215; comme président du conseil déclare illégaux les syndicats d'agents des postes, 229.

Brinz (von), sa théorie des patrimoines-buts, 310 et 311.

But, support de tout patrimoine, 308; support du patrimoine de l'Etat, 208, 210. V. Patrimoine.

Cabinet des ministres, la nomination à une fonction publique d'un membre du — est nulle si elle n'est pas insérée au *Journal officiel* avant la démission du ministre, 135.

Capacité, au sens général, 97; la notion de — est identique à celle de compétence, 97; la — est une situation objective, 97 et 98; on ne peut voir dans la — un droit subjectif, 98. V. Compétence.

Centralisation, implique de nombreux agents directs des gouvernants avec des pouvoirs étendus, 63; tendance de tout gouvernement à la —, 82; danger de la — des services publics, 84. V. Décentralisation, Services publics.

Chardenet, déclare qu'un maire qui ne se soumet pas à un jugement commet une faute personnelle, 284.

Chardon, dit qu'une grève d'un service public est inadmissible, 216.

Charges et obligations des fonctionnaires, forment un élément de caractère objectif, 102* et 103, 248; impliquent certaines restrictions au statut légal de citoyen, 102 et 103; il n'y a pas d'action directe pour contraindre le fonctionnaire à remplir les — de sa fonction, 248; elles n'ont d'autre sanction que la discipline, 103.

Charles Benoist, sa proposition tendant à instituer une cour suprême, 667.

Charte, de 1814 est octroyée « à toujours », 650 et 651; elle ne pouvait être modifiée par le roi seul, 651; pouvait-elle être modifiée par une loi? 651 et 652; l'article 14 de la — de 1814 ne donnait pas au roi le droit de modifier ou de suspendre les lois, 698 et 699; la

— de 1830 est votée par les chambres, 642 et 653; elle peut être modifiée par une loi, 653.
Chavegrin, paraît penser que sont illégales les associations de fonctionnaires formées suivant la loi de 1901, 237; admet la résistance défensive, 709.
Chemins de fer, forment une dépendance du domaine public de l'Etat qui doit être placée dans une catégorie particulière, 330 et 331; application à cette catégorie de la règle de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité, 353; les employés commissionnés des — même concédés sont des fonctionnaires, 5, 19; les — même concédés sont un service public, 9, 19; les employés des — ne peuvent faire grève, 13, 210 et 211; c'est à tort qu'on leur a reconnu le droit de former des syndicats de la loi de 1884, 227; légalité des arrêtés ministériels mobilisant les cheminots en 1910, 210 et 211; caractère révolutionnaire de la grève de 1920, 211; arbitrage obligatoire établi par la loi du 29 octobre 1921, 211; les — de l'Etat ont reçu une certaine autonomie avec participation des employés, 93; le régime général des — d'après la loi de 1921, 93 et 94; rachat de la Compagnie de l'Ouest, 407; lois du 3 décembre 1908 sur le raccordement des voies d'eau avec les voies ferrées, du 21 juillet 1909 et du 28 décembre 1911 sur les retraites des cheminots ne violaient point un contrat, 416 et 417, 424 et 425; arrêt du 6 décembre 1907, 417, 420; même solution quand la modification est faite par une loi, 420 et s., 423.
Clemenceau (Georges), repousse la distinction des fonctionnaires d'autorité et de gestion, 11; son projet de loi de 1909 ne prévoit pas la grève des fonctionnaires, 215; sa lettre du 7 avril 1907 aux instituteurs, 228 et 229, 247 et 248; sa proposition de loi sur la protection de la liberté individuelle, 276, 510.
Coalition, interdite par la loi Lechapelier et le code pénal, 206; depuis la loi du 25 mai 1864 ne constitue plus un délit, 206; — de fonctionnaires pour cessation du service est un fait illicite, 204.
Collectivisme, ce n'est au fond que la conception régalienne et jacobine étendue à la puissance économique, 92.
Combes, a refusé comme président du conseil de reconnaître la légalité des syndicats de cantonniers, 228; a reconnu la légalité des associations professionnelles de fonctionnaires conformes à la loi de 1901, 237.
Commandement, exercé par les gouvernants et leurs agents directs sur les fonctionnaires, 59 et 60; implique le droit d'annuler les actes des fonctionnaires subordonnés pour raison de droit et pour raison d'opportunité, 60. V. Hiérarchie.
Commerce, interdit aux fonctionnaires, mais pas à leurs proches, excès de pouvoir du préfet de police, 195 et 196.
Commissaire de police, agissant comme officier de police judiciaire a le caractère de fonctionnaire judiciaire, 24.
Commune, est, en France, le type de la circonscription décentralisée, 78; les — ont un patrimoine propre, 317.
Communication, de leur dossier aux fonctionnaires au

cas de mesures disciplinaires (art. 65 L. 22 avril 1905), 150 et s. V. Statut des fonctionnaires.

Compétence, au sens général, 97, 139* et s.; l'expression s'applique surtout aux actes d'ordre juridique, 140; la — des agents détenteurs de la force publique, 140 et 141; la notion de — est identique à celle de capacité, 97, 140; la — est une situation objective, 97 et 98, 141* et s.; à aucun titre on ne peut voir dans la — un droit subjectif, 98, 141* et s.; la — ne peut pas être revendiquée par le fonctionnaire, 142 et 143; peut à tout moment être modifiée par la loi, 105; la délégation de — n'existe pas en réalité, 134 et s.; — juridictionnelle en matière de responsabilité des fonctionnaires, 290 et s.; en matière d'impôt, 384 et 385. V. Contentieux administratif, Délégation, Fonction publique.

Comte (Auguste), voit dans la propriété « une indispensable fonction sociale », 618 et 620.

Concession, sur le domaine public, 345; doit toujours être résiliable, 347 et 349; contient un élément contractuel, 348 et 349; ne donne pas naissance à un droit réel administratif, 357; la — de service public contient des clauses contractuelles et des clauses réglementaires, 414 et 415, 418; critérium de la distinction, 414; les clauses réglementaires, quoique conventionnelles, ne forment pas un contrat, 415; l'Etat peut, par un acte unilatéral, modifier les conditions d'exploitation d'un service public, 415 et 416; responsabilité de l'Etat au cas de modification de la situation d'un concessionnaire, 417 et s.; solution unanimement admise lorsque la modification est apportée par décret (arrêt 6 décembre 1907), 420 et s.; la même solution doit être donnée quand la modification est apportée par une loi, 421 et s., 423 et s.

Concours, comme mode de recrutement des fonctions publiques, 131* et s., 168; le ministre a pouvoir d'arrêter la liste des concurrents, 131 et 132; mais sa décision est susceptible d'être attaquée par le recours pour détournement de pouvoir, 132 et s.; distinction entre les — de nomination et les — de présentation, 134; — d'agrégation, 133; — d'agrégation d'enseignement secondaire, le conseil d'Etat décide, à tort, que les ecclésiastiques ne peuvent s'y présenter, 133.

Confédération générale du travail, et la — unitaire poursuivent l'une et l'autre des buts révolutionnaires, 222 et 223, 242 et 243; erreur et faiblesse du gouvernement qui, à certains moments, a traité d'égal à égal avec la —, 223 et 224; les syndicats de fonctionnaires ont la prétention inacceptable d'adhérer à la —, 225, 230, 242 et 243; la — s'est formée à la faveur de la loi du 21 mars 1884 permettant aux syndicats professionnels de se fédérer, 221 et 222; scission qui s'y est produite en 1921, 242. V. Syndicats.

Conflit d'attribution, 54 et s.; procédure pour élever le —, 55 et 56; le — ne peut être élevé que devant un tribunal judiciaire, 56; le — et la loi du 21 fructidor de l'an III, 57; le — est jugé par le gouvernement en conseil d'Etat de l'an VIII à 1850 et de 1852 à

1872, aujourd'hui par le tribunal des conflits, 57 et 58; — négatif, 56. V. Séparation de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire, Tribunal des conflits.

Conseil de discipline, 169 et s.; suivant les cas, donne un avis consultatif ou obligatoire ou statue sur la peine disciplinaire, 170 et 171; illégalité du décret du 16 septembre 1914 qui a suspendu pendant la guerre le fonctionnement de tous les conseils de discipline, même établis par la loi, 171 et 172; critique des arrêts du conseil d'Etat qui en ont reconnu la légalité, 172.

Conseil d'Etat, créé par la constitution de l'an VIII, 33; jusqu'à 1849 n'exerce qu'une justice retenue, 33; de 1849 à 1852, exerce une justice déléguée, 34; reçoit définitivement un droit de décision propre en matière contentieuse de la loi du 24 mai 1872, 34; connaît des marchés de fournitures intéressant l'Etat, 38 et 39; jurisprudence hésitante et contradictoire en ce qui concerne les marchés de fournitures intéressant les départements et les communes, 39 et s.; la jurisprudence du — semble traverser une période de trouble et de régression, 43; nomination des membres du —, 135.

Conseil de préfecture, créé par la loi du 28 pluviôse de l'an VIII, 33; compétent en premier ressort pour toutes les affaires de travaux publics, 43 et 44, 451* et s.; fouilles et extraction de matériaux, 442; établissement de conduites électriques, 443.

Conseil général, prétendue délégation donnée par le — à la commission départementale, 144.

Conseil municipal, recours contre la décision du préfet annulant ou refusant d'annuler une délibération d'un —, 143.

Conseil supérieur de l'instruction publique, 184 et s.

Conseil supérieur de la magistrature, 176 et 177; pour le déplacement des magistrats, il est statué par une commission spéciale composée de membres de la cour de cassation, 178. V. Cour de cassation, Inamovibilité.

Conseiller général, n'est pas fonctionnaire, 16 et 17.

Conseiller municipal, n'est pas fonctionnaire, 16 et 17.

Constitutions rigides, le système des — complète le système des déclarations des droits, il est une garantie au profit de l'individu contre la violation du droit par le législateur, 554 et 555. V. Lois constitutionnelles rigides.

Constitution de 1791, formule le principe de la séparation de l'autorité administrative et de l'autorité judiciaire, qu'elle rattache à la séparation des pouvoirs, 31 et 32; n'organise pas de sanction à cette règle, 56; consacre le principe de la responsabilité des agents, 264; décide que le pouvoir législatif ne peut faire aucune loi qui porte atteinte aux droits naturels, 561 et 562; établit le mode de revision, 647 et 648.

Constitution de 1793, consacre le principe de la responsabilité des fonctionnaires, 264; donne à la nation l'initiative de la revision, 648 et 649.

Constitution de l'an III, formule le principe de la séparation de l'autorité administrative et de l'autorité judiciaire, 32; reconnaît la responsabilité des fonctionnaires, 264;

rend la revision aussi difficile que possible, 649.

Constitution de l'an VIII, n'est pas votée par une assemblée, est approuvée par le peuple, 649 et 650; crée le conseil d'Etat, 33; établit au profit des fonctionnaires la garantie administrative (art. 75), 290 et 291; disposition abrogée par le décret du 19 décembre 1871, 291; subordonne les poursuites contre les ministres à l'autorisation du corps législatif, 289; donne au gouvernement le pouvoir d'en suspendre l'application, 698.

Constitution de 1848, est votée par une assemblée constituante, 653; consacre le principe de la responsabilité des agents publics, 264 et 265; contient un préambule dans lequel sont rappelés les principes de 1789, 570; reconnaît le droit de propriété, 609; ne reconnaît ni le droit au travail, ni le droit à l'assistance, ni le droit à l'instruction, 637; la — règle le mode de revision, 653.

Constitution de 1852, faite sur un mandat donné par le peuple au prince Louis-Napoléon, 654 et 655, 666; est remplacée par le S.-C. du 21 mai 1870 approuvé par un plébiscite, 654 et 655; crée un sénat conservateur, 666.

Constitution de 1875, est la seule qui n'ait pas visé la Déclaration des droits de 1789, 566, 570; elle comprend trois lois (24 et 25 février, 16 juillet 1875), dont les deux premières n'ont pas le titre de loi constitutionnelle, 656 et 657; elle est le résultat d'une transaction entre le centre droit et le centre gauche, 657 et 658; elle fait la revision aussi facile que possible et, contrairement à toutes les prévisions, elle est appliquée depuis quarante-huit ans, sans qu'elle ait jamais été violée et n'a reçu que des modifications de détail, 658 et 659.

Constitutionnalité des lois. V. Inconstitutionnalité.

Contentieux administratif, ensemble des procès qui sont jugés par les tribunaux administratifs, 31; ce sont tous les procès dont le jugement implique l'appréciation d'un acte administratif, 32; évolution du — de la Révolution à nos jours, 32 et s.; on ne doit pas faire la distinction du — par nature et du — par détermination de la loi, qui avait été rattachée à la fausse distinction des actes d'autorité et des actes de gestion, 34 et s.; cette distinction est justement abandonnée par la jurisprudence, 37 et 38; sanction de la séparation du — et du — judiciaire, 53 et s.; — électoral, 114; — des impôts directs, 384 et 385; les impôts indirects relèvent du contentieux judiciaire, 384 et 385. V. Conflit d'attribution.

Contrainte, est indispensable pour réaliser le droit, 549.

Contrat, a des caractères propres, 113; — passé par l'Etat, 378, 402* et s.; la nomination de fonctionnaire n'est pas un —, 116 et s.; l'engagement militaire n'est pas un —, 119; il n'y a point à distinguer le contrat de droit privé et le contrat de droit public ou de service public, 118, 156, 163, 202, 402* et 403; le conseil d'Etat a le grave tort de maintenir la notion et l'expression de contrat de service public, 163, 202, 403; le — oblige l'Etat comme un simple particulier, 306; il est impossible de l'expliquer si l'on admet la personnalité de l'Etat à la fois

puissance publique et patrimoniale, 306*, 307 et 402; les situations de fonctionnaire, de concessionnaire et de permissionnaire ne sont pas des situations contractuelles, 403 et s.; si les tribunaux administratifs sont compétents pour statuer sur le procès né d'un — fait en vue d'un service public, cela ne change pas sa nature, 405; aucun organe, pas même le parlement, n'a le pouvoir de modifier une situation contractuelle à laquelle l'Etat est partie, 405 et 406; arrêts du conseil d'Etat de 1896 et de 1904 qui l'ont reconnu, 406 et 407; solution différente quand l'Etat édicte une disposition par voie générale dont la conséquence est de modifier la situation d'un débiteur ou d'un créancier de l'Etat, 407* et s., 410 et 411, 418, 514; par exemple la loi de 1898 sur les accidents du travail n'a pas obligé l'Etat à indemniser ses entrepreneurs, 408; il y a lieu cependant, le cas échéant, d'appliquer la théorie de l'imprévision, 409 et 410; jurisprudence du conseil d'Etat, 411 et s.; application du cahier des charges, 413.

Contrat social, notion très ancienne qui se trouve dans saint Augustin, 556 et 557; les déclarations américaines sont considérées comme formant le — des nouveaux Etats, 557, 645 et 646; la Déclaration des droits de 1789 est le — de la France régénérée, 557, 646 et 647.

Contraventions de grande voirie, 346 et 347, 350* et s.; la procédure des — implique l'existence de pouvoirs exceptionnels au profit des agents domaniaux, 351; les — entraînent une amende et l'obligation de rétablir les choses en l'état, 351; l'amende est prescriptible, l'obligation de réparation est imprescriptible, 351 et 352; la procédure des — n'est point applicable aux immeubles affectés à un service public, 345.

Contrôle, est le droit d'approuver ou de refuser d'approuver et d'annuler, pour raison de droit, l'acte d'un fonctionnaire, 60, 81, 85; ne s'exerce que sur les fonctionnaires décentralisés, 60* et s., 74, 248 et 249; ne permet pas de leur adresser des injonctions, 80 et 81; doit être fortement organisé au cas de décentralisation par service, 85; se distingue de la hiérarchie et de la surveillance, 251 et 252. V. Décentralisation.

Contrôle des dépenses engagées, 396 et 397.

Convention nationale, terme emprunté à la langue politique de l'Amérique pour désigner une assemblée constituante, 648; la — dès sa première réunion décide que la constitution sera soumise à l'acceptation du peuple, 648.

Corneille, commissaire du gouvernement au conseil d'Etat, dit qu'en reconnaissant la responsabilité de l'Etat quand il y a cas fortuit, le conseil d'Etat a été déterminé par les circonstances nées de la guerre, 470.

Cour de cassation, catégorie de personnes parmi lesquelles doivent être choisis les membres de la —, 135; la — comme conseil supérieur de la magistrature, 176* et 177, 254. V. Inamovibilité.

Créance, de l'Etat, 376 et s.; la — n'est pas plus un droit subjectif que la propriété, c'est tout simplement un mode de protection de l'affectation d'une richesse à un but, 376 et

377; l'existence d'une — n'implique pas l'existence d'un sujet de droit, 377; la — de l'Etat peut naître à la suite d'un acte contractuel ou d'un acte unilatéral, 378; la — d'impôt, 378; la volonté d'un agent public pas plus que celle d'un particulier ne peut créer une —, 378 et 379; le droit objectif détermine les cas où la créance naît d'un contrat ou d'un acte unilatéral, 379 et 380; il est difficile de déterminer dans quel sens est l'évolution, 380; dans certains cas, il n'y a pas paiement d'une créance, mais exécution de prestation se rattachant à une situation objective, 380; il ne faut pas confondre l'acte à la suite duquel naît la créance et les voies d'exécution appartenant à l'Etat, 380 et 381; l'Etat peut se créer à lui-même un titre exécutoire et s'assurer ainsi le rôle de défendeur, 381 et 382; recouvrement des — de l'Etat par l'établissement d'états exécutoires, 381; par la voie de l'arrêté de débet, 381 et 382; recouvrement des — d'impôts directs et indirects, 382 et 383.

Crédit, nécessité d'une ouverture de — par les chambres pour le paiement des dettes de l'Etat, 388 et 389; l'ordonnancement doit être fait dans les limites des —, 394 et 395; le paiement d'une dette ordonnancée sans crédit ne peut être répétée, 395. V. Dette, Ordonnancement, Responsabilité.

Cromwell, sous le protectorat de — est exprimée l'idée d'une loi supérieure au parlement, 643 et 645. V. Angleterre, Pacte populaire.

Débits de boissons, interdiction d'ouvrir de nouveaux —, 703 et 704.

Décentralisation, en général, 18, 60, 63; se distingue de la déconcentration, 63, 66* et s.; occupe une place de plus en plus grande dans l'Etat moderne, 66; différence de la — et du fédéralisme, 67 et s.; dans un Etat unitaire décentralisé, les gouvernants peuvent toujours modifier par un acte unilatéral la compétence des fonctionnaires décentralisés, 69 et 70; la — est établie avant tout dans l'intérêt du service, 90; elle permet de concilier l'accroissement des services publics avec la liberté de l'individu, 90 et 91.

Décentralisation par région, 18, 75 et s.; est surtout constituée par les attaches locales des fonctionnaires locaux, 75; le plus souvent par l'élection, mais pas nécessairement, 75 et 76, 111; n'existe réellement que si la région a un patrimoine propre, 76; la — et les lois françaises du 10 août 1871 et du 5 avril 1884, 76; projets de réforme, 76 et 77; la prétendue théorie juridique de la — est artificielle et indéfendable, 78 et 79; réponse aux objections, 79 et s.; avantages et inconvénients de la —, 81 et 82.

Décentralisation par service, 18, 83* et s., 218; ne peut s'appliquer qu'aux services techniques, 83 et 84, 87; implique un statut légal des fonctionnaires, 84; participation des fonctionnaires à la direction du service, 84 et 85; un contrôle des gouvernants fortement organisé doit être maintenu, 85; la — implique une large responsabilité des fonctionnaires et comme contrepartie leur participation aux bénéfices, 85 et s., 92; la — est une conséquence de la

disparition du concept de souveraineté, 87; réponse aux critiques dirigées contre la —, 88; permet de concilier l'accroissement des services avec la liberté et de les organiser industriellement, 90 et s.

Déchéance quinquennale, atteint toute créance contre l'Etat (L. 29 janvier 1831, art. 9), 399 et 400; n'est pas à vrai dire une prescription, 400 et 401; n'est pas suspendue par les causes de suspension de la prescription, 401; son point de départ est la date du fait pouvant donner lieu à la responsabilité de l'Etat, 400 et 401; est interrompue par toute réclamation contentieuse ou non, mais pas par un commandement, 401 et 402.

Déclarations des droits, le système des — est une garantie contre la violation du droit par le législateur, 554, 556* et s.; — qui se trouvent en tête des constitutions françaises de l'époque révolutionnaire et de la plupart des constitutions des Etats de la République américaine, 557, 646 et 647; elles forment un véritable contrat social, 557, 646 et 647; diffèrent totalement des actes du droit public anglais qui ne tendaient qu'à la limitation des pouvoirs du roi par le parlement, 557 et 558; elles reconnaissent l'existence de droits naturels antérieurs à l'Etat et venant le limiter, 556 et 557, 560; elles forment la loi par excellence, 560 et s.; elles sont supérieures aux constitutions rigides, 561 et 562; elles expriment la doctrine individualiste, 562, 568* et s.; résumé de cette doctrine, 568 et 569; la loi ordinaire n'a de forces que par sa conformité aux —, 564; les — proclament l'inviolabilité de la propriété, mais sans se prononcer sur son fondement, 616; elles ne limitent pas aujourd'hui les pouvoirs du législateur sur la propriété, 616 et 617; le système des — est complété par celui des lois constitutionnelles rigides, 641.

Déclaration des droits de 1789, conçue comme le pacte social de la société française régénérée, 558 et 559, 564; c'est l'exemple des Etats-Unis qui a déterminé l'Assemblée de 1789 à voter une déclaration des droits, 559 et 560; la — a encore aujourd'hui force de loi positive supérieure aux lois constitutionnelles et aux lois ordinaires, 562 et s.; cela est vrai quoique les lois constitutionnelles de 1875 ne visent pas la —, 566* et s., 570; la — ne faisait pas corps avec la constitution de 1791 et subsiste avec toute sa force bien que la constitution de 1791 ait disparu, 566 et 567; sources auxquelles a été empruntée la —, 571 et s.; erreur de ceux qui prétendent qu'elle a été empruntée au Contrat social de J.-J. Rousseau, 571 et s.; elle est aux antipodes du Contrat social, 572 et s.; la — ne procède point des déclarations américaines, mais a été empruntée aux mêmes sources, 574 et s.; la définition de la liberté est empruntée à Montesquieu, 575 et 576; dans son ensemble, elle est surtout empruntée à Locke, 576 et s.; elle n'emprunte rien à Pufendorf, 578 et 579; la — a pour titre complet la — de l'homme et du citoyen, 579; les droits du citoyen sont les droits de l'homme en tant qu'ils sont garantis par la société, 579 et 580; la — ne parle pas des droits politiques qui sont une pure concession

de l'Etat, 581; la — proclame le principe de l'inviolabilité du droit de propriété, 359, 429 et 430, 608* et s.; admet l'expropriation pour cause d'utilité publique, 429 et 430, 609*; c'est la porte par laquelle s'est introduite dans le droit moderne la responsabilité générale de l'Etat, 430 et s.; la — affirme la responsabilité des agents publics, 429; ne fait pas de l'égalité un droit, 582; affirme que l'impôt doit peser également sur toutes les classes, 589; ne reconnaît ni le droit à l'instruction, ni le droit à l'assistance, ni le droit au travail, 633 et s.; proclame le droit de résistance à l'oppression, 661, 737 et 738; le principe de la séparation des pouvoirs, 663. V. Egalité, Liberté, Oppression (Résistance à l'), Propriété, Sûreté.

Déclaration des droits de 1793, affirme la responsabilité de tous les fonctionnaires, 429; différences avec la Déclaration des droits de 1789, 570; définit la sûreté, 581; elle fait de l'égalité le premier des droits, 582; s'inspire directement de J.-J. Rousseau, 584; sa conception de l'égalité conduit logiquement au communisme, 586 et 587, 610 et 611; reconnaît le droit de propriété, 609; sa définition, 610; paraît reconnaître le droit à l'instruction, à l'assistance et au travail, 583 et 584, 635* et 636; c'est une conséquence de ce qu'elle fait de l'égalité le premier des droits naturels, 636; la — ne parle pas de la séparation des pouvoirs, mais de la limitation des fonctions, 663; proclame le droit de résistance à l'oppression et le droit d'insurrection, 661, 737* et 738; le droit à l'insurrection, 738 et 739; le tyrannicide, 739. V. Insurrection, Tyrannicide.

Déclaration des droits girondine, reconnaît le droit de résister à l'oppression, 737, 738.

Déclaration des droits de l'an III, sa différence d'avec la Déclaration de 1789, 560, 588; définit la sûreté, 581; fait de l'égalité un droit qui vient après la liberté, 582; reconnaît le droit de propriété, 609; ne reconnaît pas le droit au travail, à l'assistance, à l'instruction, 637.

Déconcentration, sa différence d'avec la décentralisation, 63.

Délégation, le mot et l'idée doivent être bannis du droit public, 62, 111, 144* et 145; la puissance publique ne peut jamais être déléguée par un agent de l'autorité, parce qu'elle n'est pas un droit et que si elle l'était, ce n'est pas lui qui en serait titulaire, 62, 144* et s.; la — est en réalité une nomination, 145; à aucun point de vue n'a le caractère de mandat, 145 et 146; prétendue — donnée par les ministres, les préfets, les maires, les conseils généraux, 144, 146; il n'y a point de délégation dans l'acte par lequel une loi ou un règlement donne à un fonctionnaire subordonné des attributions appartenant auparavant à un fonctionnaire supérieur, 146; la — dans l'Etat princier, 112.

Demartial, admet une large responsabilité des fonctionnaires, 87.

Démission, d'un fonctionnaire ne produit d'effet que lorsqu'elle est acceptée, 103 et 104, 159, 203; le fonctionnaire qui abandonne son poste avant que sa démission soit acceptée commet une grave faute disci-

plinaire, 104; on ne peut voir une démission dans un acte de grève quelque illégal qu'il soit, 159; le fait de donner des — de concert, prévu et puni par l'article 126 du code pénal, 213.

Deniers publics, régime spécial auquel ils sont soumis, 325.

Département, division artificielle au moment où elle a été faite, il serait aujourd'hui dangereux de la supprimer, 81 et 82; le — a un patrimoine propre, 317.

Dépenses obligatoires, au cas de décentralisation par région, 80; au cas de décentralisation par service, 85; les dépenses d'assistance sont des — pour les départements et les communes, 629.

Député, n'est pas fonctionnaire, 16 et 17.

Desmeuniers, voit dans la Déclaration des droits une déclaration de principes communs à tous les gouvernements, 559, 563.

Détournement de pouvoir, l'agent, tout en restant dans le domaine administratif, fait l'acte en vue d'un but autre que celui que la loi avait en vue en lui donnant compétence, 716 et 717, 718.

Dette, n'exige pas l'existence d'un sujet débiteur, 385 et 386; implique qu'un prélèvement doit être fait sur des biens affectés à un certain but, 386; cela est vrai des — individuelles comme des — de l'Etat, 386 et 387; la — n'atteint jamais que le patrimoine, 387; pas de différence entre la — de l'Etat et la — privée, au point de vue des actes à la suite desquels elle naît, 387 et 388; toutes les législations établissent des règles spéciales pour le paiement des — de l'Etat, 388; nécessité d'une ouverture de crédit, 388 et 389; liquidation de la — de l'Etat, 389 et 390; elle n'a pas le caractère d'un acte juridictionnel, 390 et 391; la naissance de la — est en principe antérieure à la liquidation, 392 et 393; cependant au cas de responsabilité elle ne naît qu'à ce moment, 393; ordonnancement des — de l'Etat, 394 et 395; le paiement d'une — ordonnancée sans crédit ne peut pas être répété, 395; il entraîne la responsabilité du comptable et de l'ordonnateur, 395 et 396; aucune — ne peut être recouvrée contre l'Etat par la voie d'exécution forcée, 397 et 398; responsabilité du fonctionnaire qui ne fait pas le nécessaire pour le paiement d'une dette de l'Etat, 398 et 399; toute dette de l'Etat est éteinte au bout de cinq ans, 399 et s. V. Déchéance quinquennale, Ordonnancement.

Directeur, de ministère, agent direct des gouvernants, 64 et 65; — départementaux des services publics spéciaux, 65.

Discipline, la répression disciplinaire a le même fondement que la répression pénale, 353; mais elle n'est pas encore entièrement juridictionnalisée, 253 et s.; la décision disciplinaire reste une décision administrative, 254; — des fonctionnaires, 60, 63, 169 et s., 194, 203 et 204, 248, 251* et s.; l'infraction disciplinaire n'est pas définie par la loi, 256 et 257; la peine disciplinaire ne peut consister, excepté pour les militaires, que dans une décision relative à l'exercice de la fonction, 256; la révocation est la plus grave des peines disciplinaires, 256; tendance de la répression disciplinaire à se juridictionnaliser, 256 et

257; les peines sont limitativement énumérées; 257; mais les faits constituant la faute disciplinaire ne sont pas prévus et définis par la loi, 257 et 258; domaines distincts de la répression disciplinaire et de la répression pénale, 258; des lois récentes appliquent l'amnistie aux infractions disciplinaires, 258 et 259; théorie de Bonnard, 259 et 260; de Jellinek, 260 et 261; d'Hauriou, 261 et 262.

Doctrine individualiste, exprimée dans les déclarations des droits, 562, 563 et s.; l'Etat est limité par les droits individuels et ne peut y apporter de restriction que pour assurer la protection des droits de tous, 568 et s. V. Déclarations des droits.

Domaine, 318 et s.; dans l'ancien régime le — royal comprenait l'ensemble des biens dont le roi personnifiant l'Etat était propriétaire, 319, 338; le — royal devient le — national, moins les droits régaliens, 338 et 339; la loi des 22 novembre-1er décembre 1790 emploie dans le même sens les expressions domaine public et domaine national, 319, 338; de même le code civil, 319 et 320, 321 et 322, 338; l'Etat n'a pas de droit de propriété sur son —, 320, 322 et 323; diverses catégories de dépendances domaniales, 320 et 321; distinction du — public et du — privé faite postérieurement au code civil par la doctrine et par la jurisprudence et consacrée par divers textes, 321 et 322; diverses dépendances du domaine public d'après le mode d'affectation au service public, 324 et 325, 326 et 327; sens et portée de la règle de l'inaliénabilité du — public, 321* et s., 337; parce qu'elles sont affectées à un service public, toutes les dépendances du — public sont soustraites au régime normal de la propriété privée, 326, 327 et s.; choses qui sont affectées au libre usage du public (grande voirie), 328* et 329, 330 et 344; chemins de fer, 330; ouvrages militaires, 331 et 332, 343 et 344; régime des forêts, 332; immeubles bâtis ou non, affectés à un service public, 332 et 333; leur domanialité est moins accusée que celle des dépendances précédentes, 333 et 334; objets mobiliers faisant partie du — public, 334 et 335, 356; véritable sens de l'article 538 du code civil, 342; mode d'acquisition du —, 357 et s. V. Chemins de fer, Expropriation, Inaliénabilité, Réquisition, Voirie (Grande).

Droit. V. Règle de droit.

Droit (Régime de), opposé au régime de police, 603 et s.; la liberté doit, en principe, être soumise à un —, 603 et s.; elle peut être exceptionnellement soumise au régime de police, 604 et s.

Dominions anglais, sont-ils des unités fédéralisées ou des circonscriptions centralisées, 73 et 74; admettent que les tribunaux peuvent apprécier la constitutionnalité des lois. 681.

Ducrocq, sa doctrine d'après laquelle l'Etat-puissance crée la personnalité juridique de l'Etat-patrimonial, 301 et 302.

Dufour, enseignait la théorie des actes de gouvernement, 687 et 688.

Dupeyroux, soutient à tort que la faute de service est une faute de l'entité service public, 460 et 461; emploie l'expression contradictoire en

elle-même de faute objective, 461.
Dupont de Nemours, dit que la déclaration des droits est la loi fondamentale, 563, 567.
Duport, rédige le texte qui devient l'article 17 de la Déclaration des droits de 1789, 609 et 610.
Egalité, principe d' —, 582 et s.; d'après la Déclaration de 1789, l' — n'est pas un droit, d'après la Déclaration de 1793, elle est le premier des droits, 582, d'après la Déclaration de l'an III, l' — est un droit venant après la liberté, 582; la conception de 1789 est la plus exacte, 583; la prépondérance de l' — sur la liberté conduit au despotisme, 583; si l' — est un droit, elle implique pour l'individu le droit que l'Etat fasse disparaître les inégalités, 583 et 584; l' — politique, 585 et 586; la conception de l' — en 1789 ne conduisait pas à l' — politique, 585 et 586; la conception de 1793 conduisait logiquement à l' — politique et à l' — économique, 586 et 587; les exclusions ne peuvent être fondées que sur le défaut de vertu ou de talent, 587; l'interdiction aux congréganistes d'enseigner (L. 1er juillet 1901, art. 14) est contraire au principe d' —, 587 et s.; réponse à Esmein, 588 et 589; l' — et l'impôt progressif, 589 et s.; l' — et la loi militaire du 1er avril 1923, 592 et 593; le conseil d'Etat annule tout acte administratif contraire au principe d' —, 593; le principe d' — est le fondement de la responsabilité générale de l'Etat, 437 et 438.
Election, est juridiquement une nomination, 110 et 111; est l'élément le plus général de la décentralisation par service, 111; est un acte-condition, 114; donne naissance à un contentieux objectif, 115.
Employés, distinction des agents publics fonctionnaires et des —, 4* et 5, 19 et 20. V. Fonctionnaires, Services publics.
Enée Bouloc, dit que c'est un sophisme de parler du droit de grève, 217.
Engagement militaire, n'est pas un contrat, 119.
Engerand, propose de donner le caractère constitutionnel à la Déclaration des droits de 1789, 571.
Enseignement, service public, 7 et 8, 82; devrait être décentralisé, 87; a reçu déjà une certaine décentralisation, surtout l'enseignement supérieur, 92 et 93. V. Instruction, Professeur.
Esmein, prétend que la décentralisation par service conduit à l'anarchie, 88; réponse, 89; a le tort de dire que la nomination est une élection, c'est l'inverse qui est vrai, 112; enseigne justement qu'aucune catégorie de fonctionnaires ne peut former de syndicat, 231; a le droit de refuser même le droit de former des associations professionnelles conformément à la loi de 1901, 229; s'est fait le défenseur attitré des doctrines régaliennes, 239 et 240; enseigne à tort que les déclarations des droits n'ont jamais eu de valeur législative, 563 et 564; que seules les garanties des droits avaient force de loi, 564 et 565; soutient à tort que l'interdiction d'enseigner prononcée contre les congréganistes (L. 1er juillet, art. 14) n'est pas contraire au principe d'égalité, 588 et 589; refuse à tort aux tribunaux le droit d'apprécier la

constitutionnalité des lois, 673.

Etablissement public, est un service public patrimonialisé ou personnifié, c'est-à-dire un service auquel sont affectés exclusivement certains biens, 18, 85, 317* et 318; l'— est une fondation, 318. V. Décentralisation par service, Patrimoine, Service public.

Etablissement d'utilité publique, sa différence d'avec l'établissement public, 317 et 318; est en général une fondation, 318.

Etat. V. Puissance publique, Personnalité juridique, Souveraineté, Sujet de droit.

Etat fisc, n'existe pas comme personnalité distincte, 300 et 301; la conception de l'— est aujourd'hui justement et vivement critiquée en France et en Allemagne, 302 et 304. V. Patrimoine, Personnalité.

Etat de droit, 547 et s.; l'Etat est subordonné à une règle de droit supérieure à lui-même qu'il ne crée pas et qu'il ne peut pas violer, 547 et s.; pour réaliser le droit, il doit être armé de la contrainte, 549; sanctions préventives de la règle de droit s'imposant à l'Etat, 550 et s.; elle se trouve surtout dans une certaine organisation des pouvoirs politiques, renvoi au tome II et au tome IV, 551; l'Etat est lié par les décisions de ses juridictions, 553, 669 et s.; l'Etat ne peut faire certaines lois, 553 et 554; obligations positives qui s'imposent à l'Etat, 627 et s.; doit donner à tous gratuitement un minimum d'instruction, l'assistance et leur assurer du travail, 627 et s.; le fondement de ces obligations apparaît évident dans la conception solidariste, 630; la doctrine individualiste est impuissante à leur donner un fondement, 632 et s.; toutes les règles du droit supérieur s'imposant à l'Etat ne sont pas inscrites dans les déclarations des droits et les constitutions, 555 et 556; les tribunaux ont le devoir et le pouvoir de refuser d'appliquer une loi contraire au droit supérieur écrit ou non écrit, 668 et s. V. Déclaration des droits, Loi constitutionnelle rigide, Enseignement, Instruction, Travail.

Etat de siège, donne au gouvernement des pouvoirs exceptionnels, mais pas celui de modifier ou de suspendre la loi par décret, 699 et 700; erreur communément répandue, 699; elle a amené, pendant la guerre, le gouvernement à porter de nombreux décrets illégaux, 699, 700, 704. V. Légalité (Principe de), Règlements de nécessité.

Etats-membres, dans les États fédéraux, 68 et 69.

Etats-Unis, le fédéralisme s'y est établi par l'adhésion volontaire des colonies anglaises devenues États indépendants, 71; le président de la République nomme les fonctionnaires fédéraux avec, dans certains cas, le concours du sénat, 111; les — pratiquent le système des déclarations des droits et des constitutions rigides, 555 et 556, 646, 660 et 661, 663 et 664; déclaration d'indépendance de 1776, 557; déclarations des droits qui se trouvent en tête des constitutions de beaucoup d'Etats, 557; elles formulent, comme la Déclaration des droits de 1789, les principes de la doctrine individualiste, 574 et s.; les — appliquent le système des constitutions rigides, 642 et 646;

influence des idées américaines sur les idées françaises, 646 et 647; les — ont toujours reconnu aux tribunaux le pouvoir d'apprécier la constitutionnalité des lois, 669, 675* et s., 722; aucun tribunal, même la cour suprême, ne peut annuler une loi, 675 et 676, 678; origine et justification du pouvoir des tribunaux américains, 676; en fait, la cour suprême exerce un certain rôle politique, 677 et 678; quelques décisions de la cour suprême, 677 et s. V. Déclarations des droits, Lois contitutionnelles rigides.

Examen, condition pour être nommé à certaines fonctions, 127 et s.; pouvoir du ministre en ce qui concerne les —, 130; recevabilité du recours contre la décision du ministre, 130 et 131. V. Grades universitaires.

Exception d'illégalité, sanction du principe de légalité, 720 et 721; est opposable devant tout tribunal, 50 et s., 720* et 721; est recevable à une époque quelconque, 720 et 721; elle forme une question préjudicielle au procès judiciaire, 720 et 721; les tribunaux judiciaires sont cependant compétents pour statuer sur la légalité d'un règlement administratif quelconque, 721* et s.

Excès de pouvoir, c'est toute violation de la loi, 463 et 464, 716* et 717; est une faute de service, 463; l'acte entaché d'— reste administratif, 716 et 717. V. Recours pour excès de pouvoir.

Expropriation pour cause d'utilité publique, 359 et s.; la loi du 3 mai 1841 a été profondément modifiée par la loi du 3 novembre 1918, qui se rattache à la transformation de la notion de propriété, 359 et 360, 366; élargissement de la notion d'utilité publique, 360 et s.; — pour insalubrité, 361 et 362; la loi de 1918 substitue le mot opération au mot travaux, 361 et 362; — par zone, 362, 364 et 365; limitation du pouvoir du jury d' —, 362 et 363; l'indemnité d' — ne doit comprendre que le préjudice actuel, 363; — au cas où les travaux publics entraînent la plus-value de l'immeuble voisin, 364 et s; — conditionnelle, 366; — indirecte, 430 et 431, 441 et 442; — pour les chemins vicinaux, 442 et 443; — au cas de pose de conducteurs électriques, 443. V. Utilité publique.

Facultés, tout individu réunissant les conditions déterminées par les règlements peut prendre des inscriptions dans les —, 129 et 130.

Faguet (Emile), dit que les constituants de la Révolution sont propriétaristes parce qu'ils sont libéraux, 613 et 614.

Faute disciplinaire, caractérisée par le fait d'un fonctionnaire qui accomplit un acte compromettant sa situation de fonctionnaire, 255 et 256; le refus individuel ou concerté de remplir la fonction est une — grave, 204. V. Discipline, Répression disciplinaire.

Faute personnelle, du fonctionnaire, 86, 272* et s., 462; la — des fonctionnaires judiciaires, 275 et s.; définition insuffisante qui a été donnée de la —, 278 et 279; distinction de la — détachable et de la — incluse, 280 et s.; exemple de faute incluse dans le fait du maire ordonnant de sonner les cloches de l'église pour un enterrement civil, 283 et 284; — du fonctionnaire qui ne se soumet pas à une décision

juridictionnelle, 284; cas dans lesquels il y a à la fois — et faute de service, 482 et s.; jurisprudence du conseil d'Etat, 483 et s.; en pareil cas, la victime ne peut toucher qu'une seule indemnité, 485 et s.; la charge doit être supportée définitivement par l'Etat et le fonctionnaire en proportion des fautes, 495 et s.; cas où il n'y a qu'une — du fonctionnaire, 487 et s.; question de savoir si l'administration peut être condamnée, 487 et s., 491 et 492. V. Responsabilité de l'Etat administrateur.

Faute de service, comment elle se distingue de la faute personnelle, 174, 272* et s., 292, 435; la responsabilité de l'Etat n'est pas uniquement fondée sur la —, 456 et 457; la — n'est pas une faute de l'Etat-personne ni du service public personnifié, mais une faute des agents publics, 457, 460* et s.; la — apparaît avec des caractères différents suivant qu'il s'agit d'un acte juridique ou d'une opération matérielle, 462* et s., 465; l'excès de pouvoir est une —, 463 et 464; cas dans lesquels il y a à la fois — et faute personnelle du fonctionnaire, 82 et s. V. Faute personnelle, Responsabilité de l'Etat administrateur.

Fédéralisme, se distingue de la décentralisation, 67 et s.; inexplicable avec la notion de souveraineté, 67 et 68; il implique l'existence sur un même territoire de deux groupes de gouvernants entre lesquels sont réparties les prérogatives du pouvoir, répartition qui ne peut être modifiée que du consentement des deux groupes, 68 et 69; la répartition s'est, en fait, accomplie dans des conditions différentes suivant les pays, 70. V. Allemagne, Autriche, Brésil, Dominions, Etats-Unis.

Fédération de syndicats de fonctionnaires, 230; proteste contre la décision du gouvernement déclarant illégaux les syndicats de fonctionnaires, 230. V. Confédération générale du travail, Syndicats.

Ferry (Jules), déclare que l'inamovibilité de la magistrature n'a pas le caractère constitutionnel, 181.

Fisc. V. Etat-fisc.

Fliniaux, ce qu'il dit de la question de la coexistence de la responsabilité de l'Etat et de la responsabilité du fonctionnaire, 482; montre bien qu'il y a des cas où il est absolument impossible de déclarer l'Etat responsable d'une faute personnelle du fonctionnaire, 490 et 491; approuve à tort le projet voté par les chambres sur les garanties de la liberté individuelle, 511; veut à tort attribuer compétence aux tribunaux judiciaires pour juger la responsabilité de l'Etat en matière judiciaire, 511.

Fonction publique, n'est ni un droit, ni une chose, mais une situation juridique objective, 62, 95* et s., 104, 203, 224 et 225, 380; comprend quatre éléments, 96 et 97; ne constitue pas une situation d'employeur et d'employé, 95 et s., 104, 202* et s.; peut être toujours modifiée en plus ou en moins par une loi nouvelle, 105; erreur des juristes qui y voient une situation contractuelle, 107* et s., 209, 224 et 225; fausse théorie d'Hauriou, 193 et 194.

Fonctionnaires, agents publics participant à un service public

d'une manière permanente et normale, 3* et s., 6 et s., 12 et s.; distinction des agents fonctionnaires et des agents employés, 4 et s.; compétence des tribunaux administratifs pour juger les procès entre les — et l'administration, 4 et 5, 38; les — des services publics assimilables à une entreprise industrielle peuvent invoquer la loi de 1898 sur les accidents de travail, 4 et 5; les agents du cadre normal d'un service public sont fonctionnaires quels que soient les actes qu'ils font, actes juridiques ou opérations matérielles, 10 et s., 17 et 18, 209; fausse distinction des — d'autorité et des — de gestion, 10* et s., 108, 119 et 120, 209; elle aboutit à des conséquences inadmissibles, par exemple à reconnaître la légitimité de la grève de presque tous les fonctionnaires, 12 et 13, 209; les agents d'un service public décentralisé ou concédé sont des —, 18 et s., 209; distinction des — administratifs et des — judiciaires, 21 et s.; ne peut être faite que du point de vue formel, 22 et 23; — agents directs des gouvernants, 58 et s.; ils sont dans une situation spéciale, 61; c'est une erreur de dire qu'ils reçoivent une délégation des gouvernants, 62 et 63; — décentralisés, 66* et s.; ils sont placés sous le contrôle des gouvernants et non sous leur autorité, 74 et s.; les — locaux élus ne sont pas nécessairement des — décentralisés, 76; les — techniques peuvent participer utilement à la direction des services techniques décentralisés, 84 et 85; les — décentralisés doivent être responsables, 86 et 87, 92; projet de création dans chaque service de conseils comprenant des représentants élus du personnel, 95; le — ne peut pas renoncer par sa seule volonté à sa fonction, 103, 203; tableau d'avancement pour les —, 136; statut des —, 147 et s.; portée et sanction de l'article 65 de la loi du 22 avril 1905, 150 et s.; obligations et charges autres que celles de remplir leur fonction, 194 et s.; les — conservent la plénitude de leurs droits civils et de leurs droits politiques, 195 et 196; ils sont frappés de certaines inéligibilités et incompatibilités, 196 et 197; ne peuvent pas faire le commerce, 195 et 196, 201; doivent conserver la plénitude de leur liberté religieuse, 197 et 198; ont la liberté d'association, 217; peuvent former des associations professionnelles conformément à la loi du 1er juillet 1901, mais point de syndicats sous le régime de la loi du 21 mars 1884, 224 et s. V. Associations, Délégation, Fonction publique, Inamovibilité, Installation, Nomination, Recrutement, Révocation, Statut, Syndicats, Traitement.

Fondation, s'explique par l'idée de but, 314; les établissements publics et d'utilité publique sont des —, 318.

Force, est indispensable pour la réalisation du droit, 549.

Forêts de l'Etat, soumises au régime forestier, font partie du domaine public, 332; législation très complexe, 364.

Forfaiture, désigne toute infraction commise par un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions, 268.

Franklin, apporte en France les idées américaines, 646 et 647.

Garantie administrative, créée par l'article 75 de la

constitution de l'an VIII, supprimée par le décret du 19 septembre 1870, 289 et 290.

Garantie des droits, existe dans la plupart de nos constitutions et interdit au législateur de porter atteinte aux droits individuels inscrits dans les déclarations des droits, 561 et 562; les — ont certainement force législative s'imposant au législateur ordinaire, 565 et 566; la — existe quand le pays s'est donné une certaine organisation politique, 663. V. Déclaration des droits, Lois constitutionnelles rigides.

Garde des sceaux, est, comme tous les ministres, fonctionnaire administratif en principe, 28; est fonctionnaire judiciaire lorsqu'il met en mouvement la procédure de la revision ou un pourvoi en cassation, 28 et 29; préside le tribunal des conflits, 54 et 55; ne pourrait pas élever le conflit devant un tribunal administratif, 56.

Garraud, admet l'irresponsabilité générale de l'Etat en matière judiciaire, 509 et 510; enseigne qu'il n'y a pas rébellion dans le fait de résister par la force à un acte illégal, 747 et 748; mais fait une restriction que je n'admets pas, 748.

Gazin, ses critiques de la théorie civiliste du patrimoine, 342.

Geny, sa théorie de la technique, 316.

Gerson, admet la résistance à l'oppression, 741.

Gestion. V. Fonctionnaires de gestion.

Gouvernants, ont sur les fonctionnaires, suivant les cas, le commandement, la surveillance, le contrôle, 69 et s.; leur pouvoir de contrôle sur les services décentralisés, 79, 85; dans les grands pays, exercent leur pouvoir directement ou par des agents directs, 61 et s.; les — dans les Etats fédéraux, 67 et 68; les — sont impuissants à diriger les grands services techniques qui doivent être décentralisés, 83, 91 et 92.

Gouvernement de la Défense nationale, constitué le 4 septembre 1870, 655; convoque une assemblée nationale constituante, 655 et 656.

Grade, distinction du — et de l'emploi, 187 et 188. V. Officiers.

Grades universitaires, 126 et s.; abus des collations de grades sans examen, 127 et 128; la loi du 18 mars 1880 décide que les — ne peuvent être attribués qu'après examen et que tous les candidats sont soumis aux mêmes conditions de scolarité et d'examen, 128; illégalité de tous les décrets ou arrêtés qui accordent des faveurs spéciales à un candidat ou à une catégorie de candidats, 128 et 129; pouvoir du ministre en ce qui concerne la collation des —, 130 et 131; recours contre sa décision, 130 et 131. V. Examen.

Grèce, la jurisprudence admet le pouvoir des tribunaux d'apprécier la constitutionnalité des lois, 680.

Grève, il n'y a pas de droit de —, 202, 205* et s.; véritable portée de la loi du 25 mai 1864, 206 et s.; la loi Le Chapelier, le code pénal et la grève, 206; au cas de cessation de travail individuelle ou collective, il faut appliquer le droit commun des contrats, 207 et 208; jurisprudence de la cour de cassation, 208; le prétendu droit de — n'existe pour aucune catégorie de fonction-

naires, 208 et s.; la — d'un service public est toujours un fait illicite, sans qu'on puisse distinguer ni les services publics, ni les diverses catégories de fonctionnaires, 12, 94, 160, 202* et s., 204, 209; les — de fonctionnaires en 1909, 1910 et 1920, 210 et 211; la — des chemins de fer est illicite, 210; légalité des arrêtés de 1910 mobilisant les cheminots, 210 et 211; arbitrage obligatoire établi par l'article 12 de la loi du 29 octobre 1921, 211; la — des fonctionnaires doit constituer une infraction pénale, 212 et s., 214; commentaire des articles 123 et 126 du code pénal, 213 et s.; la — des fonctionnaires prévue et punie à l'étranger, 216; le projet de 1920 sur le statut des fonctionnaires prévoit et punit la — des fonctionnaires, 215 et 216; quelque illégale que soit la — des fonctionnaires, elle ne permet pas au gouvernement de ne pas appliquer l'article 65 de la loi du 22 avril 1905, 155 et s.; critique des arrêts du conseil d'Etat qui ont décidé le contraire, ils invoquent, en réalité, la raison d'Etat, 160 et s., 162 et 163; la — ne fait pas sortir le fonctionnaire du service, 156, 158 et 159; la — générale, moyen révolutionnaire de la doctrine abominable de la lutte des classes, 223. V. Associations, Syndicats.

Guerre de 1914, illégalité de beaucoup de décrets portés par le gouvernement pendant la —, notamment décrets des 15 août, 10 et 16 septembre 1914, 163 et 164, 171 et 172; incohérence des arrêts du conseil d'Etat qui en ont reconnu la légalité, 164, 172; loi du 26 décembre 1914 (art. 12) reconnaissant le droit à la réparation des dommages causés par la guerre, 437, 532 et s., 536 et s.; influence de la — sur la jurisprudence du conseil d'Etat en matière de responsabilité de l'Etat, 467 et s. V. Responsabilité de l'Etat pour dommages de guerre.

Hauriou, dit justement qu'à certaines époques et dans certains pays, il y avait des fonctions obligatoires, 15; critique la distinction du contentieux par nature et du contentieux par détermination de la loi, 37; dit que la distinction des actes d'autorité et des actes de gestion ne peut avoir de conséquence que sur la nature interne du contentieux, 37; me reproche, à tort, de n'avoir pas vu l'importance de la décentralisation, 66 et 67; montre bien le caractère objectif de la situation de fonctionnaire, 108 et 109; que la nomination de fonctionnaire n'est pas un contrat, 118 et 119; sa théorie ingénieuse pour expliquer comment, au cas de grève, le gouvernement peut ne pas appliquer l'article 65 de la loi du 22 avril 1905, 160 et 161, 672; critique de cette théorie, 162; sa théorie sur le caractère juridique de l'inamovibilité, 191 et 192; critique, 192 et 193; dit justement que la situation du fonctionnaire n'est pas un rapport de droit entre la personne publique et le fonctionnaire, 192; estime que la conception syndicaliste des fonctions publiques n'est pas révolutionnaire, 247; paraît comprendre dans le droit disciplinaire toute le droit administratif, 261 et 262; distingue justement la faute lourde et la faute personnelle, 279; dit justement que, depuis 1872,

c'est au tribunal des conflits qu'il appartient de décider si l'acte administratif contient en lui un élément de faute personnelle, 294; paraît admettre aujourd'hui que l'Etat possède une personnalité à double face qu'il rattache à sa responsabilité, 304 et s.; dit justement que toute la domanialité repose sur l'idée d'affectation d'une chose à l'utilité publique, 336; a le tort d'employer l'expression de propriété publique, 336; définit bien la règle de l'inaliénabilité, 356; mais a le tort de parler de droits réels de nature administrative, 356; résume bien la jurisprudence en matière de responsabilité pour travaux publics, 451; soutient, à tort, que la responsabilité de l'Etat est fondée uniquement sur la faute de service public, 456 et 457; paraît admettre que la faute de service est une faute de l'entité service public, 460; dit à tort que l'excès de pouvoir n'est pas une faute de service, 463; critique à tort la jurisprudence du conseil d'Etat reconnaissant la responsabilité publique, même quand il n'y a pas faute de service, 468 et 469; annonce une ère de conservatisme, 468; fait intervenir à tort l'idée de quasi-contrat, 472; donne une notion beaucoup trop large de la police, 607 et 608; dit que dans la propriété il y a un élément de fonction, 619; enseigne que les tribunaux peuvent refuser d'appliquer la loi qu'ils jugent inconstitutionnelle au sens large, c'est-à-dire toute loi contraire aux principes fondamentaux de tout Etat, 160 et 161, 671* et 672; sa réponse à Esmein, 673; maintient, à tort, l'expression acte de gouvernement et en donne une définition inadmissible, 689 et 690, 691; sa théorie de la voie de fait, 710 et 711, 715.

Helbronner, soutient que les ecclésiastiques ne peuvent pas se présenter aux concours d'agrégation d'enseignement secondaire, 133.

Hennessy (Jean), sa proposition de décentralisation par région, 77.

Henry Michel, soutient à tort que la doctrine individualiste bien comprise doit reconnaître des obligations positives à la charge de l'Etat, 632 et s.

Hiérarchie, n'existe que pour les fonctionnaires centralisés, 248 et s.; le supérieur hiérarchique peut annuler pour raison de droit et d'opportunité et peut réformer l'acte du subordonné, mais il ne peut pas se substituer à lui, 249 et 250; le recours hiérarchique est tout à fait distinct du recours contentieux, 250; la — se distingue du contrôle et de la surveillance, 251 et 252.

Hygiène, doit être soumise à un fort régime de police, 606 et 607.

Humbert, garde des sceaux, déclare que l'inamovibilité des magistrats n'a pas le caractère constitutionnel, 181.

Impôts, distinction des — directs et des — indirects au point de vue juridique, 383 et s.; la créance de l' — direct naît au moment où le rôle nominatif est rendu exécutoire, 383; celle de l' — indirect, au moment où est accompli l'acte du redevable qui la conditionne, 383, 384; l'administration se crée un titre exécutoire en délivrant une contrainte, 384; il est tout à fait logique que la compétence

en matière d' — direct appartienne aux tribunaux administratifs et en matière d' — indirects aux tribunaux judiciaires, 384 et 385, 725 et 726; le conseil d'Etat est cependant compétent pour statuer sur le recours pour excès de pouvoir dirigé contre un règlement touchant les — indirects, 385; les — doivent peser également sur toutes les classes et ne pas être un instrument d'expropriation et d'égalisation, 589 et 590; la progressivité et le principe d'égalité, 589 et 590; la loi qui dégrèverait complètement une catégorie de citoyens serait contraire au principe d'égalité, 590; la question de l' — progressif à la Convention, 590 et 591; la progressivité et les lois fiscales françaises, 591, 592. V. Egalité.

Imprescriptibilité, du domaine public, 351 et s.; consiste essentiellement dans la compétence des agents domaniaux pour réprimer à une époque quelconque les empiétements sur le domaine, 352; ne dérive pas de l'article 2226 du code civil, 352 et 353; — des meubles artistiques classés, 356. V. Contraventions de grande voirie, Domaine, Inaliénabilité.

Imprimerie nationale, n'est pas un service public, 9 et 10.

Inaliénabilité, du domaine public, 321, 337* et s.; n'a point son fondement dans l'édit de Moulins de 1566, 337 et 338; cet édit ignorait la distinction du domaine public et du domaine privé, 338; le domaine royal devient en 1790 le domaine national qui est aliénable, 339 et 340; la règle de l' —, qui n'est ni dans la loi de 1790 ni dans le code civil, s'est formée sous les mêmes influences que celles qui ont amené au cours du XIXe siècle la distinction du domaine public et du domaine privé et se rattache à la notion de service public, 340; elle est uniquement relative à la compétence des agents publics, 340* et 341, 343; elle varie dans ses conséquences avec les diverses dépendances du domaine public, 341; elle n'est ni une incapacité de l'Etat, ni une indisponibilité de la chose, 341 et 342; elle ne se rattache pas à l'article 538 du code civil, 342; l' — des ouvrages militaires, 343 et 344; de la grande voirie, 344 et 345; des chemins de fer, 353; des meubles artistiques et classés, 356. V. Contraventions de grande voirie, Domaine, Permissions de voirie.

Inamovibilité, 176 et s.; n'implique pas que la fonction soit à vie, 179, 184; caractère juridique de l' —, 188 et s.; est une situation légale, 189 et 190; peut être à tout instant supprimée ou modifiée par la loi, 190; est seulement protégée par le recours pour excès de pouvoir, 190 et 191; commence seulement au moment de l'installation du fonctionnaire, 122; — des magistrats, 122, 176* et s.; n'a pas le caractère constitutionnel, 181 et s.; n'aurait ce caractère que si l'ordre judiciaire était un pouvoir, 182; aucun texte actuel ne lui donne ce caractère, 183 et 184; l'Assemblée nationale de 1871 a refusé de le lui reconnaître, 183 et 184; l' — des professeurs d'université, 122, 184 et s.; des officiers, 187 et 188. V. Grade, Magistrature, Officiers, Professeurs.

Inconstitutionnalité des lois, 659 et s.; il n'y a pas lieu de créer une haute-cour de jus-

tice pour juger l' —, 664 et 665; grave inconvénient du système, 665 et 666; expérience faite en France, 665 et 666; on doit reconnaître aux tribunaux compétence pour refuser d'appliquer une loi qu'ils jugent inconstitutionnelle, 667* et s., 746; c'est la conséquence du principe de la séparation des pouvoirs, 668 et s.; solution toujours admise aux Etats-Unis, 669, 674* et s.; jusqu'à ces dernières années, la jurisprudence et la doctrine, en France, avaient le tort de la repousser, 669 et 670; heureuse tendance de la doctrine française d'admettre aujourd'hui que les tribunaux peuvent refuser d'appliquer une loi inconstitutionnelle, 670 et 671, 673 et 674, 707; un tribunal ne peut jamais annuler une loi, 672 et 673, 722; décision importante de la cour de cassation de Roumanie, 674 et 675; nombreux pays qui reconnaissent aux tribunaux le pouvoir d'apprécier la constitutionnalité de la loi, 680 et 681; une loi est inconstitutionnelle toutes les fois qu'elle contient une disposition ou implique une solution contraire à un principe supérieur du droit écrit ou non écrit, 160 et 161, 555 et 556; théorie d'Hauriou sur ce point, 160 et s., 671 et 672.

Individualisme. V. Doctrine individualiste.

Initiative populaire, dans la constitution de 1793, 648 et 649.

Installation, du fonctionnaire marque le moment où commence la fonction, 121 et 122; l'inamovibilité ne commence qu'au moment de l' —, 122.

Instituteurs, ont un statut très fortement protégé, mais cependant pas l'inamovibilité, 186; ne peuvent faire le commerce, 201; ne peuvent former de syndicats, 228 et 229; le congrès du syndicat national des — au Havre, en 1922, a maintenu son adhésion à la C. G. T., 233; recevabilité de l'action formée contre le cardinal Luçon par la fédération des amicales des —, 236 et 237. V. Syndicats.

Instruction, l'homme n'a pas le droit de rester ignorant et l'Etat peut lui imposer un minimum d' —, 601 et 602; droit à l' —, 602 et 603, 626* et s.

Instruction judiciaire, comprend des actes qui ont le caractère juridictionnel et des actes qui, au point de vue matériel, sont des actes administratifs, 502 et 503; responsabilité de l'Etat à l'occasion des actes non juridictionnels de l' —, 505 et s.

Instruction de service, 252. V. Ordre et instruction de service.

Insurrection, est légitime contre un gouvernement oppresseur, 622, 749*; le droit à l' — est proclamé par la Déclaration des droits de 1793, 738 et 739; admis par les théologiens catholiques, 742; par les écrivains protestants de la fin du XVIe siècle, 743; par Locke et Jurieu, 743 et 744; si le droit à l' — existe théoriquement, il est en fait dépourvu d'efficacité pratique, 749 et 750. V. Oppression (Résistance à l'), Sédition.

Italie, la loi du 4 avril 1912, qui a monopolisé les assurances sur la vie, a violé le droit en refusant expressément toute indemnité, 526 et 527; un décret de mars 1923 abolit le monopole des assurances sur la vie, 528.

Janet (Paul), a le tort de dire que la pensée de Rousseau oscille sans cesse entre le droit

de l'Etat et le droit de l'individu et que la Déclaration des droits de 1789 est tirée du Contrat social, 572 et 573.
Jean Petit, fait l'apologie du tyrannicide et spécialement du meurtre du duc d'Orléans, 740.
Jean de Salisbury, admet le tyrannicide, 739.
Jefferson, a rédigé la déclaration d'indépendance américaine, 574.
Jellinek (G.), enseigne que la répression disciplinaire complètement distincte de la répression pénale ne se rattache pas à l'imperium étatique, 260 et 261 ; que l'Etat possède une personnalité une à double face, 303 et 304 ; dit à tort que la Déclaration des droits de 1789 est une copie de la déclaration américaine, 574 et s. ; que Locke n'admettait pas la limitation juridique de l'Etat, 577 et 578 ; la théorie du droit de nécessité, 686, 687, 697* et 698.
Jèze, montre bien le véritable caractère des fonctionnaires, 20 ; critique justement les motifs d'une décision du conseil d'Etat, 42 ; soutient à tort que l'administration est toujours responsable au cas de faute personnelle des fonctionnaires, 273 et 274, 479 et 480, 481 et 482 ; semble assimiler la faute lourde et la faute personnelle, 279 ; rattache la notion de domanialité publique à celle de service public, 324 ; estime que le conseil d'Etat s'achemine à la reconnaissance de la responsabilité de l'Etat même quand il n'y a pas faute, 470 et 471 ; soutient énergiquement que les tribunaux ont le droit d'apprécier la constitutionnalité des lois, 671 ; critique justement l'arrêt Graty (4 janvier 1918), 695.
Juges de paix, en Angleterre étaient appointés par la couronne, 75 ; recrutement des — en France, 135, 181* ; statut des —, 180 et 181. V. Statut.
Jurés, ne sont pas des fonctionnaires, 14 et 15.
Juridictions, doivent être éclairées et indépendantes et pouvoir refuser d'appliquer une loi qui viole un principe écrit ou non écrit de droit supérieur, 555 et 556. V. Inconstitutionnalité des lois.
Jurie constitutionnaire, proposée par Siéyès, devient le sénat conservateur de la constitution de l'an VIII, 666 et 667.
Jurieu, admet la résistance à l'oppression, mais condamne le tyrannicide, 743.
Laband, sa théorie de la fonction publique, 120 et 121 ; sa théorie de l'ordre de service, 289 ; admet que les tribunaux allemands peuvent apprécier la constitutionnalité des lois, 680.
Labordère, sa proposition au sénat tendant à modifier l'article 218 du code de justice militaire, 290.
Lafayette, contribue à faire connaître en France les idées américaines, 646 et 647 ; est le premier qui proposa à l'Assemblée de 1789 de voter une déclaration des droits, 560.
Laferrière, distingue le contentieux administratif par nature et par détermination de la loi, distinction qu'il rattache à celle des actes d'autorité et des actes de gestion, 35 et 36 ; son livre a marqué une date dans l'histoire du droit public, 52 ; se trompe sur la nature du contentieux électoral, 114 ; enseignait qu'un intérêt moral ne suffisait pas

pour former un recours contre une nomination irrégulière, 136 et 137; donne une définition peu précise de la faute personnelle, 278; écarte toute responsabilité de l'Etat à l'occasion de la loi, 421, 514; admet la responsabilité de l'Etat seulement pour les actes de gestion, 453 et s.; dit que l'Etat n'est jamais responsable lorsque le fonctionnaire l'est personnellement, 479; enseigne très nettement qu'au cas d'usurpation de pouvoir l'acte n'a aucun caractère administratif et entraîne la responsabilité de l'agent devant les tribunaux judiciaires, 710, 714* et 715.

Lafon (Paul), son projet d'industrialisation du service des postes, 94 et 95.

Lallemand, son rapport sur la réforme administrative, 77.

Lally-Tollendal, voit dans la Déclaration des droits un véritable pacte social, 559.

Lambert, ce qu'il appelle le gouvernement des juges aux Etats-Unis, 677 et 678.

Larnaude, repousse justement la distinction des fonctionnaires d'autorité et de gestion, 13 et 14; a le tort de repousser l'assimilation de la réquisition et de l'expropriation, 369; ce qu'il dit sur la question de la responsabilité de l'Etat et de la liberté individuelle, 510; président du comité national pour la réparation des dommages de guerre, 545; estime, à tort, qu'il n'y a pas lieu de donner aux tribunaux français le pouvoir d'apprécier la constitutionnalité des lois, 676, 678.

La Rochefoucault-Liancourt, dans son rapport à l'Assemblée de 1789 paraît reconnaître le droit à l'assistance et au travail, 635.

Le Chapelier, rapporteur de la loi des 14-17 juin 1791 interdisant les associations professionnelles et les coalitions, 206.

Légalité (Principe de), 551 et 552, 681* et s.; il domine tout le droit moderne, 552 et 553, 681 et s.; considéré au point de vue matériel, le — ne comporte aucune exception, 681, 707 et 708; s'impose à tous les organes de l'Etat, même au parlement, 682 et 683, 707 et 708; le — au point de vue formel, 683; de ce point de vue a reçu de nombreuses exceptions sous l'action des besoins pratiques, 683; est complété par le principe que l'Etat est lié par les décisions de ses juridictions, 553; sanction du —, 705 et s.; en ce qui concerne les actes juridictionnels, 706; en ce qui concerne les actes du parlement, 707 et 708; en ce qui concerne les actes émanés des diverses autorités administratives, 707 et s.; le — implique la nullité d'un acte fait par une autorité administrative en violation de son propre règlement, 723; application du — aux actes subjectifs, 723 et s. V. Recours pour excès de pouvoir.

Léon Blum, soutient une théorie inadmissible concernant les contrats administratifs, 41; adopte la théorie de Romieu relative aux cas dans lesquels l'administration peut procéder à des actes d'exécution, 712.

Léon XIII, affirme la légitimité de la résistance passive à l'oppression, 741; ce qu'il dit de la résistance agressive, 742.

Liberté, sa définition dans la conception individualiste, 569 et 570, 576, 594* et 595; la — est un droit de l'homme, la sûreté, un droit du citoyen, 580; les

limitations à la — ne peuvent être établies que par la loi et doivent être les mêmes pour tous, 594 et 595; la conception solidariste de la —, 570, 595* et s.; toutes les sociétés modernes et particulièrement la société française évoluent vers la conception solidariste de la —, 596 et 597; toutes les lois de l'assistance s'y rattachent, 597; place qu'occupe encore la conception individualiste de la —, 597 et 598; au point de vue négatif, les deux conceptions de la — arrivent sur certains points aux mêmes conséquences, 598; dans la conception solidariste de la —, l'individu n'a aucun droit, il n'a que des devoirs que ni l'Etat ni les particuliers ne peuvent l'empêcher de remplir, 598 et 599; l'individu n'est pas libre de ne pas travailler, 599; différence de cette conception et de la doctrine bolchéviste, 599 et 600; l'homme n'est pas libre de faire un travail au-dessus de ses forces, 600; c'est le fondement de toute la législation ouvrière, 600; l'homme n'est pas libre de se livrer à des pratiques susceptibles de compromettre sa santé physique ou morale, 600 et 601; l'homme n'a pas le droit de rester ignorant, 601 et 602; la conception solidariste de la — implique des obligation positives pour l'Etat (droit au travail, à l'assistance, à l'instruction), 602 et 603; la — doit être soumise, en principe, à un régime de droit, exceptionnellement à un régime de police, 603 et s.; lorsqu'elle veut s'exercer sur la voie publique, dans des endroits ouverts au public, 605 et 606; et quand le principe répressif ou réparateur serait impuissant à réparer le désordre social, 606 et 607. V. Assistance, Doctrine individualiste, Instruction, Oppression (Résistance à l'), Solidarité, Sûreté, Travail.

Liberté d'association, des fonctionnaires, 217; la loi du 7 juillet 1904, interdisant l'enseignement de tout ordre à toute congrégation, viole la —, 588 et 589.

Liberté individuelle, des fonctionnaires, 197; — des militaires, 197.

Liberté d'opinion, appartient aux fonctionnaires, 198; cependant, elle doit être restreinte en ce qui concerne les fonctionnaires agents directs du gouvernement, 198; retirée en partie aux magistrats de l'ordre judiciaire par la loi du 30 août 1883, 199; retirée aux militaires, 200 et 201; pour que l'expression d'une opinion par un fonctionnaire ne soit pas une faute disciplinaire, il faut qu'elle ne contienne pas une infraction pénale, 199 et 200.

Liberté religieuse, doit être assurée aux fonctionnaires, 197 et 198.

Liberté du travail, application au fonctionnaire qui, cependant, ne peut, en principe, faire professionnellement un autre travail que celui de sa fonction, 201.

Liquidation, des dettes de l'Etat, 389 et 390; n'a pas le caractère juridictionnel, 390 et 391; la naissance de la dette peut être antérieure à la —, 392 et 393; au cas de responsabilité, la dette ne naît qu'au moment de la —, 393; la — peut toujours être critiquée par la voie contentieuse, 393; la nature du recours varie suivant l'origine de la dette, mais ce n'est jamais le recours pour

excès de pouvoir, 393 et 394; — de la retraite des fonctionnaires, 100.

Locke, expose la doctrine individualiste telle qu'elle est passée dans la Déclaration des droits de 1789, 576 et 577; a la notion très nette de la limitation de l'Etat par les droits de l'individu, 578; reconnaît le droit de résistance à l'oppression, 662, 744; admet que la révolution est légitime dans certains cas, 577, 743 et 744.

Loi, disposition par voie générale, 552; l'ensemble des — positives coïncide approximativement avec le droit objectif, 551 et 552; l'Etat ne peut faire certaines — et doit faire certaines —, 554, 627* et s.; il y a dans certains pays une véritable hiérarchie des —, 561, 641* et 642, 660 et 661; les — contraires au droit, 659 et s.; — inconstitutionnelle, expression qui désigne toutes les lois contraires au droit supérieur, 660; les — contraires au droit ne s'imposent pas à l'obéissance, 660; les tribunaux doivent avoir le droit de refuser l'application d'une — contraire au droit, 515, 670* et s. V. Inconstitutionnalité des lois.

Lois constitutionnelles rigides, ne peuvent être ni modifiées ni abrogées par la loi ordinaire, 554 et 555, 639* et s.; c'est un moyen de protéger les sujets contre l'omnipotence de l'Etat, 554 et 555, 639* et s., 663 et 664; la distinction des — et des lois ordinaires est purement formelle, 640 et 641; est pratiquée dans presque tous les pays, mais pas en Angleterre, 640, 659; le système des — vient compléter le système des déclarations des droits, 641; depuis le XIVe siècle, la France fait la distinction des lois ordinaires et des — ou des lois du roi et des lois du royaume, 642 et s.; la distinction des — et des lois ordinaires en France depuis 1789, 647 et s.; la distinction n'est pas faite sous la monarchie de juillet, elle est discutée sous la restauration, 651 et 652.

Lois fondamentales V. Lois constitutionnelles rigides.

Lutte des classes, la doctrine qui la prêche est sauvage et abominable, 223.

Magistrature, condition d'entrée dans la —, 135, 179* et 180; inamovibilité de la —, 176 et s.; mise à la retraite des membres de la —, 178 et 179, 184; position de disponibilité, 178 et 179; règles sur l'avancement, 179 et 180; les membres de la — n'ont pas la liberté d'opinion politique, 199; ne peuvent faire le commerce, 201.

Maire, est fonctionnaire, 16, 152; ne peut cependant invoquer l'article 65 de la loi du 22 avril 1905, 16; cas dans lesquels le — a le caractère de fonctionnaire judiciaire, 24 et 25; peut, en cette qualité, être l'objet d'une mesure disciplinaire de la part de l'autorité administrative, 24 et 25; le — est recevable à attaquer par recours pour excès de pouvoir l'acte par lequel le préfet empiète sur sa compétence en matière de police, 142 et 143; prétendue délégation donnée par le —, 144; le — est suivant les cas soumis à la surveillance ou au pouvoir hiérarchique du préfet, 250; responsabilité personnelle du — qui ordonne de sonner les cloches de l'église pour un enterrement civil, 283, 288* et 289.

Malouet, sa proposition à l'Assemblée de 1789 de soumettre la constitution au peuple est repoussée, 647.
Manufactures, de Sèvres et des Gobelins, ne sont pas des services publics, 8 et 9. V. Arsenaux.
Marchés de fournitures, intéressant l'État sont de la compétence du conseil d'Etat, 38 et 39; contradiction de la jurisprudence pour les — intéressant les départements et les communes, 39 et s.
Mariana, fait une véritable théorie du tyrannicide, 740 et 741.
Marraud, ministre de l'Intérieur, projet de réforme administrative, 77.
Martin-Feuillée, garde des sceaux, déclare que l'inamovibilité de la magistrature n'a pas le caractère constitutionnel, 181.
Matter, distingue entre l'exploitation de personne privée et l'exploitation de personne publique, 42.
Mayer (Otto), donne une définition trop large de la police, 608.
Mer, liberté de la —, 328; — territoriale, 328 et 329; haute —, 343. V. Domaine.
Mercier (Le président), son rapport dans l'affaire Pelletier en 1873, 291.
Mestre, parle de la compétence des tribunaux administratifs pour statuer sur la responsabilité de l'administration, 48; critique à tort la jurisprudence du tribunal des conflits au cas de faute incluse. 293 et 294; ce qu'il dit de la liquidation des dettes de l'Etat, 390.
Meubles, qui font l'objet d'un service public font partie du domaine public, 334 et 335; — artistiques classés font partie du domaine public, 335, 356; sont inaliénables et imprescriptibles, 356.
Michoud, accepte la théorie allemande de l'organe, 107; dit cependant que certains fonctionnaires ne sont pas des organes, mais des préposés, 107 et 108; difficulté insurmontable en face de laquelle il se trouve, 108; enseigne que l'Etat possède une personnalité une, mais à double face, 303 et 304; veut en vain rattacher à cette idée les obligations contractuelles et la responsabilité de l'Etat, 305; admet l'irresponsabilité totale de l'Etat législateur, 421 et 422, 513 et 514; distingue nettement les actes faits par le gouvernement comme organe politique et ceux qu'il fait comme organe administratif, 688 et 689.
Militaires, soldats et officiers sont des fonctionnaires, 15; anciens — ont un droit subjectif à certains emplois civils, 135, 139; mariage des —, 195; les — en activité ne peuvent pas voter, 196; les — sont privés de la garantie accordée à la liberté individuelle, 197; sont frappés d'inéligibilité, 197.
Ministres, sont à la fois membres du gouvernement et chefs des services publics se rattachant à leur département, 63 et 64; leur responsabilité politique et administrative devant les chambres, 64; la responsabilité civile, 265 et s.; consacrée par la loi du 15 mai 1850 et par des lois récentes, 266; la responsabilité des — agissant comme fonctionnaires administratifs est soumise au droit commun, 266 et 267, 289 et 290; prétendue délégation donnée par les — aux sous-secrétaires d'Etat, 144, 146;

les — ont le pouvoir hiérarchique sur les préfets, 250.
Ministre de la justice. V. Garde des sceaux.
Mirabeau, dit que la propriété est une création de la loi, 616.
Montesquieu, donne la notion de la liberté telle qu'elle est passée dans la Déclaration de 1789, 576; sa définition des gouvernements despotiques, 681.
Naquet, dit très justement que la réquisition est du même ordre que l'expropriation, 379; que l'indemnité de réquisition doit être la réparation exacte du dommage, 373 et 374.
Nécessité. V. Règlement de nécessité.
Nézard, soutient à tort, à la suite de Berthélemy, que les prétendus fonctionnaires de gestion sont dans une situation contractuelle, 107, 120; critique la condamnation que porte Esmein contre toute association professionnelle de fonctionnaires, 240.
Nomination, de fonctionnaire n'est jamais un contrat, 98 et 99; son véritable caractère juridique, 110 et s.; ne doit pas être distinguée de l'élection, 110 et 111; ne constitue pas une délégation, 111 et 112; cette conception s'est maintenue théoriquement en Angleterre, 112; toute nomination ou élection est un acte-condition, 113 et 114; peut être attaquée par recours pour excès de pouvoir, 113 et 114, 118; peut être unilatérale ou plurilatérale, est aujourd'hui, en général, plurilatérale, 114 et s.; quoique plurilatérale, la — n'est pas un contrat, 116 et s.; erreur de ceux qui prétendent que la — des prétendus fonctionnaires de gestion est un contrat, 119 et 120; le conseil d'Etat semble arriver à comprendre que la — n'est pas un contrat, 119; le fonctionnaire nommé n'est vraiment fonctionnaire qu'au moment de son installation, 121 et 122, 124; incertitude de la jurisprudence sur cette question, 122 et s.; en principe, toutes les — appartiennent au chef de l'Etat, 111; dispositions diverses qui limitent le droit de — de l'autorité, 134; toute — faite en violation de ces dispositions est nulle, 136; personnes et associations qui sont recevables à former le recours, un simple intérêt moral suffit, 136 et s.; la — est annulée *erga omnes,* 138; la — faite irrégulièrement à un emploi réservé aux anciens militaires n'est pas opposable aux ayants droit, 139.
Norvège, la jurisprudence admet le pouvoir des tribunaux d'apprécier la constitutionnalité des lois, 680.
Nullité, des actes objectifs, 713 et s.; est, en principe, la sanction de la légalité, 713; quand il y a usurpation de pouvoir, il y a inexistence et non pas —, 713 et 714; la — d'un acte objectif est toujours une nullité absolue, 720; elle peut être invoquée par toute personne y ayant un intérêt, 720 et 721; elle peut être opposée à une époque quelconque par voie d'exception, 720 et 721; — des actes subjectifs, 723 et s.; ne peut, en principe, être mise en jeu par le recours pour excès de pouvoir, 724; ne peut être invoquée que par les personnes parties à la situation juridique subjective, 724; est une nullité relative, 724; erreur de ceux qui au lieu de distinguer la — des actes objectifs et la — des actes subjectifs

distinguent la — des actes unilatéraux et la — des actes contractuels, 725 et 726 ; annulation non contentieuse d'un acte illégal, 728 et s. ; elle n'est pas possible lorsqu'il y a contrat, 729 ; tendance de la jurisprudence à limiter la durée pendant laquelle l'autorité administrative peut annuler un acte illégal, 729 et s., 734. V. Légalité (Principe de), Recours pour excès de pouvoir, Usurpation de pouvoir.

Officiers, état des —, 187 et s. ; distinction du grade et de l'emploi, 187 ; l' — est inamovible dans son grade, 187 ; diverses positions dans lesquelles peut se trouver l'officier au point de vue de l'emploi, 187 et 188. V. Militaires.

Olivier Martin, repousse l'assimilation de la réquisition et de l'expropriation, 369, 371* et 372.

Opérations matérielles administratives, soumises au principe de légalité, 708 et 709 ; les — qui consistent en une exécution sur la personne et sur les biens ne peuvent, en principe, être faites que par des agents judiciaires, 708 et 709, 711 ; hésitations de la jurisprudence, 711 et 712. V. Légalité (Principe de), Scellés, Usurpation de pouvoir.

Oppression (Résistance à l' —), est, en principe, légitime, 661, 735* et s. ; ce n'est pas une doctrine anarchiste, 661 ; proclamée par la Déclaration des droits de 1789 et de 1793, 661, 737* et s. ; il y a — toutes les fois qu'il y a violation du droit, 735 et 736 ; toute loi qui est faite contrairement au droit supérieur est oppressive, 736 ; tout acte individuel fait contrairement à la loi est oppressif, 736 ; les théologiens catholiques admettent tous la résistance à l'oppression, 741 ; ils distinguent la résistance passive, la résistance défensive et la résistance agressive, 741 ; ils admettent sous certaines réserves le droit à l'insurrection, 742 ; la résistance passive est certainement légitime, 745 ; l'individu a certainement le droit de résister par la force à l'acte individuel d'un agent agissant en violation de la loi, il n'y a pas alors rébellion, 747 et 748 ; la résistance agressive est théoriquement légitime, 749 et 750 ; pratiquement, elle présente des dangers ou est sans efficacité, 749 et 750. V. Déclaration des droits de 1793, Insurrection, Rébellion, Sédition.

Ordonnancement, des dettes de l'Etat, 394 et 395 ; doit être fait dans les limites des crédits, 394 et 395 ; l' — sans crédit ou au delà des crédits entraîne responsabilité des ordonnateurs et des comptables, 395 et 396.

Ordre administratif. V. Autorité administrative, Séparation de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif, Séparation des pouvoirs.

Ordre judiciaire, n'est pas un pouvoir, 182. V. Autorité judiciaire, Séparation de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif, Séparation des pouvoirs.

Ordres et instructions de service, ne font pas naître à la charge du fonctionnaire l'obligation juridique de s'y conformer, 252* et s., 285 et s. ; ne suppriment pas la responsabilité du fonctionnaire subordonné qui les exécute, 285 et s.

Organe, théorie juridique de l' —, 107 et 108.

Ouvrage public, responsabilité de l'Etat, 449 et s. ; cas où il y a faute, 450 et 451 ; jurisprudence, 450; compétence, 451. V. Expropriation, Responsabilité, Travaux publics.
Ouvriers, fonctionnaires, sont dans la même situation que les autres fonctionnaires et ne peuvent pas plus qu'eux faire grève ou se syndiquer, 224 et s. ; le parlement et le gouvernement ont eu le tort de reconnaître la légalité des syndicats de fonctionnaires —, 227. V. Fonctionnaires, Grève, Syndicats.
Pacte populaire, sous Cromwell, 645; conception puritaine, 645 et 646; exprimée très nettement dans le Fondamental Order of Connecticut, 646.
Parquet, ses membres ont toujours le caractère de fonctionnaires judiciaires, 23 ; sont agents directs des gouvernants, mais indépendants quand ils parlent à l'audience, 65.
Patrimoine, notion générale du —, 296 et s. ; théorie d'Aubry et Rau, 296 et 297 ; la notion civilistique du patrimoine se rattache directement à celle de personnalité juridique, 297 et 298 ; ne s'applique pas sans difficulté, même aux personnes individuelles, 298 et 299, 311 et 312 ; inapplicable aux collectivités, 299 ; notion du — fondée sur l'affectation à un but d'une certaine quantité de richesses, 308 et s. ; — de l'Etat se rattache à l'idée de but, 308 et s., 314 et s., 315, 318 ; le droit objectif reconnaît et protège tous les actes conformes au but patrimonial, 312 et 313 ; cela implique l'attribution aux agents publics d'une compétence adéquate, 313 et 314, 316 ; — publics secondaires, 76, 85, 317 et 318 ; — d'une association, 313 et 314 ; — fondation, 314.
Patrimonialisation, affectation d'un patrimoine à une région ou à un service, 76, 85, 317 et 318.
Paul-Boncour, parle à la chambre sur la grève des cheminots au mois de mai 1920, 217 ; croit qu'on marche vers un fédéralisme intégral, 247.
Pays, d'après la constitution allemande de 1919, 72 et 73 ; les — d'après la constitution autrichienne de 1920, 73.
Pelletan, ministre de la marine, reconnaît la légalité des syndicats des ouvriers des arsenaux, 228.
Période législative, il y a à peu près correspondance entre le droit objectif d'un pays et la loi écrite, 551 et 552.
Pensions militaires, loi du 31 mars 1919, 536 et 537, 545.
Pensions de retraite. V. Retraites.
Permissions de voirie, 345 ; sont toujours révocables dans l'intérêt de la domanialité, 347 et s. ; une indemnité est due si la révocation a lieu dans l'intérêt d'une dépendance domaniale autre que celle sur laquelle la — est accordée, 349 et 350 ; l'administration ne peut refuser discrétionnairement une —, 350 ; — sur les chemins de fer, 353 ; les — ne donnent pas naissance à des droits réels administratifs, 357.
Personnalité juridique, des collectivités n'existe pas, 299 ; l'Etat n'a ni la — de puissance publique, ni la — patrimoniale, 299 et s., 307 et 308 ; critique de cette distinction, 303 et s. ; fausse théorie de la — de l'Etat une, mais à double

face, 305 et s.; elle conduit à l'omnipotence de l'Etat, 306 et 307; erreur des juristes qui font de la personnalité patrimoniale un procédé technique indispensable, 316; critique de la théorie qui attribue la — aux régions décentralisées, 76, 78 et 79; aux services publics, 85.

Pétion, dit que l'Assemblée de 1789 est une convention, c'est-à-dire une assemblée qui a le pouvoir de faire et de défaire une constitution, 647.

Pichat, montre bien le vrai caractère du recours pour excès de pouvoir, 101, 725.

Poincaré (Raymond), détermine d'une manière très précise les devoirs des fonctionnaires, 201 et 202.

Police (Régime de), s'oppose au régime de droit, 603 et s.; la liberté peut exceptionnellement être soumise au —, 604 et s.; dans le —, l'autorité limite la liberté préventivement, 604 et s.; la liberté doit être soumise au — toutes les fois qu'elle veut s'exercer sur la voie publique ou dans des endroits ouverts au public, 605 et 606; de même quand le système répressif ou réparateur serait impuissant, 606 et 607; le — doit rester un régime légal, 607; notion trop large de la —, donnée par certains auteurs, 607 et 608; pouvoir de — des maires, 142 et 143. V. Liberté.

Postes et télégraphes, grève de 1909, 204, 216; les agents et sous-agents des — ne peuvent former de syndicat, 230; service public qui devrait être décentralisé, 8, 82, 87; projet d'industrialisation des —, 94 et 95. V. Associations professionnelles, Décentralisation, Grève, Syndicats.

Poudres et salpêtres, service industrialisé, 94.

Pouvoir disciplinaire, 60. V. Discipline, Surveillance.

Pouvoir hiérarchique, 251 et s. V. Hiérarchie.

Pouvoir réglementaire, exception au principe de légalité formelle, 683 et 684. V. Légalité (Principe de), Règlements.

Préfet, agissant en vertu de l'article 10 du code d'instruction criminelle, a le caractère de fonctionnaire judiciaire, 25 et 26; — seul compétent pour prendre un arrêté de conflit, 55; le — agent direct du gouvernement pour tous les services publics, 64; a le premier rang honorifique, 64 et 65; prétendue délégation donnée par le —, 144 et 146; le — est soumis au pouvoir hiérarchique du ministre, 250; suivant les cas, le — exerce sur les maires un pouvoir hiérarchique ou un pouvoir de surveillance, 250 et 251; sous certaines conditions peut se substituer à eux, 251; le code pénal interdit expressément au — le commerce des grains et du vin, 201.

Prévet, soutenait que la loi interdisant le blanc de céruse équivalait à une expropriation et devait allouer une indemnité, 521.

Prévoyance sociale, le système de — doit remplacer le système d'assistance, 638; cependant l'idée de — n'a pas encore pénétré la conscience de la masse, 638; échec de la loi de 1910 sur les retraites ouvrières, 638.

Prise à partie, n'est possible que contre les agents permanents de l'ordre judiciaire et non contre les fonctionnaires administratifs ayant accidentellement le caractère judi-

ciaire, 27 et 28; n'est pas possible contre les magistrats de la cour de cassation, 27; seule procédure par laquelle peut être mise en jeu la responsabilité personnelle des magistrats, 275 et s. V. Responsabilité des fonctionnaires.

Professeurs, des universités nommés sur présentation, 135; sont véritablement inamovibles, 184 et 185; mise à la retraite des —, 185; avancement des —, 185; les — des facultés de droit peuvent être avocats, 201; les — des facultés de médecine peuvent être médecins pratiquants, 201; — des lycées et collèges ont une certaine inamovibilité, 185 et 186; leur avancement, 185. V. Inamovibilité, Statut.

Propriété, mode d'acquisition de la —, 357 et 358; inviolabilité de la —, 359, 613; reconnue par les déclarations des droits, 580, 608* et s.; cependant l'Assemblée de 1789 nationalise les biens de la noblesse et du clergé, 615 et 616; elle n'attribue l'inviolabilité qu'aux propriétés individuelles, 616; elle en fait un droit naturel, 580, 608* et s.; transformation de la notion de propriété, 359 et 360, 366, 618* et s.; l'objection d'après laquelle la — n'est pas une fonction puisqu'aucune loi positive n'impose au propriétaire l'obligation de faire valoir ses capitaux tombe depuis certaines lois portées pendant la guerre, 620 et s.; lois qui ont limité le droit du propriétaire en matière de location, 622 et 623; lois qui en Angleterre et en Allemagne ont établi un impôt sur la plus-value automatique, 623 et 624; la notion de propriété-fonction explique beaucoup de décisions des tribunaux en opposition complète avec la notion de propriété droit subjectif, 624 et s.; à elle se rattachent les dispositions de la loi française du 6 novembre 1918 sur l'expropriation, 624; seule la conception de la propriété fonction peut donner un fondement à la propriété capitaliste, 616 et s. V. Expropriation.

Propriété industrielle et littéraire, se rattache à la conception individualiste, 626 et 627; ne pourrait pas exister dans une société reposant sur une conception purement socialiste, 627.

Proudhon, sa théorie du domaine, 322.

Pufendorf, sa doctrine du droit n'a rien de commun avec la doctrine individualiste de la Déclaration des droits de 1789, 578 et 579.

Puissance publique, n'existe pas comme droit subjectif, 62; si elle existait comme droit subjectif, ce serait l'Etat-personne qui en serait titulaire, 62; la notion de — disparaît, 89.

Puritains, sous Cromwell, inspirent le pacte populaire, 644 et 645; inspirent les déclarations des droits américaines, 645 et 646. V. Etats-Unis.

Question préjudicielle, à un procès judiciaire, 48; à un procès administratif, 48 et 49.

Raison d'Etat, danger de toute doctrine juridique qui prétend invoquer la —, 158, 161 et 162, 686* et s. V. Actes de gouvernement.

Rébellion, il n'y a pas — dans le fait de résister par la force à un acte illégal, 747 et 748. V. Oppression (Résistance à l').

Recours pour excès de pouvoir, créé par la jurisprudence et reconnu par l'arti-

cle 9 de la loi du 24 mai 1872; renvoi au tome II, 717 et 718; est ouvert à toute personne intéressée, mais seulement contre les actes objectifs émanés des diverses autorités administratives, 717 et s.; n'est point recevable contre un acte subjectif, 723 et s.; mais est recevable contre l'acte administratif qui conditionne la compétence d'une autorité administrative à l'effet de faire un acte subjectif, 726 et s.; question de savoir quelle est la conséquence sur l'acte subjectif de l'annulation de l'acte objectif, 728; le requérant ne prétend pas à un droit, il suffit qu'il ait un intérêt, 719; le — contre les nominations et révocations de fonctionnaires, 113* et 114, 118; recevabilité du — formé par les associations de fonctionnaires, 235 et 236; le — n'exclut pas l'action en responsabilité, les deux voies de droit sont indépendantes, 463 et 464; la décision sur le — a une portée générale, renvoi au tome II, 719 et 720; le — n'est pas recevable contre les actes que fait le gouvernement comme organe politique, 685. V. Actes de gouvernement, Recours hiérarchique.

Recrutement des fonctionnaires, 125 et s.; abus qui se sont produits avant la guerre, 125; difficulté de faire une loi générale sur le — des fonctionnaires, 126; le — par examen, 126 et s.; le — par concours, 131 et s. V. Fonctionnaires.

Referendum constituant, principe formulé par la Convention, 648; il est déformé en l'an VIII et en l'an X, 649 et 650; en 1852, 654 et 655; sénatus-consulte du 20 avril 1870 soumis à un referendum, 656.

Région, serait une division administrative aussi artificielle que le département, 82.

Régionalisme, propositions qui s'en inspirent, 77.

Règle de droit, il faut affirmer qu'il existe une — supérieure à l'Etat et qu'il ne peut pas violer, 547 et s.; il faut repousser énergiquement les doctrines allemandes qui font du droit une pure création de l'Etat, 548; une — peut exister sans qu'il y ait une sanction directe, 550; sanction préventive de la — s'imposant à l'Etat, 550 et s.; certaines — supérieures ne sont inscrites ni dans les déclarations des droits, ni dans les constitutions, 555 et 556.

Règlements, les tribunaux judiciaires peuvent les interpréter et en apprécier la légalité, 49 et s., 721 et 722; ils peuvent surseoir à statuer jusqu'à ce que le conseil d'Etat se soit prononcé sur la légalité d'un —, 722 et 723; — de police, 52; toute loi qui accorde le pouvoir réglementaire est une restriction au principe de légalité formelle, 624.

Règlements de nécessité, la théorie des — peut être à l'extrême rigueur invoquée en temps de guerre, mais sous des conditions très étroites, 164 et 165, 172, 684 et 685, 700* et 701; si le — n'est pas soumis à la ratification du parlement à sa première réunion, il est caduc, 701 et 702; différence entre les actes de gouvernement et les —, 696 et 697; les — seraient une exception au principe de légalité formelle, mais non au principe de légalité matérielle, 696 et 697; pendant la guerre, le gouver-

nement a eu une tendance regrettable à invoquer le droit de nécessité, 702; il a soumis au parlement les règlements en matière militaire, 702; illégalité des règlements sur l'état des fonctionnaires civils, 163 et 164, 171 et 172; 702 et 703; sur l'interdiction de l'absinthe et l'ouverture de nouveaux débits de boissons, 703; sur le ravitaillement, 704; jurisprudence flottante du conseil d'Etat, 164 et 165, 172, 703; jurisprudence très ferme des tribunaux judiciaires qui ont déclaré ces divers règlements illégaux, 704 et 705; le gouvernement a enfin demandé des pouvoirs aux chambres, 705.

Répression disciplinaire, tend à se juridictionnaliser, 256 et 257; domaines distincts de la — et de la répression pénale, 258. V. Discipline.

Répression pénale, sa comparaison avec la répression disciplinaire, 253 et s.; aboutit à des actes de juridiction objective, 253 et 254.

Réquisition, est l'expropriation des meubles ou de l'usage des immeubles, 366; législation française très complexe, 366 et 367; nombreuses controverses qui se sont élevées sur la nature de la —, 367 et s.; la — est une dépossession de richesse individuelle, l'administration doit donc une indemnité égale à la valeur de la richesse qu'elle prend, 368 et s.; réfutation des doctrines qui soutiennent que la réquisition n'a pas la même nature juridique que l'expropriation, 370 et s.; l'indemnité de — doit être calculée d'après le prix que le réquisitionné aurait réalisé de la richesse réquisitionnée s'il l'avait cédée volontairement, 372 et 373; la question ne s'est posée que devant les charges considérables résultant pour l'Etat du fait de la dernière guerre, 373 et 374; décisions contradictoires des cours et tribunaux, 374; la cour de cassation décide que le prix courant n'est pas la base nécessaire de l'indemnité, 374 et 375; les tribunaux judiciaires ne sont compétents que pour fixer l'indemnité, les tribunaux administratifs sont seuls compétents pour juger la régularité de la —, 375 et 376.

Résistance à l'oppression. V. Oppression.

Responsabilité, en général, distinction de la — pour faute et de la — pour risque ou de la — subjective et de la — objective, 427 et 428, 432 et s.; il ne faut pas dire que la — pour risque remplace la — pour faute, la — pour risques n'existe que dans les rapports de l'individu avec un élément collectif, dans les rapports de deux individus la responsabilité est toujours pour faute, 433 et s., 474; loi du 7 novembre 1922, 474.

Responsabilité de l'Etat, elle est en contradiction avec la notion de souveraineté, 426 et s.; elle est admise en France dans des conditions plus larges que partout ailleurs, 426 et 427; la doctrine individualiste ne peut expliquer la —, 428; les constitutions et les lois de l'époque révolutionnaire reconnaissent la responsabilité des agents, jamais celle de l'Etat, 428 et 429; la reconnaissance par la Déclaration de 1789 de la — pour expropriation fut la porte ouverte par laquelle s'introduisit dans le droit moderne la —, 430 et

431; on en a fait d'abord découler la — pour expropriation indirecte, 430 et 431, 441 et 442; ensuite la — pour dommages causés aux propriétés par des travaux publics, 431 et 432; la — pour dommages causés aux personnes, 432; 432; la — est toujours une responsabilité pour risque, 432 et s., 434 et s.; elle repose sur l'idée d'une assurance sociale et sur le principe de l'égalité de tous devant la loi, 435 et s.; l'étendue de la — varie suivant les modes de manifestation de l'activité étatique, 438 et s.; ce qui prouve que la — n'est jamais une — pour faute, c'est qu'il arrive parfois que le patrimoine qui doit supporter la réparation n'est pas celui auquel correspond la personnalité qui aurait commis la prétendue faute, 440 et 441.

Responsabilité de l'Etat administrateur, 441 et s.; d'abord reconnue au cas de dommages aux propriétés par des travaux publics, 443 et s.; différence à cet égard entre la situation de l'administration et celle d'un particulier, 443 et 444; la contre-partie est l'obligation du particulier de payer une bonification à l'Etat quand il s'enrichit du fait de travaux publics (L. 6 novembre 1918, art. 2 *bis* et 23), 445; il faut qu'il y ait une dépréciation actuelle de la chose, 445 et s.; jurisprudence très ferme, 447; il faut qu'il y ait une relation directe de cause à effet entre les opérations de travaux publics et le dommage, 447 et 448; il y a lieu de tenir compte de l'enrichissement du requérant, 448 et 449; — pour dommages aux personnes par l'exécution de travaux publics, 449; pour dommages causés par l'exploitation d'un ouvrage public, 449 et s.; décisions de la jurisprudence, 451; compétence, 451; — pour le fonctionnement d'un service public quelconque, 452 et s.; pendant longtemps, on n'admit la responsabilité de l'Etat qu'à l'occasion des services publics de gestion et non pour les services publics d'autorité, distinction sans fondement complètement abandonnée, 453 et s.; évolution de la jurisprudence du conseil d'Etat qui reconnaît nettement aujourd'hui la — pour tout service public, même de police, 455 et s.; la — au cas d'excès de pouvoir, 463 et 464; la — pour révocation illégale d'un fonctionnaire, 464; la — existe même lorsqu'il n'y a aucune faute de service, 458 et s., 465* et s., 470 et s.; évolution de la jurisprudence du conseil d'Etat sur ce point, 466 et s.; il semble reconnaître aujourd'hui la — même s'il y a cas fortuit, 468* et s., 471 et 472; lois françaises qui consacrent la — pour risque, 472 et 473; irresponsabilité de l'Etat en matière diplomatique, 474 et s.; la question de la coexistence de la — et de la responsabilité personnelle du fonctionnaire, 270 et s., 478* et s.; l'affaire Lemonnier (26 juillet 1918), 480 et 481, 497; cas dans lesquels il y a en même temps faute de service et faute personnelle, 482 et s.; en pareil cas, la victime ne peut toucher qu'une indemnité, 485 et s.; cas où il n'y a certainement qu'une faute personnelle du fonctionnaire, 487 et s.; inconvénients de la doctrine admettant en ce cas la —, 487 et 488; il y a des cas où il est tellement évident que le fonc-

tionnaire s'est placé en dehors du service que certainement l'Etat n'est pas responsable, 490 et 491; le principe de la solution se trouve certainement dans la distinction de la faute détachable et de la faute incluse, 491 et 492; il n'y a pas de décision du conseil d'Etat fondant la — sur une faute personnelle du fonctionnaire, 492 et 493; hypothèse dans laquelle la juridiction administrative est appelée à statuer après que la juridiction judiciaire a décidé qu'il y avait faute personnelle, 493 et s., 497 et 498; elle peut déclarer l'Etat responsable parce qu'elle n'est pas liée par la décision du tribunal judiciaire, 494 et 495, 497 et 498; si elle reconnaît alors la responsabilité de l'Etat, elle ne la fonde point sur la reconnaissance de la faute personnelle par le tribunal judiciaire, 495 et 496; quand les deux juridictions, administrative et judiciaire, ont reconnu l'une la responsabilité de l'Etat et l'autre la responsabilité personnelle du fonctionnaire, la victime a deux créances, mais ne peut toucher qu'une seule indemnité, 496 et 497. V. Contrat, Faute, Responsabilité des fonctionnaires.

Responsabilité de l'Etat juge, il faut distinguer la question de la responsabilité de l'Etat à l'occasion des actes juridictionnels et la question de la responsabilité de l'Etat à l'occasion des actes non juridictionnels faits par des agents de l'ordre judiciaire, 499 et s., 506* et s.; la — ne peut exister à l'occasion des actes juridictionnels parce qu'elle serait en contradiction avec le principe de l'autorité de la chose jugée, 500 et s.; question de la — au cas d'acquittement, 502 et 503, 507 et 508; la — au cas de revision d'un procès pénal, 504 et 505; la — à l'occasion des actes non juridictionnels faits par des agents judiciaires, 505 et s.; il est difficile d'admettre dans ce domaine la responsabilité générale de l'Etat pour risque social, 507 et 508; compétence du conseil d'Etat, 508; décision contraire, 511 et 512; le projet voté par la chambre et le sénat a le tort de n'admettre la responsabilité de l'Etat qu'au cas de faute personnelle commise par les agents judiciaires, 510 et 511.

Responsabilité de l'Etat législateur, 512 et s.; si la loi est l'expression de la volonté souveraine, la — ne peut jamais exister, 512 et 513; le dommage résulte non, à vrai dire, de la loi, mais de son application, 514 et 515; la question de la — est double, 515 et 516; 1re question, le législateur doit-il réserver une indemnité et dans quel cas, 516 et s.; 2e question, le législateur n'ayant pas réservé l'indemnité dans un cas où il aurait dû le faire, les tribunaux peuvent-ils en accorder une, 528 et s.; le législateur ne doit pas réserver d'indemnité quand il interdit une activité socialement nocive et partant illicite, 516 et s.; c'est vrai pour toute activité illicite, 519 et 520; les lois interdisant l'emploi du blanc de céruse (20 juillet 1909), les biberons à tube (6 avril 1910), l'absinthe (16 mars 1915) ne devaient point réserver d'indemnité, 520 et 521; le législateur doit réserver une indemnité quand il interdit ou restreint une activité licite pour l'organiser en service public, 522 et s.; la loi

française de 1872 monopolisant les allumettes a justement réservé une indemnité, 522, 524; de même la loi du 14 mars 1904 permettant la suppression des bureaux de placement, 524; la loi du 9 mars 1918 sur les loyers a violé le droit en n'accordant une indemnité qu'aux petits bailleurs, 524 et s.; une loi qui établirait le monopole des assurances ou de la culture des terres devrait réserver une indemnité, 523; la loi uruguayenne du 26 décembre 1911 a eu le tort de ne pas réserver une indemnité, 526; la loi italienne du 4 avril 1912, qui a monopolisé les assurances sur la vie, a violé le droit en refusant expressément toute indemnité, 526 et 527; les tribunaux peuvent accorder une indemnité quand la loi n'a rien dit et que l'on se trouve dans un des cas où elle est due, 528 et s.; cette solution n'est point en contradiction avec celle qui refuse aux tribunaux le pouvoir d'apprécier la constitutionnalité des lois, 530 et 531; le tribunal pourrait accorder l'indemnité, même si la loi la refusait expressément, 531 et 532; cette solution suppose, il est vrai, qu'on admette que les tribunaux ont le pouvoir de refuser l'application d'une loi contraire au droit supérieur, 532.

Responsabilité de l'Etat pour dommages de guerre, 532 et s.; pendant longtemps on a déclaré l'Etat irresponsable pour dommages de guerre, 522 et 533; la loi du 26 décembre 1914, sous la pression de l'opinion publique, a proclamé le principe de la —, 533; la Convention, par la loi du 14 août 1793, avait reconnu cette responsabilité, 534; la loi du 19 vendémiaire an VI avait substitué au droit à la réparation le secours volontaire, 535; c'est l'idée qui fut appliquée après les guerres du premier empire et après la guerre de 1870-1871, 535 et 536; la loi du 17 avril 1919 a mis en œuvre le principe du droit à réparation proclamé par la loi du 26 décembre 1914, 536 et s.; elle affirme le principe de la solidarité nationale, 537; elle ne s'applique qu'aux dommages directs, 537 et 538; aux dommages matériels, 538 et 539; aux dommages certains, 539; à tous les dommages résultant du fait de l'ennemi ou des armées nationales, 539; la victime ne peut s'adresser qu'à l'Etat français qui a son recours contre la puissance ennemie, 539 et 540; la question du remploi, 540 et s.; pour les objets de consommation, le remploi ne pouvait être imposé, 541; il devait l'être pour tous les capitaux, 541 et s.; c'est la conséquence de la conception de la propriété-fonction, 541 et 542; la loi du 17 avril 1919 s'est à peu près conformée à cette idée, 542 et 543; l'attribution des deux éléments de l'indemnité, perte subie et frais supplémentaires de reconstruction, est subordonnée à la condition d'effectuer le remploi, 543; le législateur a eu le tort d'exiger le remploi en similaire et dans une certaine région, 543 et 544; la loi crée des tribunaux spéciaux pour statuer sur les dommages de guerre, 544 et 545; l'action en réparation est prescrite par deux ans, 544 et 545; loi du 24 juin 1919 et du 28 juillet 1921 sur les dommages aux personnes civiles, 536, 545; lois du

19 mars 1919 et du 3 mai 1921 touchant les dommages causés par les établissements travaillant pour la guerre, 472 et 473 ; loi du 31 mars 1919 sur les pensions militaires, 536 et 537, 545.

Responsabilité des fonctionnaires, administratifs au cas de faute personnelle, 30, 86, 263 et s. ; c'est le complément indispensable de la décentralisation par service, 85 et s., 92 ; les constitutions et les lois de la Révolution contiennent de nombreux textes relatifs à la —, 263 et 264 ; la charte de 1830 annonçait une loi relative à la —, 264 ; la constitution de 1848 formulait le principe, 264 et 265 ; aucune loi n'a été faite, 265 ; la question de la — est toujours une question de faute, 269 et 270 ; erreur de ceux qui prétendent que l'Etat est toujours responsable quelle que soit la faute du fonctionnaire, 270 et 271, 273 ; la responsabilité de l'Etat cesse lorsque le fonctionnaire s'est placé en dehors du service, 271 et 272, 274 ; il ne faut pas appliquer l'article 1384 du code civil, 271 ; distinction de la faute de fonction et de la faute personnelle, 277 et s. ; la faute détachable et la faute incluse, 280 et s. ; question de la coexistence de la responsabilité de l'Etat et de la —, 273 et s., 478* et s. ; — du fonctionnaire agissant sur l'ordre de son supérieur, 285 ; elle reste intacte, 285 et s. ; elle ne peut devenir une faute de service, 287 ; décisions diverses de la jurisprudence, 288 et 289 ; le subordonné militaire est couvert par l'ordre de son supérieur, 286, 289* et 290 ; compétence en matière de — appartient aux tribunaux judiciaires, 290 et s. ; mais ils restent incompétents pour apprécier les actes administratifs (décision Pelletier, 26 juillet 1873), 291 ; la doctrine allemande et la —, 289 ; — des fonctionnaires judiciaires, 26 et 27, 263 et s., 275 et s. ; il n'est pas exact de dire qu'elle ne peut jamais être mise en jeu que par la procédure de la prise à partie, 27, 275 et s. ; — des comptables, 263, 395 et 396 ; — des ordonnateurs et spécialement des ministres, 265 et s., 395 ; — pénale, 267 et 268 ; toute infraction commise par un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions est une forfaiture, 268. V. Faute, Responsabilité de l'Etat administrateur.

Retrait, d'un acte illégal, 728 et s. ; n'est pas possible lorsqu'il y a contrat, 729 ; tendance de la jurisprudence à limiter le temps pendant lequel peut avoir lieu le — d'un acte illégal, 729 et s., 734 ; cette limitation de durée ne peut s'appliquer au cas où l'acte est un règlement ou un acte-condition, 731 et 732 ; pour les actes subjectifs, il faut distinguer les cas où l'administration est ou non dans une situation active, 732 et 733.

Retraite des fonctionnaires, 98 et s. ; est un élément objectif de la situation du fonctionnaire, 98 et s. ; moment où le fonctionnaire devient créancier de sa —, 99 et 100 ; liquidation de la —, 100 ; la — peut toujours être modifiée par la loi, 105 et 106. V. Fonction publique, Statut des fonctionnaires.

Revision des lois constitutionnelles, en France depuis 1789, 647 et s. ; de la constitution de 1848, 653 et 654 ; des

lois constitutionnelles de 1875, 658 et 659.
Revision en matière pénale, peut entraîner la responsabilité de l'Etat (L. 8 juin 1895), 504 et 505.
Révocation, contraire à la loi ou à un règlement est nulle, 172, 191; peut entraîner la responsabilité de l'administration 172 et 173; la responsabilité est distincte de l'annulation, 173 et 174; la — même régulière peut entraîner la responsabilité de l'administration, quand elle n'est pas justifiée, 174 et 175, 464; le recours pour excès de pouvoir contre une — illégale peut être formé par le fonctionnaire révoqué, par toute personne ayant un intérêt moral et par l'association de fonctionnaires, 191; effets de l'annulation de la —, 191; pour certains fonctionnaires la — est toujours une peine disciplinaire, 256. V. Discipline, Fonctionnaires, Statut des fonctionnaires.
Ribot, critique la disposition du projet de loi instituant la responsabilité de l'Etat au cas de faute personnelle d'un magistrat, 276.
Risque social, assuré par l'Etat, 434 et s.; fondement de sa responsabilité, 434 et s.; le — reconnu par les lois du 16 avril 1914, 19 mars 1919, 3 mai 1921, 472 et 473; le — fondement de la responsabilité de l'Etat pour dommages de guerre, 436, 532* et s. V. Responsabilité de l'Etat.
Rivet, commissaire du gouvernement, ses conclusions sur la question du délai pendant lequel l'administration peut annuler ou rapporter un acte illégal, 732.
Robespierre, sa doctrine sur l'impôt, 591; défend le droit à l'assistance, 591, 636; sa doctrine sur la propriété, 612, 614, 616; s'inspire de J.-J. Rousseau, 614 et 615.
Roche (Jules), sa proposition tendant à la création d'une cour suprême chargée de statuer sur les réclamations des citoyens pour la violation de leurs droits et à l'adjonction à la constitution de 1875 d'un article visant les principes de 1789, 667.
Rolland (Louis), montre bien l'élargissement de la notion d'utilité publique, 360; admet, à tort, l'irresponsabilité générale de l'Etat au cas de police judiciaire, 509; cependant admet la responsabilité au cas de préjudice anormal, 510; critique justement le projet voté par le sénat et la chambre sur la garantie de la liberté individuelle, 510 et 511; estime à tort qu'il faudrait attribuer compétence aux tribunaux judiciaires pour statuer sur la responsabilité de l'Etat en matière judiciaire, 511.
Romieu, indique les éléments d'une théorie générale du contentieux administratif, 38; condamne la théorie d'après laquelle les actes d'autorité ne peuvent entraîner la responsabilité de l'Etat, 466; essaie de déterminer les cas où l'administration peut procéder à des actes d'exécution sur la personne et sur les biens, 711 et 772; estime que l'annulation d'un acte objectif n'a pas pour conséquence d'annuler *ipso facto* l'acte subjectif dont il était la condition, 727 et 728.
Roumanie, la cour de cassation admet le pouvoir pour les tribunaux d'apprécier la constitutionnalité des lois, 674 et 675.

Rousseau (Jean-Jacques), immense retentissement du Contrat social, 557; est le père du jacobinisme sectaire et affirme la puissance sans limite de l'Etat, 572 et s.; ses idées sur l'égalité sont admises par la Déclaration des droits de 1793, 584; dit que l'Etat est maître des propriétés individuelles, 614 et 615; ne peut admettre la résistance à l'oppression, 744.

Rouvier, président du conseil, reconnaît la légalité des associations professionnelles de fonctionnaires, conformément à la loi de 1901, 237.

Saint-Thomas d'Aquin, admet la légitimité de la résistance à l'oppression, même par la sédition, mais repousse le tyrannicide, 739 et 740, 742*.

Saleilles, sa théorie conceptualiste, 316.

Sarrut, procureur général à la cour de cassation, repousse l'assimilation de la réquisition et de l'expropriation, 369; oublie que la loi française a consacré le droit à la réparation des dommages de guerre, 371, 374.

Scellés. l'apposition des — par l'autorité administrative, en dehors des cas où la loi lui donne expressément conpétence à cet effet, est une usurpation de pouvoir, 711 et 712; jurisprudence hésitante du tribunal des conflits et du conseil d'Etat, 711 et 712; celui-ci y voit une usurpation de pouvoir quand les scellés sont apposés sur une usine et un acte administratif régulier, quand ils sont apposés sur un local congréganiste ou un presbytère, 712 et 713; le bris de — illégalement apposés n'est pas un délit, 748 et 749. V. Usurpation de pouvoir.

Sédition, contre un gouvernement tyrannique est légitime, 662; la Déclaration des droits de 1793 le proclame, 738 et 739. V. Insurrection, Oppression (Résistance à l'), Saint Thomas d'Aquin.

Sénat conservateur, du consulat et du premier empire, statue sur la constitutionnalité des lois et des actes du pouvoir exécutif et peut modifier la constitution, 650; le système n'a point donné d'heureux résultats, 665 et s; le — vote la constitution dite sénatoriale du 6 avril 1814, 650; le — du second empire, 654; peut modifier la constitution, mais les modifications à l'une des bases de 1852 doivent être soumises à l'approbation du peuple, 654 et 655, 666.

Séparation de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire, 21* et s., 182; ne peut être faite qu'au point de vue formel et ne correspond point à la distinction de la fonction administrative et de la fonction judiciaire, 22 et 23, 29* et s.; domaine de l'ordre judiciaire, 30; l'agent administratif qui fait un acte rentrant dans le domaine judiciaire commet une usurpation de pouvoir, 30; par exception, les tribunaux judiciaires peuvent interpréter un règlement administratif et en apprécier la légalité, 50 et s., 721* et s.; sanction de la —, 53 et s.; la — subsiste malgré le décret du 19 septembre 1870 supprimant la garantie administrative, 291 et 292; la — en matière de contributions, 384 et 385. V. Conflit d'attribution, Ordre administratif, Ordre judiciaire, Tribunal des conflits.

Séparation des pouvoirs, 21 et s., 29* et s., 182, 184; la —, d'après la Déclaration des

droits de 1789, est la condition indispensable de la sûreté, 663.
Septennat, le système du — repoussé par l'Assemblée nationale, qui vote l'amendement Wallon, 658 et 659; loi du — (20 novembre 1873), 657. V. Constitution de 1875.
Service public, les notions de — et de fonctionnaire sont inséparables, 3* et s., 19 et 20; — assimilable à une entreprise commerciale, 5 et 6; augmentation du nombre des — dans les Etats modernes, 7, 91; les nouveaux —, 7 et 8; toute activité devenue objet de — se distingue d'une manière fondamentale d'une activité privée, 11 et 13; — technique, 82 et s.; — décentralisé, 18; — patrimonialisé, 18; — industrialisé, 18, 66* et s., 94; — concédé, 18 et 19, 94; les agents normaux d'un — concédé sont des fonctionnaires, 19; — régional, 76; la distinction des — d'autorité et des — de gestion doit être rejetée, 10 et 11, 454 et s., 458. V. Fonctionnaires.
Seydel, a osé écrire qu'il n'y a de droit que par le Herrscher, 548 et 549, 686.
Siéyès, ce qu'il dit des lois constitutionnelles, 643, 647; proposait la création d'une jurie constitutionnaire, 666.
Solidarité, est le fondement de tout le droit public, 695; implique l'existence d'obligations pour tous, gouvernants et gouvernés, 596; conduit à une conception nouvelle de la liberté, 596 et s.; et de la propriété, 617 et s.
Sous-secrétaires d'Etat, ne peuvent recevoir délégation du ministre, 144, 146.
Souveraineté, n'existe pas comme droit, mais seulement comme puissance de fait, 67 et 68; la — est inconciliable avec la responsabilité de l'Etat, 422 et 423, 426* et s.; la reconnaissance de la responsabilité de l'Etat est la preuve que la notion de — disparaît, 422 et 423; la permanence de l'idée de — en ce qui concerne la loi entrave la reconnaissance de la responsabilité de l'Etat législateur, 439 et 440. V. Responsabilité.
Statut des fonctionnaires, situation protégée par la loi de la fonction, 101 et 102; situation objective, 101 et 102, 147* et 148; peut toujours être modifié par une loi nouvelle, 148; avant tout établie dans l'intérêt du service, 102, 147* et 148, 150; en retour, la loi peut imposer aux fonctionnaires des obligations spéciales, 150; fonctionnaires qui ont un — spécialement protégé, magistrats judiciaires, professeurs, officiers, 165, 176* et s.; il n'existe pas encore en France de loi générale sur le statut des fonctionnaires, projet de loi du 1er juin 1920, 165 et 166; de nombreux décrets contenant des dispositions similaires donnent à presque tous les fonctionnaires un — réglementaire, 166 et s.; loi du 23 octobre 1919, imposant aux villes l'obligation de donner un statut à leurs fonctionnaires, 168; loi du 1er avril 1920 sur le statut des employés de préfecture et de sous-préfecture, 168; toute décision contraire au — d'un fonctionnaire est nulle, ferme jurisprudence du conseil d'Etat, 171; disposition de l'article 65 de la loi de finances du 22 avril 1905 s'applique à tous les fonctionnaires, 148 et s.; portée de cette décision, 150 et s.;

elle ne s'applique pas aux maires, 152; d'après la jurisprudence du conseil d'Etat, il n'est pas nécessaire que le dossier ait été effectivement communiqué, il suffit que le fonctionnaire ait été mis à même d'en prendre connaissance, 153 et 154; la sanction de la règle est l'annulation, 152 et s.; application de l'article 65 de la loi du 22 avril 1905 au cas de grève des fonctionnaires, 155 et s.; critique des décisions contraires du conseil d'Etat, 158; illégalité des décrets qui ont suspendu pendant la guerre l'application de l'article 65 de la loi du 22 avril 1905, 163* et s., 702 et 703; incohérence des arrêts du conseil d'Etat qui ont admis la légalité de ces décrets, 164 et 165, 702 et 703; — négatif des fonctionnaires, imparfaitement déterminé, 194 et s. V. Fonction publique, Recours pour excès de pouvoir, Révocation.

Suisse, le fédéralisme s'y est établi par l'adhésion volontaire des cantons, 70 et 71; la loi du 24 juin 1910 interdisant l'absinthe a eu le tort d'allouer une indemnité, 521; les tribunaux ont le pouvoir d'apprécier la constitutionnalité des lois cantonales, mais pas celle des lois fédérales, 680 et 681.

Sujet de droit, l'individu est —, 297 et 298; les collectivités ne sont pas —, 299 et 300; l'Etat n'est pas un —, 299 et 300.

Sûreté, est l'ensemble des droits naturels de l'homme en tant qu'ils sont socialement garantis, 580 et 581; elle implique le droit d'exiger que les gouvernants créent une organisation politique qui réduise au minimum le danger d'arbitraire, 662* et 663, 735; si malgré les garanties établies le droit est violé, il y a oppression et la résistance est légitime, 735 et 736. V. Oppression (Résistance à l').

Surveillance, implique un pouvoir disciplinaire qui lui donne une sanction, 248* et s., 253; comment la — se distingue de la hiérarchie et du contrôle, 251 et s.

Syndicalisme, fonctionnariste, 84, 126, 211 et 212; se rattache au grand mouvement syndicaliste, 246; son vrai caractère, 246 et 247; ne doit être qu'un moyen pour assurer une meilleure gestion des services publics, 90, 218.

Syndicats, associations professionnelles de patrons, ou d'ouvriers, ou mixte, permises par la loi du 21 mars 1884, avant que ne fût consacrée la liberté d'association, ont reçu de la loi de 1920 une capacité étendue, peuvent se former entre individus exerçant des professions libérales et se fédérer, 241 et 242; formation de la confédération générale du travail, 241 et 242; le prétendu droit syndical est un mythe, 245.

Syndicats de fonctionnaires, ont toujours été interdits par la loi du 21 mars 1884 qui ne pouvait s'appliquer à eux, 217 et s.; sont implicitement interdits par la loi du 12 mars 1920, 225; on ne doit faire aucune distinction à cet égard entre les fonctionnaires ouvriers et les autres fonctionnaires, 224 et 225, 226 et 227; erreur du législateur ayant reconnu en 1901 la liberté générale d'association et maintenu la loi de 1884 sur les syndicats, 218 et 219; conséquences de cette erreur, 220; par faiblesse ou par igno-

rance, le gouvernement admet la légalité des syndicats de fonctionnaires ouvriers, 220, 223, 226 et 227; le prétendu droit syndical est revendiqué pour permettre la participation des fonctionnaires à la confédération générale du travail, ce qui est inadmissible, 221 et s.; le gouvernement a toujours déclaré illégaux les syndicats de fonctionnaires non ouvriers, mais n'a pas tenu la main à leur dissolution, 228 et s., 230; nombreuses décisions de jurisprudence prononçant la dissolution des syndicats de fonctionnaires, 229, 232 et 233; la question de la grève des fonctionnaires est tout à fait distincte de celle des syndicats, 225. V. Associations professionnelles de fonctionnaires, Grève.

Tardieu, commissaire du gouvernement, dit à tort que la grève exclut de plein droit le fonctionnaire de sa fonction, 156, 158 et 159; reconnaît la responsabilité de l'Etat envers les compagnies de chemin de fer à l'occasion du décret du 1er mars 1901, 420.

Tchernoff, dit à tort que la Déclaration des droits de 1789 est tirée du Contrat social de J.-J. Rousseau, 571 et s.

Teissier, commissaire du gouvernement, montre bien que, au cas d'acte illégal, l'action en responsabilité est complètement distincte du recours pour excès de pouvoir, 173, 463 et 464; admet la responsabilité de l'Etat à l'occasion d'une loi modifiant un contrat auquel l'Etat était partie, 422; dit qu'au cas de faute personnelle il n'y a place que pour l'action en réparation contre l'agent, 479; enseigne à tort que, sauf le cas de revision, l'Etat n'est jamais responsable à l'occasion des actes de l'autorité judiciaire, 506, 509; admet certaines restrictions à la règle de l'irresponsabilité de l'Etat législateur, 513, 528.

Thomson, ministre de la marine, a refusé très nettement le droit de grève aux ouvriers des arsenaux, 228.

Thouret, rapporteur de la constitution de 1791, dit, en 1791, que la déclaration votée en 1789 a acquis un caractère sacré et religieux, 567; déclare que si la propriété des individus est inviolable celle des collectivités ne l'est pas, 616.

Tirard, estime qu'en principe les actes législatifs ne peuvent pas entraîner la responsabilité de l'Etat, 528 et 529.

Traitement des fonctionnaires, 98 et s.; est un élément objectif de la situation de fonctionnaire, 98 et s.; moment où le fonctionnaire devient créancier de son —, 99 et 100; le conseil d'Etat reconnaît le caractère objectif du —, 100 et 101; peut à tout moment être modifié par la loi, en plus et en moins, 105; peut être suspendu, 105 et 106; doit être payé rétroactivement au cas de révocation annulée, 191.

Trarieux, garde des sceaux, son projet de 1895 prévoyait et punissait la grève de fonctionnaires, 215.

Travail, droit au —, 583 et 584, 602 et 603, 629* et s.; toute la législation sur le — est légitime, 603, 631.

Travaux publics, compétence du conseil de préfecture en premier ressort et du conseil d'Etat en appel, 43 et 44; il y a — toutes les fois qu'un travail est fait sur un immeuble en vue d'un service public, 355; responsabilité de l'admi-

nistration, à raison des dommages causés par l'exécution de —, même quand il n'y a aucune atteinte au droit, 345 et 346, 365, 443* et s.; il faut une dépréciation actuelle de la chose, 445 et s.; il faut un rapport direct de cause à effet entre l'opération de — et le dommage, 447 et 448; responsabilité pour dommages causés aux personnes par l'exécution de —, 449; compétence, 451; le propriétaire dont l'immeuble acquiert une plus-value provenant de l'exécution de travaux publics doit une indemnité à l'administration (L. 6 novembre 1918, art. 2 *bis* et 23), s'il la refuse, il peut être exproprié, 345 et 346, 364* et s. V. Expropriation, Responsabilité de d'Etat administrateur.

Tribunal des conflits, 54 et s.; exerce une juridiction purement objective, 56, 143 et 144; sa composition, 55; sa procédure, 55 et 56; créé par la constitution de 1848, organisé par la loi du 4 février 1850, supprimé en 1852 et rétabli par la loi du 24 mai 1872, 58; rôle du — au cas de responsabilité des fonctionnaires, 291 et s.; est seul compétent pour décider s'il y a faute personnelle incluse, 293 et s. V. Contentieux administratif, Séparation de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif.

Tribunaux administratifs, distincts de l'administration active, 31, 33, 36* et 37. V. Contentieux administratif.

Tribunaux judiciaires, les membres des — ont toujours le caractère de fonctionnaires judiciaires, 23; ne peuvent jamais connaître d'un procès dont la solution implique l'appréciation d'un acte administratif, 32; ne peuvent, en principe, ni interpréter un acte administratif, ni en apprécier la légalité, 48 et s.; exception au cas de règlement, 49 et s., 721 et 722. V. Séparation de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif.

Tyrannicide, admis par certains théologiens catholiques, 739; la Déclaration des droits de 1793 admet le meurtre de l'usurpateur, 739; le — est indéfendable, 745.

Union, nom donné à l'acte plurilatéral qui est une convention, mais pas un contrat, 117; la nomination de fonctionnaire est une —, 117 et 118.

Université de France, 130. V. Professeurs.

Usurpation de pouvoir, il y a — quand un agent administratif fait un acte juridique ou un acte matériel en dehors du domaine administratif, 30, 709, 713 et s.; distinction entre l'— d'une part et l'abus de pouvoir et l'excès de pouvoir d'autre part, 710 et 711; la doctrine fait nettement la distinction, mais la jurisprudence du tribunal des conflits et du conseil d'Etat paraît hésitante, 711 et 712, 716; l' — entraîne la responsabilité personnelle de l'agent, 30, 277 et s., 464, 709, 715 et 716. V. Responsabilité de l'Etat administrateur, Responsabilité des fonctionnaires, Scellés.

Uruguay, loi du 24 décembre 1911, monopolisant les assurances, a eu le tort de ne pas réserver l'indemnité, 526.

Utilité publique, élargissement de la notion d' —, 360 et s.; loi du 6 novembre 1918, 360 et s.; elle substitue le mot opération au mot travaux, 361 et 362. V. Expropriation.

Ventavon (De), rapporteur de

la loi du 25 février 1875, reconnaît qu'elle a le caractère constitutionnel, 657.
Vereinbarung. V. Union.
Villey (Edmond), est le seul auteur qui ait contesté la responsabilité de l'Etat à l'occasion des dommages de guerre, 546.
Viviani, garde des sceaux, dépose un projet de loi tendant à donner aux tribunaux judiciaires la connaissance des marchés de fournitures et des marchés de travaux publics, 53; ce qu'il dit sur le rôle social du propriétaire, 626; ministre du travail, a soutenu justement que la loi interdisant le blanc de céruse ne devait pas réserver d'indemnité, 520.
Vivien, soutenait à tort que dans certains cas le gouvernement pouvait faire des actes illégaux échappant à tout recours, 687. V. Actes de gouvernement.
Voie de fait. V. Usurpation de pouvoir.
Voirie (Grande), 328 et s.; comprend le rivage de la mer, les rivières navigables, les routes nationales et les canaux, 329 et 330; est objet de service public, 329 et 330; tout le régime juridique auquel elle est soumise dérive de là, 330; inaliénabilité et imprescriptibilité de la —, 344 et 345; compétence des agents en matière de —, 346 et 347; il n'existe pas à vrai dire de droits de servitude au profit des riverains de la —, 345 et 346. V. Domaine, Concession, Contraventions de grande voirie, Inaliénabilité, Permissions de voirie.
Volonté, quelle qu'elle soit, publique ou privée, n'est jamais la cause créatrice d'une situation de droit, 378 et 379.
Wallon, son amendement voté par l'Assemblée nationale en 1875 consacre la république, 656, 658.
White, chief of justice, son opinion sur la constitutionnalité de la loi américaine du 18 mai 1917 établissant l'obligation du service militaire, 679.

FIN DE LA TABLE ANALYTIQUE

39.741. — BORDEAUX, IMPRIMERIE CADORET, 17, RUE POQUELIN-MOLIÈRE.

4072

REVUE GÉNÉRALE

DU DROIT, DE LA LEGISLATION

ET DE LA JURISPRUDENCE

EN FRANCE ET A L'ÉTRANGER

Cette publication, qui commence sa 46e année d'existence compte parmi ses directeurs es noms éminents de : Ch. Appleton, professeur à la Faculté de droit de Lyon. — S. Berge, conseiller à la Cour de cassation. — J. Bonnecase, professeur à la Faculté de droit de Bordeaux. — J. Lefort, ancien avocat au Conseil d'État de la Cour de cassation. — E.-H. Perreau, professeur à la Faculté de droi de Toulouse. — E. Petit, professeur à la Faculté de droit de Poitiers. — J. Valery, doyen de la Faculté de droit de Montpellier. — A. Weiss, membre d l'Institut, professeur à la Faculté de droit de Paris. — Enrico Ferri, professeur à l'Université de Rome. — Frédérick Pollock, professeur à l'Université d'Oxford

Le sommaire de chaque numéro comporte :

1° *Un certain nombre d'articles signés par des spécialistes sur toutes les questions juridiques d'actualité ;*

2° *La publication intégrale ou partielle des ouvrages les plus importants en cours d'édition ou même encore à l'état de manuscrits ;*

3° *Une étude bibliographique sur tous les ouvrages de droit récemment parus ;*

4° *Une revue des périodiques français et étrangers.*

PROFESSEURS, — MEMBRES DE LA MAGISTRATURE
ÉTUDIANTS, — HOMMES D'AFFAIRES

vous bénéficiez donc en vous abonnant à la REVUE GÉNÉRALE DU DROIT des avantages suivants :

D'une documentation co plète et continuellement à jour.

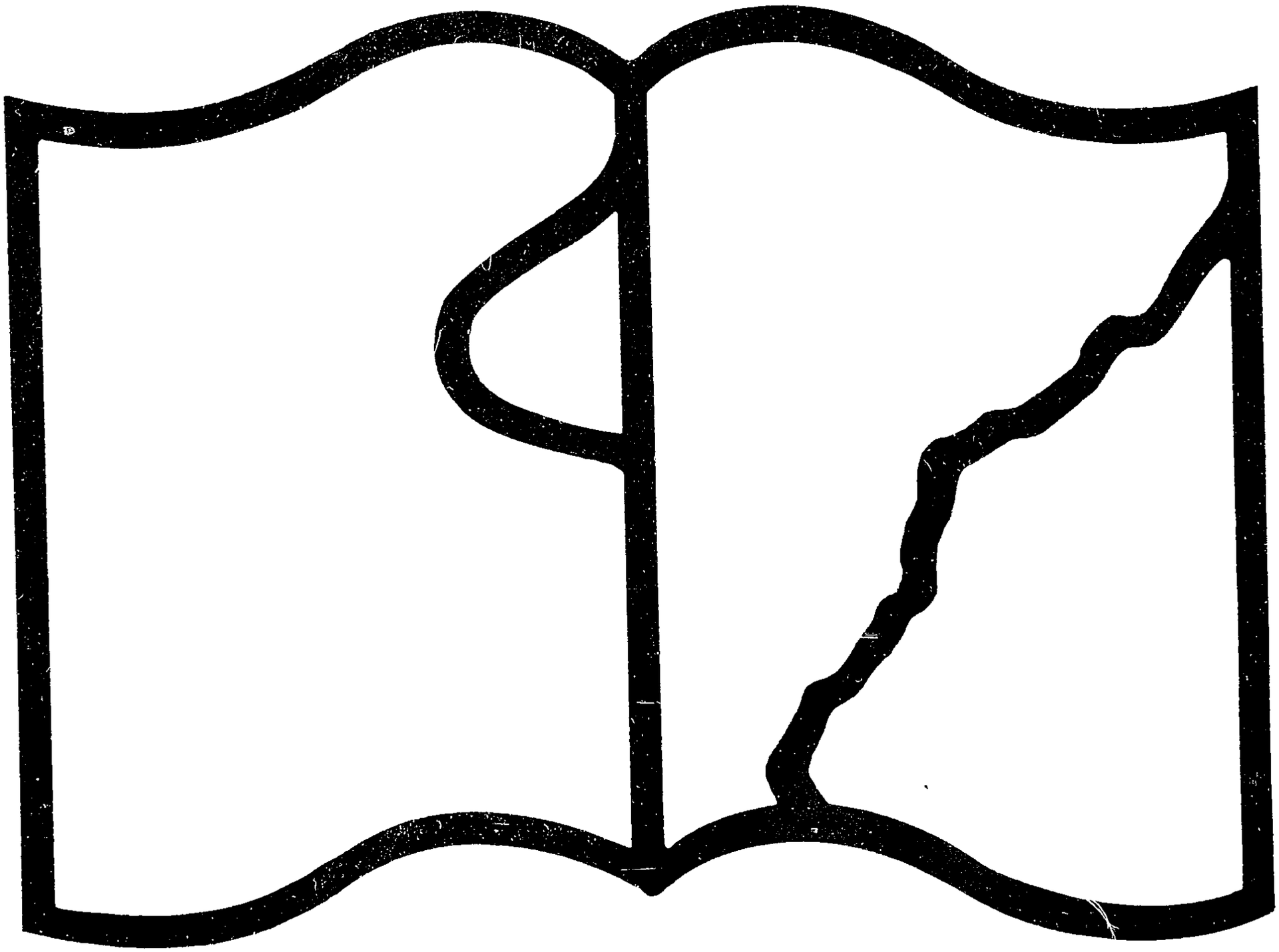
D'un gain de temps et d'argent, car quelques heures et quelques francs vous permettent de suivre tout ce qui touche le Droit.

Conditions d'abonnement :

Un an : France et Colonies ..... **25** francs.
Un an : Pays étrangers ..... **28** francs.

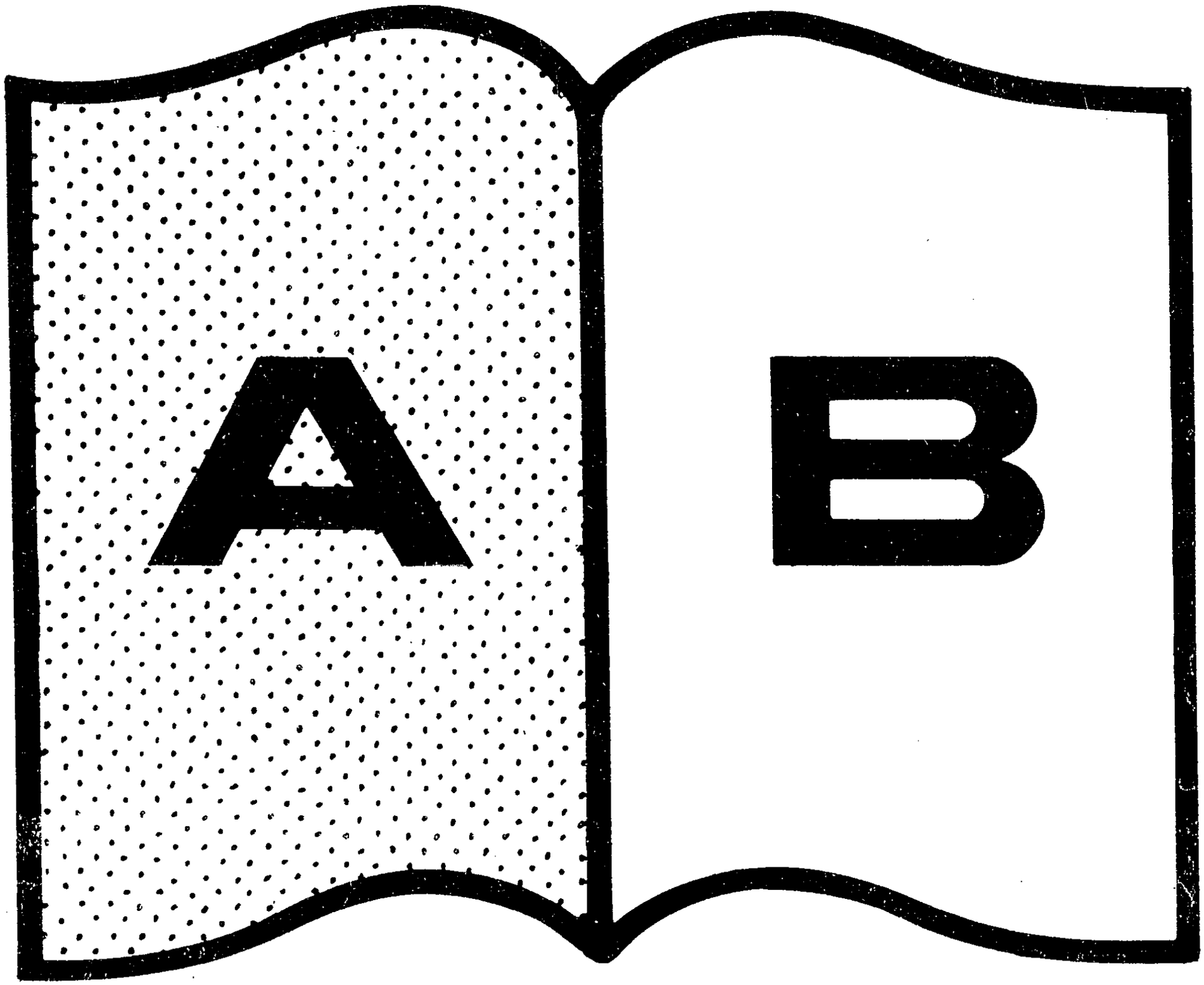
N. B. — L'année comporte quatre numéros. — Quelques collections complètes sont encore en vente.

39.741. — Bordeaux, Imprimerie Y. Cadoret, 17, rue Poquelin-Molière.



Texte détérioré — reliure défectueuse

NF Z 43-120-11



Contraste insuffisant

NF Z 43-120-14

TABLE DES MATIERES

CHAPITRE IV Les agents publics.

53. La distinction des agents fonctionnaires et des agents employés
54. La distinction des fonctionnaires judiciaires et des fonctionnaires administratifs
55. De la séparation de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif
56. De la sanction de la séparation du contentieux administratif et du contentieux judiciaire
57. Les fonctionnaires agents directs des gouvernants
58. Les fonctionnaires décentralisés
59. La décentralisation par région
60. La décentralisation par service
61. La nature juridique de la fonction publique
62. La nomination des fonctionnaires
63. Le recrutement des fonctionnaires
64. La compétence
65. Le statut des fonctionnaires
66. Le statut des fonctionnaires *(suite)*
67. Fonctionnaires qui ont un statut légal spécial
68. Les obligations et les charges des fonctionnaires
69. Les grèves de fonctionnaires
70. Les associations et syndicats de fonctionnaires
71. La hiérarchie et la discipline des fonctionnaires
72. La responsabilité des fonctionnaires

CHAPITRE V Le patrimoine de l'Etat.

73. La notion générale de patrimoine
74. Le domaine de l'Etat
75. Les différentes catégories de domaine public
76. La prétendue inaliénabilité du domaine public
77. Des modes d'acquisition du domaine de l'Etat
78. Les créances de l'Etat
79. Les dettes de l'Etat
80. Les contrats de l'Etat
81. La responsabilité de l'Etat en général
82. La responsabilité de l'Etat administrateur. Travaux publics
83. La responsabilité de l'Etat administrateur *(suite)*
84. La question de la coexistence de la responsabilité de l'Etat et de la responsabilité personnelle du fonctionnaire
85. La responsabilité de l'Etat-juge
86. La responsabilité de l'Etat-législateur
87. La responsabilité de l'Etat pour dommages de guerre

CHAPITRE VI L'Etat et le Droit.

88. L'Etat de droit
89. Le système des déclarations des droits
90. Le contenu des déclarations des droits
91. Le principe d'égalité
92. La liberté
93. Le régime de droit et le régime de police
94. La propriété
95. Les obligations positives de l'Etat
96. Le système des lois constitutionnelles rigides
97. La distinction des lois constitutionnelles et des lois ordinaires en France de 1789 à 1875
98. Les lois contraires au droit
99 Le principe de légalité
100 Sanction du principe de légalité
101 La résistance à l'oppression

TABLE ANALYTIQUE

Les chiffres renvoient aux pages. Les astérisques indiquent l'endroit où la matière est spécialement traitée.

Absinthe, interdiction,
Absinthe, pas d'indemnité due,
Abus de pouvoir, quand l'agent administratif fait une opération matérielle du domaine administratif et commet une faute,
Abus de pouvoir, correspond à l'excès de pouvoir,
Acte additionnel de 1815, est voté par le peuple,

Acte d'autorité, ne peut pas être distingué de l'acte de gestion,
Acte de gestion, ne peut pas être distingué de l'acte d'autorité,
Acte de gouvernement, notion de l'acte de gouvernement,
Acte de gouvernement, ne pas les confondre avec les actes politiques ou actes faits par le gouvernement comme organes politiques,
Acte de gouvernement, la notion de l'acte de gouvernement doit être absolument écartée,
Acte de gouvernement, elle serait une exception au principe de légalité matérielle qui n'en comporte pas,
Acte de gouvernement, elle conduit à la doctrine despotique de Seydel et au droit de nécessité de l'école allemande,
Acte de gouvernement, pour défendre la théorie des acte de gouvernement, on ne saurait invoquer l'article 26 de la loi du 24 mai 1872,
Acte de gouvernement, le tribunal des conflits repousse nettement la théorie des acte de gouvernement,
Acte de gouvernement, le conseil d'Etat l'appliquait sous le second empire, il paraissait l'avoir abandonnée,
Acte de gouvernement, il semble l'avoir ressuscitée depuis la guerre,
Acte diplomatique, irresponsabilité de l'Etat,
Acte diplomatique, jurisprudence constante du conseil d'Etat,
Acte juridictionnel, l'Etat ne peut pas être responsable à l'occasion d'un acte juridictionnel, parce que ce serait contraire au principe de l'autorité de la chose jugée,
Acte juridictionnel, réfutation des objections,
Acte juridictionnel, soumis au principe de légalité, sanction,
Acte juridique, unilatéral,
Acte juridique, plurilatéral,
Acte juridique, l'acte juridique, plurilatéral n'est pas toujours un contrat,
Acte juridique, collectif,
Acte juridique, caractère de la nomination de fonctionnaires,
Acte politique. V. Acte de gouvernement.
Acte objectif. V. Nullité.
Affectation, d'un immeuble à un service public,
Affectation, l'affectation, doit être expresse et faite par décret,
Affectation, elle résulte souvent d'une convention avec une ville,
Affectation, l'administration ne peut rien faire qui soit contraire à l'affectation,
Affectation, article 56, § 1, de la loi de finances du 25 février 1901,
Affectation, la procédure des contraventions de grande voirie n'est pas applicable à un immeuble affecté à un service public,
Agents publics,
Agents publics, le nombre des Agents publics, augmente dans tous les pays,
Agents publics, décision du parlement français pour le limiter,
Agents publics, ayant le caractère de fonctionnaires,
Agents publics, intérêts qu'il y a à distinguer les Agents publics, fonctionnaires et les Agents publics, employés,
les **Agents publics,** qui participent d'une manière permanente et normale à un service public sont des fonctionnaires, quel que soit ce service et quels que soient les actes qu'ils font,
Agents publics, les Agents publics, engagés momentanément et accidentellement par une administration n'ont pas le caractère de fonctionnaires,
Agents publics, un Agent public, peut être fonctionnaire bien qu'il ne touche pas de traitement,
Agents publics, décentralisés,
Air atmosphérique, laissé au libre usage,
Air atmosphérique, conventions relatives à la navigation aérienne,
Allemagne, l'Empire de 1871 a été constitué par le concours des volontés des Etats allemands,
Allemagne, la constitution de 1919 est un acte unilatéral,
Allemagne, elle limite étroitement les pouvoirs des Pays,
Allemagne, l'unification et la centralisation de l'Allemagne, sont plus grandes depuis sa défaite,
Allemagne, la loi du 31 mars 1873 sur les fonctionnaires et la théorie allemande de la fonction publique,
Allemagne, la constitution de 1919 dit expressément que la même protection doit être assurée aux enfants naturels et aux enfants légitimes,
Allemagne, le président d'empire, à la différence de l'empereur, a le droit d'édicter des règlements de nécessité,
Amnistie, plusieurs lois récentes l'ont déclarée applicable aux infractions disciplinaires,
André (Le général), a reconnu la légalité des syndicats d'ouvriers militaires,
Angleterre, a conservé théoriquement l'idée d'une délégation donnée par la couronne aux fonctionnaires,
Angleterre, l'Angleterre, ne pratique pas le système des lois constitutionnelles rigides, le parlement peut tout faire,
Angleterre, la distinction est faite un moment sous le protectorat de Cromwell,
Annulation contentieuse et non contentieuse. V. Nullité.
Armée, l'obéissance passive dans l'armée,
Arrêt d'union,
Arrêté de débet,
Arsenaux, militaires et maritimes, sont des services publics,
Assemblée nationale de 1789, affirme son pouvoir constituant,
Assemblée nationale de 1789, repousse une proposition de Malouet tendant à soumettre la constitution au peuple,

Assemblée nationale de 1871, avait le pouvoir constituant,
Assemblée nationale de 1871, le parti républicain le lui a contesté jusqu'au 30 janvier 1875, jour où a été voté l'amendement Wallon établissant la république,
Assemblée nationale de 1871, nomme M. Thiers chef du pouvoir exécutif de la République française,
Assemblée nationale de 1871, vote la loi du septennat,
Assemblée nationale de 1871, l'amendement Wallon,
Assistance, droit à l'assistance,
Assistance, lois françaises qui l'ont reconnu et organisé,
Assistance, obligations imposées aux collectivités administratives secondaires,
Associations professionnelles de fonctionnaires, sont légales,
Associations professionnelles de fonctionnaires, application de la loi de 1901,
Associations professionnelles de fonctionnaires, objections qui ont été faites,
Associations professionnelles de fonctionnaires, le conseil d'Etat a reconnu souvent expressément la légalité des associations professionnelles de fonctionnaires, conformément à la loi de 1901,
Associations professionnelles de fonctionnaires, cependant l'arrêt Fédel, 27 février 1922, paraît contradictoire,
Associations professionnelles de fonctionnaires, les tribunaux judiciaires ont également reconnu la légalité des associations professionnelles de fonctionnaires, conformément à la loi de 1901,
Associations professionnelles de fonctionnaires, de même le gouvernement,
les **Associations professionnelles de fonctionnaires,** sont recevables à former des recours tendant à l'annulation des nomination ou des révocations illégales,
Associations professionnelles de fonctionnaires, les associations professionnelles de fonctionnaires, ne peuvent adhérer à la confédération générale du travail,
Associations professionnelles de fonctionnaires, dans l'état du droit positif français, elles peuvent former une fédération générale,
Associations professionnelles de fonctionnaires, cette faculté devrait leur être retirée par la loi,
Associations professionnelles de fonctionnaires, projet de loi sur le statut des fonctionnaires du 1er juin 1920,
Associations professionnelles de fonctionnaires, urgence de ce projet de loi,
Associations professionnelles de fonctionnaires, s'il était voté, il ne résoudrait point cependant toutes les difficultés,
Associations professionnelles de fonctionnaires, elles proviennent en partie de l'erreur du législateur qui, après avoir reconnu la liberté générale d'association en 1901, a maintenu sans raison la loi de 1884 sur les syndicats professionnels,
Aubry et Rau, leur théorie du patrimoine,
Autorité. V. Acte d'autorité, Fonctionnaires d'autorité, Puissance publique, Services publics.
Autorité administrative,
Autorité administrative, comprend tous les agents publics, à l'exception de ceux auxquels la loi donne le caractère politique ou le caractère judiciaire,
Autorité administrative, ne peut faire aucun acte du domaine judiciaire,
Autorité judiciaire,
Autorité judiciaire, ne comprend que les agents publics auxquels la loi a donné ce caractère,
Autorité judiciaire, ne peut s'immiscer dans le domaine administratif,
Autorité judiciaire, n'est pas un pouvoir,
Autriche, la constitution de 1920 fait de l'Autriche un Etat fédéral,
Avancement, des fonctionnaires au choix et à l'ancienneté,
Avancement, des magistrats,
Avancement, des professeurs d'université,
Avancement, des professeurs de lycée,
Babouvisme, conséquence logique de la conception de l'égalité-droit en 1793,
Babouvisme, la Déclaration de 1793 en affirmant l'égalité-droit, conduisait à l'égalité économique,
Babouvisme, les doctrines de Robespierre préparent le Babouvisme,
Babouvisme, les principales affirmations du Babouvisme,
Barckhausen, a démontré d'une manière définitive que dans la loi des 22 novembre et 1er décembre 1790 et dans le code civil, les expressions domaine national et domaine public sont synonymes,
Barckhausen, se trompe quand il dit que la loi de 1790 maintenait l'inaliénabilité du domaine,
Barrère, défend l'impôt progressif à la Convention,
Barthélemy (Joseph), dit à tort que l'ordre du supérieur peut transformer la faute du subordonné en une faute de service,
Barthélemy (Joseph), critique la théorie de Laband sur l'ordre de service,
Barthélemy (Joseph), ce qu'il dit au sujet de la subordination militaire,
Barthou, garde des sceaux, reconnaissait aux associations professionnelles de fonctionnaires, formées conformément à la loi de 1901, la possibilité de se fédérer,
Batbie, enseignait la théorie des actes de gouvernement,
Baudry-Lacantinerie, a le tort de faire du fonctionnaire un commis ou un employé de l'Etat,
Beaubois, admet une large responsabilité des fonctionnaires,
Beauregard, admet l'exception d'inconstitutionnalité,
Beauquier, ses propositions de décentralisation par région,
Benjamin Constant, reconnaît le droit de refuser l'obéissance à une loi contraire au droit,
Berthélemy, est seul aujourd'hui à défendre la distinction des fonctionnaires d'autorité et des fonctionnaires de gestion,
Berthélemy, devrait logiquement admettre la grève des fonctionnaires de gestion,

Berthélemy, admet la distinction du contentieux par nature et du contentieux par détermination de la loi en la rattachant à la distinction des actes d'autorité et des actes de gestion,
Berthélemy, critique le syndicalisme fonctionnariste,
Berthélemy, réponse,
Berthélemy, soutient, à tort, que les prétendus fonctionnaires de gestion sont dans une situation contractuelle,
Berthélemy, que la nomination d'un fonctionnaire d'autorité est un acte unilatéral, celle d'un fonctionnaire de gestion, un contrat,
Berthélemy, devrait admettre, pour être logique, la grève et les syndicats des fonctionnaires de gestion,
Berthélemy, maintient, à tort, la fausse et néfaste distinction des fonctionnaires d'autorité et des fonctionnaires de gestion,
Berthélemy, se trompe en disant que d'après la loi du 12 mars 1920 des fonctionnaires comme les instituteurs, les percepteurs peuvent se syndiquer,
Berthélemy, persiste à enseigner contre l'évidence que les fonctionnaires ne peuvent pas former d'association professionnelle conformément à la loi de 1901,
Berthélemy, nie la personnalité de l'Etat-puissance, mais admet celle de l'Etat patrimonial, contradiction,
Berthélemy, analogie de sa doctrine, sur ce point, avec celle de Ducrocq,
Berthélemy, dit très justement que la réquisition est de même ordre que l'expropriation,
Berthélemy, que l'indemnité de réquisition doit être la réparation exacte du dommage,
Berthélemy, soutient encore, à tort, que dans une saine doctrine juridique on devrait décider qu'à moins d'une décision expresse de la loi l'Etat n'est responsable qu'à l'occasion d'un service de gestion,
Berthélemy, a le tort d'opposer l'équité au droit,
Berthélemy, enseigne très nettement que l'administration ne peut faire d'acte d'exécution,
Berthet, sa déclaration comme rapporteur de la loi du 3 décembre 1908,
Blackstone, expose la doctrine individualiste,
Blackstone, affirme le pouvoir sans limite du parlement,
Boissy d'Anglas, dit que la constitution de 1793 avait organisé l'anarchie,
Bolchevisme, impose le travail et supprime la propriété individuelle,
Bonnard, sa théorie de la répression disciplinaire,
Boucher, fait l'apologie du tyrannicide,
Bourguin, admet la légitimité de la grève des prétendus fonctionnaires de gestion,
Bourguin, admet les syndicats des mêmes fonctionnaires,
Boutmy, commet l'erreur de dire que la Déclaration des droits de 1789 est tirée du contrat social de J.-J. Rousseau,
Brémond, repousse la théorie des actes de gouvernement,
Brésil, le fédéralisme y résulte d'une décision unilatérale émanant du pouvoir central,
Briand, son projet de 1910 ne prévoyait pas la grève des fonctionnaires,
Briand, comme président du conseil déclare illégaux les syndicats d'agents des postes,
Brinz (von), sa théorie des patrimoines-buts,
But, support de tout patrimoine,
But, support du patrimoine de l'Etat,
Cabinet des ministres, la nomination à une fonction publique d'un membre du cabinet des ministres est nulle si elle n'est pas insérée au *Journal officiel* avant la démission du ministre,
Capacité, au sens général,
Capacité, la notion de capacité est identique à celle de compétence,
Capacité, la capacité est une situation objective,
Capacité, on ne peut voir dans la capacité un droit subjectif,
Centralisation, implique de nombreux agents directs des gouvernants avec des pouvoirs étendus,
Centralisation, tendance de tout gouvernement à la centralisation,
Centralisation, danger de la centralisation des services publics,
Chardenet, déclare qu'un maire qui ne se soumet pas à un jugement commet une faute personnelle,
Chardon, dit qu'une grève d'un service public est inadmissible,
Charges et obligations des fonctionnaires, forment un élément de caractère objectif,
Charges et obligations des fonctionnaires, impliquent certaines restrictions au statut légal de citoyen,
Charges et obligations des fonctionnaires, il n'y a pas d'action directe pour contraindre le fonctionnaire à remplir les charges et obligations des fonctionnaires, de sa fonction,
Charges et obligations des fonctionnaires, elles n'ont d'autre sanction que la discipline,
Charles Benoist, sa proposition tendant à instituer une cour suprême,
Charte, de 1814 est octroyée "à toujours",
Charte, elle ne pouvait être modifiée par le roi seul,
Charte, pouvait-elle être modifiée par une loi?
Charte, l'article 14 de la charte de 1814 ne donnait pas au roi le droit de modifier ou de suspendre les lois,
Charte, la charte de 1830 est votée par les chambres,
Charte, elle peut être modifiée par une loi,
Chavegrin, paraît penser que sont illégales les associations de fonctionnaires formées suivant la loi de 1901,
Chavegrin, admet la résistance défensive,

Chemins de fer, forment une dépendance du domaine public de l'Etat qui doit être placée dans une catégorie particulière,
Chemins de fer, application à cette catégorie de la règle de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité,
Chemins de fer, les employés commissionnés des chemins de fer, même concédés sont des fonctionnaires,
Chemins de fer, les chemins de fer même concédés sont un service public,
Chemins de fer, les employés des chemins de fer ne peuvent faire grève,
Chemins de fer, c'est à tort qu'on leur a reconnu le droit de former des syndicats de la loi de 1884,
Chemins de fer, légalité des arrêtés ministériels mobilisant les cheminots en 1910,
Chemins de fer, caractère révolutionnaire de la grève de 1920,
Chemins de fer, arbitrage obligatoire établi par la loi du 29 octobre 1921,
Chemins de fer, les chemins de fer de l'Etat ont reçu une certaine autonomie avec participation des employés,
Chemins de fer, le régime général des chemins de fer d'après la loi de 1921,
Chemins de fer, rachat de la Compagnie de l'Ouest,
Chemins de fer, lois du 3 décembre 1908 sur le raccordement des voies d'eau avec les voies ferrées, du 21 juillet 1909 et du 28 décembre 1911 sur les retraites des cheminots ne violaient point un contrat,
Chemins de fer, arrêt du 6 décembre 1907,
Chemins de fer, même solution quand la modification est faite par une loi,
Clemenceau (Georges), repousse la distinction des fonctionnaires d'autorité et de gestion,
Clemenceau (Georges), son projet de loi de 1909 ne prévoit pas la grève des fonctionnaires,
Clemenceau (Georges), sa lettre du 7 avril 1907 aux instituteurs,
Clemenceau (Georges), sa proposition de loi sur la protection de la liberté individuelle,
Coalition, interdite par la loi Lechapelier et le code pénal,
Coalition, depuis la loi du 25 mai 1864 ne constitue plus un délit,
Coalition de fonctionnaires pour cessation du service est un fait illicite,
Collectivisme, ce n'est au fond que la conception régalienne et jacobine étendue à la puissance économique,
Combes, a refusé comme président du conseil de reconnaître la légalité des syndicats de cantonniers,
Combes, a reconnu la légalité des associations professionnelles de fonctionnaires conformes à la loi de 1901,
Commandement, exercé par les gouvernants et leurs agents directs sur les fonctionnaires,
Commandement, implique le droit d'annuler les actes des fonctionnaires subordonnés pour raison de droit et pour raison d'opportunité,
Commerce, interdit aux fonctionnaires, mais pas à leurs proches, excès de pouvoir du préfet de police,
Commissaire de police, agissant comme officier de police judiciaire a le caractère de fonctionnaire judiciaire,
Commune, est, en France, le type de la circonscription décentralisée,
Commune, les communes ont un patrimoine propre,
Communication, de leur dossier aux fonctionnaires au cas de mesures disciplinaires (art. 65 L. 22 avril 1905),
Compétence, au sens général,
Compétence, l'expression s'applique surtout aux actes d'ordre juridique,
Compétence, la compétence des agents détenteurs de la force publique,
Compétence, la notion de compétence est identique à celle de capacité,
Compétence, la compétence est une situation objective,
Compétence, à aucun titre on ne peut voir dans la compétence un droit subjectif,
Compétence, la compétence ne peut pas être revendiquée par le fonctionnaire,
Compétence, peut à tout moment être modifiée par la loi,
Compétence, la délégation de compétence n'existe pas en réalité,
Compétence, juridictionnelle en matière de responsabilité des fonctionnaires,
Compétence, en matière d'impôt,
Comte (Auguste), voit dans la propriété "une indispensable fonction sociale",
Concession, sur le domaine public,
Concession, doit toujours être résiliable,
Concession, contient un élément contractuel,
Concession, ne donne pas naissance à un droit réel administratif,
Concession, la compétence de service public contient des clauses contractuelles et des clauses réglementaires,
Concession, critérium de la distinction,
Concession, les clauses réglementaires, quoique conventionnelles, ne forment pas un contrat,
Concession, l'Etat peut, par un acte unilatéral, modifier les conditions d'exploitation d'un service public,
Concession, responsabilité de l'Etat au cas de modification de la situation d'un concessionnaire,
Concession, solution unanimement admise lorsque la modification est apportée par décret (arrêt 6 décembre 1907),
Concession, la même solution doit être donnée quand la modification est apportée par une loi,
Concours, comme mode de recrutement des fonctions publiques,
Concours, le ministre a pouvoir d'arrêter la liste des concurrents,
Concours, mais sa décision est susceptible d'être attaquée par le recours pour détournement de pouvoir,
Concours, distinction entre les concours de nomination et les concours de présentation,

Concours, d'agrégation,
Concours, d'agrégation d'enseignement secondaire, le conseil d'Etat décide, à tort, que les ecclésiastiques ne peuvent s'y présenter,
Confédération générale du travail, et la confédération générale du travail unitaire poursuivent l'une et l'autre des buts révolutionnaires,
Confédération générale du travail, erreur et faiblesse du gouvernement qui, à certains moments, a traité d'égal à égal avec la confédération générale du travail,
Confédération générale du travail, les syndicats de fonctionnaires ont la prétention inacceptable d'adhérer à la confédération générale du travail,
la **Confédération générale du travail,** s'est formée à la faveur de la loi du 21 mars 1884 permettant aux syndicats professionnels de se fédérer,
Confédération générale du travail, scission qui s'y est produite en 1921,
Conflit d'attribution,
Conflit d'attribution, procédure pour élever le conflit d'attribution,
Conflit d'attribution, le conflit d'attribution ne peut être élevé que devant un tribunal judiciaire,
Conflit d'attribution, le conflit d'attribution et la loi du 21 fructidor de l'an III,
Conflit d'attribution, le conflit d'attribution est jugé par le gouvernement en conseil d'Etat de l'an VIII à 1850 et de 1852 à 1872, aujourd'hui par le tribunal des conflits,
Conflit d'attribution, négatif,
Conseil de discipline,
Conseil de discipline, suivant les cas, donne un avis consultatif ou obligatoire ou statue sur la peine disciplinaire,
Conseil de discipline, illégalité du décret du 16 septembre 1914 qui a suspendu pendant la guerre le fonctionnement de tous les conseils de discipline, même établis par la loi,
Conseil de discipline, critique des arrêts du conseil d'Etat qui en ont reconnu la légalité,
Conseil d'Etat, créé par la constitution de l'an VIII,
Conseil d'Etat, jusqu'à 1849 n'exerce qu'une justice retenue,
Conseil d'Etat, de 1849 à 1852, exerce une justice déléguée,
Conseil d'Etat, reçoit définitivement un droit de décision propre en matière contentieuse de la loi du 24 mai 1872,
Conseil d'Etat, connaît des marchés de fournitures intéressant l'Etat,
Conseil d'Etat, jurisprudence hésitante et contradictoire en ce qui concerne les marchés de fournitures intéressant les départements et les communes,
Conseil d'Etat, la jurisprudence du conseil d'Etat semble traverser une période de trouble et de régression,
Conseil d'Etat, nomination des membres du conseil d'Etat,
Conseil de préfecture, créé par la loi du 28 pluviôse de l'an VIII,
Conseil de préfecture, compétent en premier ressort pour toutes les affaires de travaux publics,
Conseil de préfecture, fouilles et extraction de matériaux,
Conseil de préfecture, établissement de conduites électriques,
Conseil général, prétendue délégation donnée par le conseil général à la commission départementale,
Conseil municipal, recours contre la décision du préfet annulant ou refusant d'annuler une délibération d'un Conseil municipal,
Conseil supérieur de l'instruction publique,
Conseil supérieur de la magistrature,
Conseil supérieur de la magistrature, pour le déplacement des magistrats, il est statué par une commission spéciale composée de membres de la cour de cassation,
Conseiller général, n'est pas fonctionnaire,
Conseiller municipal, n'est pas fonctionnaire,
Constitutions rigides, le système des Constitutions rigides complète le système des déclarations des droits, il est une garantie au profit de l'individu contre la violation du droit par le législateur,
Constitution de 1791, formule le principe de la séparation de l'autorité administrative et de l'autorité judiciaire, qu'elle rattache à la séparation des pouvoirs,
Constitution de 1791, n'organise pas de sanction à cette règle,
Constitution de 1791, consacre le principe de la responsabilité des agents,
Constitution de 1791, décide que le pouvoir législatif ne peut faire aucune loi qui porte atteinte aux droits naturels,
Constitution de 1791, établit le mode de revision,
Constitution de 1793, consacre le principe de la responsabilité des fonctionnaires,
Constitution de 1793, donne à la nation l'initiative de la revision,
Constitution de l'an III, formule le principe de la séparation de l'autorité administrative et de l'autorité judiciaire,
Constitution de l'an III, reconnaît la responsabilité des fonctionnaires,
Constitution de l'an III, rend la revision aussi difficile que possible,
Constitution de l'an VIII, n'est pas votée par une assemblée, est approuvée par le peuple,
Constitution de l'an VIII, crée le conseil d'Etat,
Constitution de l'an VIII, établit au profit des fonctionnaires la garantie administrative (art. 75),
Constitution de l'an VIII, disposition abrogée par le décret du 19 décembre 1871,
Constitution de l'an VIII, subordonne les poursuites contre les ministres à l'autorisation du corps législatif,
Constitution de l'an VIII, donne au gouvernement le pouvoir d'en suspendre l'application,
Constitution de 1848, est votée par une assemblée constituante,
Constitution de 1848, consacre le principe de la responsabilité des agents publics,
Constitution de 1848, contient un préambule dans lequel sont rappelés les principes de 1789,
Constitution de 1848, reconnaît le droit de propriété,
Constitution de 1848, ne reconnaît ni le droit au travail, ni le droit à l'assistance, ni le droit à l'instruction,

Constitution de 1848, la Constitution de 1848 règle le mode de revision,
Constitution de 1852, faite sur un mandat donné par le peuple au prince Louis-Napoléon,
Constitution de 1852, est remplacée par le S.-C. du 21 mai 1870 approuvé par un plébiscite,
Constitution de 1852, crée un sénat conservateur,
Constitution de 1875, est la seule qui n'ait pas visé la Déclaration des droits de 1789,
Constitution de 1875, elle comprend trois lois (24 et 25 février, 16 juillet 1875), dont les deux premières n'ont pas le titre de loi constitutionnelle,
Constitution de 1875, elle est le résultat d'une transaction entre le centre droit et le centre gauche,
Constitution de 1875, elle fait la revision aussi facile que possible et, contrairement à toutes les prévisions, elle est appliquée depuis quarante-huit ans, sans qu'elle ait jamais été violée et n'a reçu que des modifications de détail,
Constitutionnalité des lois. V. Inconstitutionnalité.
Contentieux administratif, ensemble des procès qui sont jugés par les tribunaux administratifs,
Contentieux administratif, ce sont tous les procès dont le jugement implique l'appréciation d'un acte administratif,
Contentieux administratif, évolution du Contentieux administratif de la Révolution à nos jours,
Contentieux administratif, on ne doit pas faire la distinction du contentieux administratif par nature et du Contentieux administratif par détermination de la loi, qui avait été rattachée à la fausse distinction des actes d'autorité et des actes de gestion,
Contentieux administratif, cette distinction est justement abandonnée par la jurisprudence,
Contentieux administratif, sanction de la séparation du Contentieux administratif et du Contentieux administratif judiciaire,
Contentieux administratif, électoral,
Contentieux administratif, des impôts directs,
Contentieux administratif, les impôts indirects relèvent du contentieux judiciaire,
Contrainte, est indispensable pour réaliser le droit,
Contrat, a des caractères propres,
Contrat, passé par l'Etat,
Contrat, la nomination de fonctionnaire n'est pas un contrat,
Contrat, l'engagement militaire n'est pas un contrat,
Contrat, il n'y a point à distinguer le contrat de droit privé et le contrat de droit public ou de service public,
Contrat, le conseil d'Etat a le grave tort de maintenir la notion et l'expression de contrat de service public,
Contrat, le contrat oblige l'Etat comme un simple particulier,
Contrat, il est impossible de l'expliquer si l'on admet la personnalité de l'Etat à la fois puissance publique et patrimoniale,
Contrat, les situations de fonctionnaire, de concessionnaire et de permissionnaire ne sont pas des situations contractuelles,
Contrat, si les tribunaux administratifs sont compétents pour statuer sur le procès né d'un contrat fait en vue d'un service public, cela ne change pas sa nature,
Contrat, aucun organe, pas même le parlement, n'a le pouvoir de modifier une situation contractuelle à laquelle l'Etat est partie,
Contrat, arrêts du conseil d'Etat de 1896 et de 1904 qui l'ont reconnu,
Contrat, solution différente quand l'Etat édicte une disposition par voie générale dont la conséquence est de modifier la situation d'un débiteur ou d'un créancier de l'Etat,
Contrat, par exemple la loi de 1898 sur les accidents du travail n'a pas obligé l'Etat à indemniser ses entrepreneurs,
Contrat, il y a lieu cependant, le cas échéant, d'appliquer la théorie de l'imprévision,
Contrat, jurisprudence du conseil d'Etat,
Contrat, application du cahier des charges,
Contrat social, notion très ancienne qui se trouve dans saint Augustin,
Contrat social, les déclarations américaines sont considérées comme formant le contrat social des nouveaux Etats,
Contrat social, la Déclaration des droits de 1789 est le contrat social de la France régénérée,
Contraventions de grande voirie,
Contraventions de grande voirie, la procédure des contraventions de grande voirie, implique l'existence de pouvoirs exceptionnels au profit des agents domaniaux,
Contraventions de grande voirie, les contraventions de grande voirie entraînent une amende et l'obligation de rétablir les choses en l'état,
Contraventions de grande voirie, l'amende est prescriptble, l'obligation de réparation est imprescriptible,
Contraventions de grande voirie, la procédure des contraventions de grande voirie n'est point applicable aux immeubles affectés à un service public,
Contrôle, est le droit d'approuver ou de refuser d'approuver et d'annuler, pour raison de droit, l'acte d'un fonctionnaire,
Contrôle, ne s'exerce que sur les fonctionnaires décentralisés,
Contrôle, ne permet pas de leur adresser des injonctions,
Contrôle, doit être fortement organisé au cas de décentralisation par service,
Contrôle, se distingue de la hiérarchie et de la surveillance,
Contrôle des dépenses engagées,
Convention nationale, terme emprunté à la langue politique de l'Amérique pour désigner une assemblée constituante,
Convention nationale, la convention nationale dès sa première réunion décide que la constitution sera soumise à l'acceptation du peuple,
Corneille, commissaire du gouvernement au conseil d'Etat, dit qu'en reconnaissant la responsabilité de l'Etat quand il y a cas fortuit, le conseil d'Etat a été déterminé par les circonstances nées de la guerre,
Cour de cassation, catégorie de personnes parmi lesquelles doivent être choisis les membres de la cour de cassation,
Cour de cassation, la cour de cassation comme conseil supérieur de la magistrature,
Créance, de l'Etat,
Créance, la créance n'est pas plus un droit subjectif que la propriété, c'est tout simplement un mode de protection de l'affectation d'une richesse à un but,

Créance, l'existence d'une créance n'implique pas l'existence d'un sujet de droit,
Créance, la créance de l'Etat peut naître à la suite d'un acte contractuel ou d'un acte unilatéral,
Créance, la créance d'impôt,
Créance, la volonté d'un agent public pas plus que celle d'un particulier ne peut créer une créance,
Créance, le droit objectif détermine les cas où la créance naît d'un contrat ou d'un acte unilatéral,
Créance, il est difficile de déterminer dans quel sens est l'évolution,
Créance, dans certains cas, il n'y a pas paiement d'une créance, mais exécution de prestation se rattachant à une situation objective,
Créance, il ne faut pas confondre l'acte à la suite duquel naît la créance et les voies d'exécution appartenant à l'Etat,
Créance, l'Etat peut se créer à lui-même un titre exécutoire et s'assurer ainsi le rôle de défendeur,
Créance, recouvrement des créance de l'Etat par l'établissement d'états exécutoires,
Créance, par la voie de l'arrêté de débet,
Créance, recouvrement des créances d'impôts directs et indirects,
Crédit, nécessité d'une ouverture de crédit par les chambres pour le paiement des dettes de l'Etat,
Crédit, l'ordonnancement doit être fait dans les limites des crédit,
Crédit, le paiement d'une dette ordonnancée sans crédit ne peut être répétée,
Cromwell, sous le protectorat de cromwell est exprimée l'idée d'une loi supérieure au parlement,
Débits de boissons, interdiction d'ouvrir de nouveaux débits de boissons,
Décentralisation, en général,
Décentralisation, se distingue de la déconcentration,
Décentralisation, occupe une place de plus en plus grande dans l'Etat moderne,
Décentralisation, différence de la décentralisation et du fédéralisme,
Décentralisation, dans un Etat unitaire décentralisé, les gouvernants peuvent toujours modifier par un acte unilatéral la compétence des fonctionnaires décentralisés,
Décentralisation, la décentralisation est établie avant tout dans l'intérêt du service,
Décentralisation, elle permet de concilier l'accroissement des services publics avec la liberté de l'individu,
Décentralisation par région,
Décentralisation par région, est surtout constituée par les attaches locales des fonctionnaires locaux,
Décentralisation par région, le plus souvent par l'élection, mais pas nécessairement,
Décentralisation par région, n'existe réellement que si la région a un patrimoine propre,
Décentralisation par région, la décentralisation par région et les lois françaises du 10 août 1871 et du 5 avril 1884,
Décentralisation par région, projets de réforme,
Décentralisation par région, la prétendue théorie juridique de la décentralisation par région est artificielle et indéfendable,
Décentralisation par région, réponse aux objections,
Décentralisation par région, avantages et inconvénients de la décentralisation par région,
Décentralisation par service,
Décentralisation par service, ne peut s'appliquer qu'aux services techniques,
Décentralisation par service, implique un statut légal des fonctionnaires,
Décentralisation par service, participation des fonctionnaires à la direction du service,
Décentralisation par service, un contrôle des gouvernants fortement organisé doit être maintenu,
Décentralisation par service, la décentralisation par service implique une large responsabilité des fonctionnaires et comme contre-partie leur participation aux bénéfices,
Décentralisation par service, la décentralisation par service est une conséquence de la disparition du concept de souveraineté,
Décentralisation par service, réponse aux critiques dirigées contre la décentralisation par service,
Décentralisation par service, permet de concilier l'accroissement des services avec la liberté et de les organiser industriellement,
Déchéance quinquennale, atteint toute créance contre l'Etat (L. 29 janvier 1831, art. 9),
Déchéance quinquennale, n'est pas à vrai dire une prescription,
Déchéance quinquennale, n'est pas suspendue par les causes de suspension de la prescription,
Déchéance quinquennale, son point de départ est la date du fait pouvant donner lieu à la responsabilité de l'Etat,
Déchéance quinquennale, est interrompue par toute réclamation contentieuse ou non, mais pas par un commandement,
Déclarations des droits, le système des déclarations des droits est une garantie contre la violation du droit par le législateur,
Déclarations des droits, qui se trouvent en tête des constitutions françaises de l'époque révolutionnaire et de la plupart des constitutions des Etats de la République américaine,
Déclarations des droits, elles forment un véritable contrat social,
Déclarations des droits, diffèrent totalement des actes du droit public anglais qui ne tendaient qu'à la limitation des pouvoirs du roi par le parlement,
Déclarations des droits, elles reconnaissent l'existence de droits naturels antérieurs à l'Etat et venant le limiter,
Déclarations des droits, elles forment la loi par excellence,
Déclarations des droits, elles sont supérieures aux constitutions rigides,
Déclarations des droits, elles expriment la doctrine individualiste,
Déclarations des droits, résumé de cette doctrine,
Déclarations des droits, la loi ordinaire n'a de forces que par sa conformité aux déclarations des droits,
Déclarations des droits, les déclarations des droits proclament l'inviolabilité de la propriété, mais sans se prononcer sur son fondement,
Déclarations des droits, elles ne limitent pas aujourd'hui les pouvoirs du législateur sur la propriété,

Déclarations des droits, le système des déclarations des droits est complété par celui des lois constitutionnelles rigides,
Déclaration des droits de 1789, conçue comme le pacte social de la société française régénérée,
Déclaration des droits de 1789, c'est l'exemple des Etats-Unis qui a déterminé l'Assemblée de 1789 à voter une déclaration des droits,
Déclaration des droits de 1789, la déclaration des droits de 1789 a encore aujourd'hui force de loi positive supérieure aux lois constitutionnelles et aux lois ordinaires,
Déclaration des droits de 1789, cela est vrai quoique les lois constitutionnelles de 1875 ne visent pas la déclaration des droits de 1789,
Déclaration des droits de 1789, la déclaration des droits de 1789 ne faisait pas corps avec la constitution de 1791 et subsiste avec toute sa force bien que la constitution de 1791 ait disparu,
Déclaration des droits de 1789, sources auxquelles a été empruntée la déclaration des droits de 1789,
Déclaration des droits de 1789, erreur de ceux qui prétendent qu'elle a été empruntée au Contrat social de J.-J. Rousseau,
Déclaration des droits de 1789, elle est aux antipodes du Contrat social,
Déclaration des droits de 1789, la déclaration des droits de 1789 ne procède point des déclarations américaines, mais a été empruntée aux mêmes sources,
Déclaration des droits de 1789, la définition de la liberté est empruntée à Montesquieu,
Déclaration des droits de 1789, dans son ensemble, elle est surtout empruntée à Locke,
Déclaration des droits de 1789, elle n'emprunte rien à Pufendorf,
Déclaration des droits de 1789, la déclaration des droits de 1789 a pour titre complet la déclaration des droits de l'homme et du citoyen,
Déclaration des droits de 1789, les droits du citoyen sont les droits de l'homme en tant qu'ils sont garantis par la société,
Déclaration des droits de 1789, la déclaration des droits de 1789 ne parle pas des droits politiques qui sont une pure concession de l'Etat,
Déclaration des droits de 1789, la déclaration des droits de 1789 proclame le principe de l'inviolabilité du droit de propriété,
Déclaration des droits de 1789, admet l'expropriation pour cause d'utilité publique,
Déclaration des droits de 1789, c'est la porte par laquelle s'est introduite dans le droit moderne la responsabilité générale de l'Etat,
Déclaration des droits de 1789, la déclaration des droits de 1789 affirme la responsabilité des agents publics,
Déclaration des droits de 1789, ne fait pas de l'égalité un droit,
Déclaration des droits de 1789, affirme que l'impôt doit peser également sur toutes les classes,
Déclaration des droits de 1789, ne reconnaît ni le droit à l'instruction, ni le droit à l'assistance, ni le droit au travail,
Déclaration des droits de 1789, proclame le droit de résistance à l'oppression,
Déclaration des droits de 1789, le principe de la séparation des pouvoirs,
Déclaration des droits de 1793, affirme la responsabilité de tous les fonctionnaires,
Déclaration des droits de 1793, différences avec la Déclaration des droits de 1789,
Déclaration des droits de 1793, définit la sûreté,
Déclaration des droits de 1793, elle fait de l'égalité le premier des droits,
Déclaration des droits de 1793, s'inspire directement de J.-J. Rousseau,
Déclaration des droits de 1793, sa conception de l'égalité conduit logiquement au communisme,
Déclaration des droits de 1793, reconnaît le droit de propriété,
Déclaration des droits de 1793, sa définition,
Déclaration des droits de 1793, paraît reconnaître le droit à l'instruction, à l'assistance et au travail,
Déclaration des droits de 1793, c'est une conséquence de ce qu'elle fait de l'égalité le premier des droits naturels,
Déclaration des droits de 1793, la déclaration des droits de 1793 ne parle pas de la séparation des pouvoirs, mais de la limitation des fonctions,
Déclaration des droits de 1793, proclame le droit de résistance à l'oppression et le droit d'insurrection,
Déclaration des droits de 1793, le droit à l'insurrection,
Déclaration des droits de 1793, le tyrannicide,
Déclaration des droits girondine, reconnaît le droit de résister à l'oppression,
Déclaration des droits de l'an III, sa différence d'avec la Déclaration de 1789,
Déclaration des droits de l'an III, définit la sûreté,
Déclaration des droits de l'an III, fait de l'égalité un droit qui vient après la liberté,
Déclaration des droits de l'an III, reconnaît le droit de propriété,
Déclaration des droits de l'an III, ne reconnaît pas le droit au travail, à l'assistance, à l'instruction,
Déconcentration, sa différence d'avec la décentralisation,
Délégation, le mot et l'idée doivent être bannis du droit public,
Délégation, la puissance publique ne peut jamais être déléguée par un agent de l'autorité, parce qu'elle n'est pas un droit et que si elle l'était, ce n'est pas lui qui en serait titulaire,
Délégation, la délégation est en réalité une nomination,
Délégation, à aucun point de vue n'a le caractère de mandat,
Délégation, prétendue délégation donnée par les ministres, les préfets, les maires, les conseils généraux,
Délégation, il n'y a point de délégation dans l'acte par lequel une loi ou un règlement donné à un fonctionnaire subordonné des attributions appartenant auparavant à un fonctionnaire supérieur,
Délégation, la délégation dans l'Etat princier,
Demartial, admet une large responsabilité des fonctionnaires;
Démission, d'un fonctionnaire ne produit d'effet que lorsqu'elle est acceptée,
Démission, le fonctionnaire qui abandonne son poste avant que sa démission soit acceptée commet une grave faute disciplinaire,
Démission, on ne peut voir une démission dans un acte de grève quelque illégal qu'il soit,

Démission, le fait de donner des démission de concert, prévu et puni par l'article 126 du code pénal,
Deniers publics, régime spécial auquel ils sont soumis,
Département, division artificielle au moment où elle a été faite, il serait aujourd'hui dangereux de la supprimer,
Département, le Département a un patrimoine propre,
Dépenses obligatoires, au cas de décentralisation par région,
Dépenses obligatoires, au cas de décentralisation par service,
Dépenses obligatoires, les dépenses d'assistance sont des dépenses obligatoires, pour les départements et les communes,
Député, n'est pas fonctionnaire,
Desmeuniers, voit dans la Déclaration des droits une déclaration de principes communs à tous les gouvernements,
Détournement de pouvoir, l'agent, tout en restant dans le domaine administratif, fait l'acte en vue d'un but autre que celui que la loi avait en vue en lui donnant compétence,
Dette, n'exige pas l'existence d'un sujet débiteur,
Dette, implique qu'un prélèvement doit être fait sur des biens affectés à un certain but,
Dette, cela est vrai des dettes individuelles comme des dettes de l'Etat,
Dette, la dette n'atteint jamais que le patrimoine,
Dette, pas de différence entre la dette de l'Etat et la dette privée, au point de vue des actes à la suite desquels elle naît,
Dette, toutes les législations établissent des règles spéciales pour le paiement des dettes de l'Etat,
Dette, nécessité d'une ouverture de crédit,
Dette, liquidation de la dette de l'Etat,
Dette, elle n'a pas le caractère d'un acte juridictionnel,
Dette, la naissance de la dette est en principe antérieure à la liquidation,
Dette, cependant au cas de responsabilité elle ne naît qu'à ce moment,
Dette, ordonnancement des dette de l'Etat,
Dette, le paiement d'une dette ordonnancée sans crédit ne peut pas être répété,
Dette, il entraîne la responsabilité du comptable et de l'ordonnateur,
Dette, aucune dette ne peut être recouvrée contre l'Etat par la voie d'exécution forcée,
Dette, responsabilité du fonctionnaire qui ne fait pas le nécessaire pour le paiement d'une dette de l'Etat,
Dette, toute dette de l'Etat est éteinte au bout de cinq ans,
Directeur, de ministère, agent direct des gouvernements,
Directeur, départementaux des services publics spéciaux,
Discipline, la répression disciplinaire a le même fondement que la répression pénale,
Discipline, mais elle n'est pas encore entièrement juridictionnalisée,
Discipline, la décision disciplinaire reste une décision administrative,
Discipline, des fonctionnaires,
Discipline, l'infraction disciplinaire n'est pas définie par la loi,
Discipline, la peine disciplinaire ne peut consister, excepté pour les militaires, que dans une décision relative à l'exercice de la fonction,
Discipline, la révocation est la plus grave des peines disciplinaires,
Discipline, tendance de la répression disciplinaire à se juridictionnaliser,
Discipline, les peines sont limitativement énumérées;
Discipline, mais les faits constituant la faute disciplinaire ne sont pas prévus et définis par la loi,
Discipline, domaines distincts de la répression disciplinaire et de la répression pénale,
Discipline, des lois récentes appliquent l'amnistie aux infractions disciplinaires,
Discipline, théorie de Bonnard,
Discipline, de Jellinek,
Discipline, d'Hauriou,
Doctrine individualiste, exprimée dans les déclarations des droits,
Doctrine individualiste, l'Etat est limité par les droits individuels et ne peut y apporter de restriction que pour assurer la protection des droits de tous,
Domaine,
Domaine, dans l'ancien régime le domaine royal comprenait l'ensemble des biens dont le roi personnifiant l'Etat était propriétaire,
Domaine, le domaine royal devient le domaine national, moins les droits régaliens,
Domaine, la loi des 22 novembre-1er décembre 1790 emploie dans le même sens les expressions domaine public et domaine national,
Domaine, de même le code civil,
Domaine, l'Etat n'a pas de droit de propriété sur son domaine,
Domaine, diverses catégories de dépendances domaniales,
Domaine, distinction du domaine public et du domaine privé faite postérieurement au code civil par la doctrine et par la jurisprudence et consacrée par divers textes,
Domaine, diverses dépendances du domaine public d'après le mode d'affectation au service public,
Domaine, sens et portée de la règle de l'inaliénabilité du domaine public,
Domaine, parce qu'elles sont affectées à un service public, toutes les dépendances du domaine public sont soustraites au régime normal de la propriété privée,
Domaine, choses qui sont affectées au libre usage du public (grande voirie),
Domaine, chemins de fer,

Domaine, ouvrages militaires,
Domaine, régime des forêts,
Domaine, immeubles bâtis ou non, affectés à un service public,
Domaine, leur domanialité est moins accusée que celle des dépendances précédentes,
Domaine, objets mobiliers faisant partie du domaine public,
Domaine, véritable sens de l'article 538 du code civil,
Domaine, mode d'acquisition du domaine,
Droit. V. Règle de droit.
Droit (Régime de), opposé au régime de police,
Droit (Régime de), la liberté doit, en principe, être soumise à un droit (régime de),
Droit (Régime de), elle peut être exceptionnellement soumise au régime de police,
Dominions anglais, sont-ils des unités fédéralisées ou des circonscriptions centralisées,
Dominions anglais, admettent que les tribunaux peuvent apprécier la constitutionnalité des lois.
Ducrocq, sa doctrine d'après laquelle l'Etat-puissance crée la personnalité juridique de l'Etat patrimonial,
Dufour, enseignait la théorie des actes de gouvernement,
Dupeyroux, soutient à tort que la faute de service est une faute de l'entité service public,
Dupeyroux, emploie l'expression contradictoire en elle-même de faute objective,
Dupont de Nemours, dit que la déclaration des droits est la loi fondamentale,
Duport, rédige le texte qui devient l'article 17 de la Déclaration des droits de 1789,
Egalité, principe d' égalité,
Egalité, d'après la Déclaration de 1789, l'égalité n'est pas un droit, d'après la Déclaration de 1793, elle est le premier des droits,
Egalité, d'après la Déclaration de l'an III, l'égalité est un droit venant après la liberté,
Egalité, la conception de 1789 est la plus exacte,
Egalité, la prépondérance de l'égalité sur la liberté conduit au despotisme,
Egalité, si l'égalité est un droit, elle implique pour l'individu le droit que l'Etat fasse disparaître les inégalités,
Egalité, l'égalité politique,
Egalité, la conception de l'égalité en 1789 ne conduisait pas à l'égalité politique,
Egalité, la conception de 1793 conduisait logiquement à l'égalité politique et à l'égalité économique,
Egalité, les exclusions ne peuvent être fondées que sur le défaut de vertu ou de talent,
Egalité, l'interdiction aux congréganistes d'enseigner (L. 1er juillet 1901, art. 14) est contraire au principe d'égalité,
Egalité, réponse à Esmein,
Egalité, l'égalité et l'impôt progressif,
Egalité, l'égalité et la loi militaire du 1er avril 1923,
Egalité, le conseil d'Etat annule tout acte administratif contraire au principe d'égalité,
Egalité, le principe d'égalité est le fondement de la responsabilité générale de l'Etat,
Election, est juridiquement une nomination,
Election, est l'élément le plus général de la décentralisation par service,
Election, est un acte-condition,
Election, donne naissance à un contentieux objectif,
Employés, distinction des agents publics fonctionnaires et des employés,
Enée Bouloc, dit que c'est un sophisme de parler du droit de grève,
Engagement militaire, n'est pas un contrat,
Engerand, propose de donner le caractère constitutionnel à la Déclaration des droits de 1789,
Enseignement, service public,
Enseignement, devrait être décentralisé,
Enseignement, a reçu déjà une cerrtaine décentralisation, surtout l'enseignement supérieur,
Esmein, prétend que la décentralisation par service conduit à l'anarchie,
Esmein, réponse,
Esmein, a le tort de dire que la nomination est une élection, c'est l'inverse qui est vrai,
Esmein, enseigne justement qu'aucune catégorie de fonctionnaires ne peut former de syndicat,
Esmein, a le droit de refuser même le droit de former des associations professionnelles conformément à la loi de 1901,
Esmein, s'est fait le défenseur attitré des doctrines régaliennes,
Esmein, enseigne à tort que les déclarations des droits n'ont jamais eu de valeur législative,
Esmein, enseigne à tort que seules les garanties des droits avaient force de loi,
Esmein, soutient à tort que l'interdiction d'enseigner prononcée contre les congréganistes (L. 1er juillet, art. 14) n'est pas contraire au principe d'égalité,
Esmein, refuse à tort aux tribunaux le droit d'apprécier la constitutionnalité des lois,
Etablissement public, est un service public patrimonialisé ou personnifié, c'est-à-dire un service auquel sont affectés exclusivement certains biens,
Etablissement public, l'Etablissement public est une fondation,
Etablissement d'utilité publique, sa différence d'avec l'établissement public,
Etablissement d'utilité publique, est en général une fondation,

Etat. V. Puissance publique, Personnalité juridique, Souveraineté, Sujet de droit.
Etat fisc, n'existe pas comme personnalité distincte,
Etat fisc, la conception de l'Etat fisc est aujourd'hui justement et vivement critiquée en France et en Allemagne,
Etat de droit,
Etat de droit, l'Etat est subordonné à une règle de droit supérieure à lui-même qu'il ne crée pas et qu'il ne peut pas violer,
Etat de droit, pour réaliser le droit, il doit être armé de la contrainte,
Etat de droit, sanctions préventives de la règle de droit s'imposant à l'Etat,
Etat de droit, elle se trouve surtout dans une certaine organisation des pouvoirs politiques, renvoi au tome II et au tome IV,
Etat de droit, l'Etat est lié par les décisions de ses juridictions,
Etat de droit, l'Etat ne peut faire certaines lois,
Etat de droit, obligations positives qui s'imposent à l'Etat,
Etat de droit, doit donner à tous gratuitement un minimum d'instruction, l'assistance et leur assurer du travail,
Etat de droit, le fondement de ces obligations apparaît évident dans la conception solidariste,
Etat de droit, la doctrine individualiste est impuissante à leur donner un fondement,
Etat de droit, toutes les règles du droit supérieur s'imposant à l'Etat ne sont pas inscrites dans les déclarations des droits et les constitutions,
Etat de droit, les tribunaux ont le devoir et le pouvoir de refuser d'appliquer une loi contraire au droit supérieur écrit ou non écrit,
Etat de siège, donne au gouvernement des pouvoirs exceptionnels, mais pas celui de modifier ou de suspendre la loi par décret,
Etat de siège, erreur communément répandue,
Etat de siège, elle a amené, pendant la guerre, le gouvernement à porter de nombreux décrets illégaux,
Etats-membres, dans les Etats fédéraux,
Etats-Unis, le fédéralisme s'y est établi par l'adhésion volontaire des colonies anglaises devenues Etats indépendants,
Etats-Unis, le président de la République nomme les fonctionnaires fédéraux avec, dans certains cas, le concours du sénat,
Etats-Unis, les Etats-Unis pratiquent le système des déclarations des droits et des constitutions rigides,
Etats-Unis, déclaration d'indépendance de 1776,
Etats-Unis, déclarations des droits qui se trouvent en tête des constitutions de beaucoup d'Etats,
Etats-Unis, elles formulent, comme la Déclaration des droits de 1789, les principes de la doctrine individualiste,
Etats-Unis, les Etats-Unis appliquent le système des constitutions rigides,
Etats-Unis, influence des idées américaines sur les idées françaises,
Etats-Unis, les Etats-Unis ont toujours reconnu aux tribunaux le pouvoir d'apprécier la constitutionnalité des lois,
Etats-Unis, aucun tribunal, même la cour suprême, ne peut annuler une loi,
Etats-Unis, origine et justification du pouvoir des tribunaux américains,
Etats-Unis, en fait, la cour suprême exerce un certain rôle politique,
Etats-Unis, quelques décisions de la cour suprême,
Examen, condition pour être nommé à certaines fonctions,
Examen, pouvoir du ministre en ce qui concerne les examen,
Examen,recevabilité du recours contre la décision du ministre,
Exception d'illégalité, sanction du principe de légalité,
Exception d'illégalité, est opposable devant tout tribunal,
Exception d'illégalité, est recevable à une époque quelconque,
Exception d'illégalité, elle forme une question préjudicielle au procès judiciaire,
Exception d'illégalité, les tribunaux judiciaires sont cependant compétents pour statuer sur la légalité d'un règlement administratif quelconque,
Excès de pouvoir, c'est toute violation de la loi,
Excès de pouvoir, est une faute de service,
Excès de pouvoir, l'acte entaché d'excès de pouvoir, reste administratif,
Expropriation pour cause d'utilité publique,
Expropriation pour cause d'utilité publique, la loi du 3 mai 1841 a été profondément modifiée par la loi du 3 novembre 1918, qui se rattache à la transformation de la notion de propriété,
Expropriation pour cause d'utilité publique, élargissement de la notion d'utilité publique,
Expropriation pour cause d'utilité publique, pour insalubrité,
Expropriation pour cause d'utilité publique, la loi de 1918 substitue le mot opération au mot travaux,
Expropriation pour cause d'utilité publique, par zone,
Expropriation pour cause d'utilité publique, limitation du pouvoir du jury d'expropriation pour cause d'utilité publique,
Expropriation pour cause d'utilité publique, l'indemnité d'expropriation pour cause d'utilité publique ne doit comprendre que le préjudice actuel,
Expropriation pour cause d'utilité publique, au cas où les travaux publics entraînent la plus-value de l'immeuble voisin,
Expropriation pour cause d'utilité publique, conditionnelle,
Expropriation pour cause d'utilité publique, indirecte,
Expropriation pour cause d'utilité publique, pour les chemins vicinaux,
Expropriation pour cause d'utilité publique, au cas de pose de conducteurs électriques,
Facultés, tout individu réunissant les conditions déterminées par les règlements peut prendre des inscriptions dans les facultés,
Faguet (Emile), dit que les constituants de la Révolution sont propriétaristes parce qu'ils sont libéraux,

Faute disciplinaire, caractérisée par le fait d'un fonctionnaire qui accomplit un acte compromettant sa situation de fonctionnaire,
Faute disciplinaire, le refus individuel ou concerté de remplir la fonction est une faute disciplinaire grave,
Faute personnelle, du fonctionnaire,
Faute personnelle, la faute personnelle des fonctionnaires judiciaires,
Faute personnelle, définition insuffisante qui a été donnée de la faute personnelle,
Faute personnelle, distinction de la faute personnelle détachable et de la faute personnelle incluse,
Faute personnelle, exemple de faute incluse dans le fait du maire ordonnant de sonner les cloches de l'église pour un enterrement civil,
Faute personnelle, du fonctionnaire qui ne se soumet pas à une décision juridictionnelle,
Faute personnelle, cas dans lesquels il y a à la fois faute personnelle et faute de service,
Faute personnelle, jurisprudence du conseil d'Etat,
Faute personnelle, en pareil cas, la victime ne peut toucher qu'une seule indemnité,
Faute personnelle, la charge doit être supportée définitivement par l'Etat et le fonctionnaire en proportion des fautes,
Faute personnelle, cas où il n'y a qu'une faute personnelle du fonctionnaire,
Faute personnelle, question de savoir si l'administration peut être condamnée,
Faute de service, comment elle se distingue de la faute personnelle,
Faute de service, la responsabilité de l'Etat n'est pas uniquement fondée sur la faute de service,
Faute de service, la faute de service n'est pas une faute de l'Etat-personne ni du service public personnifié, mais une faute des agents publics,
Faute de service, la faute de service apparaît avec des caractères différents suivant qu'il s'agit d'un acte juridique ou d'une opération matérielle,
Faute de service, l'excès de pouvoir est une faute de service,
Faute de service, cas dans lesquels il y a à la fois faute de service et faute personnelle du fonctionnaire,
Fédéralisme, se distingue de la décentralisation,
Fédéralisme, inexplicable avec la notion de souveraineté,
Fédéralisme, il implique l'existence sur un même territoire de deux groupes de gouvernants entre lesquels sont réparties les prérogatives du pouvoir, répartition qui ne peut être modifiée que du consentement des deux groupes,
Fédéralisme, la répartition s'est, en fait, accomplie dans des conditions différentes suivant les pays,
Fédération de syndicats de fonctionnaires,
Fédération de syndicats de fonctionnaires, proteste contre la décision du gouvernement déclarant illégaux les syndicats de fonctionnaires,
Ferry (Jules), déclare que l'inamovibilité de la magistrature n'a pas le caractère constitutionnel,
Fisc. V. Etat-fisc.
Fliniaux, ce qu'il dit de la question de la coexistence de la responsabilité de l'Etat et de la responsabilité du fonctionnaire,
Fliniaux, montre bien qu'il y a des cas où il est absolument impossible de déclarer l'Etat responsable d'une faute personnelle du fonctionnaire,
Fliniaux, approuve à tort le projet voté par les chambres sur les garanties de la liberté individuelle,
Fliniaux, veut à tort attribuer compétence aux tribunaux judiciaires pour juger la responsabilité de l'Etat en matière judiciaire,
Fonction publique, n'est ni un droit, ni une chose, mais une situation juridique objective,
Fonction publique, comprend quatre éléments,
Fonction publique, ne constitue pas une situation d'employeur et d'employé,
Fonction publique, peut être toujours modifiée en plus ou en moins par une loi nouvelle,
Fonction publique, erreur des juristes qui y voient une situation contractuelle,
Fonction publique, fausse théorie d'Hauriou,
Fonctionnaires, agents publics participant à un service public d'une manière permanente et normale,
Fonctionnaires, distinction des agents fonctionnaires et des agents employés,
Fonctionnaires, compétence des tribunaux administratifs pour juger les procès entre les fonctionnaires et l'administration,
Fonctionnaires, les fonctionnaires des services publics assimilables à une entreprise industrielle peuvent invoquer la loi de 1898 sur les accidents de travail,
Fonctionnaires, les agents du cadre normal d'un service public sont fonctionnaires quels que soient les actes qu'ils font, actes juridiques ou opérations matérielles,
Fonctionnaires, fausse distinction des fonctionnaires d'autorité et des fonctionnaires de gestion,
Fonctionnaires, elle aboutit à des conséquences inadmissibles, par exemple à reconnaître la légitimité de la grève de presque tous les fonctionnaires,
Fonctionnaires, les agents d'un service public décentralisé ou concédé sont des fonctionnaires,
Fonctionnaires, distinction des fonctionnaires administratifs et des fonctionnaires judiciaires,
Fonctionnaires, ne peut être faite que du point de vue formel,
Fonctionnaires, agents directs des gouvernants,
Fonctionnaires, ils sont dans une situation spéciale,
Fonctionnaires, c'est une erreur de dire qu'ils reçoivent une délégation des gouvernants,
Fonctionnaires, décentralisés,
Fonctionnaires, ils sont placés sous le contrôle des gouvernants et non sous leur autorité,
Fonctionnaires, les fonctionnaires locaux élus ne sont pas nécessairement des fonctionnaires décentralisés,
Fonctionnaires, les fonctionnaires techniques peuvent participer utilement à la direction des services techniques décentralisés,
Fonctionnaires, les fonctionnaires décentralisés doivent être responsables,
Fonctionnaires, projet de création dans chaque service de conseils comprenant des représentants élus du personnel,
Fonctionnaires, le fonctionnaire ne peut pas renoncer par sa seule volonté à sa fonction,
Fonctionnaires, tableau d'avancement pour les fonctionnaires,

Fonctionnaires, statut des fonctionnaires,
Fonctionnaires, portée et sanction de l'article 65 de la loi du 22 avril 1905,
Fonctionnaires, obligations et charges autres que celles de remplir leur fonction,
Fonctionnaires, les fonctionnaires conservent la plénitude de leurs droits civils et de leurs droits politiques,
Fonctionnaires, ils sont frappés de certaines inéligibilités et incompatibilités,
Fonctionnaires, ne peuvent pas faire le commerce,
Fonctionnaires, doivent conserver la plénitude de leur liberté religieuse,
Fonctionnaires, ont la liberté d'association,
Fonctionnaires, peuvent former des associations professionnelles conformément à la loi du 1er juillet 1901, mais point de syndicats sous le régime de la loi du 21 mars 1884,
Fondation, s'explique par l'idée de but,
Fondation, les établissements publics et d'utilité publique sont des Fondation,
Force, est indispensable pour la réalisation du droit,
Forêts de l'Etat, soumises au régime forestier, font partie du domaine public,
Forêts de l'Etat, législation très complexe,
Forfaiture, désigne toute infraction commise par un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions,
Franklin, apporte en France les idées américaines,
Garantie administrative, créée par l'article 75 de la constitution de l'an VIII, supprimée par le décret du 19 septembre 1870,
Garantie des droits, existe dans la plupart de nos constitutions et interdit au législateur de porter atteinte aux droits individuels inscrits dans les déclarations des droits,
Garantie des droits, les garantie des droits ont certainement force législative s'imposant au législateur ordinaire,
Garantie des droits, la garantie des droits existe quand le pays s'est donné une certaine organisation politique,
Garde des sceaux, est, comme tous les ministres, fonctionnaire administratif en principe,
Garde des sceaux, est fonctionnaire judiciaire lorsqu'il met en mouvement la procédure de la revision ou un pourvoi en cassation,
Garde des sceaux, préside le tribunal des conflits,
Garde des sceaux, ne pourrait pas élever le conflit devant un tribunal administratif,
Garraud, admet l'irresponsabilité générale de l'Etat en matière judiciaire,
Garraud, enseigne qu'il n'y a pas rébellion dans le fait de résister par la force à un acte illégal,
Garraud, mais fait une restriction que je n'admets pas,
Gazin, ses critiques de la théorie civiliste du patrimoine,
Geny, sa théorie de la technique,
Gerson, admet la résistance à l'oppression,
Gestion. V. Fonctionnaires de gestion.
Gouvernants, ont sur les fonctionnaires, suivant les cas, le commandement, la surveillance, le contrôle,
Gouvernants, leur pouvoir de contrôle sur les services décentralisé
Gouvernants, dans les grands pays, exercent leur pouvoir directement ou par des agents directs,
Gouvernants, les Gouvernants dans les Etats fédéraux,
Gouvernants, les Gouvernants sont impuissants à diriger les grands services techniques qui doivent être décentralisés,
Gouvernement de la Défense nationale, constitué le 4 septembre 1870,
Gouvernement de la Défense nationale, convoque une assemblée nationale constituante,
Grade, distinction du grade et de l'emploi,
Grades universitaires,
Grades universitaires, abus des collations de grades sans examen,
Grades universitaires, la loi du 18 mars 1880 décide que les grades universitaires ne peuvent être attribués qu'après examen et que tous les candidats sont soumis aux mêmes conditions de scolarité et d'examen,
Grades universitaires, illégalité de tous les décrets ou arrêtés qui accordent des faveurs spéciales à un candidat ou à une catégorie de candidats,
Grades universitaires, pouvoir du ministre en ce qui concerne la collation des grades universitaires,
Grades universitaires, recours contre sa décision,
Grèce, la jurisprudence admet le pouvoir des tribunaux d'apprécier la constitutionnalité des lois,
Grève, il n'y a pas de droit de grève,
Grève, véritable portée de la loi du 25 mai 1864,
Grève, la loi Le Chapelier, le code pénal et la grève,
Grève, au cas de cessation de travail individuelle ou collective, il faut appliquer le droit commun des contrats,
Grève, jurisprudence de la cour de cassation,
Grève, le prétendu droit de grève n'existe pour aucune catégorie de fonctionnaires,
Grève, la grève d'un service public est toujours un fait illicite, sans qu'on puisse distinguer ni les services publics, ni les diverses catégories de fonctionnaires,
Grève, les grève de fonctionnaires en 1909, 1910 et 1920,
Grève, la grève des chemins de fer est illicite,
Grève, légalité des arrêtés de 1910 mobilisant les cheminots,
Grève, arbitrage obligatoire établi par l'article 12 de la loi du 29 octobre 1921,
Grève, la grève des fonctionnaires doit constituer une infraction pénale,

Grève, commentaire des articles 123 et 126 du code pénal,
Grève, la grève des fonctionnaires prévue et punie à l'étranger,
Grève, le projet de 1920 sur le statut des fonctionnaires prévoit et punit la grève des fonctionnaires,
Grève, quelque illégale que soit la grève des fonctionnaires, elle ne permet pas au gouvernement de ne pas appliquer l'article 65 de la loi du 22 avril 1905,
Grève, critique des arrêts du conseil d'Etat qui ont décidé le contraire, ils invoquent, en réalité, la raison d'Etat,
Grève, la grève ne fait pas sortir le fonctionnaire du service,
Grève, la grève générale, moyen révolutionnaire de la doctrine abominable de la lutte des classes,
Guerre de 1914, illégalité de beaucoup de décrets portés par le gouvernement pendant la Guerre de 1914, notamment décrets des 15 août, 10 et 16 septembre 1914,
Guerre de 1914, incohérence des arrêts du conseil d'Etat qui en ont reconnu la légalité,
Guerre de 1914, loi du 26 décembre 1914 (art. 12) reconnaissant le droit à la réparation des dommages causés par la guerre,
Guerre de 1914, influence de la Guerre de 1914 sur la jurisprudence du conseil d'Etat en matière de responsabilité de l'Etat,
Hauriou, dit justement qu'à certaines époques et dans certains pays, il y avait des fonctions obligatoires,
Hauriou, critique la distinction du contentieux par nature et du contentieux par détermination de la loi,
Hauriou, dit que la distinction des actes d'autorité et des actes de gestion ne peut avoir de conséquence que sur la nature interne du contentieux,
Hauriou, me reproche, à tort, de n'avoir pas vu l'importance de la décentralisation,
Hauriou, montre bien le caractère objectif de la situation de fonctionnaire,
Hauriou, que la nomition de fonctionnaire n'est pas un contrat,
Hauriou, sa théorie ingénieuse pour expliquer comment, au cas de grève, le gouvernement peut ne pas appliquer l'article 65 de la loi du 22 avril 1905,
Hauriou, critique de cette théorie,
Hauriou, sa théorie sur le caractère juridique de l'inamovibilité,
Hauriou, critique,
Hauriou, dit justement que la situation du fonctionnaire n'est pas un rapport de droit entre la personne publique et le fonctionnaire,
Hauriou, estime que la conception syndicaliste des fonctions publiques n'est pas révolutionnaire,
Hauriou, paraît comprendre dans le droit disciplinaire tout le droit administratif,
Hauriou, distingue justement la faute lourde et la faute personnelle,
Hauriou, dit justement que, depuis 1872, c'est au tribunal des conflits qu'il appartient de décider si l'acte administratif contient en lui un élément de faute personnelle,
Hauriou, paraît admettre aujourd'hui que l'Etat possède une personnalité à double face qu'il rattache à sa responsabilité,
Hauriou, dit justement que toute la domanialité repose sur l'idée d'affectation d'une chose à l'utilité publique,
Hauriou, a le tort d'employer l'expression de propriété publique,
Hauriou, définit bien la règle de l'inaliénabilité,
Hauriou, mais a le tort de parler de droits réels de nature administrative,
Hauriou, résume bien la jurisprudence en matière de responsabilité pour travaux publics,
Hauriou, soutient, à tort, que la responsabilité de l'Etat est fondée uniquement sur la faute de service public,
Hauriou, paraît admettre que la faute de service est une faute de l'entité service public,
Hauriou, dit à tort que l'excès de pouvoir n'est pas une faute de service,
Hauriou, critique à tort la jurisprudence du conseil d'Etat reconnaissant la responsabilité publique, même quand il n'y a pas faute de service,
Hauriou, annonce une ère de conservatisme,
Hauriou, fait intervenir à tort l'idée de quasi-contrat,
Hauriou, donne une notion beaucoup trop large de la police,
Hauriou, dit que dans la propriété il y a un élément de fonction,
Hauriou, enseigne que les tribunaux peuvent refuser d'appliquer la loi qu'ils jugent inconstitutionnelle au sens large, c'est-à-dire toute loi contraire aux principes fondamentaux de tout Etat,
Hauriou, sa réponse à Esmein,
Hauriou, maintient, à tort, l'expression acte de gouvernement et en donne une définition inadmissible,
Hauriou, sa théorie de la voie de fait,
Helbronner, soutient que les ecclésiastiques ne peuvent pas se présenter aux concours d'agrégation d'enseignement secondaire,
Hennessy (Jean), sa proposition de décentralisation par région,
Henry Michel, soutient à tort que la doctrine individualiste bien comprise doit reconnaître des obligations positives à la charge de l'Etat,
Hiérarchie, n'existe que pour les fonctionnaires centralisés,
Hiérarchie, le supérieur hiérarchique peut annuler pour raison de droit et d'opportunité et peut réformer l'acte du subordonné, mais il ne peut pas se substituer à lui,
Hiérarchie, le recours hiérarchique est tout à fait distinct du recours contentieux,
Hiérarchie, la hiérarchie se distingue du contrôle et de la surveillance,
Hygiène, doit être soumise à un fort régime de police,
Humbert, garde des sceaux, déclare que l'inamovibilité des magistrats n'a pas le caractère constitutionnel,
Impôts, distinction des impôts directs et des impôts indirects au point de vue juridique,
Impôts, la créance de l'impôt direct naît au moment où le rôle nominatif est rendu exécutoire,
Impôts, celle de l'impôt indirect, au moment où est accompli l'acte du redevable qui la conditionne,
Impôts, l'administration se crée un titre exécutoire en délivrant une contrainte,
Impôts, il est tout à fait logique que la compétence en matière d'impôt direct appartienne aux tribunaux administratifs et en matière d'impôt indirects aux tribunaux judiciaires,

Impôts, le conseil d'Etat est cependant compétent pour statuer sur le recours pour excès de pouvoir dirigé contre un règlement touchant les impôts indirects,
Impôts, les impôts doivent peser également sur toutes les classes et ne pas être un instrument d'expropriation et d'égalisation,
Impôts, la progressivité et le principe d'égalité,
Impôts, la loi qui dégrèverait complètement une catégorie de citoyens serait contraire au principe d'égalité,
Impôts, la question de l'impôt progressif à la Convention,
Impôts, la progressivité et les lois fiscales françaises,
Imprescriptibilité, du domaine public,
Imprescriptibilité, consiste essentiellement dans la compétence des agents domaniaux pour réprimer à une époque quelconque les empiétements sur le domaine,
Imprescriptibilité, ne dérive pas de l'article 2226 du code civil,
Imprescriptibilité, des meubles artistiques classés,
Imprescriptibilité, V. Contraventions de grande voirie, Domaine, Inaliénabilité.
Imprimerie nationale, n'est pas un service public,
Inaliénabilité, du domaine public,
Inaliénabilité, n'a point son fondement dans l'édit de Moulins de 1566,
Inaliénabilité, cet édit ignorait la distinction du domaine public et du domaine privé,
Inaliénabilité, le domaine royal devient en 1790 le domaine national qui est aliénable,
Inaliénabilité, la règle de l'inaliénabilité, qui n'est ni dans la loi de 1790 ni dans le code civil, s'est formée sous les mêmes influences que celles qui ont amené au cours du XIX^{e} siècle la distinction du domaine public et du domaine privé et se rattache à la notion de service public,
Inaliénabilité, elle est uniquement relative à la compétence des agents publics,
Inaliénabilité, elle varie dans ses conséquences avec les diverses dépendances du domaine public,
Inaliénabilité, elle n'est ni une incapacité de l'Etat, ni une indisponibilité de la chose,
Inaliénabilité, elle ne se rattache pas à l'article 538 du code civil,
Inaliénabilité, l'inaliénabilité des ouvrages militaires,
Inaliénabilité, de la grande voirie,
Inaliénabilité, des chemins de fer,
Inaliénabilité, des meubles artistiques et classés,
Inamovibilité,
Inamovibilité, n'implique pas que la fonction soit à vie,
Inamovibilité, caractère juridique de l'inamovibilité,
Inamovibilité, est une situation légale,
Inamovibilité, peut être à tout instant supprimée ou modifiée par la loi,
Inamovibilité, est seulement protégée par le recours pour excès de pouvoir,
Inamovibilité, commence seulement au moment de l'installation du fonctionnaire,
Inamovibilité, des magistrats,
Inamovibilité, n'a pas le caractère constitutionnel,
Inamovibilité, n'aurait ce caractère que si l'ordre judiciaire était un pouvoir,
Inamovibilité, aucun texte actuel ne lui donne ce caractère,
Inamovibilité, l'Assemblée nationale de 1871 a refusé de le lui reconnaître,
Inamovibilité, l'inamovibilité des professeurs d'université,
Inamovibilité, des officiers,
Inconstitutionnalité des lois,
Inconstitutionnalité des lois, il n'y a pas lieu de créer une haute-cour de justice pour juger l'Inconstitutionnalité des lois,
Inconstitutionnalité des lois, grave inconvénient du système,
Inconstitutionnalité des lois, expérience faite en France,
Inconstitutionnalité des lois, on doit reconnaître aux tribunaux compétence pour refuser d'appliquer une loi qu'ils jugent inconstitutionnelle,
Inconstitutionnalité des lois, c'est la conséquence du principe de la séparation des pouvoirs,
Inconstitutionnalité des lois, solution toujours admise aux Etats-Unis,
Inconstitutionnalité des lois, jusqu'à ces dernières années, la jurisprudence et la doctrine, en France, avaient le tort de la repousser,
Inconstitutionnalité des lois, heureuse tendance de la doctrine française d'admettre aujourd'hui que les tribunaux peuvent refuser d'appliquer une loi inconstitutionnelle,
Inconstitutionnalité des lois, un tribunal ne peut jamais annuler une loi,
Inconstitutionnalité des lois, décision importante de la cour de cassation de Roumanie,
Inconstitutionnalité des lois, nombreux pays qui reconnaissent aux tribunaux le pouvoir d'apprécier la constitutionnalité de la loi,
Inconstitutionnalité des lois, une loi est inconstitutionnelle toutes les fois qu'elle contient une disposition ou implique une solution contraire à un principe supérieur du droit écrit ou non écrit,
Inconstitutionnalité des lois, théorie d'Hauriou sur ce point,
Individualisme. V. Doctrine individualiste.
Initiative populaire, dans la constitution de 1793,
Installation, du fonctionnaire marque le moment où commence la fonction,
Installation, l'inamovibilité ne commence qu'au moment de l' installation,,
Instituteurs, ont un statut très fortement protégé, mais cependant pas l'inamovibilité,

Instituteurs, ne peuvent faire le commerce,
Instituteurs, ne peuvent former de syndicats,
Instituteurs, le congrès du syndicat national des Instituteurs au Havre, en 1922, a maintenu son adhésion à la C. G. T.,
Instituteurs, recevabilité de l'action formée contre le cardinal Luçon par la fédération des amicales des Instituteurs,
Instruction, l'homme n'a pas le droit de rester ignorant et l'Etat peut lui imposer un minimum d'instruction,
Instruction, droit à l'instruction,
Instruction judiciaire, comprend des actes qui ont le caractère juridictionnel et des actes qui, au point de vue matériel, sont des actes administratifs,
Instruction judiciaire, responsabilité de l'Etat à l'occasion des actes non juridictionnels de l'instruction judiciaire,
Instruction de service,
Insurrection, est légitime contre un gouvernement oppresseur,
Insurrection, le droit à l' insurrection est proclamé par la Déclaration des droits de 1793,
Insurrection, admis par les théologiens catholiques,
Insurrection, par les écrivains protestants de la fin du XVI^{e} siècle,
Insurrection, par Locke et Jurieu,
Insurrection, si le droit à l'insurrection existe théoriquement, il est en fait dépourvu d'efficacité pratique,
Italie, la loi du 4 avril 1912, qui a monopolisé les assurances sur la vie, a violé le droit en refusant expressément toute indemnité,
Italie, un décret de mars 1923 abolit le monopole des assurances sur la vie,
Janet (Paul), a le tort de dire que la pensée de Rousseau oscille sans cesse entre le droit de l'Etat et le droit de l'individu et que la Déclaration des droits de 1789 est tirée du Contrat social,
Jean Petit, fait l'apologie du tyrannicide et spécialement du meurtre du duc d'Orléans,
Jean de Salisbury, admet le tyrannicide,
Jefferson, a rédigé la déclaration d'indépendance américaine,
Jellinek (G.), enseigne que la répression disciplinaire complètement distincte de la répression pénale ne se rattache pas à l'imperium étatique,
Jellinek (G.), que l'Etat possède une personnalité une à double face,
Jellinek (G.), dit à tort que la Déclaration des droits de 1789 est une copie de la déclaration américaine,
Jellinek (G.), que Locke n'admettait pas la limitation juridique de l'Etat,
Jellinek (G.), la théorie du droit de nécessité,
Jèze, montre bien le véritable caractère des fonctionnaires,
Jèze, critique justement les motifs d'une décision du conseil d'Etat,
Jèze, soutient à tort que l'administration est toujours responsable au cas de faute personnelle des fonctionnaires,
Jèze, semble assimiler la faute lourde et la faute personnelle,
Jèze, rattache la notion de domanialité publique à celle de service public,
Jèze, estime que le conseil d'Etat s'achemine à la reconnaissance de la responsabilité de l'Etat même quand il n'y a pas faute,
Jèze, soutient énergiquement que les tribunaux ont le droit d'apprécier la constitutionnalité des lois,
Jèze, critique justement l'arrêt Graty (4 janvier 1918),
Juges de paix, en Angleterre étaient appointés par la couronne,
Juges de paix, recrutement des Juges de paix en France,
Juges de paix, statut des Juges de paix,
Jurés, ne sont pas des fonctionnaires,
Juridictions, doivent être éclairées et indépendantes et pouvoir refuser d'appliquer une loi qui viole un principe écrit ou non écrit de droit supérieur,
Jurie constitutionnaire, proposée par Siéyès, devient le sénat conservateur de la constitution de l'an VIII,
Jurieu, admet la résistance à l'oppression, mais condamne le tyrannicide,
Laband, sa théorie de la fonction publique,
Laband, sa théorie de l'ordre de service,
Laband, admet que les tribunaux allemands peuvent apprécier la constitutionnalité des lois,
Labordère, sa proposition au sénat tendant à modifier l'article 218 du code de justice militaire,
Lafayette, contribue à faire connaître en France les idées américaines,
Lafayette, est le premier qui proposa à l'Assemblée de 1789 de voter une déclaration des droits,
Laferrière, distingue le contentieux administratif par nature et par détermination de la loi, distinction qu'il rattache à celle des actes d'autorité et des actes de gestion,
Laferrière, son livre a marqué une date dans l'histoire du droit public,
Laferrière, se trompe sur la nature du contentieux électoral,
Laferrière, enseignait qu'un intérêt moral ne suffisait pas pour former un recours contre une nomination irrégulière,
Laferrière, donne une définition peu précise de la faute personnelle,
Laferrière, écarte toute responsabilité de l'Etat à l'occasion de la loi,
Laferrière, admet la responsabilité de l'Etat seulement pour les actes de gestion,
Laferrière, dit que l'Etat n'est jamais responsable lorsque le fonctionnaire l'est personnellement,
Laferrière, enseigne très nettement qu'au cas d'usurpation de pouvoir l'acte n'a aucun caractère administratif et entraîne la responsabilité de l'agent devant les tribunaux judiciaires,
Lafon (Paul), son projet d'industrialisation du service des postes,
Lallemand, son rapport sur la réforme administrative,

Lally-Tollendal, voit dans la Déclaration des droits un véritable pacte social,
Lambert, ce qu'il appelle le gouvernement des juges aux Etats-Unis,
Larnaude, repousse justement la distinction des fonctionnaires d'autorité et de gestion,
Larnaude, a le tort de repousser l'assimilation de la réquisition et de l'expropriation,
Larnaude, ce qu'il dit sur la question de la responsabilité de l'Etat et de la liberté individuelle,
Larnaude, président du comité national pour la réparation des dommages de guerre,
Larnaude, estime, à tort, qu'il n'y a pas lieu de donner aux tribunaux français le pouvoir d'apprécier la constitutionnalité des lois,
La Rochefoucault-Liancourt, dans son rapport à l'Assemblée de 1789 paraît reconnaître le droit à l'assistance et au travail,
Le Chapelier, rapporteur de la loi des 14-17 juin 1791 interdisant les associations professionnelles et les coalitions,
Légalité (Principe de),
Légalité (Principe de), il domine tout le droit moderne,
Légalité (Principe de), considéré au point de vue matériel, le Légalité (Principe de) ne comporte aucune exception,
Légalité (Principe de), s'impose à tous les organes de l'Etat, même au parlement,
Légalité (Principe de), le Légalité (Principe de) au point de vue formel,
Légalité (Principe de), de ce point de vue a reçu de nombreuses exceptions sous l'action des besoins pratiques,
Légalité (Principe de), est complété par le principe que l'Etat est lié par les décisions de ses juridictions,
Légalité (Principe de), sanction du Légalité (Principe de),
Légalité (Principe de), en ce qui concerne les actes juridictionnels,
Légalité (Principe de), en ce qui concerne les actes du parlement,
Légalité (Principe de), en ce qui concerne les actes émanés des diverses autorités administratives,
Légalité (Principe de), le Légalité (Principe de) implique la nullité d'un acte fait par une autorité administrative en violation de son propre règlement,
Légalité (Principe de), application du Légalité (Principe de) aux actes subjectifs,
Léon Blum, soutient une théorie inadmissible concernant les contrats administratifs,
Léon Blum, adopte la théorie de Romieu relative aux cas dans lesquels l'administration peut procéder à des actes d'exécution,
Léon XIII, affirme la légitimité de la résistance passive à l'oppression,
Léon XIII, ce qu'il dit de la résistance agressive,
Liberté, sa définition dans la conception individualiste,
Liberté, la liberté est un droit de l'homme, la sûreté, un droit du citoyen,
Liberté, les limitations à la liberté ne peuvent être établies que par la loi et doivent être les mêmes pour tous,
Liberté, la conception solidariste de la liberté,
Liberté, toutes les sociétés modernes et particulièrement la société française évoluent vers la conception solidariste de la liberté,
Liberté, toutes les lois de l'assistance s'y rattachent,
Liberté, place qu'occupe encore la conception individualiste de la liberté,
Liberté, au point de vue négatif, les deux conceptions de la liberté arrivent sur certains points aux mêmes conséquences,
Liberté, dans la conception solidariste de la liberté, l'individu n'a aucun droit, il n'a que des devoirs que ni l'Etat ni les particuliers ne peuvent l'empêcher de remplir,
Liberté, l'individu n'est pas libre de ne pas travailler,
Liberté, différence de cette conception et de la doctrine bolcheviste,
Liberté, l'homme n'est pas libre de faire un travail au-dessus de ses forces,
Liberté, c'est le fondement de toute la législation ouvrière,
Liberté, l'homme n'est pas libre de se livrer à des pratiques susceptibles de compromettre sa santé physique ou morale,
Liberté, l'homme n'a pas le droit de rester ignorant,
Liberté, la conception solidariste de la liberté implique des obligation positives pour l'Etat (droit au travail, à l'assistance, à l'instruction),
Liberté, la liberté doit être soumise, en principe, à un régime de droit, exceptionnellement à un régime de police,
Liberté, lorsqu'elle veut s'exercer sur la voie publique, dans des endroits ouverts au public,
Liberté, et quand le principe répressif ou réparateur serait impuissant à réparer le désordre social,
Liberté d'association, des fonctionnaires,
Liberté d'association, la loi du 7 juillet 1904, interdisant l'enseignement de tout ordre à toute congrégation, viole la liberté d'association,
Liberté individuelle, des fonctionnaires,
Liberté individuelle, des militaires,
Liberté d'opinion, appartient aux fonctionnaires,
Liberté d'opinion, cependant, elle doit être restreinte en ce qui concerne les fonctionnaires agents directs du gouvernement,
Liberté d'opinion, retirée en partie aux magistrats de l'ordre judiciaire par la loi du 30 août 1883,
Liberté d'opinion, retirée aux militaires,
Liberté d'opinion, pour que l'expression d'une opinion par un fonctionnaire ne soit pas une faute disciplinaire, il faut qu'elle ne contienne pas une infraction pénale,
Liberté religieuse, doit être assurée aux fonctionnaires,
Liberté du travail, application au fonctionnaire qui, cependant, ne peut, en principe, faire professionnellement un autre travail que celui de sa fonction,
Liquidation, des dettes de l'Etat,
Liquidation, n'a pas le caractère juridictionnel,
Liquidation, la naissance de la dette peut être antérieure à la liquidation,
Liquidation, au cas de responsabilité, la dette ne naît qu'au moment de la liquidation,

Liquidation, la liquidation peut toujours être critiquée par la voie contentieuse,
Liquidation, la nature du recours varie suivant l'origine de la dette, mais ce n'est jamais le recours pour excès de pouvoir,
Liquidation, de la retraite des fonctionnaires,
Locke, expose la doctrine individualiste telle qu'elle est passée dans la Déclaration des droits de 1789,
Locke, a la notion très nette de la limitation de l'Etat par les droits de l'individu,
Locke, reconnaît le droit de résistance à l'oppression,
Locke, admet que la révolution est légitime dans certains cas,
Loi, disposition par voie générale,
Loi, l'ensemble des loi positives coïncide approximativement avec le droit objectif,
Loi, l'Etat ne peut faire certaines loi et doit faire certaines lois,
Loi, il y a dans certains pays une véritable hiérarchie des lois,
Loi, les lois contraires au droit,
Loi, inconstitutionnelle, expression qui désigne toutes les lois contraires au droit supérieur,
Loi, les lois contraires au droit ne s'imposent pas à l'obéissance,
Loi, les tribunaux doivent avoir le droit de refuser l'application d'une loi contraire au droit,
Lois constitutionnelles rigides, ne peuvent être ni modifiées ni abrogées par la loi ordinaire,
Lois constitutionnelles rigides, c'est un moyen de protéger les sujets contre l'omnipotence de l'Etat,
Lois constitutionnelles rigides, la distinction des lois constitutionnelles rigides et des lois ordinaires est purement formelle,
Lois constitutionnelles rigides, est pratiquée dans presque tous les pays, mais pas en Angleterre,
Lois constitutionnelles rigides, le système des lois constitutionnelles rigides vient compléter le système des déclarations des droits,
Lois constitutionnelles rigides, depuis le XIV^{e} siècle, la France fait la distinction des lois ordinaires et des lois constitutionnelles rigides ou des lois du roi et des lois du royaume,
Lois constitutionnelles rigides, la distinction des lois constitutionnelles rigides et des lois ordinaires en France depuis 1789,
Lois constitutionnelles rigides, la distinction n'est pas faite sous la monarchie de juillet, elle est discutée sous la restauration,
Lois fondamentales V. Lois constitutionnelles rigides.
Lutte des classes, la doctrine qui la prêche est sauvage et abominable,
Magistrature, condition d'entrée dans la magistrature,
Magistrature, inamovibilité de la magistrature,
Magistrature, mise à la retraite des membres de la magistrature,
Magistrature, position de disponibilité,
Magistrature, règles sur l'avancement,
Magistrature, les membres de la magistrature n'ont pas la liberté d'opinion politique,
Magistrature, ne peuvent faire le commerce,
Maire, est fonctionnaire,
Maire, ne peut cependant invoquer l'article 65 de la loi du 22 avril 1905,
Maire, cas dans lesquels le maire a le caractère de fonctionnaire judiciaire,
Maire, peut, en cette qualité, être l'objet d'une mesure disciplinaire de la part de l'autorité administrative,
Maire, le maire est recevable à attaquer par recours pour excès de pouvoir l'acte par lequel le préfet empiète sur sa compétence en matière de police,
Maire, prétendue délégation donnée par le maire,
Maire, le maire est suivant les cas soumis à la surveillance ou au pouvoir hiérarchique du préfet,
Maire, responsabilité personnelle du maire qui ordonne de sonner les cloches de l'église pour un enterrement civil,
Malouet, sa proposition à l'Assemblée de 1789 de soumettre la constitution au peuple est repoussée,
Manufactures, de Sèvres et des Gobelins, ne sont pas des services publics,
Marchés de fournitures, intéressant l'Etat sont de la compétence du conseil d'Etat,
Marchés de fournitures, contradiction de la jurisprudence pour les marchés de fournitures intéressant les départements et les communes,
Mariana, fait une véritable théorie du tyrannicide,
Marraud, ministre de l'Intérieur, projet de réforme administrative,
Martin-Feuillée, garde des sceaux, déclare que l'inamovibilité de la magistrature n'a pas le caractère constitutionnel,
Matter, distingue entre l'exploitation de personne privée et l'exploitation de personne publique,
Mayer (Otto), donne une définition trop large de la police,
Mer, liberté de la mer,
Mer, territoriale,
Mer, haute mer,
Mercier (Le président), son rapport dans l'affaire Pelletier en 1873,
Mestre, parle de la compétence des tribunaux administratifs pour statuer sur la responsabilité de l'administration,
Mestre, critique à tort la jurisprudence du tribunal des conflits au cas de faute incluse.
Mestre, ce qu'il dit de la liquidation des dettes de l'Etat,
Meubles, qui font l'objet d'un service public font partie du domaine public,
Meubles, artistiques classés font partie du domaine public,
Meubles, sont inaliénables et imprescriptibles,

Michoud, accepte la théorie allemande de l'organe,
Michoud, dit cependant que certains fonctionnaires ne sont pas des organes, mais des préposés,
Michoud, difficulté insurmontable en face de laquelle il se trouve,
Michoud, enseigne que l'Etat possède une personnalité une, mais à double face,
Michoud, veut en vain rattacher à cette idée les obligations contractuelles et la responsabilité de l'Etat,
Michoud, admet l'irresponsabilité totale de l'Etat législateur,
Michoud, distingue nettement les actes faits par le gouvernement comme organe politique et ceux qu'il fait comme organe administratif,
Militaires, soldats et officiers sont des fonctionnaires,
Militaires, anciens militaires ont un droit subjectif à certains emplois civils,
Militaires, mariage des militaires,
Militaires, les militaires en activité ne peuvent pas voter,
Militaires, les militaires sont privés de la garantie accordée à la liberté individuelle,
Militaires, sont frappés d'inéligibilité,
Ministres, sont à la fois membres du gouvernement et chefs des services publics se rattachant à leur département,
Ministres, leur responsabilité politique et administrative devant les chambres,
Ministres, la responsabilité civile,
Ministres, consacrée par la loi du 15 mai 1850 et par des lois récentes,
Ministres, la responsabilité des ministres agissant comme fonctionnaires administratifs est soumise au droit commun,
Ministres, prétendue délégation donnée par les ministres aux sous-secrétaires d'Etat,
Ministres, les ministres ont le pouvoir hiérarchique sur les préfets,
Ministre de la justice. V. Garde des sceaux.
Mirabeau, dit que la propriété est une création de la loi,
Montesquieu, donne la notion de la liberté telle qu'elle est passée dans la Déclaration de 1789,
Montesquieu, sa définition des gouvernements despotiques,
Naquet, dit très justement que la réquisition est du même ordre que l'expropriation,
Naquet, que l'indemnité de réquisition doit être la réparation exacte du dommage,
Nécessité. V. Règlement de nécessité.
Nézard, soutient, à tort, à la suite de Berthélemy, que les prétendus fonctionnaires de gestion sont dans une situation contractuelle,
Nézard, critique la condamnation que porte Esmein contre toute association professionnelle de fonctionnaires,
Nomination, de fonctionnaire n'est jamais un contrat,
Nomination, son véritable caractère juridique,
Nomination, ne doit pas être distinguée de l'élection,
Nomination, ne constitue pas une délégation,
Nomination, cette conception s'est maintenue théoriquement en Angleterre,
Nomination, toute nomination ou élection est un acte-condition,
Nomination, peut être attaquée par recours pour excès de pouvoir,
Nomination, peut être unilatérale ou plurilatérale, est aujourd'hui, en général, plurilatérale,
Nomination, quoique plurilatérale, la nomination n'est pas un contrat,
Nomination, erreur de ceux qui prétendent que la nomination des prétendus fonctionnaires de gestion est un contrat,
Nomination, le conseil d'Etat semble arriver à comprendre que la nomination n'est pas un contrat,
Nomination, le fonctionnaire nommé n'est vraiment fonctionnaire qu'au moment de son installation,
Nomination, incertitude de la jurisprudence sur cette question,
Nomination, en principe, toutes les nominations appartiennent au chef de l'Etat,
Nomination, dispositions diverses qui limitent le droit de nomination de l'autorité,
Nomination, toute nomination faite en violation de ces dispositions est nulle,
Nomination, personnes et associations qui sont recevables à former le recours, un simple intérêt moral suffit,
Nomination, la nomination est annulée erga omnes,
Nomination, la nomination faite irrégulièrement à un emploi réservé aux anciens militaires n'est pas opposable aux ayants droit,
Norvège, la jurisprudence admet le pouvoir des tribunaux d'apprécier la constitutionnalité des lois,
Nullité, des actes objectifs,
Nullité, est, en principe, la sanction de la légalité,
Nullité, quand il y a usurpation de pouvoir, il y a inexistence et non pas nullité,
Nullité, la nullité d'un acte objectif est toujours une nullité absolue,
Nullité, elle peut être invoquée par toute personne y ayant un intérêt,
Nullité, elle peut être opposée à une époque quelconque par voie d'exception,
Nullité, des actes subjectifs,
Nullité, ne peut, en principe, être mise en jeu par le recours pour excès de pouvoir,
Nullité, ne peut être invoquée que par les personnes parties à la situation juridique subjective,
Nullité, est une nullité relative,
Nullité, erreur de ceux qui au lieu de distinguer la nullité des actes objectifs et la nullité des actes subjectifs distinguent la nullité des actes unilatéraux et la nullité des actes contractuels,

Nullité, annulation non contentieuse d'un acte illégal,
Nullité, elle n'est pas possible lorsqu'il y a contrat,
Nullité, tendance de la jurisprudence à limiter la durée pendant laquelle l'autorité administrative peut annuler un acte illégal,
Officiers, état des officiers,
Officiers, distinction du grade et de l'emploi,
Officiers, l' officier est inamovible dans son grade,
Officiers, diverses positions dans lesquelles peut se trouver l'officier au point de vue de l'emploi,
Olivier Martin, repousse l'assimilation de la réquisition et de l'expropriation,
Opérations matérielles administratives, soumises au principe de légalité,
Opérations matérielles administratives, les opérations matérielles administratives qui consistent en une exécution sur la personne et sur les biens ne peuvent, en principe, être faites que par des agents judiciaires,
Opérations matérielles administratives, hésitations de la jurisprudence,
Oppression (Résistance à l'-), est, en principe, légitime,
Oppression (Résistance à l'-), ce n'est pas une doctrine anarchiste,
Oppression (Résistance à l'-), proclamée par la Déclaration des droits de 1789 et de 1793,
Oppression (Résistance à l'-), il y a oppression toutes les fois qu'il y a violation du droit,
Oppression (Résistance à l'-), toute loi qui est faite contrairement au droit supérieur est oppressive,
Oppression (Résistance à l'-), tout acte individuel fait contrairement à la loi est oppressif,
Oppression (Résistance à l'-), les théologiens catholiques admettent tous la résistance à l'oppression,
Oppression (Résistance à l'-), ils distinguent la résistance passive, la résistance défensive et la résistance agressive,
Oppression (Résistance à l'-), ils admettent sous certaines réserves le droit à l'insurrection,
Oppression (Résistance à l'-), la résistance passive est certainement légitime,
Oppression (Résistance à l'-), l'individu a certainement le droit de résister par la force à l'acte individuel d'un agent agissant en violation de la loi, il n'y a pas alors rébellion,
Oppression (Résistance à l'-), la résistance agressive est théoriquement légitime,
Oppression (Résistance à l'-), pratiquement, elle présente des dangers ou est sans efficacité,
Ordonnancement, des dettes de l'Etat,
Ordonnancement, doit être fait dans les limites des crédits,
Ordonnancement, l'ordonnancement, sans crédit ou au delà des crédits entraîne responsabilité des ordonnateurs et des comptables,
Ordre administratif. V. Autorité administrative, Séparation de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif, Séparation des pouvoirs.
Ordre judiciaire, n'est pas un pouvoir,
Ordres et instructions de service, ne font pas naître à la charge du fonctionnaire l'obligation juridique de s'y conformer,
Ordres et instructions de service, ne suppriment pas la responsabilité du fonctionnaire subordonné qui les exécute,
Organe, théorie juridique de l'organe,
Ouvrage public, responsabilité de l'Etat,
Ouvrage public, cas où il y a faute,
Ouvrage public, jurisprudence,
Ouvrage public, compétence,
Ouvriers, fonctionnaires, sont dans la même situation que les autres fonctionnaires et ne peuvent pas plus qu'eux faire grève ou se syndiquer,
Ouvriers, le parlement et le gouvernement ont eu le tort de reconnaître la légalité des syndicats de fonctionnaires ouvriers,
Pacte populaire, sous Cromwell,
Pacte populaire, conception puritaine,
Pacte populaire, exprimée très nettement dans le Fondamental Order of Connecticut,
Parquet, ses membres ont toujours le caractère de fonctionnaires judiciaires,
Parquet, sont agents directs des gouvernants, mais indépendants quand ils parlent à l'audience,
Patrimoine, notion générale du patrimoine,
Patrimoine, théorie d'Aubry et Rau,
Patrimoine, la notion civilstique du patrimoine se rattache directement à celle de personnalité juridique,
Patrimoine, ne s'applique pas sans difficulté, même aux personnes individuelles,
Patrimoine, inapplicable aux collectivités,
Patrimoine, notion du patrimoine fondée sur l'affection à un but d'une certaine quantité de richesses,
Patrimoine, de l'Etat se rattache à l'idée de but,
Patrimoine, le droit objectif reconnaît et protège tous les actes conformes au but patrimonial,
Patrimoine, cela implique l'attribution aux agents publics d'une compétence adéquate,
Patrimoine, publics secondaires,
Patrimoine, d'une association,
Patrimoine, fondation,
Patrimonialisation, affectation d'un patrimoine à une région ou à un service,
Paul-Boncour, parle à la chambre sur la grève des cheminots au mois de mai 1920,
Paul-Boncour, croit qu'on marche vers un fédéralisme intégral,

Pays, d'après la constitution allemande de 1919,
Pays, les pays d'après la constitution autrichienne de 1920,
Pelletan, ministre de la marine, reconnaît la légalité des syndicats des ouvriers des arsenaux,
Période législative, il y a à peu près correspondance entre le droit objectif d'un pays et la loi écrite,
Pensions militaires, loi du 31 mars 1919,
Pensions de retraite. V. Retraites.
Permissions de voirie,
Permissions de voirie, sont toujours révocables dans l'intérêt de la domanialité,
Permissions de voirie, une indemnité est due si la révocation a lieu dans l'intérêt d'une dépendance domaniale autre que celle sur laquelle la permission de voirie est accordée,
Permissions de voirie, l'administration ne peut refuser discrétionnairement une permission de voirie,
Permissions de voirie, sur les chemins de fer,
Permissions de voirie, les permissions de voirie ne donnent pas naissance à des droits réels administratifs,
Personnalité juridique, des collectivités n'existe pas,
Personnalité juridique, l'Etat n'a ni la personnalité juridique de puissance publique, ni la personnalité juridique patrimoniale,
Personnalité juridique, critique de cette distinction,
Personnalité juridique, fausse théorie de la personnalité juridique de l'Etat une, mais à double face,
Personnalité juridique, elle conduit à l'omnipotence de l'Etat,
Personnalité juridique, erreur des juristes qui font de la personnalité patrimoniale un procédé technique indispensable,
Personnalité juridique, critique de la théorie qui attribue la personnalité juridique aux régions décentralisées,
Personnalité juridique, aux services publics,
Pétion, dit que l'Assemblée de 1789 est une convention, c'est-à-dire une assemblée qui a le pouvoir de faire et de défaire une constitution,
Pichat, montre bien le vrai caractère du recours pour excès de pouvoir,
Poincaré (Raymond), détermine d'une manière très précise les devoirs des fonctionnaires,
Police (Régime de), s'oppose au régime de droit,
Police (Régime de), la liberté peut exceptionnellement être soumise au Police (Régime de),
Police (Régime de), dans le Police (Régime de), l'autorité limite la liberté préventivement,
Police (Régime de), la liberté doit être soumise au Police (Régime de) toutes les fois qu'elle veut s'exercer sur la voie publique ou dans des endroits ouverts au public,
Police (Régime de), de même quand le système répressif ou réparateur serait impuissant,
Police (Régime de), le Police (Régime de) doit rester un régime légal,
Police (Régime de), notion trop large de la Police (Régime de), donnée par certains auteurs,
Police (Régime de), pouvoir de Police (Régime de) des maires,
Postes et télégraphes, grève de 1909,
Postes et télégraphes, les agents et sous-agents des postes et télégraphes ne peuvent former de syndicat,
Postes et télégraphes, service public qui devrait être décentralisé,
Postes et télégraphes, projet d'industrialisation des postes et télégraphes,
Poudres et salpêtres, service industrialisé,
Pouvoir disciplinaire,
Pouvoir hiérarchique,
Pouvoir réglementaire, exception au principe de légalité formelle,
Préfet, agissant en vertu de l'article 10 du code d'instruction criminelle, a le caractère de fonctionnaire judiciaire,
Préfet, seul compétent pour prendre un arrêté de conflit,
Préfet, le Préfet agent direct du gouvernement pour tous les services publics,
Préfet, a le premier rang honorifique,
Préfet, prétendue délégation donnée par le Préfet,
Préfet, le Préfet est soumis au pouvoir hiérarchique du ministre,
Préfet, suivant les cas, le Préfet exerce sur les maires un pouvoir hiérarchique ou un pouvoir de surveillance,
Préfet, sous certaines conditions peut se substituer à eux,
Préfet, le code pénal interdit expressément au Préfet le commerce des grains et du vin,
Prévet, soutenait que la loi interdisant le blanc de céruse équivalait à une expropriation et devait allouer une indemnité,
Prévoyance sociale, le système de prévoyance sociale doit remplacer le système d'assistance,
Prévoyance sociale, cependant l'idée de prévoyance sociale n'a pas encore pénétré la conscience de la masse,
Prévoyance sociale, échec de la loi de 1910 sur les retraites ouvrières,
Prise à partie, n'est possible que contre les agents permanents de l'ordre judiciaire et non contre les fonctionnaires administratifs ayant accidentellement le caractère judiciaire,
Prise à partie, n'est pas possible contre les magistrats de la cour de cassation,
Prise à partie, seule procédure par laquelle peut être mise en jeu la responsabilité personnelle des magistrats,
Professeurs, des universités nommés sur présentation,
Professeurs, sont véritablement inamovibles,
Professeurs, mise à la retraite des professeurs,

Professeurs, avancement des professeurs,
Professeurs, les professeurs des facultés de droit peuvent être avocats,
Professeurs, les professeurs des facultés de médecine peuvent être médecins pratiquants,
Professeurs, des lycées et collèges ont une certaine inamovibilité,
Professeurs, leur avancement,
Propriété, mode d'acquisition de la propriété,
Propriété, inviolabilité de la propriété,
Propriété, reconnue par les déclarations des droits,
Propriété, cependant l'Assemblée de 1789 nationalise les biens de la noblesse et du clergé,
Propriété, elle n'attribue l'inviolabilité qu'aux propriétés individuelles,
Propriété, elle en fait un droit naturel,
Propriété, transformation de la notion de propriété,
Propriété, l'objection d'après laquelle la propriété n'est pas une fonction puisqu'aucune loi positive n'impose au propriétaire l'obligation de faire valoir ses capitaux tombe depuis certaines lois portées pendant la guerre,
Propriété, lois qui ont limité le droit du propriétaire en matière de location,
Propriété, lois qui en Angleterre et en Allemagne ont établi un impôt sur la plus-value automatique,
Propriété, la notion de propriété-fonction explique beaucoup de décisions des tribunaux en opposition complète avec la notion de propriété droit subjectif,
Propriété, à elle se rattachent les dispositions de la loi française du 6 novembre 1918 sur l'expropriation,
Propriété, seule la conception de la propriété fonction peut donner un fondement à la propriété capitaliste,
Propriété industrielle et littéraire, se rattache à la conception individualiste,
Propriété industrielle et littéraire, ne pourrait pas exister dans une société reposant sur une conception purement socialiste,
Proudhon, sa théorie du domaine,
Pufendorf, sa doctrine du droit n'a rien de commun avec la doctrine individualiste de la Déclaration des droits de 1789,
Puissance publique, n'existe pas comme droit subjectif,
Puissance publique, si elle existait comme droit subjectif, ce serait l'Etat-personne qui en serait titulaire,
Puissance publique, la notion de puissance publique disparaît,
Puritains, sous Cromwell, inspirent le pacte populaire,
Puritains, inspirent les déclararations des droits américaines,
Question préjudicielle, à un procès judiciaire,
Question préjudicielle, à un procès administratif,
Raison d'Etat, danger de toute doctrine juridique qui prétend invoquer la raison d'Etat,
Rébellion, il n'y a pas rébellion dans le fait de résister par la force à un acte illégal,
Recours pour excès de pouvoir, créé par la jurisprudence et reconnu par l'article 9 de la loi du 24 mai 1872; renvoi au tome II,
Recours pour excès de pouvoir, est ouvert à toute personne intéressée, mais seulement contre les actes objectifs émanés des diverses autorités administratives,
Recours pour excès de pouvoir, n'est point recevable contre un acte subjectif,
Recours pour excès de pouvoir, mais est recevable contre l'acte administratif qui conditionne la compétence d'une autorité administrative à l'effet de faire un acte subjectif,
Recours pour excès de pouvoir, question de savoir quelle est la conséquence sur l'acte subjectif de l'annulation de l'acte objectif,
Recours pour excès de pouvoir, le requérant ne prétend pas à un droit, il suffit qu'il ait un intérêt,
Recours pour excès de pouvoir, le recours pour excès de pouvoir contre les nominations et révocations de fonctionnaires,
Recours pour excès de pouvoir, recevabilité du recours pour excès de pouvoir formé par les associations de fonctionnaires,
Recours pour excès de pouvoir, le recours pour excès de pouvoir n'exclut pas l'action en responsabilité, les deux voies de droit sont indépendantes,
Recours pour excès de pouvoir, la décision sur le recours pour excès de pouvoir a une portée générale, renvoi au tome II,
Recours pour excès de pouvoir, le recours pour excès de pouvoir n'est pas recevable contre les actes que fait le gouvernement comme organe politique,
Recrutement des fonctionnaires,
Recrutement abus qui se sont produits avant la guerre,
Recrutement difficulté de faire une loi générale sur le recrutement des fonctionnaires,
Recrutement le recrutement par examen,
Recrutement le recrutement par concours,
Referendum constituant, principe formulé par la Convention,
Referendum constituant, il est déformé en l'an VIII et en l'an X,
Referendum constituant, en 1852,
Referendum constituant, sénatus-consulte du 20 avril 1870 soumis à un referendum,
Région, serait une division administrative aussi artificielle que le département,
Régionalisme, propositions qui s'en inspirent,
Règle de droit, il faut affirmer qu'il existe une règle de droit supérieure à l'Etat et qu'il ne peut pas violer,
Règle de droit, il faut repousser énergiquement les doctrines allemandes qui font du droit une pure création de l'Etat,
Règle de droit, une règle de droit peut exister sans qu'il y ait une sanction directe,
Règle de droit, sanction préventive de la règle de droit s'imposant à l'Etat,
Règle de droit, certaines règles de droit supérieures ne sont inscrites ni dans les déclarations des droits, ni dans les constitutions,

Règlements, les tribunaux judiciaires peuvent les interpréter et en apprécier la légalité,
Règlements, ils peuvent surseoir à statuer jusqu'à ce que le conseil d'Etat se soit prononcé sur la légalité d'un règlement,
Règlements, de police,
Règlements, toute loi qui accorde le pouvoir réglementaire est une restriction au principe de légalité formelle,
Règlements de nécessité, la théorie des règlements de nécessité peut être à l'extrême rigueur invoquée en temps de guerre, mais sous des conditions très étroites,
Règlements de nécessité, si le règlement de nécessité n'est pas soumis à la ratification du parlement à sa première réunion, il est caduc,
Règlements de nécessité, différence entre les actes de gouvernement et les règlements de nécessité,
Règlements de nécessité, les règlements de nécessité seraient une exception au principe de légalité formelle, mais non au principe de légalité matérielle,
Règlements de nécessité, pendant la guerre, le gouvernement a eu une tendance regrettable à invoquer le droit de nécessité,
Règlements de nécessité, il a soumis au parlement les règlements en matière militaire,
Règlements de nécessité, illégalité des règlements sur l'état des fonctionnaires civils,
Règlements de nécessité, sur l'interdiction de l'absinthe et l'ouverture de nouveaux débits de boissons,
Règlements de nécessité, sur le ravitaillement,
Règlements de nécessité, jurisprudence flottante du conseil d'Etat,
Règlements de nécessité, jurisprudence très ferme des tribunaux judiciaires qui ont déclaré ces divers règlements illégaux,
Règlements de nécessité, le gouvernement a enfin demandé des pouvoirs aux chambres,
Répression disciplinaire, tend à se juridictionnaliser,
Répression disciplinaire, domaines distincts de la répression disciplinaire et de la répression pénale,
Répression pénale, sa comparaison avec la répression disciplinaire,
Répression pénale, aboutit à des actes de juridiction objective,
Réquisition, est l'expropriation des meubles ou de l'usage des immeubles,
Réquisition, législation française très complexe,
Réquisition, nombreuses controverses qui se sont élevées sur la nature de la réquisition,
Réquisition, la réquisition est une dépossession de richesse individuelle, l'administration doit donc une indemnité égale à la valeur de la richesse qu'elle prend,
Réquisition, réfutation des doctrines qui soutiennent que la réquisition n'a pas la même nature juridique que l'expropriation,
Réquisition, l'indemnité de réquisition doit être calculée d'après le prix que le réquisitionné aurait réalisé de la richesse réquisitionnée s'il l'avait cédée volontairement,
Réquisition, la question ne s'est posée que devant les charges considérables résultant pour l'Etat du fait de la dernière guerre,
Réquisition, décisions contradictoires des cours et tribunaux,
Réquisition, la cour de cassation décide que le prix courant n'est pas la base nécessaire de l'indemnité,
Réquisition, les tribunaux judiciaires ne sont compétents que pour fixer l'indemnité, les tribunaux administratifs sont seuls compétents pour juger la régularité de la réquisition,
Résistance à l'oppression. V. Oppression.
Responsabilité, en général, distinction de la responsabilité pour faute et de la responsabilité pour risque ou de la responsabilité subjective et de la responsabilité objective,
Responsabilité, il ne faut pas dire que la responsabilité pour risque remplace la responsabilité pour faute, la responsabilité pour risques n'existe que dans les rapports de l'individu avec un élément collectif, dans les rapports de deux individus la responsabilité est toujours pour faute,
Responsabilité, loi du 7 novembre 1922,
Responsabilité de l'Etat, elle est en contradiction avec la notion de souveraineté,
Responsabilité de l'Etat, elle est admise en France dans des conditions plus larges que partout ailleurs,
Responsabilité de l'Etat, la doctrine individualiste ne peut expliquer la responsabilité de l'Etat,
Responsabilité de l'Etat, les constitutions et les lois de l'époque révolutionnaire reconnaissent la responsabilité des agents, jamais celle de l'Etat,
Responsabilité de l'Etat, la reconnaissance par la Déclaration de 1789 de la responsabilité de l'Etat pour expropriation fut la porte ouverte par laquelle s'introduisit dans le droit moderne la responsabilité de l'Etat,
Responsabilité de l'Etat, on en a fait d'abord découler la responsabilité de l'Etat pour expropriation indirecte,
Responsabilité de l'Etat, ensuite la responsabilité de l'Etat pour dommages causés aux propriétés par des travaux publics,
Responsabilité de l'Etat, la responsabilité de l'Etat pour dommages causés aux personnes,
Responsabilité de l'Etat, la responsabilité de l'Etat est toujours une responsabilité pour risque,
Responsabilité de l'Etat, elle repose sur l'idée d'une assurance sociale et sur le principe de l'égalité de tous devant la loi,
Responsabilité de l'Etat, l'étendue de la responsabilité de l'Etat varie suivant les modes de manifestation de l'activité étatique,
Responsabilité de l'Etat, ce qui prouve que la responsabilité de l'Etat n'est jamais une responsabilité de l'Etat pour faute, c'est qu'il arrive parfois que le patrimoine qui doit supporter la réparation n'est pas celui auquel correspond la personnalité qui aurait commis la prétendue faute,
Responsabilité de l'Etat administrateur,
Responsabilité de l'Etat administrateur, d'abord reconnue au cas de dommages aux propriétés par des travaux publics,
Responsabilité de l'Etat administrateur, différence à cet égard entre la situation de l'administration et celle d'un particulier,
Responsabilité de l'Etat administrateur, la contre-partie est l'obligation du particulier de payer une bonification à l'Etat quand il s'enrichit du fait de travaux publics (L. 6 novembre 1918, art. 2 bis et 23),
Responsabilité de l'Etat administrateur, il faut qu'il y ait une dépréciation actuelle de la chose,
Responsabilité de l'Etat administrateur, jurisprudence très ferme,
Responsabilité de l'Etat administrateur, il faut qu'il y ait une relation directe de cause à effet entre les opérations de travaux publics et le dommage,
Responsabilité de l'Etat administrateur, il y a lieu de tenir compte de l'enrichissement du requérant,
Responsabilité de l'Etat administrateur, pour dommages aux personnes par l'exécution de travaux publics,

Responsabilité de l'Etat administrateur, pour dommages causés par l'exploitation d'un ouvrage public,
Responsabilité de l'Etat administrateur, décisions de la jurisprudence,
Responsabilité de l'Etat administrateur, compétence,
Responsabilité de l'Etat administrateur, pour le fonctionnement d'un service public quelconque,
Responsabilité de l'Etat administrateur, pendant longtemps, on n'admit la responsabilité de l'Etat qu'à l'occasion des services publics de gestion et non pour les services publics d'autorité, distinction sans fondement complètement abandonnée,
Responsabilité de l'Etat administrateur, évolution de la jurisprudence du conseil d'Etat qui reconnaît nettement aujourd'hui la responsabilité de l'Etat administrateur pour tout service public, même de police,
Responsabilité de l'Etat administrateur, la responsabilité de l'Etat administrateur au cas d'excès de pouvoir,
Responsabilité de l'Etat administrateur, la responsabilité de l'Etat administrateur pour révocation illégale d'un fonctionnaire,
Responsabilité de l'Etat administrateur, la responsabilité de l'Etat administrateur existe même lorsqu'il n'y a aucune faute de service,
Responsabilité de l'Etat administrateur, évolution de la jurisprudence du conseil d'Etat sur ce point,
Responsabilité de l'Etat administrateur, il semble reconnaître aujourd'hui la responsabilité de l'Etat administrateur même s'il y a cas fortuit,
Responsabilité de l'Etat administrateur, lois françaises qui consacrent la responsabilité de l'Etat administrateur pour risque,
Responsabilité de l'Etat administrateur, irresponsabilité de l'Etat en matière diplomatique,
Responsabilité de l'Etat administrateur, la question de la coexistence de la responsabilité de l'Etat administrateur et de la responsabilité personnelle du fonctionnaire,
Responsabilité de l'Etat administrateur, l'affaire Lemonnier (26 juillet 1918),
Responsabilité de l'Etat administrateur, cas dans lesquels il y a en même temps faute de service et faute personnelle,
Responsabilité de l'Etat administrateur, en pareil cas, la victime ne peut toucher qu'une indemnité,
Responsabilité de l'Etat administrateur, cas où il n'y a certainement qu'une faute personnelle du fonctionnaire,
Responsabilité de l'Etat administrateur, inconvénients de la doctrine admettant en ce cas la responsabilité de l'Etat administrateur,
Responsabilité de l'Etat administrateur, il y a des cas où il est tellement évident que le fonctionnaire s'est placé en dehors du service que certainement l'Etat n'est pas responsable,
Responsabilité de l'Etat administrateur, le principe de la solution se trouve certainement dans la distinction de la faute détachable et de la faute incluse,
Responsabilité de l'Etat administrateur, il n'y a pas de décision du conseil d'Etat fondant la responsabilité de l'Etat administrateur sur une faute personnelle du fonctionnaire,
Responsabilité de l'Etat administrateur, hypothèse dans laquelle la juridiction administrative est appelée à statuer après que la juridiction judiciaire a décidé qu'il y avait faute personnelle,
Responsabilité de l'Etat administrateur, elle peut déclarer l'Etat responsable parce qu'elle n'est pas liée par la décision du tribunal judiciaire,
Responsabilité de l'Etat administrateur, si elle reconnaît alors la responsabilité de l'Etat, elle ne la fonde point sur la reconnaissance de la faute personnelle par le tribunal judiciaire,
Responsabilité de l'Etat administrateur, quand les deux juridictions, administrative et judiciaire, ont reconnu l'une la responsabilité de l'Etat et l'autre la responsabilité personnelle du fonctionnaire, la victime a deux créances, mais ne peut toucher qu'une seule indemnité,
Responsabilité de l'Etat juge, il faut distinguer la question de la responsabilité de l'Etat à l'occasion des actes juridictionnels et la question de la responsabilité de l'Etat à l'occasion des actes non juridictionnels faits par des agents de l'ordre judiciaire,
Responsabilité de l'Etat juge, la responsabilité de l'Etat juge ne peut exister à l'occasion des actes juridictionnels parce qu'elle serait en contradiction avec le principe de l'autorité de la chose jugée,
Responsabilité de l'Etat juge, question de la responsabilité de l'Etat juge au cas d'acquittement,
Responsabilité de l'Etat juge, la responsabilité de l'Etat juge au cas de revision d'un procès pénal,
Responsabilité de l'Etat juge, la responsabilité de l'Etat juge à l'occasion des actes non juridictionnels faits par des agents judiciaires,
Responsabilité de l'Etat juge, il est difficile d'admettre dans ce domaine la responsabilité générale de l'Etat pour risque social,
Responsabilité de l'Etat juge, compétence du conseil d'Etat,
Responsabilité de l'Etat juge,décision contraire,
Responsabilité de l'Etat juge, le projet voté par la chambre et le sénat a le tort de n'admettre la responsabilité de l'Etat qu'au cas de faute personnelle commise par les agents judiciaires,
Responsabilité de l'Etat législateur,
Responsabilité de l'Etat législateur, si la loi est l'expression de la volonté souveraine, la responsabilité de l'Etat législateur ne peut jamais exister,
Responsabilité de l'Etat législateur, le dommage résulte non, à vrai dire, de la loi, mais de son application,
Responsabilité de l'Etat législateur, la question de la responsabilité de l'Etat législateur est double,
Responsabilité de l'Etat législateur, 1re question, le législateur doit-il réserver une indemnité et dans quel cas,
Responsabilité de l'Etat législateur, 2e question, le législateur n'ayant pas réservé l'indemnité dans un cas où il aurait dû le faire, les tribunaux peuvent-ils en accorder une,
Responsabilité de l'Etat législateur, le législateur ne doit pas réserver d'indemnité quand il interdit une activité socialement nocive et partant illicite,
Responsabilité de l'Etat législateur, c'est vrai pour toute activité illicite,
Responsabilité de l'Etat législateur, les lois interdisant l'emploi du blanc de céruse (20 juillet 1909), les biberons à tube (6 avril 1910), l'absinthe (16 mars 1915) ne devaient point réserver d'indemnité,
Responsabilité de l'Etat législateur, le législateur doit réserver une indemnité quand il interdit ou restreint une activité licite pour l'organiser en service public,
Responsabilité de l'Etat législateur, la loi française de 1872 monopolisant les allumettes ajustement réservé une indemnité,
Responsabilité de l'Etat législateur, de même la loi du 14 mars 1904 permettant la suppression des bureaux de placement,
Responsabilité de l'Etat législateur, la loi du 9 mars 1918 sur les loyers à violé le droit en n'accordant une indemnité qu'aux petits bailleurs,

Responsabilité de l'Etat législateur, une loi qui établirait le monopole des assurances ou de la culture des terres devrait réserver une indemnité,
Responsabilité de l'Etat législateur, la loi uruguayenne du 26 décembre 1911 a eu le tort de ne pas réserver une indemnité,
Responsabilité de l'Etat législateur, la loi italienne du 4 avril 1912, qui a monopolisé les assurances sur la vie, a violé le droit en refusant expressément toute indemnité,
Responsabilité de l'Etat législateur, les tribunaux peuvent accorder une indemnité quand la loi n'a rien dit et que l'on se trouve dans un des cas où elle est due,
Responsabilité de l'Etat législateur, cette solution n'est point en contradiction avec celle qui refuse aux tribunaux le pouvoir d'apprécier la constitutionnalité des lois,
Responsabilité de l'Etat législateur, le tribunal pourrait accorder l'indemnité, même si la loi la refusait expressément,
Responsabilité de l'Etat législateur, cette solution suppose, il est vrai, qu'on admette que les tribunaux ont le pouvoir de refuser l'application d'une loi contraire au droit supérieur,
Responsabilité de l'Etat pour dommages de guerre,
Responsabilité de l'Etat pour dommages de guerre, pendant longtemps on a déclaré l'Etat irresponsable pour dommages de guerre,
Responsabilité de l'Etat pour dommages de guerre, la loi du 26 décembre 1914, sous la pression de l'opinion publique, a proclamé le principe de la responsabilité de l'Etat pour dommages de guerre,
Responsabilité de l'Etat pour dommages de guerre, la Convention, par la loi du 14 août 1793, avait reconnu cette responsabilité,
Responsabilité de l'Etat pour dommages de guerre, la loi du 19 vendémiaire an VI avait substitué au droit à la réparation le secours volontaire,
Responsabilité de l'Etat pour dommages de guerre, c'est l'idée qui fut appliquée après les guerres du premier empire et après la guerre de 1870-1871,
Responsabilité de l'Etat pour dommages de guerre, la loi du 17 avril 1919 a mis en oeuvre le principe du droit à réparation proclamé par la loi du 26 décembre 1914,
Responsabilité de l'Etat pour dommages de guerre, elle affirme le principe de la solidarité nationale,
Responsabilité de l'Etat pour dommages de guerre, elle ne s'applique qu'aux dommages directs,
Responsabilité de l'Etat pour dommages de guerre, aux dommages matériels,
Responsabilité de l'Etat pour dommages de guerre, aux dommages certains,
Responsabilité de l'Etat pour dommages de guerre, à tous les dommages résultant du fait de l'ennemi ou des armées nationales,
Responsabilité de l'Etat pour dommages de guerre, la victime ne peut s'adresser qu'à l'Etat français qui a son recours contre la puissance ennemie,
Responsabilité de l'Etat pour dommages de guerre, la question du remploi,
Responsabilité de l'Etat pour dommages de guerre, pour les objets de consommation, le remploi ne pouvait être imposé,
Responsabilité de l'Etat pour dommages de guerre, il devait l'être pour tous les capitaux,
Responsabilité de l'Etat pour dommages de guerre, c'est la conséquence de la conception de la propriété-fonction,
Responsabilité de l'Etat pour dommages de guerre, la loi du 17 avril 1919 s'est à peu près conformée à cette idée,
Responsabilité de l'Etat pour dommages de guerre, l'attribution des deux éléments de l'indemnité, perte subie et frais supplémentaires de reconstruction, est subordonnée à la condition d'effectuer le remploi,
Responsabilité de l'Etat pour dommages de guerre, le législateur a eu le tort d'exiger le remploi en similaire et dans une certaine région,
Responsabilité de l'Etat pour dommages de guerre, la loi crée des tribunaux spéciaux pour statuer sur les dommages de guerre,
Responsabilité de l'Etat pour dommages de guerre, l'action en réparation est prescrite par deux ans,
Responsabilité de l'Etat pour dommages de guerre, loi du 24 juin 1919 et du 28 juillet 1921 sur les dommages aux personnes civiles,
Responsabilité de l'Etat pour dommages de guerre, lois du 19 mars 1919 et du 3 mai 1921 touchant les dommages causés par les établissements travaillant pour la guerre,
Responsabilité de l'Etat pour dommages de guerre, loi du 31 mars 1919 sur les pensions militaires,
Responsabilité des fonctionnaires, administratifs au cas de faute personnelle,
Responsabilité des fonctionnaires, c'est le complément indispensable de la décentralisation par service,
Responsabilité des fonctionnaires, les constitutions et les lois de la Révolution contiennent de nombreux textes relatifs à la responsabilité des fonctionnaires,
Responsabilité des fonctionnaires, la charte de 1830 annonçait une loi relative à la responsabilité des fonctionnaires,
Responsabilité des fonctionnaires, la constitution de 1848 formulait le principe,
Responsabilité des fonctionnaires, aucune loi n'a été faite,
Responsabilité des fonctionnaires, la question de la responsabilité des fonctionnaires est toujours une question de faute,
Responsabilité des fonctionnaires, erreur de ceux qui prétendent que l'Etat est toujours responsable quelle que soit la faute du fonctionnaire,
Responsabilité des fonctionnaires, la responsabilité de l'Etat cesse lorsque le fonctionnaire s'est placé en dehors du service,
Responsabilité des fonctionnaires, il ne faut pas appliquer l'article 1384 du code civil,
Responsabilité des fonctionnaires, distinction de la faute de fonction et de la faute personnelle,
Responsabilité des fonctionnaires, la faute détachable et la faute incluse,
Responsabilité des fonctionnaires, question de la coexistence de la responsabilité de l'Etat et de la responsabilité des fonctionnaires,
Responsabilité des fonctionnaires, du fonctionnaire agissant sur l'ordre de son supérieur,
Responsabilité des fonctionnaires, elle reste intacte,
Responsabilité des fonctionnaires, elle ne peut devenir une faute de service,
Responsabilité des fonctionnaires, décisions diverses de la jurisprudence,
Responsabilité des fonctionnaires, le subordonné militaire est couvert par l'ordre de son supérieur,
Responsabilité des fonctionnaires, compétence en matière de responsabilité des fonctionnaires appartient aux tribunaux judiciaires,
Responsabilité des fonctionnaires, mais ils restent incompétents pour apprécier les actes administratifs (décision Pelletier, 26 juillet 1873),
Responsabilité des fonctionnaires, la doctrine allemande et la responsabilité des fonctionnaires,
Responsabilité des fonctionnaires, des fonctionnaires judiciaires,
Responsabilité des fonctionnaires, il n'est pas exact de dire qu'elle ne peut jamais être mise en jeu que par la procédure de la prise à partie,
Responsabilité des fonctionnaires, des comptables,

Responsabilité des fonctionnaires, des ordonnateurs et spécialement des ministres,
Responsabilité des fonctionnaires, pénale,
Responsabilité des fonctionnaires, toute infraction commise par un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions est une forfaiture,
Retrait, d'un acte illégal,
Retrait, n'est pas possible lorsqu'il y a contrat,
Retrait, tendance de la jurisprudence à limiter le temps pendant lequel peut avoir lieu le retrait d'un acte illégal,
Retrait, cette limitation de durée ne peut s'appliquer au cas où l'acte est un règlement ou un acte-condition,
Retrait, pour les actes subjectifs, il faut distinguer les cas où l'administration est ou non dans une situation active,
Retraite des fonctionnaires,
Retraite des fonctionnaires, est un élément objectif de la situation du fonctionnaire,
Retraite des fonctionnaires, moment où le fonctionnaire devient créancier de sa retraite des fonctionnaires,
Retraite des fonctionnaires, liquidation de la retraite des fonctionnaires,
Retraite des fonctionnaires, la retraite des fonctionnaires peut toujours être modifiée par la loi,
Revision des lois constitutionnelles, en France depuis 1789,
Revision des lois constitutionnelles, de la constitution de 1848,
Revision des lois constitutionnelles, des lois constitutionnelles de 1875,
Revision en matière pénale, peut entraîner la responsabilité de l'Etat (L. 8 juin 1895),
Révocation, contraire à la loi ou à un règlement est nulle,
Révocation, peut entraîner la responsabilité de l'administration
Révocation, la responsabilité est distincte de l'annulation,
Révocation, la révocation même régulière peut entraîner la responsabilité de l'administration, quand elle n'est pas justifiée,
Révocation, le recours pour excès de pouvoir contre une révocation illégale peut être formé par le fonctionnaire révoqué, par toute personne ayant un intérêt moral et par l'association de fonctionnaires,
Révocation, effets de l'annulation de la révocation,
Révocation, pour certains fonctionnaires la révocation est toujours une peine disciplinaire,
Ribot, critique la disposition du projet de loi instituant la responsabilité de l'Etat au cas de faute personnelle d'un magistrat,
Risque social, assuré par l'Etat,
Risque social, fondement de sa responsabilité,
Risque social, le risque social reconnu par les lois du 16 avril 1914, 19 mars 1919,3 mai 1921,
Risque social, le risque social fondement de la responsabilité de l'Etat pour dommages de guerre,
Rivet, commissaire du gouvernement, ses conclusions sur la question du délai pendant lequel l'administration peut annuler ou rapporter un acte illégal,
Robespierre, sa doctrine sur l'impôt,
Robespierre, défend le droit à l'assistance,
Robespierre, doctrine sur la propriété,
Robespierre, s'inspire de J.-J. Rousseau,
Roche (Jules), sa proposition tendant à la création d'une cour suprême chargée de statuer sur les réclamations des citoyens pour la violation de leurs droits et à l'adjonction à la constitution de 1875 d'un article visant les principes de 1789,
Rolland (Louis), montre bien l'élargissement de la notion d'utilité publique,
Rolland (Louis), admet, à tort, l'irresponsabilité générale de l'Etat au cas de police judiciaire,
Rolland (Louis), cependant admet la responsabilité au cas de préjudice anormal,
Rolland (Louis), critique justement le projet voté par le sénat et la chambre sur la garantie de la liberté individuelle,
Rolland (Louis), estime à tort qu'il faudrait attribuer compétence aux tribunaux judiciaires pour statuer sur la responsabilité de l'Etat en matière judiciaire,
Romieu, indique les éléments d'une théorie générale du contentieux administratif,
Romieu, condamne la théorie d'après laquelle les actes d'autorité ne peuvent entraîner la responsabilité de l'Etat,
Romieu, essaie de déterminer les cas où l'administration peut procéder à des actes d'exécution sur la personne et sur les biens,
Romieu, estime que l'annulation d'un acte objectif n'a pas pour conséquence d'annuler ipso facto l'acte subjectif dont il était la condition,
Roumanie, la cour de cassation admet le pouvoir pour les tribunaux d'apprécier la constitutionnalité des lois,
Rousseau (Jean-Jacques), immense retentissement du Contrat social,
Rousseau (Jean-Jacques), est le père du jacobinisme sectaire et affirme la puissance sans limite de l'Etat,
Rousseau (Jean-Jacques), ses idées sur l'égalité sont admises par la Déclaration des droits de 1793,
Rousseau (Jean-Jacques), dit que l'Etat est maître des propriétés individuelles,
Rousseau (Jean-Jacques), ne peut admettre la résistance à l'oppression,
Rouvier, président du conseil, reconnaît la légalité des associations professionnelles de fonctionnaires, conformément à la loi de 1901,
Saint-Thomas d'Aquin, admet la légitimité de la résistance à l'oppression, même par la sédition, mais repousse le tyrannicide,
Saleilles, sa théorie conceptualiste,
Sarrut, procureur général à la cour de cassation, repousse l'assimilation de la réquisition et de l'expropriation,
Sarrut, oublie que la loi française a consacré le droit à la réparation des dommages de guerre,
Scellés. l'apposition des scellés par l'autorité administrative, en dehors des cas où la loi lui donne expressément compétence à cet effet, est une usurpation de pouvoir,
Scellés. jurisprudence hésitante du tribunal des conflits et du conseil d'Etat,
Scellés. celui-ci y voit une usurpation de pouvoir quand les scellés sont apposés sur une usine et un acte administratif régulier, quand-ils sont apposés sur un local congréganiste ou un presbytère,

Scellés. le bris de scellé illégalement apposés n'est pas un délit,
Sédition, contre un gouvernement tyrannique est légitime,
Sédition, la Déclaration des droits de 1793 le proclame,
Sénat conservateur, du consulat et du premier empire, statue sur la constitutionnalité des lois et des actes du pouvoir exécutif et peut modifier la constitution,
Sénat conservateur, le système n'a point donné d'heureux résultats,
Sénat conservateur, le sénat conservateur vote la constitution dite sénatoriale du 6 avril 1814,
Sénat conservateur, le sénat conservateur du second empire,
Sénat conservateur, peut modifier la constitution, mais les modifications à l'une des bases de 1852 doivent être soumises à l'approbation du peuple,
Séparation de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire,
Séparation de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire, ne peut être faite qu'au point de vue formel et ne correspond point à la distinction de la fonction administrative et de la fonction judiciaire,
Séparation de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire, domaine de l'ordre judiciaire,
Séparation de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire, l'agent administratif qui fait un acte rentrant dans le domaine judiciaire commet une usurpation de pouvoir,
Séparation de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire, par exception, les tribunaux judiciaires peuvent interpréter un règlement administratif et en apprécier la légalité,
Séparation de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire, sanction de la séparation de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire,
Séparation de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire, la séparation de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire subsiste malgré le décret du 19 septembre 1870 supprimant la garantie administrative,
Séparation de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire, la séparation de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire en matière de contributions,
Séparation des pouvoirs,
Séparation des pouvoirs, la séparation des pouvoirs, d'après la Déclaration des droits de 1789, est la condition indispensable de la sûretè,
Septennat, le système du septennat repoussé par l'Assemblée nationale, qui vote l'amendement Wallon,
Septennat, loi du septennat (20 novembre 1873),
Service public, les notions de service public et de fonctionnaire sont inséparables,
Service public, assimilable à une entreprise commerciale,
Service public, augmentation du nombre des Service public dans les Etats modernes,
Service public, les nouveaux Service public,
Service public, toute activité devenue objet de Service public se distingue d'une manière fondamentale d'une activité privée,
Service public, technique,
Service public, décentralisé,
Service public, patrimonialisé,
Service public, industrialisé,
Service public, concédé,
Service public, les agents normaux d'un Service public concédé sont des fonctionnaires,
Service public, régional,
Service public, la distinction des Services public d'autorité et des Services public de gestion doit être rejetée,
Seydel, a osé écrire qu'il n'y a de droit que par le Herrscher,
Siéyès, ce qu'il dit des lois constitutionnelles,
Siéyès, proposait la création d'une jurie constitutionnaire,
Solidarité, est le fondement de tout le droit public,
Solidarité, implique l'existence d'obligations pour tous, gouvernants et gouvernés,
Solidarité, conduit à une conception nouvelle de la liberté,
Solidarité, et de la propriété,
Sous-secrétaires d'Etat, ne peuvent recevoir délégation du ministre,
Souveraineté, n'existe pas comme droit, mais seulement comme puissance de fait,
Souveraineté, la souveraineté est inconciliable avec la responsabilité de l'Etat,
Souveraineté, la reconnaissance de la responsabilité de l'Etat est la preuve que la notion de souveraineté disparaît,
Souveraineté, la permanence de l'idée de souveraineté en ce qui concerne la loi entrave la reconnaissance de la responsabilité de l'Etat législateur,
Statut des fonctionnaires, situation protégée par la loi de la fonction,
Statut des fonctionnaires, situation objective,
Statut des fonctionnaires, peut toujours être modifié par une loi nouvelle,
Statut des fonctionnaires, avant tout établie dans l'intérêt du service,
Statut des fonctionnaires, en retour, la loi peut imposer aux fonctionnaires des obligations spéciales,
Statut des fonctionnaires, fonctionnaires qui ont un Statut des fonctionnaires spécialement protégé, magistrats judiciaires, professeurs, officiers,
Statut des fonctionnaires, il n'existe pas encore en France de loi générale sur le statut des fonctionnaires, projet de loi du 1er juin 1920,
Statut des fonctionnaires, de nombreux décrets contenant des dispositions similaires donnent à presque tous les fonctionnaires un Statut des fonctionnaires réglementaire,
Statut des fonctionnaires, loi du 23 octobre 1919, imposant aux villes l'obligation de donner un statut à leurs fonctionnaires,
Statut des fonctionnaires, loi du 1er avril 1920 sur le statut des employés de préfecture et de sous-préfecture,
Statut des fonctionnaires, toute décision contraire au Statut des fonctionnaires d'un fonctionnaire est nulle, ferme jurisprudence du conseil d'Etat,

Statut des fonctionnaires, disposition de l'article 65 de la loi de finances du 22 avril 1905 s'applique à tous les fonctionnaires,
Statut des fonctionnaires, portée de cette décision,
Statut des fonctionnaires, elle ne s'applique pas aux maires,
Statut des fonctionnaires, d'après la jurisprudence du conseil d'Etat, il n'est pas nécessaire que le dossier ait été effectivement communiqué, il suffit que le fonctionnaire ait été mis à même d'en prendre connaissance,
Statut des fonctionnaires, la sanction de la règle est l'annulation,
Statut des fonctionnaires, application de l'article 65 de la loi du 22 avril 1905 au cas de grève des fonctionnaires,
Statut des fonctionnaires, critique des décisions contraires du conseil d'Etat,
Statut des fonctionnaires, illégalité des décrets qui ont suspendu pendant la guerre l'application de l'article 65 de la loi du 22 avril 1905,
Statut des fonctionnaires, incohérence des arrêts du conseil d'Etat qui ont admis la légalité de ces décrets,
Statut des fonctionnaires, négatif des fonctionnaires, imparfaitement déterminé,
Suisse, le fédéralisme s'y est établi par l'adhésion volontaire des cantons,
Suisse, la loi du 24 juin 1910 interdisant l'absinthe a eu le tort d'allouer une indemnité,
Suisse, les tribunaux ont le pouvoir d'apprécier la constitutionnalité des lois cantonales, mais pas celle des lois fédérales,
Sujet de droit, l'individu est sujet de droit,
Sujet de droit, les collectivités ne sont pas sujet de droit,
Sujet de droit, l'Etat n'est pas un sujet de droit,
Sûreté, est l'ensemble des droits naturels de l'homme en tant qu'ils sont socialement garantis,
Sûreté, elle implique le droit d'exiger que les gouvernants créent une organisation politique qui réduise au minimum le danger d'arbitraire,
Sûreté, si malgré les garanties établies le droit est violé, il y a oppression et la résistance est légitime,
Surveillance, implique un pouvoir disciplinaire qui lui donne une sanction,
Surveillance, comment la surveillance se distingue de la hiérarchie et du contrôle,
Syndicalisme, fonctionnariste,
Syndicalisme, se rattache au grand mouvement syndicaliste,
Syndicalisme, son vrai caractère,
Syndicalisme, ne doit être qu'un moyen pour assurer une meilleure gestion des services publics,
Syndicats, associations professionnelles de patrons, ou d'ouvriers, ou mixte, permises par la loi du 21 mars 1884, avant que ne fût consacrée la liberté d'association, ont reçu de la loi de 1920 une capacité étendue, peuvent se former entre individus exerçant des professions libérales et se fédérer,
Syndicats, formation de la confédération générale du travail,
Syndicats, le prétendu droit syndical est un mythe,
Syndicats de fonctionnaires, ont toujours été interdits par la loi du 21 mars 1884 qui ne pouvait s'appliquer à eux,
Syndicats de fonctionnaires, sont implicitement interdits par la loi du 12 mars 1920,
Syndicats de fonctionnaires, on ne doit faire aucune distinction à cet égard entre les fonctionnaires ouvriers et les autres fonctionnaires,
Syndicats de fonctionnaires, erreur du législateur ayant reconnu en 1901 la liberté générale d'association et maintenu la loi de 1884 sur les syndicats,
Syndicats de fonctionnaires, conséquences de cette erreur,
Syndicats de fonctionnaires, par faiblesse ou par ignorance, le gouvernement admet la légalité des syndicats de fonctionnaires ouvriers,
Syndicats de fonctionnaires, le prétendu droit syndical est revendiqué pour permettre la participation des fonctionnaires à la confédération générale du travail, ce qui est inadmissible,
Syndicats de fonctionnaires, le gouvernement a toujours déclaré illégaux les syndicats de fonctionnaires non ouvriers, mais n'a pas tenu la main à leur dissolution,
Syndicats de fonctionnaires, nombreuses décisions de jurisprudence prononçant la dissolution des syndicats de fonctionnaires,
Syndicats de fonctionnaires, la question de la grève des fonctionnaires est tout à fait distincte de celle des syndicats,
Tardieu, commissaire du gouvernement, dit à tort que la grève exclut de plein droit le fonctionnaire de sa fonction,
Tardieu, reconnaît la responsabilité de l'Etat envers les compagnies de chemin de fer à l'occasion du décret du 1er mars 1901,
Tchernoff, dit à tort que la Déclaration des droits de 1789 est tirée du Contrat social de J.-J. Rousseau,
Teissier, commissaire du gouvernement, montre bien que, au cas d'acte illégal, l'action en responsabilité est complètement distincte du recours pour excès de pouvoir,
Teissier, admet la responsabilité de l'Etat à l'occasion d'une loi modifiant un contrat auquel l'Etat était partie,
Teissier, dit qu'au cas de faute personnelle il n'y a place que pour l'action en réparation contre l'agent,
Teissier, enseigne à tort que, sauf le cas de revision, l'Etat n'est jamais responsable à l'occasion des actes de l'autorité judiciaire,
Teissier, admet certaines restrictions à la règle de l'irresponsabilité de l'Etat législateur,
Thomson, ministre de la marine, a refusé très nettement le droit de grève aux ouvriers des arsenaux,
Thouret, rapporteur de la constitution de 1791, dit, en 1791, que la déclaration votée en 1789 a acquis un caractère sacré et religieux,
Thouret, déclare que si la propriété des individus est inviolable celle des collectivités ne l'est pas,
Tirard, estime qu'en principe les actes législatifs ne peuvent pas entraîner la responsabilité de l'Etat,
Traitement des fonctionnaires,
Traitement des fonctionnaires, est un élément objectif de la situation de fonctionnaire,
Traitement des fonctionnaires, moment où le fonctionnaire devient créancier de son Traitement des fonctionnaires,
Traitement des fonctionnaires, le conseil d'Etat reconnaît le caractère objectif du Traitement des fonctionnaires,
Traitement des fonctionnaires, peut à tout moment être modifié par la loi, en plus et en moins,
Traitement des fonctionnaires, peut être suspendu,
Traitement des fonctionnaires, doit être payé rétroactivement au cas de révocation annulée,

Trarieux, garde des sceaux, son projet de 1895 prévoyait et punissait la grève de fonctionnaires,
Travail, droit au travail,
Travail, toute la législation sur le travail est légitime,
Travaux publics, compétence du conseil de préfecture en premier ressort et du conseil d'Etat en appel,
Travaux publics, il y a travaux publics toutes les fois qu'un travail est fait sur un immeuble en vue d'un service public,
Travaux publics, responsabilité de l'administration, à raison des dommages causés par l'exécution de travaux publics, même quand il n'y a aucune atteinte au droit,
Travaux publics, il faut une dépréciation actuelle de la chose,
Travaux publics, il faut un rapport direct de cause à effet entre l'opération de travaux publics et le dommage,
Travaux publics, responsabilité pour dommages causés aux personnes par l'exécution de travaux publics,
Travaux publics, compétence,
Travaux publics, le propriétaire dont l'immeuble acquiert une plus-value provenant de l'exécution de travaux publics doit une indemnité à l'administration (L. 6 novembre 1918, art. 2 *bis* et 23), s'il la refuse, il peut être exproprié,
Tribunal des conflits,
Tribunal des conflits, exerce une juridiction purement objective,
Tribunal des conflits, sa composition,
Tribunal des conflits, sa procédure,
Tribunal des conflits, créé par la constitution de 1848, organisé par la loi du 4 février 1856, supprimé en 1852 et rétabli par la loi du 24 mai 1872,
Tribunal des conflits, rôle du tribunal des conflits au cas de responsabilité des fonctionnaires,
Tribunal des conflits, est seul compétent pour décider s'il y a faute personnelle incluse,
Tribunaux administratifs, distincts de l'administration active,
Tribunaux judiciaires, les membres des tribunaux judiciaires ont toujours le caractère de fonctionnaires judiciaires,
Tribunaux judiciaires, ne peuvent jamais connaître d'un procès dont la solution implique l'appréciation d'un acte administratif,
Tribunaux judiciaires, ne peuvent, en principe, ni interpréter un acte administratif, ni en apprécier la légalité,
Tribunaux judiciaires, exception au cas de règlement,
Tyrannicide, admis par certains théologiens catholiques,
Tyrannicide, la Déclaration des droits de 1793 admet le meurtre de l'usurpateur,
Tyrannicide, le tyrannicide est indéfendable,
Union, nom donné à l'acte plurilatéral qui est une convention, mais pas un contrat,
Union, la nomination de fonctionnaire est une Union,
Université de France,
Usurpation de pouvoir, il y a usurpation de pouvoir quand un agent administratif fait un acte juridique ou un acte matériel en dehors du domaine administratif,
Usurpation de pouvoir, distinction entre l'usurpation de pouvoir d'une part et l'abus de pouvoir et l'excès de pouvoir d'autre part,
Usurpation de pouvoir, la doctrine fait nettement la distinction, mais la jurisprudence du tribunal des conflits et du conseil d'Etat paraît hésitante,
Usurpation de pouvoir, l'usurpation de pouvoir entraîne la responsabilité personnelle de l'agent,
Uruguay, loi du 24 décembre 1911, monopolisant les assurances, a eu le tort de ne pas réserver l'indemnité,
Utilité publique, élargissement de la notion d'utilité publique,
Utilité publique, loi du 6 novembre 1918,
Utilité publique, elle substitue le mot opération au mot travaux,
Ventavon (De), rapporteur de la loi du 25 février 1875, reconnaît qu'elle a le caractère constitutionnel,
Vereinbarung. V. Union.
Villey (Edmond), est le seul auteur qui ait contesté la responsabilité de l'Etat à l'occasion des dommages de guerre,
Viviani, garde des sceaux, dépose un projet de loi tendant à donner aux tribunaux judiciaires la connaissance des marchés de fournitures et des marchés de travaux publics,
Viviani, ce qu'il dit sur le rôle social du propriétaire,
Viviani, ministre du travail, a soutenu justement que la loi interdisant le blanc de céruse ne devait pas réserver d'indemnité,
Vivien, soutenait à tort que dans certains cas le gouvernement pouvait faire des actes illégaux échappant à tout recours,
Voie de fait. V. Usurpation de pouvoir.
Voirie (Grande),
Voirie (Grande), comprend le rivage de la mer, les rivières navigables, les routes nationales et les canaux,
Voirie (Grande), est objet de service public,
Voirie (Grande), tout le régime juridique auquel elle est soumise dérive de là,
Voirie (Grande), inaliénabilité et imprescriptibilité de la voirie (Grande),
Voirie (Grande), compétence des agents en matière de voirie (Grande),
Voirie (Grande), il n'existe pas à vrai dire de droits de servitude au profit des riverains de la voirie (Grande),
Volonté, quelle qu'elle soit, publique ou privée, n'est jamais la cause créatrice d'une situation de droit,
Wallon, son amendement voté par l'Assemblée nationale en 1875 consacre la république,
White, chief of justice, son opinion sur la constitutionnalité de la loi américaine du 18 mai 1917 établissant l'obligation du service militaire,

FIN DE LA TABLE ANALYTIQUE