

A-803

BIBLIOTHÈQUE DE DROIT PUBLIC

sous la direction de

MARCEL WALINE

Professeur à la Faculté de Droit et des Sciences Économiques de Paris

TOME XVII

LE POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE

PAR

JEAN-CLAUDE VENEZIA

Docteur en Droit

Diplômé de l'Institut d'Études Politiques d'Alger

Lauréat des Facultés de Droit d'Alger et de Paris

Attaché au Centre National de la Recherche Scientifique

Préface de

JEAN RIVERO

Professeur à la Faculté de Droit de Paris

Ouvrage honoré d'une subvention
du Ministère de l'Éducation Nationale

FD
312
81
VE

P A R I S

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

R. PICHON & R. DURAND-AUZIAS

12, Rue Soufflot, 12

1959

RECEVU
BIBLIOTHÈQUE DE DROIT PUBLIC
M. LA SALLE
C. 1000
G. 1000

P R E F A C E

La bibliographie du droit administratif révèle, selon les problèmes, de frappantes disproportions : les uns, terres abandonnées, voient passer de loin en loin quelques explorateurs isolés; d'autres, par la densité et la continuité des travaux qu'ils inspirent, évoquent les grandes routes au long desquelles le flot des automobilistes ne s'interrompt pas, abandonnant aux promeneurs solitaires tant de petits chemins propices, pourtant, aux découvertes. La question du pouvoir discrétionnaire est une de ces routes à grande circulation doctrinale. Pour s'y engager, il faut quelque courage; après tant d'autres — et des maîtres —, ne s'y trouve-t-on pas condamné au « tout est dit et l'on vient trop tard » qui semble émaner de tant d'ouvrages accumulés? L'auteur de ce livre ne l'a pas pensé; et l'on comprend la séduction que peut exercer, sur un jeune juriste, ces problèmes tant débattus : les thèses s'y affrontent, les controverses s'y succèdent. chacune des grandes doctrines y vient proposer sa réponse; pour qui aime le jeu des idées, il n'est pas d'air plus excitant.

Sans doute un esprit que l'âge incline à quelque scepticisme pourrait-il objecter que l'accumulation même des réponses successives, que tant de constructions fondées sur la réfutation de la construction précédente — vouées elles-mêmes à la réfutation —, découragent de construire à nouveau; quel espoir que la réponse fournie soit enfin, après tant d'autres, la vraie, celle qui mettra le point final à la recherche? L'auteur n'a point cédé à ce défaitisme, et il a bien fait, pour trois raisons.

D'abord, parce qu'une telle attitude conduirait très vite au refus de toute systématisation, c'est-à-dire à la mort de la pensée juridique, au seul profit d'un empirisme que l'on persiste à penser — s'il est permis de prendre le contre-pied d'une formule fameuse — essentiellement désorganisateur.

Ensuite, parce que la recherche, en de tels domaines, impose à qui s'y hasarde une particulière rigueur méthodologique. A se confronter avec des constructions solides, à tenter d'en déceler les failles, à essayer de construire, à partir notamment des solutions

jurisprudentielles, une nouvelle synthèse plus cohérente, l'esprit juridique s'affirme et s'affine. Il n'est pas de meilleure discipline pour lui que cette confrontation avec les grands thèmes : qui en triomphe en sort mûri et confirmé. Tout au long de ces pages, on a plaisir à suivre le sérieux et la cohérence de la démarche, la finesse de l'analyse, la vigueur dialectique; et aussi un trait assez rare pour qu'on le relève : en face de ses prédécesseurs, l'auteur ne s'abandonne pas à la critique systématique; respectueux de l'œuvre accomplie par eux, il ne cède pas au jeu facile de la réfutation à tout prix; il recherche et retient tout ce qui lui paraît juste, quitte, lorsqu'il croit, en conscience, déceler un défaut dans le raisonnement, à le dire sans ombre d'agressivité. Ainsi évite-t-il l'écueil de la jactance et de la présomption, contre lequel vient trop souvent buter celui qui entend « repenser un problème » : tout, dans ces pages, respire le sérieux, la modestie qui n'en est guère séparable, et la probité de l'esprit.

Une troisième raison, enfin, justifie le choix de l'auteur : c'est que, sur le problème, il apporte, malgré tout, des éléments nouveaux. Et c'est, bien entendu, à partir de cet apport qu'on engagera, avec lui, la discussion, comme il l'a engagée avec ses prédécesseurs.

Dans le pouvoir discrétionnaire, il se refuse à voir le simple résultat de « l'indétermination de la réglementation juridique »; non point notion négative, mais « réalité objective » contre laquelle viennent se briser les investigations du juge administratif, et qui tient à l'essence même de l'administration, qui est d'être « une entreprise organisée en une institution ».

Risquera-t-on quelques objections? La première tient à l'histoire; celle du pouvoir discrétionnaire, il est superflu de le rappeler, montre une continuelle restriction par l'action du juge; comment expliquer ce mouvement, si le pouvoir discrétionnaire est vraiment une réalité objective s'imposant au juge?

Faut-il admettre que le travail d'érosion auquel il s'est livré n'a pas porté sur le « vrai pouvoir discrétionnaire », que ce lent décapage a trouvé son terme au moment où il a mis à nu, enfin, la « réalité objective » qui, désormais, s'impose à lui, rendant impossible toute restriction nouvelle? Solution difficilement acceptable; attribuer une nature différente au discrétionnaire d'hier, qui ne l'est plus aujourd'hui, et au discrétionnaire d'aujourd'hui qui serait le discrétionnaire « en soi », paraît arbitraire; de plus, déclarer clos un processus évolutif, c'est s'exposer au démenti de l'avenir; que demain le juge administratif étende son contrôle à tel domaine considéré comme discrétionnaire, ou qu'à l'inverse — ce qu'à Dieu ne plaise! — il réduise le champ de ses investigations, et la construction se trouvera en défaut; or, qui peut prévoir avec certitude les lendemains jurisprudentiels?

Une seconde objection — que l'on hésite à formuler, car l'auteur, qui a bien voulu se souvenir de travaux anciens, risque d'y

voir une sorte de reniement — concerne le recours à la notion d'entreprise; non qu'on la juge sans valeur; mais faute d'une élaboration suffisante, elle demeure encore entachée d'un certain verbalisme et l'on craint qu'elle ne fournisse, à la construction juridique, qu'un fondement imprécis.

Ces réserves, qui ont leur importance, laissent pourtant intact l'essentiel; il y a, dans la thèse de M. Venezia, une vue fondamentale exacte : la nature de l'action administrative — et de toute action humaine — exclut la possibilité d'une imitation totale par la règle et par le juge; l'existence d'un pouvoir discrétionnaire est donc bien une réalité objective, et il serait vain d'imaginer un processus au terme duquel l'administration se trouverait soumise au contrôle juridictionnel pour l'intégralité de son action; or la présentation classique du pouvoir discrétionnaire, l'accent mis sur son caractère « résiduel », et négatif, autorisent cette illusion, et méconnaissent le caractère nécessaire du phénomène, que M. Venezia a le mérite de remettre en pleine lumière. Seulement, la mesure de cette nécessité est essentiellement mouvante selon les temps, et variable selon les matières; et le juge est, finalement, maître de la fixer. C'est pourquoi il n'y a pas de contradiction entre la définition critiquée par l'auteur, qui voit dans le pouvoir discrétionnaire le résultat de « l'indétermination de la réglementation juridique » et sa propre affirmation touchant la réalité objective d'un tel pouvoir : les deux sont exactes, mais chacune à leur plan; la seconde s'attache au principe même du pouvoir discrétionnaire, l'autre à sa mesure : à tout moment, il est ce que le juge veut qu'il soit, étant entendu que le juge ne peut vouloir qu'il ne soit plus.

Le rôle central du juge, l'auteur, excellent exégète de la jurisprudence du Conseil d'Etat, ne le minimise d'ailleurs nullement. Et la comparaison de cette jurisprudence avec l'attitude adoptée par la Haute Cour d'Angleterre à l'égard de l'administration achèverait, si c'était nécessaire, de souligner ce que la délimitation du pouvoir discrétionnaire doit, quelle que soit la règle écrite, à l'audace du juge, ou à sa timidité. Cette constatation faite, la question, si controversée, de la nature du contrôle exercé par le juge sur le pouvoir discrétionnaire n'apparaît guère que comme une question d'école; la réponse qu'on lui donne dépend, dans une large mesure, de la façon dont on la pose; si l'on admet au départ que le juge ne saurait agir que sur la base du droit, la notion de contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire est un non-sens : l'intervention du juge suffit à ôter, à l'exercice d'un pouvoir, son caractère discrétionnaire pour l'intégrer au domaine de la légalité. Si l'on s'attache, au contraire, aux caractères concrets que revêt cette intervention, peut-être sera-t-on conduit à penser que, dans nombre de cas, le juge, dans l'appréciation à laquelle il se livre, n'est lié par aucune norme, et n'en prend aucune; le problème qu'il résout est exactement le même que celui qui se posait

à l'administration; s'il sanctionne la décision prise par celle-ci, c'est que l'appréciation des circonstances à laquelle il se livre, comme elle et après elle, le conduit à une conclusion inverse; il y a deux appréciations successives, mais de même nature, et c'est la qualité du juge, non la nature de l'opération à laquelle il procède, qui attache à son appréciation force de vérité légale. Statuer sur le caractère monumental de la Place Beauvau, c'est porter une appréciation subjective, purement discrétionnaire; et la décision prise sur ce point par le juge ne permet pas de dégager une norme, un prototype de la « perspective monumentale » auquel l'administration pourrait se référer plus tard à propos d'autres ensembles. On peut penser que, dans ce cas, il y a bien contrôle par le juge d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire, et qui demeure tel en dépit de ce contrôle.

On s'attarderait longuement à discuter avec l'auteur de toutes les perspectives qu'il ouvre, de toutes les questions qu'il évoque; même là où il ne convainc pas totalement, il force l'attention, il éveille l'intérêt, il appelle le dialogue. S'il n'a pas, sur le problème du pouvoir discrétionnaire, prononcé le dernier mot, c'est que ce dernier mot, sans doute, ne sera jamais prononcé tant qu'il y aura des juristes doués d'esprit critique, et formés au goût des grands thèmes qui dominent l'univers du droit. Mais nul, désormais, ne pourra aborder celui qu'il a choisi sans se référer, pour s'en inspirer ou le discuter, à l'ouvrage qu'on est heureux de présenter au lecteur.

JEAN RIVERO,

Professeur à la Faculté de Droit
de Paris.

FONDS GEORGES DUPUIS

AVANT-PROPOS

Né de l'instauration d'un contrôle juridictionnel sur l'action de l'administration, le « problème du pouvoir discrétionnaire » s'est posé avec d'autant plus d'acuité que ce contrôle prenait plus d'ampleur.

Sans doute, dès avant que le juge exerçât sur elle un contrôle, l'administration disposait-elle d'un « pouvoir discrétionnaire », c'est-à-dire de la « faculté de porter librement certaines appréciations », et l'institution d'une juridiction administrative n'a pu de ce point de vue que préciser les contours d'une « réalité » préexistante.

[Mais il reste que l'établissement d'un contrôle juridictionnel a eu pour résultat de transposer le « pouvoir discrétionnaire » à un plan différent de celui auquel il se situait antérieurement.]

Désireux d'expliquer la persistance face à un contrôle à vocation générale d'îlots de résistance à ce contrôle, les juristes ont cherché l'explication de ce phénomène dans une « théorie du pouvoir discrétionnaire de l'administration » qui, de simple réalité administrative qu'il était, s'est peu à peu transformé en « notion doctrinale ».

L'apparition de la « notion de pouvoir discrétionnaire » s'est opérée insensiblement, au rythme du développement du contrôle juridictionnel.

Au XIX^e siècle, en effet, la timidité du contrôle juridictionnel permet encore à la doctrine d'imputer l'existence du pouvoir discrétionnaire aux insuffisances de ce contrôle.

Assignant à la compétence du juge administratif un domaine peu étendu, les auteurs ont la faculté de considérer que le pouvoir discrétionnaire est, simplement, ce qui s'étend au-delà des bornes de cette compétence. Alors, le pouvoir discrétionnaire s'analyse essentiellement en une « incompétence du juge ». Rien, d'un point de vue logique, n'interdit de penser qu'à une extension de cette compétence correspondrait une restriction, voire même une disparition du pouvoir discrétionnaire.

En bref, le problème qui se pose à ce stade de l'évolution jurisprudentielle est moins celui de savoir pourquoi le juge s'incline devant le pouvoir discrétionnaire de l'administration que celui de savoir pourquoi la compétence du juge administratif n'est pas plus étendue.

L'extension de cette compétence va contraindre la doctrine à réviser périodiquement sa conception du pouvoir discrétionnaire jusqu'au jour où la technique du contrôle juridictionnel des éléments de l'acte administratif ne paraissant plus susceptible d'aucun progrès et le Conseil d'Etat s'obstinant cependant à répéter inlassablement que certaines appréciations ne sont pas « de nature à être discutées devant lui », le problème du pouvoir discrétionnaire se posera enfin dans toute son ampleur.

La doctrine du XIX^e siècle crut, tout d'abord, pouvoir expliquer le phénomène du pouvoir discrétionnaire par le fait que certains actes étaient en bloc soustraits à l'examen contentieux. L'idée dominante, c'était qu'il y avait des « actes discrétionnaires » qui échappaient rigoureusement à l'emprise du contentieux et qui, comme tels, ne pouvaient se voir arguer devant le juge de l'excès de pouvoir d'aucune variété d'illégalité.

Il ne nous appartient pas de rechercher ici si la théorie des actes discrétionnaires s'accordait ou non à la jurisprudence du Conseil d'Etat. Toujours est-il qu'il apparut assez rapidement qu'aucun acte administratif n'échappait aux griefs d'incompétence et de vice de forme, bientôt de détournement de pouvoir, plus tard de violation de la loi.

Le pouvoir discrétionnaire ne pouvant plus s'analyser en une « immunité juridictionnelle de certains actes administratifs », la doctrine l'analysa en une « immunité juridictionnelle de certains éléments de l'acte administratif »; d'une manière plus précise en une immunité juridictionnelle de ses motifs sur lesquels, en effet, le Conseil d'Etat se refusait à exercer sa censure.

Un ultime progrès de la technique du contrôle juridictionnel qui s'étendit dès le début du XX^e siècle aux motifs de l'acte allait, une fois de plus, contraindre la doctrine à réviser ses conceptions :

Le pouvoir discrétionnaire ne peut plus s'expliquer par les insuffisances d'un contrôle dont il est aisé de constater qu'il s'exerce parfois avec une très grande hardiesse. La doctrine doit, désormais, aborder le problème de front. Aussi bien, les études consacrées au pouvoir discrétionnaire se multiplient-elles à partir de cette époque. C'est à ce stade que nous prendrons le problème pour la raison que voici :

A supposer qu'elle ait, au moment de son élaboration, donné une interprétation satisfaisante de la réalité jurisprudentielle, il est pour une théorie juridique deux façons bien différentes de se trouver en désaccord avec la jurisprudence.

Une théorie juridique peut, d'abord, être « dépassée » par une évolution jurisprudentielle que rien ne laissait prévoir. Dans ce

cas, on ne peut dire que cette théorie soit fautive. Il n'est point permis de la critiquer en se fondant sur la jurisprudence nouvelle. Devenue simplement inactuelle, elle relève désormais de l'histoire du droit administratif.

Mais une théorie juridique peut aussi être « infirmée » par les manifestations nouvelles d'une jurisprudence qui ne fait que développer un certain nombre d'éléments que la jurisprudence antérieure contenait en germe. On peut dire, dans ce cas, que cette théorie est fautive. On doit la remplacer par une théorie plus compréhensive susceptible de rendre compte de l'ensemble du donné jurisprudentiel.

Or, dès l'instant où le contrôle juridictionnel était parvenu à son complet développement, les théories relatives au pouvoir discrétionnaire ne pouvaient plus être « dépassées » par le mouvement jurisprudentiel. Elles étaient désormais condamnées à être justes ou fautes. D'un même mouvement elles s'inséraient dans l'actualité et donnaient prise à la critique.

Les théories que l'on proposa furent nombreuses. Nous les avons toutes examinées avec attention.

Une théorie satisfaisante du pouvoir discrétionnaire devant rendre compte de la distinction opérée par le juge entre ce qui relève de son contrôle et ce qui ressortit au pouvoir discrétionnaire de l'administration, il nous fallait confronter les explications proposées par la doctrine avec la jurisprudence du Conseil d'Etat.

Mais cette confrontation ne pouvait intervenir qu'une fois défini le domaine du pouvoir discrétionnaire dans l'acte administratif. Il est indispensable, en effet, pour identifier les cas dans lesquels le juge administratif laisse subsister un pouvoir discrétionnaire au bénéfice de l'administration, de déterminer ce qui, dans l'acte administratif, peut être matière à libre appréciation.

Ce n'est donc qu'après avoir étudié le pouvoir discrétionnaire dans l'acte administratif que, passant du particulier au général, nous avons pu délimiter le domaine du pouvoir discrétionnaire dans l'action de l'administration et confronter les explications proposées par la doctrine avec les résultats de l'analyse jurisprudentielle.

Aucune des explications avancées par les auteurs ne nous a paru rendre de la jurisprudence du Conseil d'Etat un compte satisfaisant. Nous nous sommes alors demandé si les théories relatives au pouvoir discrétionnaire n'étaient pas entachées d'un vice commun d'autant plus difficile à déceler qu'il affectait leurs fondements mêmes et nous nous sommes aperçu que toutes ces théories, aussi éloignées fussent-elles les unes des autres, présentaient un trait commun : toutes procédant de la même conception globale du pouvoir discrétionnaire, le présentaient simplement comme le résultat de l'indétermination de la réglementation juridique.

Le diagnostic appelait le remède : il fallait renoncer à cette conception, lui en substituer une autre; c'est ce que nous avons

tenté de faire. Nous avons alors constaté que l'incohérence de la jurisprudence du Conseil d'Etat que l'on ne pouvait manquer de relever pour peu que l'on s'en tint à l'une quelconque des explications proposées par les auteurs, se dissipait sitôt que l'on renonçait à contempler cette jurisprudence à travers le prisme déformant de la conception classique et se révélait, tout au contraire, susceptible de fournir les éléments d'une construction cohérente.

C'est dire que, dans le débat qui a récemment divisé les esprits, nous avons rejoint le parti de ceux que l'on a baptisés du nom barbare de « faiseurs de systèmes » et qu'Alain, car la querelle ne date pas d'hier, appelait plus poétiquement « les marchands de sommeil ». Mais on nous fera la grâce de croire que ce parti, nous ne l'avions pas pris d'avance et que seule une étude attentive des données du droit positif nous y a conduit.

Nous avons, en effet, tenu à mener notre étude au plus près des solutions jurisprudentielles. Ce n'est pas par la voie royale de la théorie pure que nous avons abordé le problème du pouvoir discrétionnaire, elle aurait d'ailleurs passé la mesure de nos moyens, mais par le sentier plus modeste du contentieux administratif.

L'essai d'une théorie du pouvoir discrétionnaire de l'administration que nous avons tenté, se situe au plan des réalités administratives et jurisprudentielles et ce n'est que dans la dernière partie de notre travail que, passant du concret à l'abstrait, nous avons cru pouvoir aborder l'étude d'un certain nombre de problèmes d'allure plus théorique que pose le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique.

Notre étude se compose donc de trois parties :

- nous avons étudié dans une première partie : « Le pouvoir discrétionnaire dans l'acte administratif » ;
- élargissant le champ de nos investigations, mais sans quitter pour autant le plan des réalités administratives et jurisprudentielles, nous avons procédé, dans une deuxième partie consacrée à l'étude du « pouvoir discrétionnaire dans l'action de l'administration », à une critique de la conception classique et à l'essai d'une théorie du pouvoir discrétionnaire ;
- enfin, dans une troisième partie consacrée à l'étude du « pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique », nous avons confronté les conclusions que nous avait livrées notre travail avec celles des auteurs qui ont envisagé le problème sous l'angle de la pure logique.

PREMIERE PARTIE

LE POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE DANS L'ACTE ADMINISTRATIF

L'étude du pouvoir discrétionnaire dans l'action de l'administration présuppose une étude de ce pouvoir dans l'acte administratif.

Il est, en effet, indispensable de déterminer ce qui dans cet acte peut être matière à libre appréciation pour savoir si la juridiction administrative substitue son estimation à celle de l'administration active et, au cas d'une réponse affirmative à cette première question, en quelles matières elle opère cette substitution.

La délimitation du domaine du pouvoir discrétionnaire dans l'action de l'administration ne pourra donc être opérée qu'après que l'on aura délimité le domaine de ce pouvoir dans l'acte administratif.

Pour établir ce qui peut dans cet acte être l'objet d'une libre appréciation, nous analyserons les différents éléments qui le composent et la question se posant et devant être posée pour chacun de ces éléments, nous envisagerons le problème du pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne chacun d'eux.

Au terme de cette analyse il apparaîtra soit que chaque élément de l'acte administratif est susceptible de constituer une source distincte de pouvoir discrétionnaire, soit que certains éléments seulement de cet acte peuvent être l'objet d'une libre appréciation; à moins que notre analyse de l'acte administratif ne nous permette de dégager une « notion » du pouvoir discrétionnaire dans l'acte administratif, ce pouvoir se manifestant en un point unique de l'ensemble des opérations qui forment l'acte.

Mais il nous faut, avant d'aborder ce travail, présenter deux observations d'ordre méthodologique que nous considérons comme essentielles.

L'une, très générale, concerne le mode de raisonnement que nous utiliserons.

L'autre, plus particulière, se réfère à l'analyse des éléments de l'acte administratif.

Il est nécessaire, en effet, de préciser et de justifier la méthode que nous allons utiliser car le recours à cette méthode risque, si l'on n'y prend garde, de donner une idée tout à fait erronée de la façon dont nous envisageons le problème du pouvoir discrétionnaire.

Où celui-ci est-il susceptible de se localiser dans l'acte administratif ? Où le trouve-t-on ? Relativement à quels éléments de l'acte administratif peut-il exister ?

Voilà défini, précisé et posé le problème que nous allons étudier et auquel nous allons tenter d'apporter une solution.

Ce problème, notons-le, n'est pas « le problème du pouvoir discrétionnaire » ou plutôt ce n'est pas le problème « majeur » posé par le pouvoir discrétionnaire, c'est-à-dire le problème de son fondement, de son domaine, de son contrôle.

Le problème qui va retenir notre attention n'est, en quelque sorte, qu'un problème « mineur », car sa solution ne nous renseignera, tout au moins directement, ni sur le fondement, ni sur le domaine, ni sur le contrôle du pouvoir discrétionnaire.

Aussi bien, allons-nous tenter de le résoudre dans un esprit radicalement différent de celui dans lequel nous essaierons de résoudre le problème « majeur » posé par le pouvoir discrétionnaire et à l'aide de méthodes essentiellement distinctes de celles auxquelles nous aurons recours à cette fin.

La source du pouvoir discrétionnaire c'est, avons-nous dit, pour la doctrine l'incomplète ou l'imparfaite détermination de la réglementation juridique; en bref, c'est l'indétermination de la réglementation juridique. En somme, le pouvoir discrétionnaire, ce serait le « jeu dans la réglementation juridique » (1).

Nous avons laissé pressentir et nous reviendrons bientôt plus longuement sur ce point qu'il y avait là une vue non point fausse, peut-être, mais à vrai dire largement incomplète du problème.

Nous avons, en effet, laissé entendre que l'indétermination de la réglementation juridique ne constituait qu'un phénomène dérivé, un phénomène second.

Il reste que la thèse de la doctrine rend compte, et très exactement, d'une idée : à savoir que les notions de pouvoir discrétionnaire et de réglementation juridique sont des notions absolument antinomiques et exclusives l'une de l'autre.

Si la formule : il y a pouvoir discrétionnaire parce qu'il y a indétermination de la réglementation juridique nous paraît inacceptable, et nous devons, pour l'instant, nous limiter à cette affirmation, nous réservant de dire plus tard pourquoi elle nous semble telle, il n'en demeure pas moins, ceci est absolument sûr, que lorsqu'il y a pouvoir discrétionnaire, il y a indétermination de la réglementation juridique.

Si cette indétermination ne peut, nous le montrerons, être considérée comme la « cause » du pouvoir discrétionnaire, mais bien plutôt comme son « résultat », il reste qu'elle est un « signe » révélateur de sa présence.

(1) EISENMANN : Cours de droit administratif, D.E.S., Droit public, 1949-1950, p. 430.

Or, comme il n'entre pas encore dans notre propos de rechercher la cause, de remonter à la source du pouvoir discrétionnaire, il est parfaitement licite d'assimiler ici et sans d'ailleurs préjuger en aucune façon leurs relations réciproques, les notions de pouvoir discrétionnaire et d'indétermination de la réglementation juridique.

En d'autres termes, nous allons supposer que l'existence du pouvoir discrétionnaire a été reconnue dans un acte administratif et nous demander non pas « pourquoi » cet acte administratif est empreint de pouvoir discrétionnaire, mais « comment » la présence du pouvoir discrétionnaire se manifeste dans cet acte.

Le problème se situe, ainsi qu'il apparaît, non pas au plan de la recherche des causes du pouvoir discrétionnaire, mais à un plan beaucoup plus modeste.

Ce que nous allons rechercher, ce n'est pas ce qu'est « en soi » le pouvoir discrétionnaire, mais simplement comment il se manifeste lorsqu'il est, afin de pouvoir dire de manière précise dans quelles hypothèses il est et dans quels cas il n'est pas ou il n'est plus.

Or, la notion d'indétermination de la réglementation juridique si elle nous paraît, ainsi qu'il sera dit dans la suite de cette étude, insusceptible de fournir une explication satisfaisante du phénomène du pouvoir discrétionnaire, constitue en revanche l'instrument d'analyse le plus adéquat à la recherche que nous entreprenons.

Ces considérations dictent notre méthode et la justifient et ces réserves, essentielles il est vrai, étant faites, nous pouvons tenir pour acquise l'idée que le pouvoir discrétionnaire doit s'analyser suivant les mêmes cadres que l'acte administratif, c'est-à-dire que la réglementation de l'acte administratif, puisqu'il correspond à un certain type de réglementation, ce type consistant précisément en ce que l'acte n'est pas déterminé dans son entier par la règle de droit (2).

Ce sont donc les cadres mêmes qui servent à l'analyse de l'acte administratif qui nous permettront de localiser le pouvoir discrétionnaire dans cet acte.

Mais ici surgit une nouvelle difficulté : l'acte administratif n'a jamais fait l'objet en droit administratif français d'une théorie d'ensemble. Sans doute, convient-il de nuancer cette affirmation. On trouve dans les traités et dans les manuels de droit administratif une analyse des différents éléments de l'acte administratif dont on pourrait penser qu'elle est susceptible de suppléer sans inconvénient une théorie générale. Et, certes, la lacune que nous dénonçons, ne serait pas très grave si les éléments de l'acte administratif n'étaient étudiés par les auteurs d'un point de vue critique et fâcheux.

Ces éléments sont traités à l'occasion de l'étude de ce que l'on appelle les « cas d'annulation pour excès de pouvoir ». Les traités de droit administratif prennent les matériaux offerts par les

(2) EISENMANN : op. cit., p. 441.

arrêts et les reproduisent tels quels. Ils disent, par exemple, qu'un acte administratif ne doit pas être entaché de détournement de pouvoir mais ils ne formulent pas la règle positive dont ce n'est là que le corollaire négatif, la règle à laquelle l'acte doit être conforme pour être régulier : règle qui est ici une règle de but (3).

Une partie de la doctrine a récemment mis en garde contre une méthode qui, en photographiant l'« envers » de l'acte administratif, c'est-à-dire l'acte administratif « retourné », en dissimule l'aspect véritable; « l'irrégularité, écrit M. Eisenmann, n'est qu'une notion seconde, dérivée; elle n'existe que par rapport à une règle, en fonction d'une règle puisqu'elle se définit : le manquement, l'infraction, la contrariété à une règle. La notion d'irrégularité renvoie à la règle : elle la présuppose, la donnée première à laquelle il faut remonter, d'où il faut partir, c'est la règle » (4).

Mais, disons-le, ces auteurs dissidents n'ont pas tiré d'une observation, à laquelle par ailleurs nous souscrivons entièrement, toutes les conséquences qu'elle renferme.

Dans la mesure, en effet, où leur critique se borne à affirmer la nécessité de remettre, si l'on ose dire, l'acte administratif « à l'endroit », elle est très largement insuffisante, nous serions presque tenté de dire : pratiquement inopérante.

La « présentation contentieuse » sous l'angle d'une théorie des irrégularités n'encourt pas le seul grief de dissimuler l'aspect véritable de l'acte administratif. Elle risque aussi d'altérer profondément le sens des règles qu'elle étudie : « retournées ».

Nous croyons, en effet, que ce serait se condamner à ne prendre de l'acte administratif qu'une vue à la fois incomplète et inexacte que de construire une théorie de l'acte administratif à partir des seuls matériaux offerts par les arrêts, simplement en « retournant » les règles négatives qui inspirent la jurisprudence.

Supposons que le respect d'une règle de but, par exemple, soit sanctionné au plan contentieux par le recours à deux techniques différentes : qui ne voit que l'on risque, si l'on s'en tient à la « présentation contentieuse », de conclure que la jurisprudence sanctionne le respect de deux règles distinctes ?

Admettons de la même manière que le respect d'une règle de conformité à certains motifs ne soit que partiellement sanctionné au plan contentieux. S'en tenir à la « présentation contentieuse », n'est-ce point se mettre en péril de ne prendre qu'une vue partielle de la règle en question ?

La suite de ces développements montrera qu'il ne s'agit pas là d'hypothèses gratuites. Pour l'instant, retenons simplement l'idée que la réglementation positive de l'acte administratif ne constitue pas simplement, « de principe », l'envers de la réglementation négative sanctionnée par les arrêts.

(3) EISENMANN : *op. cit.*, p. 340.

(4) *Op. cit.*, p. 339.

Les deux points de vue peuvent coïncider, mais le fait que le contrôle juridictionnel s'instaure progressivement, ce qui permet à des techniques anciennes de survivre aux côtés d'autres, nouvelles, particularités aussi de ce contrôle qui ne s'étend pas, au moins pas dans tous les cas, à l'intégralité de l'acte, interdisent de passer sans réserves de l'un à l'autre plan.

L'idée que nous venons de dégager nous permettra d'aborder avec quelque sécurité des problèmes qui ne se sont posés que parce que la doctrine en est restée dans sa majeure partie au stade de la « présentation contentieuse » ou que lorsqu'elle est allée au-delà, elle n'a pas tiré de ce dépassement toutes les conséquences qui s'y trouvaient impliquées.

En nous permettant de discerner ce qu'il y a de spécifique et de contingent dans le contrôle juridictionnel, elle guidera une analyse qui veut extraire des arrêts l'essentiel des matériaux de la construction qu'elle projette.

Sous le bénéfice de ces observations, il est possible, à titre d'hypothèse de travail, d'entreprendre l'étude de l'acte administratif en recourant à la méthode qui consiste simplement à « retourner » les règles négatives qui inspirent les arrêts. Les insuffisances de cette méthode ne tarderont pas à se révéler mais il nous sera facile d'y remédier pourvu que nous gardions présentes à l'esprit les remarques que nous venons de faire.

Si l'on se borne à « retourner » ces règles, on constate que les éléments de l'acte administratif sont ou à tout le moins paraissent être au nombre de cinq : cet acte découlerait de certains faits; il aurait des motifs; il aurait un certain contenu, un certain objet; il viserait à atteindre certaines fins. Il conviendrait également de prendre en considération la compétence de l'auteur de l'acte. Enfin, l'acte administratif devrait satisfaire à un critérium de forme.

Nous pouvons tout de suite éliminer ces deux derniers éléments. Les lois de compétence sont, en effet, catégoriques. Un agent public peut ou ne peut pas faire tel acte. Il doit obéir à la règle de droit. Aucune liberté de choix, aucun pouvoir discrétionnaire n'est admissible ni même concevable en ce domaine sans que soit mis en cause l'ensemble de l'ordonnement juridique.

Nous écarterons de même tout ce qui a trait à l'élément forme : ou bien la règle juridique impose telle forme déterminée et la compétence de l'administration est liée sur ce point, ou bien elle laisse le choix entre telles formes ou même n'en impose aucune : l'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire compris entre des limites plus ou moins étroites selon le cas considéré. De toute façon, le problème est facile à résoudre et n'entraîne aucune autre difficulté que peut-être celle de l'interprétation d'une règle plus ou moins ambiguë.

Nous ne retiendrons donc parmi les éléments offerts par la jurisprudence que l'objet, les motifs et le but.

CHAPITRE PREMIER

LE POUVOIR DISCRETIONNAIRE ET L'OBJET DE L'ACTE ADMINISTRATIF

L'objet de l'acte administratif est l'effet qu'il produit immédiatement et directement. Il constitue la substance même de l'acte (1).

L'objet de l'acte administratif doit être distingué de son but : soit, par exemple, une règle qui habilite une autorité administrative à autoriser ou à refuser d'autoriser les mutations immobilières en vue d'éviter la spéculation et soit un acte administratif intervenant sur le fondement de cette habilitation. L'objet de cet acte, son effet immédiat et direct, ce sera l'autorisation ou le refus d'autorisation. Sans doute, cette autorisation ou ce refus d'autorisation auront-ils pour but de lutter contre la spéculation. Mais ce ne sera là qu'un effet médiate et indirect de l'acte. Il s'agira non de son objet, mais de son but.

L'objet de l'acte administratif doit aussi être distingué de la compétence de l'auteur de l'acte.

Reprenons l'exemple de la règle aux termes de laquelle une autorité administrative est habilitée à autoriser ou à refuser d'autoriser les mutations immobilières : il est clair que cette règle peut être envisagée sous deux angles différents selon que l'on se place du point de vue de l'un ou de l'autre des deux éléments qu'elle renferme.

On peut analyser la règle du point de vue du sujet de l'habilitation : on prend alors en considération l'autorité administrative en question et l'on se demande quel est l'objet des actes que cette autorité peut accomplir : il s'agit de l'objet de l'acte administratif.

A l'inverse, la règle peut être analysée du point de vue de l'objet de l'habilitation : on suppose cet objet connu et l'on se demande quel est le sujet qui a compétence pour autoriser ou refuser d'auto-

(1) EISENMANN : *op. cit.*, p. 355 et suiv.

riser les mutations immobilières. Il s'agit de la compétence de l'auteur de l'acte. Nous l'avons écartée de notre étude. Non que la compétence ne soit un élément de l'acte administratif. Mais cet élément n'intéresse pas une analyse qui vise à délimiter le domaine du pouvoir discrétionnaire dans cet acte.

L'agent public possède du pouvoir discrétionnaire relativement à l'objet de l'acte qu'il accomplit, chaque fois que la règle de droit lui laisse la possibilité de choisir entre plusieurs objets. Il détermine alors librement le contenu qu'il donnera à l'acte qu'il est habilité à prendre.

Le pouvoir discrétionnaire de l'agent est naturellement d'autant plus étendu que sa liberté est plus grande.

La règle de droit peut donner à l'agent le pouvoir de prendre une décision parfaitement définie sous le rapport de son contenu : la mise à la retraite d'office d'un fonctionnaire peut ainsi être prononcée pour insuffisance professionnelle. L'agent n'a aucune liberté de choix, donc aucun pouvoir discrétionnaire quant à la détermination de l'objet de l'acte.

Le pouvoir discrétionnaire fait son apparition lorsque l'agent a le choix entre deux décisions.

D'une manière générale, plus cette liberté de détermination de l'objet est grande et plus l'agent a de pouvoir discrétionnaire.

S'il convient, pour les besoins de l'analyse, d'étudier comment, à des degrés divers, le pouvoir discrétionnaire affecte l'objet de l'acte administratif, il serait insuffisant de s'en tenir là. Ce serait prendre de la réalité une vue fragmentaire.

Il est nécessaire, nous l'avons dit, d'envisager les différents éléments de l'acte administratif et le problème du pouvoir, discrétionnaire se posant et devant être posé pour chacun d'eux, de montrer que chacun de ces éléments peut être une source de pouvoir discrétionnaire et comment il l'est en fait, envisagé en soi, mais il faut ensuite le replacer dans son contexte. Nous allons donc étudier sous quel aspect se présente dans « l'acte administratif » le pouvoir discrétionnaire relatif à l'objet de cet acte.

Ce pouvoir s'analyse en une libre détermination du motif, c'est-à-dire de l'antécédent objectif auquel doit correspondre l'objet de l'acte.

C'est dans la correspondance de l'objet de l'acte aux motifs que réside le pouvoir discrétionnaire : nous allons le démontrer.

Prenons l'exemple du supérieur hiérarchique statuant en matière de répression disciplinaire. Son choix, lorsqu'une faute a été commise par l'un de ses subordonnés, s'exerce entre trois ou quatre sanctions possibles. Il n'est pas douteux que si la loi a laissé à cet agent une certaine liberté dans la détermination de la sanction qu'il appliquera, c'est afin de lui permettre de l'adapter à la gravité de la faute commise qui, si précise que soit sa qualification, se présentera dans chaque cas avec des particularités différentes.

Il n'est pas impossible, cependant, de concevoir sur le plan

théorique qu'un agent ait la possibilité en présence d'une circonstance parfaitement définie d'opter entre plusieurs décisions. On serait alors en présence d'une donnée absolument directe, immédiate du droit qui s'apparenterait aux règles de « pur pouvoir » que nous étudierons ultérieurement (2).

Mais, en pratique, il faut admettre que l'indétermination de l'objet de l'acte s'accompagne presque toujours, car c'est sa raison d'être, d'une indétermination de ses motifs. C'est la situation en matière de répression disciplinaire où la pluralité de sanctions s'accompagne d'une absence d'énumération légale des fautes. Pour punir l'une quelconque des fautes qui relèvent de la catégorie de la « faute disciplinaire », l'agent pourra infliger l'une quelconque des sanctions que la loi met à sa disposition. Dire que cet agent a un pouvoir discrétionnaire relativement à l'objet de l'acte, c'est-à-dire de la sanction disciplinaire, c'est dire qu'il pourra appliquer : telle sanction en présence de l'une quelconque des fautes relevant de la catégorie de la « faute disciplinaire », qu'il pourra de même infliger telle autre sanction en présence de l'une quelconque de ces fautes, etc.

En d'autres termes, au lieu de dire : en présence de l'une quelconque des fautes relevant de la catégorie de la « faute disciplinaire », l'agent chargé de la répression pourra prononcer l'une quelconque des sanctions prévues par la loi, on pourrait tout aussi bien trouver les formules suivantes :

1° En présence de l'une quelconque des fautes relevant de la catégorie de « la faute disciplinaire », telle sanction pourra être prononcée ;

2° En présence de l'une quelconque des fautes relevant de la catégorie de « la faute disciplinaire », telle autre sanction pourra être prononcée, etc.

Envisageons maintenant le problème tel qu'il se pose sur le plan contentieux et supposons que le juge administratif ne se borne pas à vérifier l'appartenance de la faute à la catégorie de « la faute disciplinaire ». Le juge, en pareille hypothèse, exerce ce que l'on appelle parfois le contrôle de l'opportunité de la sanction disciplinaire : il vérifie si, eu égard à la gravité de la faute commise en l'espèce, la sanction infligée n'est pas trop lourde.

Si le juge prononce que la sanction infligée ne pouvait l'être, sans doute peut-on, se plaçant du point de vue de l'objet de l'acte, dire que le pouvoir discrétionnaire de l'agent relativement à l'objet a disparu. Mais l'on peut tout aussi bien, rien ne s'y oppose, envisager le problème du point de vue des motifs de l'acte et dire que la liberté de l'agent quant à l'adéquation de l'objet de l'acte aux motifs n'existe plus, puisque le juge administratif a exclu l'un d'eux et a, par là-même, décidé que la sanction prononcée par l'agent ne pouvait être infligée que pour les autres motifs.

(2) Voir p. 46 et suiv.

Si donc nous faisons abstraction de l'hypothèse théorique où, en présence d'une circonstance de fait ou de droit parfaitement définie, l'agent peut discrétionnairement exercer un choix entre deux, trois ou plusieurs décisions, il apparaît en dernière analyse que le pouvoir discrétionnaire relativement à l'objet de l'acte administratif se ramène à un certaine liberté reconnue à l'agent dans le choix du motif auquel doit correspondre cet objet.

CHAPITRE II

LE POUVOIR DISCRETIONNAIRE ET LES MOTIFS DE L'ACTE ADMINISTRATIF

Les motifs de l'acte administratif sont les éléments objectifs de fait ou de droit qui sont à la base des décisions administratives.

La plupart des pouvoirs administratifs sont des pouvoirs conditionnés : « En droit administratif, écrit M. Vedel, contrairement à ce qui existe en droit civil, il n'existe pas de principe d'autonomie de la volonté. En droit civil, les individus sont libres de se déterminer sur la base de n'importe quelle situation et pour les raisons qui leur conviennent. Les motifs subjectifs des individus, dès lors qu'ils ne sont ni illicites ni contraires à l'ordre public, justifient suffisamment l'acte... En revanche, en droit administratif, il n'existe pas de principe d'autonomie de la volonté. L'administration ne doit se décider que pour des raisons de fait ou de droit objectivement établies » (1).

La diversité des formes que les motifs sont susceptibles de revêtir atteste l'importance de cette notion en droit administratif.

Dans certains cas, le motif apparaît comme un fait antérieur à l'acte dans le temps, le précédant, donc distinct de lui : aux termes d'une disposition législative, un organe aura le droit de prendre une disposition si et seulement si une autre décision a été prise par un autre organe : ainsi la déclaration de l'état d'urgence par une loi permet aux autorités civiles de prendre des mesures qu'elles n'ont pas le pouvoir de prendre en temps normal. Les pouvoirs correspondant à ces mesures sont donc conditionnés par cette déclaration. On est en présence de deux décisions nettement séparées dans le temps et, par suite, tout à fait distinctes l'une de l'autre (2).

(1) VEDEL : *Cours de droit administratif*, 2^e année, 1953-1954, p. 672.

(2) Nous empruntons cette classification à M. EISENMANN : *op. cit.*, p. 379 et suiv.

Dans d'autres cas, le motif apparaît comme une manifestation de volonté : un acte administratif ne pourra être accompli que si une demande a été faite : par exemple, en matière de congé sur demande : la demande est le fait déterminant qui conditionne le congé.

Fréquemment le motif se présente sous la forme d'une situation de fait antérieure à l'acte : pour qu'une décision puisse être prise, il faut que soit réalisée une certaine situation de fait : ainsi, pour les réquisitions de logement, l'ordonnance du 11 octobre 1945 les a autorisées dans les communes où existe « une crise grave du logement ».

Il faut rapprocher de cette dernière série d'hypothèses une autre série qui se caractérise de la façon suivante : ce n'est pas une situation de fait antérieure à l'acte qui permet une mesure mais plutôt l'éventualité de la réalisation d'une situation de fait : par exemple, c'est la menace que l'ordre public soit troublé qui permet de prendre une mesure de police.

Enfin, le motif peut apparaître comme constitué par l'existence d'une qualité soit dans une personne, soit dans un objet auquel se rapporte l'acte. Ainsi, diverses lois ont prévu, pendant la durée de la guerre, le droit pour les préfets de prononcer l'internement administratif des individus dangereux pour la défense nationale et la sécurité publique ; de même, le caractère de « menacer ruine » est la condition du pouvoir d'ordonner la démolition d'un immeuble.

L'importance des motifs en droit administratif attestée ainsi que nous venons de le voir, par la diversité des formes sous lesquelles ils sont susceptibles de se présenter, permet de pressentir qu'ils vont constituer l'un des points de localisation les plus importants du pouvoir discrétionnaire dans cet acte.

Il faut noter, en effet, que si la plupart des pouvoirs administratifs sont des pouvoirs conditionnés, les lois qui confèrent ces pouvoirs ne donnent en général qu'une définition « vague » des faits qui conditionnent leur mise en œuvre.

Partant, il semble qu'elles octroient à leurs titulaires un pouvoir de libre appréciation des faits à considérer.

Or, l'idée que le caractère imparfaitement déterminé des motifs de l'acte administratif est une source de pouvoir discrétionnaire soulève en doctrine certaines résistances qui procèdent de ce que les auteurs ne distinguent que deux cas :

La première hypothèse serait celle où la règle de droit ne spécifie pour l'exercice du pouvoir aucun motif. En pareil cas, le pouvoir est, du point de vue des motifs de l'acte, absolument discrétionnaire : « l'el organe pourra prendre telle décision, lorsqu'il le jugera bon, dans toutes et n'importe quelles circonstances ».

La seconde, celle où la règle de droit contient une détermination impérative, stricte des faits qui conditionnent la mise en œuvre des pouvoirs qu'elle confère, et cela même si ces pouvoirs

peuvent être mis en œuvre non pas en une seule circonstance, mais en deux, trois, quatre, cinq circonstances.

« On pourrait être tenté de croire, écrit M. Eisenmann, d'admettre, par le fait qu'une décision peut être prise, non pas en une seule circonstance, mais en trois, quatre, cinq circonstances, qu'il y a du pouvoir discrétionnaire quant aux conditions d'édition au profit de l'agent et que ce pouvoir discrétionnaire est plus grand si les hypothèses qui permettent de prendre la décision sont, par exemple, au nombre de cinq que si elles sont au nombre de deux. En vérité, c'est une illusion. Certainement, on peut dire que le pouvoir est plus large, plus étendu dans la première hypothèse que dans la seconde... Mais ici, en réalité, ce n'est pas la question du pouvoir discrétionnaire qui se pose, car ce n'est pas le fait que trois, quatre, cinq conditions sont énumérées dans le même texte qui fait qu'il s'agirait en définitive de pouvoir discrétionnaire. »

« Voilà pourquoi il n'y a lieu de distinguer que deux hypothèses seulement : ou bien absence totale de détermination des conditions objectives, ou bien détermination de ces conditions. Toute restriction à cet égard est une limitation ou même une suppression du pouvoir discrétionnaire » (3).

Nous ne pouvons accepter de nous laisser enfermer dans ce dilemme. L'absence totale de détermination des motifs et la détermination impérative stricte des antécédents objectifs de l'acte correspondent à deux états extrêmes et simples de la réglementation juridique, mais il existe entre eux un état intermédiaire dont la pratique offre de nombreux exemples et l'on se condamnerait, en l'ignorant, à ne prendre de la réalité qu'une vue très simplifiée.

Il arrive, en effet, que la règle de droit ne contienne qu'une définition « vague » des faits à considérer et ne donne qu'une « directive ». On est alors en présence d'un « type » intermédiaire entre la définition précise, la compétence liée, d'une part, ce que M. Eisenmann appelle « la détermination impérative, stricte, des conditions objectives », et l'absence de définition des faits, le pouvoir discrétionnaire, d'autre part, en d'autres termes, l'absence totale de détermination de ces conditions.

Il est fréquent en droit administratif que le législateur donne une définition partielle des faits dont l'existence ou l'éventualité implique pour l'agent la faculté ou l'obligation d'agir. Il reste à cet agent le soin de reconnaître la définition posée dans les faits de l'espèce, c'est-à-dire de qualifier ceux-ci.

Or, l'opération de qualification comporte une part considérable de création et de construction. Elle se ramène dans chaque cas à la question de savoir si, étant donné les faits constatés, ceux-ci ont été exactement compris dans telle ou telle catégorie. L'opération de qualification a pour but de faire rentrer une situation de fait dans le cadre d'une « notion » juridique. Pour précise et complète

(3) Op. cit., p. 447.

que soit cette notion, elle reste générale et abstraite. Pour qualifier, il faut confronter les faits avec la notion légale définie avec plus ou moins de précision par des caractères élémentaires et identifier les premiers à ces derniers. « Si complète et si précise que soit la définition, écrit M. Marty, il faudra toujours en arriver à se demander si les faits établis... peuvent être considérés comme répondant aux diverses conditions élémentaires de la définition... Il y a toujours passage des faits particuliers à des notions générales et abstraites » (4).

Observons la façon dont s'opère ce passage : la plupart des auteurs qui se sont préoccupés de ce problème voient dans l'opération qui aboutit à la qualification un jugement d'identité entre les deux termes : fait et droit; d'une part, l'auteur de la qualification déterminerait les faits dont l'existence doit entraîner l'application de la règle juridique; d'autre part, il établirait l'existence matérielle des faits de la cause. Ayant comparé les deux termes entre eux, il conclurait à leur identité et réaliserait ainsi, automatiquement, l'application du droit au fait, par le mécanisme d'une équation. Ce serait par un jugement d'identité que l'on passerait du fait au droit et par un jugement d'identité absolu, c'est-à-dire qu'entre le fait prévu par la loi et le fait matériel il y aurait rapport d'égalité.

M. Vedel s'élève avec vigueur contre cette interprétation. « L'idée d'un jugement d'identité risque de masquer tout ce que l'opération de qualification renferme de création juridique. Il y aurait dans cette conception : d'une part, le droit qui aurait prévu des circonstances de fait déterminant son application; d'autre part, des faits concrets. Quand l'identité entre les deux séries serait réalisée, l'application du droit aux faits le serait aussi automatiquement... » (5).

Le processus mental qui est à la base de l'opération de qualification est beaucoup plus complexe : sans doute est-ce bien à un rapport d'identité que l'auteur de celle-ci doit arriver. Mais l'erreur consisterait à croire que cette identité est constatée entre les deux éléments fait et droit à l'état brut. Une telle identification est impossible, en effet, sans un travail préliminaire qui consiste à extraire de l'élément fait et de l'élément droit deux « schémas » entre lesquels la coïncidence puisse être réalisée.

Pour l'élément droit, il s'agira de tirer d'un texte abstrait une règle pratique s'appliquant à une espèce donnée. On y parviendra par une concrétisation de cet élément, c'est-à-dire par l'attribution d'un sens plus précis et moins général à la règle de droit.

Pour l'élément de fait, il s'agira non pas de concrétisation, mais d'abstraction, au contraire. Il faudra élever le fait particulier

(4) MARTY : *La distinction de fait et du droit*, thèse, Toulouse, 1929, p. 203.

(5) *Essai sur la notion de cause en droit administratif français*, thèse, Toulouse, 1934, p. 19.

à la généralité de la loi. Pour cela, en écarter toutes les circonstances indifférentes en droit et mettre en relief, au contraire, celles qui caractérisent du point de vue légal le fait matériel.

Par une concrétisation de la règle de droit, par l'abstraction du fait matériel, on obtiendra les deux schémas entre lesquels une identité parfaite pourra être réalisée (6).

Prenons un exemple qui illustrera une analyse théorique aux conclusions de laquelle nous nous rallions sans réserve : une ordonnance du 27 juin 1944 a prévu que des sanctions pourraient être infligées aux fonctionnaires qui, depuis le 16 juin 1940 et jusqu'à la Libération, ont « favorisé les entreprises de toutes natures de l'ennemi ».

Or, voici un fonctionnaire qui a adhéré à un groupement de collaboration franco-allemande. Mais il n'a donné son adhésion que parce qu'il ignorait le but exact de ce groupement et, dès qu'il l'a connu, il a démissionné.

Nous trouvons ici, d'une part, une catégorie générale et abstraite qui groupe « les faits de nature à avoir favorisé les entreprises de l'ennemi », d'autre part, une situation objective. Pour savoir si elle entre dans le cadre de cette catégorie, il faut écarter certains éléments de fait pour n'en retenir qu'un : l'adhésion à un groupement antinational, puis se demander si cette adhésion, considérée *in abstracto*, peut être rangée parmi « les faits de nature à avoir favorisé les entreprises de l'ennemi ».

Il entre dans le travail qui consiste à opérer un choix parmi les éléments de fait afin d'« isoler » celui qui caractérisera du point de vue légal la situation objective, une part considérable d'appréciation personnelle. Ce serait, en effet, une erreur de croire que l'on peut réduire la catégorie générale et abstraite prévue par la loi à un fait objectif facile à identifier : l'adhésion à un groupement antinational.

Il s'agit là d'un critère objectif, certes, mais coupé de tout lien avec le réel, arbitrairement isolé d'un contexte qui, seul, lui donne son sens véritable.

Il est clair, en effet, que l'on ne saurait considérer comme ayant au même titre collaboré, partant, comme susceptibles d'être frappés de la même sanction, le fonctionnaire qui, en toute connaissance de cause, s'est inscrit à un groupement antinational et celui qui a donné son adhésion à ce même groupement dans l'ignorance absolue de la fin qu'il poursuivait.

Au terme de cette étude de l'opération de qualification, il faut insister sur la nécessité de distinguer cette opération de sa traduction au plan du contentieux administratif et mettre en garde contre une confusion de la qualification opérée par l'administrateur avec celle opérée par le juge.

(6) VEDEL : *op. cit.*, p. 21.

C'est précisément de la disparité de ces deux opérations que naît le pouvoir discrétionnaire relativement aux motifs de l'acte administratif.

Il est possible, en effet, que le juge administratif ne pousse pas très loin ses investigations, qu'il s'arrête en quelque sorte à mi-chemin, qu'il se contente, pour reprendre l'exemple sur lequel nous avons raisonné, de vérifier que le motif invoqué par l'administrateur qui a infligé une sanction au titre de l'épuration était bien, pris en lui-même, considéré *in abstracto*, de la nature de ceux qui pouvaient légalement la justifier. Le juge, dans cette hypothèse, ne se pose pas la question de savoir si « dans les circonstances de l'espèce » ce motif pouvait être « isolé ». Il laisse la réponse à cette question à la discrétion de l'administration. Le contrôle du juge n'épuise pas le pouvoir discrétionnaire de celle-ci. C'est un contrôle qui n'est pas total, qui laisse une part de liberté à l'autorité contrôlée.

Examinant, par exemple, à propos des mesures disciplinaires intéressant les fonctionnaires, une question déterminée, le Conseil d'Etat va moins loin dans son étude que l'auteur de la décision attaquée. Dans son investigation, il s'arrête en route. Une fois qu'il a répondu affirmativement aux deux questions suivantes : tel fait s'est-il produit ? présente-t-il le caractère d'une faute ? le Conseil d'Etat ne recherche pas si la faute a été lourde ou légère. « Un rapport de cause à effet, écrit M. Goldenberg, entre l'événement survenu et la mesure prise est-il vraisemblable, acceptable ? Cela suffit au juge et pour résoudre cette question il isole le fait envisagé de son ambiance... Il suffit au tribunal administratif de constater qu'en l'occurrence le requérant a bénéficié du minimum de bonne administration auquel tout citoyen a droit, c'est-à-dire que la conduite de l'autorité exécutive est défendable. Le Conseil d'Etat ne recherche pas le bien-fondé de la mesure prise, mais la possibilité de ce bien-fondé : il se borne à constater que l'administration puise dans la nature du fait invoqué un argument sérieux en faveur de sa thèse, que sa solution est du nombre de celles auxquelles pouvait s'arrêter un administrateur convenable » (7).

C'est là l'aspect que revêt de droit commun dans le contentieux administratif le contrôle de la qualification.

Mais il est susceptible de se présenter sous d'autres formes.

Il peut être assuré d'une manière beaucoup plus lâche : le juge administratif ne recherche pas si tel fait, tel motif objectif est, pris en lui-même, considéré *in abstracto*, de nature à motiver la décision entreprise à raison de son appartenance à la catégorie prévue par la loi. Son contrôle ne s'exerce qu'au second degré. Il tient pour acquise l'appartenance de la situation objective qui a motivé l'acte à une catégorie et se contente de vérifier l'appartenance de cette catégorie à celle prévue par la loi.

(7) *Le Conseil d'Etat, juge du fait*, thèse, Paris, 1932, p. 187.

Longtemps, cette attitude a été celle du Conseil d'Etat en matière de recours en cassation : il vérifiait d'abord la concordance des faits tels qu'ils résultaient des pièces du dossier soumis aux juges du fond et des faits tels qu'ils étaient présentés par la décision incriminée. Ayant ainsi contrôlé l'exactitude matérielle des faits, la Haute Assemblée affirmait que l'appréciation de ces faits par le juge du fond était une appréciation souveraine qui échappait à son contrôle; mais, après cet abandon, son contrôle reprenait. Tout en acceptant la qualification de ces faits telle que l'avait opérée le juge de fond, le Conseil se demandait si des faits ainsi qualifiés, considérés *in abstracto*, justifiaient ou non la mesure prise.

Ainsi, tenant pour acquis le fait que les méthodes pratiquées par un médecin devaient être considérées comme « critiquables du point de vue de l'art médical », il reconnaissait que l'emploi de méthodes « critiquables du point de vue de l'art médical » peut constituer un manquement à la morale professionnelle (8).

A l'inverse, il est possible que le contrôle exercé par le juge administratif soit beaucoup plus poussé qu'il n'est de droit commun. Il ne se contente pas alors de vérifier que tel motif pris en lui-même, considéré *in abstracto*, est de nature à motiver la décision entreprise. Il se pose la question de savoir si ce motif pouvait être « isolé » de son contexte et décide qu'il était, ou non « dans les circonstances de l'espèce de nature à motiver l'acte attaqué » (9).

Dans les hypothèses que nous venons d'envisager, le contrôle du Conseil d'Etat se révèle susceptible de degrés. La juridiction administrative peut s'en tenir à un contrôle très lâche; elle peut aussi le resserrer jusqu'à aboutir enfin à une substitution de son appréciation à celle de l'administration active. Mais à cette élasticité du contrôle juridictionnel, certaines notions imposent des limites dont l'intérêt apparaîtra dans la suite de nos développements mais qu'il nous faut signaler dès maintenant.

Dans certaines hypothèses qui ne sont pas rares, qui sont même beaucoup plus nombreuses qu'on ne serait tenté de le croire, un contrôle limité de la qualification est proprement inconcevable.

Il est d'abord des cas où la définition de la fonction légale permet d'appréhender le réel dans son intégralité. Il est, en effet, des notions qui se trouvent, de par leur nature, précisées d'une façon objective et stable. Lorsque la loi prescrit par exemple que les jeux de hasard sont interdits, on sait quel est le sens de ce terme et

(8) Note C.-A. COLLIARD sous C.E., 2 février 1945, MOINEAU, D. 1945-J-272.

(9) Dans les circonstances où ils sont intervenus et alors qu'aucun autre grief n'a été articulé contre l'intéressé au sujet de son attitude pendant l'occupation, le fait, par un magistrat, d'avoir assisté, sans qu'aucun acte de propagande ait été relevé contre lui, à l'inauguration du groupement antinational dit « Légion des Volontaires français contre le Bolchevisme »... ne permet pas de regarder ledit intéressé comme ayant accompli des actes de nature à le rendre passible des sanctions édictées par l'ordonnance du 27 juin 1944 (C.E., 24 mars 1950, COMBES, p. 765).

l'on ne saurait, en vertu de ce texte, interdire le jeu d'échecs qui ne contient aucun élément qui ne puisse être calculé avec justesse et prévu d'avance.

Dans d'autres cas, au contraire, certaines notions se révèlent irréductibles à une qualification juridique ou, si l'on veut, dans ces hypothèses et à l'inverse de ce qui se passait dans les cas précédents, ce n'est pas la qualification qui absorbe l'appréciation concrète du fait, mais l'appréciation concrète du fait qui absorbe la qualification.

Il existe, en effet, nous venons de les étudier, des notions proprement juridiques. En ce qui les concerne, il est possible de relier la notion abstraite aux faits particuliers de l'espèce par une série de déductions logiques. En précisant et en particularisant de plus en plus la définition, on arrive à la formuler en faisant appel à des faits élémentaires bien caractérisés, faciles à constater ou à identifier avec les faits de la cause. Dans ce cas, le travail de qualification est une opération logique, une interprétation de la notion juridique.

Mais pour d'autres notions, un pareil travail de définition et un semblable effort de précision par voie d'analyse logique est impraticable. L'attribution de la qualification est le résultat de l'examen global des circonstances de la cause. L'opération de qualification est une impression synthétique née de l'examen des faits dont elle ne peut être disjointe. En pareil cas : la qualification se confond avec l'appréciation des faits.

Retenons l'idée que la qualification opérée par le juge est affectée parfois d'un particularisme susceptible d'infléchir les principes dont il s'inspire.

Elle nous permettra d'interpréter une jurisprudence qui pourrait, si l'on n'était prévenu, paraître incohérente. D'apparentes exceptions se révéleront alors de simples cas limites.

L'intérêt qu'ils présentent ne saurait pourtant dissimuler que le contrôle de la qualification revêt en général la forme que nous avons décrite initialement.

Lorsqu'il s'exerce sous la forme de ce que nous avons appelé le contrôle de droit commun, il n'enlève pas, au moins dans certaines limites, à l'agent le libre choix du motif auquel doit correspondre l'objet de l'acte. L'adhésion à un groupement antinational est, en soi, isolée de son contexte, de nature à justifier une sanction au titre de l'épuration. Mais cette adhésion envisagée non plus *in abstracto* mais *in concreto* est-elle susceptible de justifier une sanction ? Il y a là une appréciation librement portée par l'autorité administrative et que le contrôle du Conseil d'Etat laisse intacte.

Ce n'est que dans le cas où le juge administratif ne se borne pas à vérifier si l'adhésion à un groupement national est, en soi, de nature à justifier une sanction, mais examine s'il en est ainsi « dans

les circonstances de l'espèce », que l'on peut parler d'une substitution de l'appréciation du juge à celle de l'agent.

En pareille hypothèse, en effet, celui-ci ne tient plus le libre choix du motif auquel doit correspondre l'objet de sa décision. C'est, en effet, à l'élément : correspondance de l'objet aux motifs de l'acte que se ramène en dernière analyse la notion du pouvoir discrétionnaire quant aux motifs, ainsi que nous allons le montrer.

Deux hypothèses sont à envisager : supposons d'abord qu'un agent puisse prendre une décision parfaitement définie par la règle de droit, strictement et impérativement déterminée. Cet agent n'a sous le rapport de l'objet de l'acte aucun pouvoir discrétionnaire puisqu'il ne peut prendre qu'une décision et que le contenu de celle-ci est parfaitement déterminé. Seulement, cette décision, il peut la prendre pour les motifs qu'il juge bons, pourvu toutefois qu'ils soient conformes aux exigences de l'intérêt public ou encore au cas où la directive de l'intérêt général sous l'action du législateur ou du juge s'est fragmentée, conformes, par exemple, aux exigences de « l'ordre public ».

Il est clair qu'en pareil cas le pouvoir discrétionnaire de l'agent s'analyse en une liberté de choix du motif auquel doit correspondre l'objet de l'acte. Tel motif, envisagé *in abstracto*, étant susceptible de justifier telle décision, ce même motif envisagé *in concreto* est-il encore de nature à la motiver ? C'est dans la liberté dont dispose l'agent dans la réponse à cette question que réside son pouvoir discrétionnaire.

A un motif abstrait correspond une diversité de motifs concrets dans lesquels il prend corps. C'est dans le choix entre ces motifs que réside ce pouvoir.

Une seconde hypothèse pourrait être envisagée : celle où l'indétermination des motifs s'accompagne d'une indétermination de l'objet.

Elle ne nous retiendra pas car elle se ramène purement et simplement à l'une de celles que nous avons examinées en étudiant le pouvoir discrétionnaire relativement à l'objet de l'acte (10).

(10) Voir p. 19 et suiv.

CHAPITRE III

LE POUVOIR DISCRETIONNAIRE ET LE BUT DE L'ACTE ADMINISTRATIF

La doctrine, en droit administratif français, enseigne que le but de l'acte administratif est un élément d'ordre psychologique : « L'agent pense qu'en accomplissant tel acte, il obtiendra tel résultat. Ce résultat, il le veut; d'où, il se décide à l'acte et l'accomplit parce qu'il veut le résultat et qu'il considère l'acte comme un moyen de l'atteindre. Nous sommes là dans l'ordre des faits psychologiques : une idée agissant sur une volonté déterminant une résolution et une action » (1).

Lorsqu'une personne décide d'acheter un immeuble, c'est parce qu'elle a en vue soit de tirer des revenus de cet immeuble en le louant, soit de s'y loger elle-même ou d'y loger des parents : l'opération d'achat est le moyen d'atteindre l'une ou l'autre de ces fins.

Lorsqu'une autorité administrative interdit une manifestation sur la voie publique, c'est ou bien en vue de maintenir l'ordre public ou bien afin de brimer des adversaires politiques.

Ces exemples sont empruntés l'un au droit privé, l'autre au droit public. La conception subjective du but de l'acte administratif vaut, en effet, pour tous les actes juridiques. Les actes juridiques de droit public, les actes juridiques de droit privé sont tous orientés vers un certain résultat. Ils sont « finalisés », qu'il s'agisse de la prise d'une mesure de police ou de la conclusion d'un contrat.

Conforme à l'analyse classique de l'acte de volonté, la conception subjective du but de l'acte administratif s'accorde également à la vision généralement reçue de l'organisation juridique : « L'essentiel, écrit M. Vedel, c'est la coïncidence curieuse mais très compréhensible qui s'établit entre le point de vue sociologique

(1) EISENMANN : *op. cit.*, p. 394.

et le point de vue psychologique. Le droit doit réaliser certaines fins. La valeur des actes juridiques va donc, semble-t-il, dépendre du but qu'ils visent, de l'esprit dans lequel ils interviennent. La considération du but va donc être un des points de vue essentiels duquel s'appréciera la valeur de l'acte » (2).

La coïncidence entre le point de vue sociologique et le point de vue psychologique ne procède-t-elle point cependant d'un vice de raisonnement subtil mais réel ?

De l'idée que l'organisation juridique tire sa valeur de certaines fins qu'elle doit poursuivre, on ne peut déduire que ceci : à savoir la nécessité d'obtenir certains résultats : « De ce que la réalisation de certaines fins est le but final de l'organisation juridique, observe M. Vedel, que peut-on déduire touchant l'acte juridique ? Que cet acte doit être conforme à ces fins de façon objective. Mais, au fond, les intentions subjectives, le but psychologique de l'acte ne sont intéressants que dans la mesure où ils sont un moyen de contrôler cette réalisation objective. Ainsi un acte dont le but subjectif est une certaine fin sociale a plus de chances d'atteindre cette fin que l'acte qui poursuit une fin différente, encore qu'il faille faire la part de la maladresse qui peut s'opposer à pareil résultat. Mais ce que postule essentiellement la finalité de l'organisation juridique, ce sont certains résultats objectifs, non la poursuite de certains buts subjectifs » (3).

Les difficultés viennent de ce que l'on raisonne à partir de l'acte de droit privé et qu'on prétend transporter les résultats en droit public.

La finalité en droit privé est quelque chose d'assez vague. Les diverses fonctions des droits ne sont définies que de façon négative. Les directives de finalité ne sont que des directives de moralité. La finalité du droit privé n'étant qu'une directive imprécise ne peut se saisir que dans les éléments intentionnels et subjectifs des actes.

« En résumé, l'on peut dire que le point de vue de la finalité sociologique relatif aux fins du droit et celui de la finalité psychologique relatif aux fins du sujet de droit se confondent en droit privé essentiellement parce que la place faite à l'individualisme juridique est très large, parce que la finalité des droits privés est définie de façon très vague et surtout sous son aspect moral; seul un contrôle subjectif est possible parce que la finalité des droits n'est pas suffisamment objective. En droit privé, il y a coïncidence entre la finalité des institutions juridiques et l'aspect téléologique de l'acte de volonté » (4).

Mais si l'on se place dans un autre système juridique, la finalité de ces institutions peut se traduire par un autre procédé de contrôle

(2) Essai sur la notion de cause en droit administratif français, p. 435.

(3) *Eod. loc.*, p. 442.

(4) *Eod. loc.*, p. 443.

que le but; au fur et à mesure qu'elle se précise et s'objective, elle se concrétise en un contrôle des éléments non subjectifs de l'acte. C'est précisément, selon M. Vedel, ce qui se passe en droit public.

Le droit administratif, observe cet auteur, se différencie du droit privé tout d'abord, parce que sa fin objective est définie bien plus clairement, sinon avec beaucoup plus de précision : l'intérêt public ou l'utilité publique.

Il s'agit là d'une notion vague et changeante mais elle constitue du moins un principe d'action défini positivement et non plus négativement comme en droit privé. Le but d'intérêt public est, en soi, une notion objective. La directive d'utilité publique n'est pas l'existence d'un « certain état d'âme subjectif », mais l'existence d'une « correspondance de l'acte à certaines nécessités ». Dire que la mesure de police doit avoir pour but le maintien de l'ordre public, ce n'est pas essentiellement dire que l'agent qui prend la mesure doit avoir subjectivement cette pensée. Il est normal que la directive d'intérêt public se traduise par l'existence de certains antécédents objectifs de l'acte parce que c'est par rapport à ces antécédents objectifs que l'on pourra définir l'orientation de l'acte dans le sens de l'intérêt public. La définition de l'intérêt public concret aboutit vite à donner la prééminence à la traduction objective de la directive et la jurisprudence, à défaut du législateur, à une invincible tendance à opérer cette définition.

En somme, on voit se dégager une double notion de la finalité : la finalité subjective, la finalité objective : « La finalité subjective, c'est le but que l'agent s'est représenté, qu'il a voulu, vers lequel il a en ce sens orienté l'acte. La finalité objective, de fait (elle est dans les choses), c'est au contraire la destination vers laquelle l'acte tend par lui-même, de par ce qu'il est indépendamment des idées et volontés de son auteur » (5).

De fait, relativement au but de l'acte administratif, le droit semble poser deux séries de règles : des règles qui ou bien excluent la possibilité de chercher à atteindre un certain résultat au moyen de certains actes, ou bien n'admettent des actes que si, par eux, l'agent a visé un certain but et des règles qui exigent une correspondance objective entre l'acte accompli et la fin prévue par le droit. Les règles du premier groupe correspondent à une conception subjective du but, à la notion du but conçu et voulu par l'agent, les règles du second groupe, au contraire, correspondent à une conception objective du but. « Lorsqu'il s'agit de les appliquer, on considère l'acte comme tendant vers un certain but, que l'agent l'ait vu ou ne l'ait pas aperçu, ou négativement comme ne tendant pas vers un tel but, même si l'agent croit le contraire et a décidé

(5) EISENMANN : *op. cit.*, p. 405.

et accompli l'acte en raison de cette croyance parce qu'il voulait et pensait atteindre le but » (6).

Prenons un exemple : un des buts de la police est le maintien de l'ordre public. Les règles du premier groupe exigeront simplement que l'autorité de police, lorsqu'elle a pris une certaine décision, ait eu effectivement en vue de maintenir l'ordre public. Les règles du second groupe, au contraire, exigeront que la décision prise soit de nature, considérée dans ses rapports avec les circonstances de fait, à garantir le maintien de l'ordre public.

Il semble donc qu'il ne nous reste plus qu'à conclure à une hétérogénéité radicale des règles relatives au but de l'acte administratif.

Nous ne pouvons cependant éluder la question de savoir si le caractère dualiste de la réglementation de celui-ci n'est pas une simple apparence qui résulte du fait que l'on envisage le problème à des plans différents : le plan du fond de la réglementation et celui de la technique contentieuse.

En d'autres termes, le contrôle subjectif de la licéité ou de l'illicéité du but visé par l'agent n'est-il pas un simple procédé technique permettant de vérifier, dans une espèce déterminée, l'existence ou l'inexistence de motifs d'intérêt public ?

Cette question nous paraît devoir être résolue dans le sens de l'affirmative.)

Au fond, répétons-le, les intentions subjectives, le but psychologique de l'auteur de l'acte ne sont intéressants que dans la mesure où ils sont un moyen de contrôler la réalisation objective de la directive d'intérêt public. Ainsi, un acte dont le but subjectif est une certaine fin sociale, a plus de chances d'atteindre cette fin que l'acte qui poursuit une fin différente. Mais ce que postule essentiellement la finalité de l'organisation juridique, ce sont certains résultats objectifs, non la poursuite de certains buts subjectifs.

La prédominance du but de l'acte sur le but de l'auteur de l'acte, du but objectif sur le but subjectif, ressort d'une double série d'observations.

Dans certains cas, bien que l'on puisse arguer de la poursuite d'une fin illicite et ainsi, semble-t-il, invoquer l'existence d'un détournement de pouvoir, ce moyen n'est pas accepté comme cause d'annulation. Quand les vrais motifs de l'acte existent, l'acte vise nécessairement son but normal. Par conséquent, le pouvoir n'est pas et ne peut pas être détourné. Un autre but pourra être visé et peut-être atteint par l'agent. Mais cela n'empêche pas le vrai but d'être visé et, par conséquent, le pouvoir de conserver sa destination. Le moyen de détournement de pouvoir n'existe pas, parce que le pouvoir n'est pas détourné de son but lorsque les vrais motifs de l'acte existent matériellement et légalement. L'existence

(6) *Eod. loc.*, p. 404.

matérielle et légale des motifs entraîne la poursuite de la fin licite et la question du détournement de pouvoir ne se pose pas (7).

Dans un arrêt Gras rendu par le Conseil d'Etat le 11 janvier 1935 (R. p. 40), il s'agissait d'un retrait d'acte illégal. L'espèce pouvait s'analyser de la façon suivante : le motif légal du retrait est l'état d'illégalité de l'acte, son but est la répression de cette illégalité au moyen du retrait. Ainsi, dès lors que le motif, état d'illégalité, existe, le but, répression de l'illégalité, est visé et atteint par le retrait. Le pouvoir de retrait n'a pas été détourné de son but. Il a bien joué pour le but en vue duquel il avait été conféré. Il en reste ainsi même lorsque l'auteur du retrait a visé et atteint un but autre que la répression de l'illégalité. Car, bien qu'une fin illicite ait été poursuivie, le but objectif, le but régulier, le « vrai but », a été atteint. Le pouvoir n'a pas été détourné de son but. Il n'y a pas eu de détournement de pouvoir. Le moyen tiré du détournement de pouvoir ne peut pas être utilement invoqué (8).

La même analyse peut être faite pour l'arrêt de la Raudière et autres rendu par le Conseil d'Etat le 25 juin 1937 (R. p. 622). L'affaire portait sur un acte de délimitation des rivages de la mer. L'arrêt constate que la délimitation a été effectuée conformément aux dispositions réglementaires en vigueur. Cette constatation implique que le motif régulier, un besoin de délimitation du domaine public, existait. Dès lors, le but de délimitation qui est d'établir et de maintenir le domaine public dans l'état où il doit être, a été visé et atteint. Le pouvoir de délimitation a bien été exercé dans le but en vue duquel il avait été conféré, il n'a pas été détourné de son but, il n'y a pas eu de détournement de pouvoir. Si, par ailleurs, la délimitation a été exercée en vue de sauvegarder les intérêts du domaine privé de l'Etat, cela ne saurait entraîner l'annulation, car bien qu'on ait visé un but étranger à la délimitation, le vrai but a été atteint qui était d'assurer les limites du domaine public (9).

« Cette question d'existence du détournement de pouvoir, observait le doyen Bonnard, n'a pas encore été posée en matière d'acte de police. Mais elle peut très bien se poser et on la posera un jour.

(7) BONNARD, note R.D.P. 1933, p. 133.

(8) « Considérant que l'arrêté du 17 mars 1933 par lequel le ministre de l'Education nationale a nommé le sieur GRAS aux fonctions de directeur de l'Ecole nationale de Musique d'Aix-en-Provence a été pris par une autorité incompétente, que dès lors le ministre a pu, sans excès de pouvoir, « rapporter » l'arrêté précité par l'arrêté du 24 mars 1933; que ce dernier arrêté rapportant un précédent arrêté illégalement pris, le moyen tiré du détournement de pouvoir n'est pas de nature à entraîner l'annulation. »

(9) « Considérant qu'il n'est pas établi, ni même sérieusement allégué que la délimitation des domaines publics, maritimes, opérés par le décret attaqué ait été effectuée en violation des dispositions de l'ordonnance d'août 1681 sur la marine; que dans ces conditions, et alors même que le décret attaqué aurait été pris en vue de sauvegarder les intérêts du domaine privé de l'Etat, cette circonstance ne saurait entraîner l'annulation. »

Elle se posera dans les termes suivants : si un motif de police (trouble ou menace de trouble de l'ordre public) existe réellement, la mesure de police prise poursuivra nécessairement le but de police (maintien ou rétablissement de l'ordre public), bien que l'autorité de police ait envisagé, en plus, des buts autres que celui de police, par exemple la gêne ou le tort que la mesure de police va causer à un individu déterminé. Malgré cela, comme la poursuite du but de police a effectivement existé, le pouvoir de police n'a pas été détourné de son but. Il n'y a pas eu détournement de pouvoir, malgré le surplus d'intentions incorrectes de la part de l'autorité de police. »

L'annulation d'un acte administratif dont l'auteur a visé un but illicite sanctionne donc en réalité, et si l'on va au fond des choses, l'absence de motifs d'intérêt public puisque nous venons de voir que, au cas où ces motifs existent, le moyen tiré du détournement de pouvoir n'est pas recevable.

« La théorie du détournement de pouvoir, observait Michoud dès 1914, est beaucoup plus objective qu'elle ne paraît au premier abord. L'acte est annulé parce que, pris en lui-même, il n'a pas une cause licite. Il reste seulement que le plus souvent l'inexistence de cette cause est prouvée non plus directement, mais indirectement, par le fait que l'administrateur a laissé voir qu'il était guidé subjectivement par un motif illégitime » (10).

On pourrait montrer, de la même manière, que le rejet d'une requête tendant à l'annulation d'un acte dont l'auteur a visé un but licite, est le signe de la présence de motifs d'intérêt public puisque, au cas où ces motifs n'existeraient pas, l'acte serait annulé.

On nous objectera sans doute que dans cette dernière hypothèse, c'est-à-dire au cas d'annulation d'un acte administratif dépourvu de « vrais motifs », mais dont l'auteur aurait visé un but licite, l'annulation de l'acte ne serait pas prononcée pour détournement de pouvoir, mais pour manque de base légale. Le Conseil d'Etat ne viserait pas le détournement de pouvoir, mais considérerait, selon la formule classique, que les motifs qui ont déterminé l'auteur de l'acte à prendre la décision attaquée ne sont pas « de nature à justifier celle-ci ».

Ne serions-nous pas, dès lors, victime d'une confusion qui nous conduirait à assimiler détournement de pouvoir et manque de base légale, à mêler le problème du but de l'acte administratif et celui de la qualification de ces motifs ?

Il suffit, pour faire justice de cette objection, de se référer à la distinction que nous avons établie entre le point de vue de la technique contentieuse et celui du fond de la réglementation de l'acte administratif. Que le détournement de pouvoir et le défaut de base légale correspondent au plan du contentieux administratif

(10) MICHOD : *Etude sur le pouvoir discrétionnaire*, Revue générale d'administration, 1914, 11, 1915, 1, p. 212.

à des réalités jurisprudentielles différentes l'une de l'autre, on ne saurait le nier. Mais cette observation ne préjuge en rien la question de savoir si ces différences sont des différences de fond ou s'il ne s'agit pas plutôt de traductions contingentes d'un élément unique se situant au plan du fond du droit, c'est-à-dire au niveau de la structure même de l'acte administratif.

Deux ordres de faits permettent d'affirmer la parenté étroite des problèmes soulevés par-delà les simples différenciations contentieuses par le but de l'acte administratif et par sa base légale ou, si l'on préfère, par la qualification de ses motifs : d'une part, la difficulté qu'éprouve la doctrine à classer certains arrêts sous la rubrique du détournement de pouvoir ou sous celle de la fausse qualification; d'autre part, la disparition partielle du détournement de pouvoir au profit de la violation de la loi.

Dans une décision Connet, du 4 mai 1948 (R. p. 197), le Conseil d'Etat, à propos du pouvoir du ministre d'arrêter la liste des candidats admis à se présenter à un concours, déclare que « ce pouvoir ne peut s'exercer que pour des motifs tirés de l'intérêt du service, que pour refuser d'admettre le sieur Connet... à concourir pour le certificat d'aptitude à l'Inspection des Ecoles primaires, le ministre déclare... s'être fondé sur ce qu'à deux reprises le sieur Connet se serait rendu coupable de manquements à la neutralité scolaire, qu'il résulte de l'instruction que, dans les circonstances où ils se sont produits, aucun des faits reprochés au sieur Connet ne révèle à la charge du requérant dont l'enseignement n'a donné lieu à aucune critique, une attitude contraire au principe de neutralité scolaire de nature à justifier légalement la décision attaquée ».

« Il suffit de lire l'arrêt, écrit M. de Laubadère, pour se rendre compte que sous le nom de motifs, le Conseil d'Etat fait allusion (comme cela du reste n'est pas rare) au but de la décision en cause et sanctionne le détournement de pouvoir » (11).

En sens inverse, M. Rivero déclare : « En l'espèce, la question du détournement de pouvoir ne se trouve pas posée en termes exprès : n'est-elle pas, cependant, sous-jacente au débat ? Les faits que le ministre invoque à l'appui de sa décision, en sont-ils la véritable cause ? Le Conseil d'Etat n'a-t-il pas pensé qu'ils masquaient un grief plus profond, et que, dans cette affaire, c'est l'adhésion du requérant au catholicisme qui était le vrai motif du barrage qu'on opposait à sa candidature ? Si les circonstances de l'affaire ne permettent pas d'écarter cette interprétation, rien, dans l'arrêt, ne la confirme. Il s'en tient à l'examen des seuls griefs formellement retenus par les observations ministérielles. La matérialité des faits n'étant pas davantage en cause, le débat se ramène à un problème de qualification » (12).

(11) *Traité élémentaire de droit administratif*, p. 227, note 5.

(12) Note S. 1949, 3, 42.

Le Conseil d'Etat a d'ailleurs recours, dans certains arrêts, indifféremment à la notion de détournement de pouvoir ou à celle de violation de la loi. Etudiant l'arrêt Chatelard rendu par le Conseil d'Etat le 26 octobre 1949 (R. p. 704), M. de Soto écrit : « Cet arrêt est intéressant, car il montre bien les rapports étroits qui peuvent exister entre la violation de la loi et le détournement de pouvoir. Parmi les raisons d'être d'une mesure de mise à la retraite prise en application de la loi du 14 avril 1924, l'instruction a montré qu'il y avait le comportement politique du fonctionnaire de 1940 à 1943; pareil « motif déterminant » est seulement de nature à donner lieu à l'application des dispositions de la législation sur l'épuration administrative, mais non pas à celle de la législation sur les retraites : la décision attaquée est donc illégale. Le Conseil d'Etat aurait pu dire aussi que le ministre avait poursuivi un but autre que celui qui peut seul justifier une mise à la retraite en application de la loi de 1924 » (13).

Il y a donc un lien étroit entre le motif objectif qui peut servir de base à l'ouverture de la violation de la loi et le but subjectif qui peut servir de base au détournement de pouvoir. On peut formuler le même grief dans un langage objectif et dans un langage subjectif. Dans l'hypothèse d'un fonctionnaire frappé d'une sanction disciplinaire injustifiée, on pourra traduire de deux manières cette absence de justification de la mesure disciplinaire : ou bien dire qu'il y a violation de la loi par défaut de motif objectif, la faute disciplinaire n'ayant jamais existé, ou bien dire qu'il y a détournement de pouvoir par perversion du but subjectif, l'auteur de la mesure n'ayant pas eu comme but de frapper un coupable, mais en réalité d'assouvir une rancune.

Ceci explique l'effacement progressif du détournement de pouvoir dans l'histoire du contentieux administratif.

Tant qu'il a été admis que le juge de l'excès de pouvoir ne pouvait pas contrôler les motifs de l'acte entrepris, il a été avantageux pour les requérants d'invoquer le détournement de pouvoir, parce que ce procédé leur permettait d'atteindre un résultat identique.

Un exemple classique en matière de détournement de pouvoir a été longtemps fourni par l'arrêt Maugras du 16 novembre 1900 (R. p. 617) : un agent de police inflige une contravention à une débitante de boissons. Le maire de la localité frappe à son tour l'agent de police d'une peine disciplinaire (la raison en étant dans le fait que le maire voyait dans la débitante de boissons un agent électoral). L'agent de police ainsi frappé forme un recours pour excès de pouvoir et obtient l'annulation de la mesure disciplinaire l'atteignant. Le Conseil d'Etat motive ainsi sa décision : « S'il n'appartient pas au Conseil d'Etat de rechercher les motifs des décisions prises par les maires dans l'exercice de leurs fonctions,

(13) Note R.D.P. 1950, p. 448.

il résulte des termes mêmes de la lettre du maire de Denain qu'en frappant d'une peine disciplinaire l'agent Maugras, ledit maire a agi dans un but autre que la sauvegarde des intérêts qui lui sont confiés. »

Le Conseil d'Etat, à cette époque, ne se reconnaissait donc pas le droit de décider si l'agent Maugras avait ou non commis la faute qu'on lui reprochait; par conséquent, il n'aurait pas annulé pour violation de la loi en raison de l'absence des griefs invoqués. Mais il trouve dans le dossier des éléments établissant que l'intention du maire a été de faire plaisir à une de ses protégées et non pas de faire régner la discipline dans le service.

« Aujourd'hui, écrit M. Vedel, l'agent Maugras établirait qu'il ne lui est reproché aucun fait de nature à constituer une faute ou tout simplement que les fautes alléguées sont des fautes inexistantes et le Conseil d'Etat, sans avoir à se demander quelle était l'intention subjective du maire de Denain, annulerait simplement pour manque de motif objectif, ou, comme disent les arrêts, de base légale, ou, comme on dit quelquefois, de cause juridique. La conséquence en est donc que le détournement de pouvoir a perdu de son importance parce que la plupart des recours qu'on aurait, il y a une quarantaine d'années, basés sur le détournement de pouvoir, le sont aujourd'hui sur la violation de la loi. Dans beaucoup de cas, il est sans intérêt d'invoquer la mauvaise foi, l'intention coupable de l'auteur de l'acte maintenant que le juge de l'excès de pouvoir peut contrôler la matérialité des faits invoqués ou la qualification qui leur a été donnée » (14).

Les difficultés que la doctrine éprouve à ranger certains arrêts dans la catégorie du détournement de pouvoir ou dans celle de la violation de la loi pour manque de base légale, l'effacement progressif de celui-là au profit de celle-ci nous ont paru les signes révélateurs, au plan du contentieux administratif, de la parenté étroite, nous serions presque tenté de dire de l'identité du but de l'acte administratif et de sa base légale. Mieux encore, ces signes sont venus confirmer le caractère objectif du but de l'acte administratif.

Mais que l'on ne tire pas de ces constatations des conséquences erronées. Que l'on ne conclue pas, en particulier, de l'identité du but considéré comme un élément objectif et de sa base légale à l'identité des procédés contentieux destinés à assurer leur sanction, c'est-à-dire du contrôle du détournement de pouvoir et de la qualification des motifs. Cela ne serait peut-être pas inexact, mais demanderait à être précisé. Bien plutôt qu'identiques, le contrôle du détournement de pouvoir et celui de la qualification sont complémentaires. Ils se recouvrent parfois l'un l'autre, mais

(14) Cours de droit administratif, lic. 2^e année, 1953-1954, p. 675.

parfois aussi s'écartent l'un de l'autre et contribuent de concert à assurer un contrôle objectif du but de l'acte (15).

Le contrôle de détournement de pouvoir, tel qu'il se présente dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, est un procédé de contrôle subjectif. Qu'il vise à vérifier l'existence de motifs d'intérêt public, grâce, notamment, à la possibilité que le juge se réserve d'examiner les motifs de l'acte, nous l'avons dit. Mais si, pour une raison quelconque, la juridiction administrative se refusait à examiner ces motifs, en une matière donnée, si elle se bornait à exercer un contrôle de la licéité de la fin poursuivie par l'agent, de la régularité du but visé subjectivement par l'auteur de l'acte, il serait radicalement erroné de penser que ce contrôle équivalait à un contrôle de la qualification des motifs.

Il laisserait inexploré tout un secteur de l'acte.

Il est possible, en effet, et nous nous sommes suffisamment étendu sur ce point pour ne pas avoir à y revenir, que les motifs ayant été inexactement appréciés, l'acte tende de lui-même vers un but illicite, et cela encore que l'agent ait subjectivement poursuivi une fin licite.

Mais il ne s'agit là que d'un cas limite qui, pour intéresser qu'il soit au plan contentieux, ne doit point dissimuler que, au niveau de la structure même de l'acte, le but est un élément objectif qu'il est possible d'assimiler à la base légale de l'acte.

Du point de vue du fond de la réglementation de l'acte administratif, le problème du but de l'acte se ramène donc à celui de la qualification de ses motifs.

Mais définir le but de l'acte administratif comme une catégorie de motifs objectifs, c'est laisser entendre que le pouvoir discrétionnaire ne se manifeste pas, relativement au but de l'acte, sous une forme différente de celle qu'il revêt lorsqu'il affecte ses motifs. Nous allons le démontrer.

On doit distinguer deux types de pouvoirs juridiques.

Les uns peuvent être mis en œuvre dans n'importe quel but, pourvu que celui-ci ne soit pas contraire aux exigences de l'intérêt public. Dès l'instant, par exemple, où il sera démontré que l'agent n'a pas agi à des fins personnelles ou politiques, le juge administratif laissera cet agent libre de concrétiser la directive générale d'intérêt public en un but d'ordre public ou de salubrité publique.

Les autres pouvoirs, au contraire, ne peuvent être utilisés que pour atteindre certaines fins plus ou moins nombreuses. Un grand nombre de pouvoirs relèvent de cette seconde catégorie. Les agents habilités à les mettre en œuvre ne peuvent le faire à n'importe quelle fin, mais dans certaines limites de but plus ou moins larges.

(15) Il semble, en particulier à l'heure actuelle, que le contrôle de la licéité ou de l'illicéité du but subjectif visé par l'agent soit pour le Conseil d'Etat un moyen lui permettant de conclure que les motifs objectifs ont ou non été « déterminants ».

Ceci posé, il faut relever aussitôt qu'il est indifférent, au regard de la localisation du pouvoir discrétionnaire dans l'acte administratif, que l'on se trouve dans l'une ou l'autre de ces hypothèses.

Il faut insister sur cette idée, car elle est susceptible de susciter des résistances. Et cependant elle découle logiquement de notre analyse du but de l'acte administratif.

Il faut, en effet, rappeler une observation essentielle que nous faisons en conclusion de cette analyse : à savoir que le but d'un acte administratif peut s'analyser en une catégorie de motifs objectifs. Ceci étant, supposons qu'un agent ne puisse prendre une décision déterminée que dans un but également déterminé. Cela signifie que cet agent peut prendre la décision en question pour l'un quelconque des motifs objectifs qui correspondent à ce but. Son pouvoir discrétionnaire s'analyse en un libre choix du motif auquel doit correspondre l'objet de la décision. Que l'agent ne doive agir que dans un but de police, par exemple, implique sans doute que les motifs, les antécédents objectifs de l'acte soient des motifs de police. Mais rien de plus. Dès lors, et encore que dans cette hypothèse il y ait eu fragmentation de la directive d'intérêt public, les situations qui pourront traduire le but de police sont sinon innombrables et illimitées comme elles le seraient si l'intérêt public n'avait pas été défini avec précision, du moins suffisamment nombreuses pour que l'agent ait le choix de la situation objective à laquelle l'acte doit correspondre.

Supposons maintenant qu'un agent puisse prendre une décision déterminée, à son gré, dans tel ou tel but. Qu'est-ce à dire ? Sinon que cet agent pourra prendre cette décision pour l'un quelconque des motifs objectifs qui correspondent à ces buts.

Donc, et en dernière analyse, le pouvoir discrétionnaire d'un agent, sous le rapport du but de l'acte, s'analyse en un libre choix par cet agent du motif objectif auquel doit correspondre l'objet de celui-ci.

La même conclusion s'impose au cas où un agent peut prendre plusieurs décisions, ce qui nous ramène à une hypothèse précédemment étudiée (16).

(16) Voir p. 21.

CHAPITRE IV

LA NOTION DE POUVOIR DISCRETIONNAIRE DANS L'ACTE ADMINISTRATIF

Nous avons étudié la façon dont le pouvoir discrétionnaire affecte chacun des éléments de l'acte administratif.

Le moment est venu de synthétiser les résultats que nous a livrés la recherche analytique que nous avons menée jusqu'ici.

La similitude des formes que revêt le pouvoir discrétionnaire quel que soit l'élément de l'acte auquel il se rapporte, nous invite, en effet, à dégager une notion du pouvoir discrétionnaire dans l'acte administratif.

Cette notion se réfère à l'élément : correspondance de l'objet de l'acte avec les motifs.

C'est dans la libre adéquation de l'objet de l'acte administratif aux antécédents objectifs de cet acte que réside le pouvoir discrétionnaire. La notion du pouvoir discrétionnaire dans l'acte administratif est l'expression d'une relation entre ces deux éléments de l'acte. Elle s'analyse en une libre détermination par l'agent du motif auquel doit correspondre l'objet de la décision.

Cette notion est affectée d'une certaine imprécision. Elle nous permet de saisir en quelque sorte intuitivement la présence du pouvoir discrétionnaire dans un acte plutôt qu'elle ne nous livre de ce pouvoir une définition précise.

Un examen, même sommaire, laisse apparaître, en effet, qu'elle est susceptible de recouvrir les situations les plus diverses. Dès l'instant où un agent jouira d'une certaine marge de liberté dans l'adéquation de l'objet de l'acte au motif, nous dirons qu'il a « du pouvoir discrétionnaire », et cela quelle que soit l'étendue de cette liberté. Dès lors, il nous faudra ranger sous la même rubrique le pouvoir discrétionnaire de l'agent qui a la faculté de prendre une décision déterminée pour tel motif qu'il juge à bon et celui de l'agent qui ne peut user de ses pouvoirs que pour une fin impérativement définie.

Au demeurant, cette remarque ne doit point surprendre.

Le problème du pouvoir discrétionnaire étant susceptible de se poser à propos de chacun des éléments de l'acte administratif, il nous est apparu que la méthode la plus rationnelle consistait à analyser les éléments de cet acte et à étudier les formes que revêtait l'indétermination juridique selon qu'elle affectait son objet, ses motifs ou son but. Nous avons alors constaté que dans chaque cas le pouvoir discrétionnaire pouvait s'analyser en une libre adéquation de l'objet de l'acte à ses motifs et qu'il était ainsi possible de dégager une « notion » du pouvoir discrétionnaire dans l'acte administratif.

Mais un tel essai de synthèse, s'il a l'avantage de ramener à l'unité les différents « types » de pouvoir discrétionnaire, présente aussi des inconvénients qu'il serait vain de dissimuler.

Désirant mettre l'accent sur les similitudes de fond, il est conduit à négliger les différences de formes.

Visant à une formulation unitaire, il se condamne à laisser échapper certains aspects de la réalité dont il prétend rendre compte.

Bref, notre définition demande à être précisée et complétée.

Nous avons montré d'abord que le pouvoir discrétionnaire, qu'il se rapporte à l'objet de l'acte ou à ses motifs, pouvait s'analyser en une libre adéquation de l'objet aux motifs. Mais cette identification, qui se situe au plan de l'analyse logique et formelle de la notion de pouvoir discrétionnaire dans l'acte administratif, ne saurait dissimuler qu'il s'agit là de deux types différents qui correspondent : l'un à l'appréciation du fait, l'autre à l'appréciation de l'opportunité, si du moins l'on se réfère à la terminologie habituellement utilisée par la doctrine.

Prenons, pour éclairer cette distinction, l'exemple de la sanction infligée à un fonctionnaire qui a commis une faute disciplinaire. L'appréciation du fait est l'appréciation du point de savoir si, dans les circonstances particulières de l'espèce, les agissements du fonctionnaire constituaient une faute disciplinaire. L'appréciation de l'opportunité répond à la question suivante : quelle est la sanction qui doit être infligée pour punir cette faute ?

Il est ensuite une source de pouvoir discrétionnaire irréductible à l'une de celles dont l'analyse des éléments de l'acte administratif nous a révélé l'existence.

C'est à M. Eisenmann que revient d'avoir avec le plus de vigueur attiré l'attention sur elle : il existe, selon cet auteur, un facteur de pouvoir discrétionnaire qui concerne la règle prise dans son type : toute règle simplement « habilitatrice » et non « impérative », toute règle de pur pouvoir et non d'obligation est, par elle-même, un principe de pouvoir discrétionnaire. Toute règle en « peut » ou « pourra », et non pas en « doit » ou « devra », inclut du pouvoir discrétionnaire, même si les trois éléments à envisager ultérieurement sont absolument déterminés.

Prenons l'exemple d'une règle qui prévoit qu'une certaine décision pourra être prise dans une certaine circonstance, à une certaine fin, donc une règle qui sous l'angle de l'objet de l'acte, de ses motifs, de son but, ne comporte aucune indétermination. Cette règle ne prescrit pas à l'organe qu'elle concerne de prendre la décision en question dans le cas et pour la fin qu'elle prévoit. Simplement, elle l'y autorise. L'organe pourra prendre cette décision, il aura la faculté de la prendre. A son gré, il pourra faire l'acte ou ne pas le faire. La jurisprudence relative à l'application de la loi du 16 août 1940 offre un exemple tout à fait caractéristique de ce type de pouvoir discrétionnaire.

Cette loi, aujourd'hui disparue, subordonnait toutes les mutations immobilières à une autorisation préfectorale, mais elle demeurait muette sur les circonstances en fonction desquelles l'autorité préfectorale pouvait ou non refuser les autorisations demandées. Or, le Conseil d'Etat a jugé que les refus d'autorisation ne pouvaient être opposés que pour certains motifs, paraissant ainsi transformer en une compétence liée une compétence qui, à lire la loi, semblait manifestement discrétionnaire. « De deux choses l'une, écrivait M. Morange : ou des motifs légaux de refuser l'autorisation existent et le préfet doit refuser, ou des motifs n'existent pas et l'autorisation doit, dans ce cas, être accordée. Il ne reste donc à l'administration aucun pouvoir discrétionnaire » (1).

Cette interprétation devait pourtant être infirmée par un arrêt du Conseil d'Etat Folin, 2 mai 1945 (R. p. 88), qui décida que même en admettant que l'acquisition réalisée ait eu un caractère spéculatif, il appartenait à l'administration d'apprécier l'opportunité d'accorder ou de refuser son autorisation.

Les règles de « pur pouvoir » constituent, en effet, une donnée immédiate et directe de la législation, soustraite à l'emprise du juge administratif qui, s'il peut, nous le verrons, réglementer l'action de l'administration en cas de silence du législateur, ne peut cependant aller à l'encontre de sa volonté clairement exprimée.

A ce titre, elles ne présentent, au regard d'un essai de systématisation de la jurisprudence du Conseil d'Etat, qu'un intérêt limité (2).

Il convenait cependant de signaler leur existence; nous éviterons ainsi de confondre les limites imparties par la législation au contrôle du juge et celles qui lui sont imposées à un titre distinct dont une « théorie » du pouvoir discrétionnaire doit précisément rendre compte.

Notre définition du pouvoir discrétionnaire dans l'acte administratif ainsi précisée et complétée, il est possible de la confronter avec les définitions proposées par les auteurs de droit administratif.

(1) D. 1945, p. 229.

(2) Voir conclusion.

Le doyen Bonnard estime qu'il n'y a pas de pouvoir discrétionnaire pour l'appréciation de l'existence légale ou matérielle des motifs (3). Le Conseil d'Etat contrôle non seulement les erreurs de droit, mais aussi les erreurs de fait qui ont pu être commises et qui font que les motifs sont, en réalité, inexistantes. Pour le but, il n'y a jamais pouvoir discrétionnaire, ni pour le déterminer, ni pour apprécier si l'acte poursuit réellement le but prévu. Le Conseil d'Etat est toujours juge du détournement de pouvoir, c'est-à-dire du but visé par l'acte.

Que restera-t-il au pouvoir discrétionnaire ?

L'appréciation de la valeur du motif et la détermination de l'objet de la décision.

Il y aura lieu d'apprécier d'abord si cette situation, cet acte qui constituent le motif ont une existence légale ou bien, suivant le cas, s'ils ont une existence légale. Puis il pourra encore être nécessaire d'apprécier la qualité, les caractères de ces choses qui constituent les motifs. Il s'agit alors d'une appréciation non plus de « l'existence », mais de « la valeur » des motifs.

La seconde opération porte sur l'objet même de l'acte, sur la décision qui sera prise. Cette appréciation va consister à concevoir d'abord s'il faut prendre une décision, puis à fixer le contenu de la décision qui convient par rapport aux motifs, tels qu'ils ont été appréciés en existence et en valeur. En effet, l'acte juridique étant provoqué par certains motifs, devra être adéquat à ces motifs. La décision doit être telle qu'elle s'adapte aux éléments d'où elle procède. Si donc plusieurs décisions sont possibles, il faudra apprécier quelle est celle qui convient d'après les motifs. « C'est là ce qu'on appelle spécialement l'opportunité d'une décision ou d'une abstention, leur bien-fondé. Une décision ou une abstention sont opportunes lorsque les motifs ayant été exactement appréciés, elles cadrent avec ces motifs. »

Appréciation du fait, choix entre l'action et l'abstention, appréciation de l'opportunité de la mesure à prendre, nous retrouvons dans l'analyse du doyen Bonnard les éléments de notre définition.

La définition que propose M. de Laubadère, qui s'inspire de l'analyse du doyen Bonnard, recouvre d'ailleurs encore plus exactement notre définition.

« Dans l'analyse de l'acte administratif que nous avons retenue, écrit-il, les notions de pouvoir discrétionnaire ou lié ne se réfèrent pas à n'importe quel élément, mais seulement à l'élément objet de l'acte, et encore de façon plus précise à l'élément correspondance de cet objet avec les motifs — ou circonstances de fait —. Dans l'hypothèse du pouvoir lié, la loi dit à l'administrateur : vous ne pouvez prendre telle ou telle décision que pour tel motif (c'est-à-dire si telle ou telle circonstance de fait est réalisée). Dans

(3) *Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir*, R.D.P. 1923, p. 363.

l'hypothèse du pouvoir discrétionnaire, la loi dit à l'administrateur : vous pouvez prendre telle ou telle décision, et vous apprécierez vous-même dans quel cas vous devez prendre l'une plutôt que l'autre » (4). Le pouvoir discrétionnaire dans l'acte administratif s'analyse donc, selon M. de Laubadère, en une libre détermination du motif auquel doit correspondre l'objet de l'acte.

Devons-nous conclure que notre analyse du pouvoir discrétionnaire dans l'acte administratif rejoint celle du doyen Bonnard et de M. de Laubadère ?

Il faut répondre par la négative. Ces deux auteurs écartent en effet de leur démonstration tout ce qui a trait au but de l'acte : « Le contrôle du détournement de pouvoir, écrit M. de Laubadère, est toujours possible à l'égard de toute espèce d'acte administratif parce que n'importe quel acte administratif doit toujours poursuivre au moins un but d'intérêt général; mais ce n'est que par une sorte d'abus de mots que l'on exprime cette règle en disant qu'en matière de but il n'y a jamais de pouvoir discrétionnaire. En réalité, ce contrôle et cette limitation constituent, tout au plus, une compensation du pouvoir discrétionnaire, mais non une restriction apportée à celui-ci, puisqu'ils ne concernent pas les éléments de l'acte sur lesquels se localise la notion de pouvoir discrétionnaire » (5).

L'idée qui sous-tend l'analyse du doyen Bonnard et celle de M. de Laubadère est l'idée que la compétence de l'agent est toujours liée relativement au but de l'acte.

L'agent est, en effet, toujours, au minimum, contraint d'agir dans un but d'intérêt public.

Mais l'existence de cette obligation n'est nullement exclusive de celle d'un large pouvoir discrétionnaire. La nécessité pour un agent public d'agir dans un but d'intérêt public lui laisse, en effet, le libre choix du but concret en vue duquel il agit (ordre public...). Cette remarque ne fait d'ailleurs nullement obstacle à ce que l'on définisse le pouvoir discrétionnaire comme se référant à l'élément : correspondance de l'objet de l'acte avec les motifs, si l'on veut bien se souvenir que, dans l'analyse de l'acte administratif que nous avons retenue, le but de l'acte se ramène à ses motifs, et le pouvoir discrétionnaire relatif au but au pouvoir discrétionnaire relatif aux motifs.

Une conception dualiste du but de l'acte et de ses motifs, jointe au souci de faire intervenir le but dans la définition du pouvoir discrétionnaire, conduit M. Eisenmann à présenter une définition pluraliste de ce pouvoir (6).

Cet auteur recherchant où la « discrétionnalité » est susceptible

(4) *Op. cit.*, p. 222.

(5) *Op. cit.*, p. 225.

(6) *Op. cit.*, p. 444.

de se localiser dans l'acte administratif montre qu'elle peut résulter :

1° Du type même de la règle : toute règle qui dit qu'un agent « peut », « pourra », et non pas « doit », « devra », contient déjà du pouvoir discrétionnaire;

2° De la façon dont est réglementé ou n'est pas réglementé l'un des différents éléments de l'acte administratif qui sont, pour utiliser la terminologie employée par M. Eisenmann, le fond des normes, les conditions objectives de leur édicition, le but de leur édicition, et qui correspondent à ce que nous avons appelé : l'objet de l'acte, ses motifs, son but.

Il peut donc exister, selon l'auteur, un pouvoir discrétionnaire sous le rapport du but de l'acte. Mais cette observation laisse intacte notre définition du pouvoir discrétionnaire pour les raisons que nous avons développées plus haut.

C'est donc la méconnaissance des rapports qui existent, nous semble-t-il, entre le but de l'acte et ses motifs, qui conduit M. Eisenmann à proposer une définition différente de celle que nous avons retenue, comme elle conduit le doyen Bonnard et M. de Laubadère à passer sous silence une source de pouvoir discrétionnaire.

Mais si, comme nous le pensons, le pouvoir discrétionnaire se présente sous le même aspect quel que soit l'élément de l'acte administratif qu'il affecte, on pressent que sont promises à l'échec les tentatives qui s'efforcent de faire d'une distinction entre les différents aspects de l'acte administratif le principe d'une distinction entre le pouvoir discrétionnaire et la compétence liée; dès l'instant, en effet, où l'on admet qu'il n'existe entre le pouvoir discrétionnaire relatif au but de l'acte et le pouvoir discrétionnaire relatif aux motifs qu'une simple différence de degré, non une différence de nature, on admet, du même coup, que le juge administratif peut faire passer l'administration, sans qu'aucun obstacle ne s'y oppose, d'une compétence liée quant au but à une compétence liée quant aux motifs.

Selon M. Réglade (7), certains éléments de l'acte relèveraient du contrôle du juge administratif, juge de « la légalité »; les autres seraient du ressort de l'administration, seul juge de « l'opportunité ».

La « légalité », ce serait l'ensemble des éléments de l'acte prévus par le droit et qui doit posséder l'acte pour être conforme à celui-ci. Ils seraient au nombre de quatre : l'acte doit être fait dans la forme prévue par la loi; son auteur doit être compétent pour le faire; l'acte, par son objet, doit être conforme au droit; l'auteur de l'acte doit avoir pour but celui que la loi avait en vue en lui donnant sa compétence.

« L'opportunité », ce serait l'ensemble des circonstances non

(7) Du prétendu contrôle juridictionnel de l'opportunité, R.D.P. 1925, p. 413.

prévues par le droit et qui sont laissées à l'appréciation de celui qui fait l'acte : elles seraient au nombre de trois : les motifs de l'acte; la possibilité pour l'administrateur, en présence de certains motifs, d'agir de la façon qu'il juge bon, ou même de s'abstenir; le choix du moment.

Cette analyse doit être rejetée.

Il serait inexact, en effet, de considérer que certains éléments de l'acte échappent par leur nature au contrôle juridictionnel et de croire que le pouvoir discrétionnaire serait susceptible de se laisser réduire à cette immunité.

Sans doute, à un certain stade du développement historique du recours pour excès de pouvoir, le juge administratif se refusait-il à exercer son contrôle sur certains éléments de l'acte, de telle sorte qu'il pouvait paraître légitime d'assimiler les notions de « pouvoir discrétionnaire » et d'« immunité juridictionnelle » de ces éléments. L'acte purement administratif est alors, en effet, « celui qui échappe à l'emprise contentieuse en suscitant des griefs que le contrôle juridictionnel est impuissant à relever... ». L'acte purement administratif, en ce sens, est celui qui, attaqué dans sa régularité par des moyens que nous appellerions aujourd'hui de droit objectif, échappe à l'emprise du juge parce que les griefs élevés contre lui se placent au-delà des bornes que le Conseil assigne à sa compétence directe. Le Conseil se charge, en effet, de poursuivre régulièrement l'excès de pouvoir (qui consiste en l'incompétence), dans plusieurs cas le vice de forme, quelques très rares fois la violation de la loi; mais le réclamant qui entend aborder l'acte par un autre côté, doit s'adresser au ministre intéressé. La qualification administrative de l'acte se prend donc de ce qu'il suscite des griefs qui ne peuvent trouver à s'exprimer que dans la hiérarchie de l'administration active... (8).

« En définitive, puisque, en ce sens, il naît centralement de la juridiction de l'excès de pouvoir et des limites qu'elle ne saurait franchir pour l'instant, l'acte de pure administration peut être considéré comme la traduction retournée de la juridiction d'excès de pouvoir » (9).

Ces limites franchies, et le contrôle juridictionnel s'exerçant sur le but de l'acte et sur ses motifs, il se révélait impossible d'assimiler plus longtemps les deux notions de pouvoir discrétionnaire et d'immunité juridictionnelle de certains éléments de l'acte administratif.

Aussi bien M. Réglade ne songe-t-il pas à contester que les motifs de l'acte administratif puissent faire l'objet d'un contrôle juridictionnel (10). Il reconnaît que le Conseil d'Etat examine les motifs pour faire apparaître le détournement de pouvoir, mais le

(8) LANDON : *Aux sources du recours pour excès de pouvoir*, p. 55.

(9) *Eod. loc.*, p. 57.

(10) *Op. cit.*

but étant, selon lui, un élément de légalité, l'examen des motifs n'a en vue que le contrôle de la légalité. Il admet de même que la Haute Juridiction examine les motifs lorsqu'ils font apparaître une erreur de droit ou une erreur de fait; dans ces cas, encore, le Conseil d'Etat reste dans le contrôle de la légalité: les motifs ne sont plus dans ces cas un élément de l'opportunité, ils deviennent un élément de légalité.

Si, lorsque le Conseil d'Etat apprécie l'existence des motifs, il n'y a pas de restriction au pouvoir discrétionnaire de l'administration, il en va tout autrement lorsqu'il apprécie la valeur des motifs.

Dans ce cas, observe M. Réglade, l'administration n'a plus « le choix des motifs »; il ne suffit pas qu'il y ait un motif, il faut qu'il y ait celui que la loi impose. Mais alors, précisément parce que la loi elle-même indique expressément le motif, celui-ci devient un élément de la légalité. Or, selon M. Réglade, le Conseil d'Etat ne contrôle la valeur des motifs que quand il y a une telle disposition de la loi. Donc, on ne peut l'accuser d'apprécier l'opportunité de l'acte: en appréciant la valeur des motifs en pareil cas, c'est bien la légalité seule qu'il contrôle.

On voit la conversion sensible que M. Réglade est amené à faire subir à ses observations primitives.

Après avoir posé en principe que les motifs de l'acte administratif relevaient de la seule opportunité alors que les autres éléments de l'acte étaient du ressort de la légalité, il est amené à constater que le juge administratif contrôle, dans certaines hypothèses, non seulement l'existence matérielle et légale de ces motifs, mais leur valeur. Seulement, il n'abandonne pas pour autant l'opposition légalité-opportunité; il la rejoint par une autre voie en observant que, dans ces hypothèses, le Conseil d'Etat ne sort pas de son rôle de juge de légalité, puisqu'il est possible de rattacher ce contrôle à la loi ou à un texte.

L'opposition légalité-opportunité ne se ramène donc plus à une distinction opérée au sein des divers éléments de l'acte administratif. On admet qu'il n'est aucun de ces éléments qui, de principe, échappe au contrôle du juge. Mais on corrige aussitôt cette observation en faisant remarquer que le contrôle du juge n'excède jamais les limites tracées par le législateur.

Présentée sous cette forme, l'opposition légalité-opportunité ne vise plus à définir le pouvoir discrétionnaire sur la base d'une distinction opérée au sein des éléments de l'acte. Elle se ramène à la distinction de l'opportunité légalement définie et de l'opportunité laissée à la libre appréciation de l'agent. Elle implique qu'il appartient au seul législateur de définir la première et conteste au juge le droit de contrôler la seconde. En dernière analyse, elle vise à définir le pouvoir discrétionnaire dans l'activité de l'administration comme le résultat d'une indétermination

de la seule réglementation « légale ». A ce titre, elle ne relève plus de l'étude du pouvoir discrétionnaire dans l'acte administratif.

Cette étude nous a permis de constater que les éléments de l'acte administratif se ramènent essentiellement à son objet et à ses motifs, et que le pouvoir discrétionnaire, quel que soit son point d'insertion dans l'acte administratif, s'analyse en une libre adéquation de l'objet de l'acte à ses motifs.

L'autorité administrative possède-t-elle sous ce rapport une quelconque parcelle de liberté, elle a du pouvoir discrétionnaire; n'en possède-t-elle aucune, sa compétence est liée. Nous sommes en possession de l'instrument d'analyse qui va nous permettre d'opérer dans l'action de l'administration le départ entre le pouvoir discrétionnaire et la compétence liée.

DEUXIEME PARTIE

LE POUVOIR DISCRETIONNAIRE
DANS L'ACTION DE L'ADMINISTRATION

La conception classique du pouvoir discrétionnaire en droit administratif français envisage ce pouvoir comme « une notion négative » qui ne se définirait que par son contraire.

Les auteurs ne conçoivent le pouvoir discrétionnaire que par opposition à ce qu'ils appellent tantôt « la règle de droit », tantôt « la légalité », tantôt « la réglementation juridique ».

« Il y a pouvoir discrétionnaire, écrit Michoud, toutes les fois qu'une autorité agit librement, sans que la conduite à tenir lui soit dictée à l'avance par une « règle de droit » (1).

« Nous avons cru pouvoir soutenir », observait en 1937, dans une thèse consacrée à *L'évolution de la notion de pouvoir discrétionnaire*, un disciple du doyen Duez, M. Lodovici, « que, au lieu de prouver l'existence du pouvoir discrétionnaire et de rechercher son critère, l'analyse juridique devrait plutôt s'attacher à déterminer les frontières de la légalité, car c'est là où la légalité finit que commence le pouvoir discrétionnaire. Le problème du pouvoir discrétionnaire est un problème négatif qui ne peut être convenablement résolu que si l'on connaît d'abord les limites exactes de la légalité elle-même » (2).

« La source de la discrétionnalité, observe enfin M. Eisenmann, c'est l'absence de détermination rigoureusement impérative, stricte de l'action, c'est l'incomplète ou l'imparfaite détermination de la « réglementation juridique »; en bref, c'est l'indétermination de la réglementation juridique. Par conséquent, toute règle qui ne détermine pas strictement l'action qui doit être accomplie par le sujet, est une source de discrétionnalité » (3).

Certains auteurs définissent donc le pouvoir discrétionnaire comme le résultat « d'une indétermination de la règle légale », c'est-à-dire de la règle législative; d'autres voient dans cette notion le résultat de « l'indétermination de la règle de droit » (entendons par là de la règle légale et jurisprudentielle).

Prenons conscience de la portée de ces définitions. Définir le pouvoir discrétionnaire comme le résultat de l'indétermination de la règle légale, c'est admettre implicitement que le contrôle du juge administratif se rattache en toute hypothèse à un texte de

(1) *Op. cit.*, p. 9.

(2) P. 10.

(3) *Op. cit.*, p. 429.

loi, qu'il ne s'exerce jamais qu'en deçà des limites tracées par la réglementation légale.

Or, observe M. Vedel, « il est bien certain que, quelle que soit la subtilité des analyses des auteurs attachés à montrer que partout où il y a contrôle, c'est qu'il y a des questions de « légalité » en jeu..., quelle que soit leur autorité, l'examen de la jurisprudence laisse l'impression indéfinissable que le Conseil d'Etat va plus loin qu'un contrôle pur et simple de la légalité » (4).

Si l'étude de la jurisprudence à laquelle M. Vedel fait allusion permet de conclure que le contrôle du juge s'exerce réellement au-delà de la réglementation légale, nous pourrions considérer comme erronée la thèse qui définit le pouvoir discrétionnaire comme le résultat d'une indétermination de cette réglementation.

La doctrine qui conçoit ce pouvoir comme le résultat de « l'indétermination légale et jurisprudentielle » rend-elle de cette jurisprudence un compte plus exact ?

C'est précisément ce qu'il nous faudra vérifier.

Mais indignons clairement l'enjeu de ce débat : si la jurisprudence que nous allons étudier se révèle inconciliable avec l'une ou l'autre des définitions classiques du pouvoir discrétionnaire, nous serons en droit de considérer ce désaccord comme le symptôme d'un malaise plus profond affectant la conception du pouvoir discrétionnaire qui sous-tend ces définitions. Nous devons alors proposer une conception du pouvoir discrétionnaire compatible avec des réalités contentieuses dont la doctrine classique se sera révélée impuissante à rendre compte.

CHAPITRE PREMIER

EXAMEN CRITIQUE DE LA CONCEPTION CLASSIQUE DU POUVOIR DISCRETIONNAIRE

De simples raisons de commodité pratique nous conduiront à exposer :

- d'une part, la jurisprudence du Conseil d'Etat;
- d'autre part, les tentatives d'interprétation doctrinale dont cette jurisprudence a fait l'objet.

Certes, nous n'ignorons pas les griefs que peut susciter sur le plan théorique une telle méthode.

La distinction du point de vue contentieux et du point de vue doctrinal ou, en d'autres termes, la distinction du point de vue de l'exposé des solutions jurisprudentielles et du point de vue de l'interprétation de ces solutions est plus facile à concevoir qu'à mettre en œuvre.

Dans l'opération qui consiste à classer les résultats de l'examen contentieux, le juriste aura fréquemment à distinguer l'accessoire du principal et, par là même, à porter un jugement de valeur qui ne pourra que difficilement ne pas être le reflet de ses conceptions personnelles.

En présence de certains arrêts, il devra dire s'il s'agit de l'amorce d'un mouvement jurisprudentiel appelé à prendre plus d'ampleur ou, simplement, de la frange qui, inévitablement, prolonge une évolution parvenue à son terme. Et, dans ces certitudes difficiles, sera-t-il assuré de rester objectif ?

Bien plus, dans la façon même dont il agencera, dont il disposera les solutions jurisprudentielles dont l'interprétation ne soulève aucune difficulté, ne retrouvera-t-il pas le dessin de ses conceptions personnelles ?

Mais il y a plus encore. Isoler la jurisprudence de la doctrine, n'est-ce pas témoigner une méconnaissance profonde de leurs rapports ?

(4) Essai sur la notion de cause en droit administratif français, thèse, Toulouse, 1934, p. 95.

Il serait inexact, en effet, de croire que le rôle de celle-ci se soit jamais borné à enregistrer les solutions de celle-là, et telle opinion doctrinale aura peut-être été à l'origine de tel mouvement jurisprudentiel alors qu'un examen superficiel inciterait à ne voir dans celle-là qu'un reflet fidèle de celui-ci.

Aucune de ces objections ne nous paraît décisive.

Sans doute est-il parfois difficile de présenter certaines solutions jurisprudentielles avec une parfaite objectivité. Mais ce serait une erreur d'optique que de subordonner le choix d'une méthode d'exposition à l'existence de quelques cas limites.

Il serait tout aussi erroné de considérer qu'une opinion doctrinale doit être considérée comme « vraie » par ce simple fait qu'elle a inspiré une jurisprudence, car rien n'impose de considérer comme « vraie » l'idée qui a guidé le juge.

Nous faisons, avec M. Vedel, « une distinction entre la solution jurisprudentielle qui permet de connaître la pensée réelle et subjective du juge et de prévoir les solutions pratiques qu'il donnera à des espèces analogues ou voisines, et l'interprétation scientifique de cette solution que d'ailleurs, dans bien des cas, le juge esquisse lui-même, interprétation qui essaie de retrouver la règle de droit derrière la solution pratique... Comme la loi, la jurisprudence, source de droit, lie l'interprète par les solutions pratiques qu'elle donne et non par les systématisations théoriques à l'aide desquelles elle les explique » (1).

Notre méthode d'exposition étant ainsi justifiée, nous pouvons aborder l'étude de la jurisprudence du Conseil d'Etat. Nous examinerons ensuite l'attitude de la doctrine en présence de cette jurisprudence.

SECTION I

LES SOLUTIONS JURISPRUDENTIELLES

Le pouvoir discrétionnaire dans l'acte administratif s'analyse en une libre adéquation de l'objet de l'acte à ses motifs. Selon que l'on se place du point de vue de l'un ou de l'autre de ces éléments, celle-ci correspond à l'appréciation de l'opportunité de la décision dans le premier cas, à l'appréciation des faits dans le second.

Un contrôle total de l'acte administratif portera donc sur son but (c'est-à-dire sur la qualification *in abstracto* de ses motifs), sur l'appréciation des faits (ou qualification *in concreto*), enfin sur l'opportunité de la décision.

Par exemple, si le juge administratif veut exercer un contrôle intégral sur la répression disciplinaire, il devra vérifier en premier lieu si les agissements du fonctionnaire sont en eux-mêmes de nature à constituer une faute disciplinaire; il devra vérifier en

(1) *Essai sur la notion de cause en droit administratif français*, thèse, Toulouse, 1934, p. 4.

second lieu si, dans les circonstances particulières de l'espèce, ils constituent une faute disciplinaire; il devra enfin vérifier si la sanction infligée est adaptée à la faute ainsi appréciée.

De droit commun, il est possible de concevoir un contrôle de la qualification *in abstracto* distinct du contrôle de la qualification *in concreto*.

Mais il est des cas où les deux contrôles sont indissociables. Le contrôle de la « condition légale » aboutit alors, nécessairement, au transfert intégral au bénéfice du juge de la liberté d'appréciation de l'administrateur.

La nécessité pour le juge administratif de se substituer à l'administration active, s'il ne veut pas que celle-ci échappe entièrement à son contrôle, introduit en ces matières un élément de différenciation que l'on ne saurait négliger sans s'exposer à méconnaître que le juge obéit, dans la seconde série d'hypothèses, à des préoccupations différentes de celles qui le guident dans la première.

Nous étudierons donc distinctement les cas où le contrôle de la qualification peut être dissocié du contrôle de l'appréciation des faits et les cas où cette dissociation est impossible.

Sous-Section I

Cas où le contrôle de la qualification peut être dissocié du contrôle de l'appréciation des faits

L'étude de la jurisprudence du Conseil d'Etat permet d'observer que le juge administratif substitue son appréciation à celle de l'administration active en matière d'atteinte aux libertés publiques et au droit de propriété et en matière quasi pénale.

Nous étudierons donc le contrôle juridictionnel du pouvoir de police municipale, celui des réquisitions, la jurisprudence relative à la loi du 16 novembre 1940, et nous terminerons par l'étude du contrôle juridictionnel de l'épuration administrative.

Alinéa 1. — LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DU POUVOIR DE POLICE MUNICIPALE

Il offre d'un contrôle exercé avec une grande hardiesse un exemple depuis longtemps classique. Son étude n'en présente pas moins, aujourd'hui encore, un intérêt essentiel pour les trois raisons que voici :

1° Elle permet d'abord de constater que le juge administratif accepte de vérifier « si le libellé du règlement se justifie en entier par les nécessités de l'ordre public », à l'égard des matières intéressant les libertés publiques;

2° Il n'est pas indifférent, par ailleurs, de relever que, si la matière a fait l'objet d'études approfondies, le désaccord n'en persiste pas moins entre les auteurs, en ce qui concerne l'interprétation théorique des solutions jurisprudentielles;

3° Enfin, s'il est vrai que le droit administratif connaît des matières privilégiées qui sont pour le juge autant de champs d'expérience lui permettant de mettre au point des techniques qu'il utilise pour étendre son contrôle à d'autres matières, il faut assurément ranger la police municipale au premier rang d'entre elles.

L'étude du contrôle juridictionnel du pouvoir de police nous permettra d'entrevoir les principes essentiels de la méthode employée par le Conseil d'Etat pour substituer son appréciation à celle de l'administration active. Nous retrouverons, lorsque nous étudierons le contrôle des réquisitions, celui des opérations immobilières ou celui de l'épuration administrative, le schéma général autour duquel s'ordonne la jurisprudence que nous allons examiner.

Le juge administratif saisi d'un recours contre un arrêté de police municipale, peut se poser trois questions :

1° Les motifs de cet arrêté sont-ils de « la nature » de ceux prévus par la loi ?

2° Ces motifs sont-ils, « dans les circonstances de l'espèce », de nature à justifier la décision attaquée ?

3° L'objet de cette décision est-il proportionné à ces motifs ?

Triple contrôle donc : du détournement de pouvoir (ou de la qualification *in abstracto*), de l'appréciation des faits (ou de la qualification *in concreto*), enfin de l'opportunité de la décision prise.

Telles sont les questions qui dessinent en notre matière les lignes directrices du paysage jurisprudentiel.

§ 1. — Le contrôle du détournement de pouvoir (ou contrôle de la qualification « in abstracto »)

Avant 1870, la juridiction administrative oppose une fin de non-recevoir aux recours dirigés contre les règlements de police.

Elle considère qu'il s'agit d'actes discrétionnaires, de « pure administration », et qu'il existe à leur propos des recours parallèles devant l'autorité judiciaire, juge des contraventions, et devant l'autorité administrative supérieure (voir les conclusions du commissaire du gouvernement sous C.E. 4 février 1869, Boulangers de Montluçon, R. p. 94).

Cette règle connaît pourtant une exception en cas, précisément, de détournement de pouvoir. « Tout arrêté portant règlement général de police, déclare le commissaire du gouvernement de Belboeuf, n'est pas de sa nature susceptible d'un recours pour excès de pouvoir, mais, par exception à la règle, lorsque le représentant de l'administration aura détourné son pouvoir du but que le législateur s'est proposé en le lui confiant, nous tenons que la loi des 7-14 octobre peut recevoir son application. »

Le Conseil d'Etat ne se reconnaît pas pour autant le droit d'examiner la « nature » des motifs du règlement de police argué de détournement de pouvoir, ou plutôt il ne la contrôle qu'en uti-

lisant un détour. Il déduit la licéité ou l'illicéité de ces motifs de la licéité ou de l'illicéité du but visé par l'auteur de l'acte.

A plus forte raison, le juge de l'excès de pouvoir ne contrôle-t-il ni la valeur de ces motifs, ni l'opportunité de la décision attaquée.

Jusqu'en 1905, le juge de l'excès de pouvoir se reconnaît le droit de contrôler la régularité formelle des arrêtés de police qui lui sont déférés. Il vérifie s'il s'agit bien d'une matière placée dans la compétence de la police municipale. Il contrôle le but véritable de la mesure attaquée. Il s'assure enfin de la légalité au sens strict de son contenu.

Le Conseil d'Etat s'interdit, en revanche, d'apprécier si les faits qui ont motivé la décision étaient ou non, « dans les circonstances de l'espèce », de nature à la justifier. Cette appréciation lui paraît relever de l'opportunité, non de la légalité, et quant à elle le pouvoir du maire doit être considéré comme discrétionnaire.

§ 2. — Le contrôle de l'appréciation des faits (ou contrôle de la qualification « in concreto »)

A partir de 1905, le Conseil d'Etat affirme d'une manière générale que le juge de l'excès de pouvoir est en droit de contrôler « la valeur » des motifs. L'arrêt Abbé Olivier affirme en 1909 (15 février, R. p. 186), sous une forme définitive, la possibilité pour le juge administratif de refaire après le maire toutes les appréciations de fait auxquelles cet agent a dû se livrer : « Il appartient au Conseil d'Etat saisi d'un recours pour excès de pouvoir en matière de police municipale, non seulement de rechercher si l'arrêté en cause porte sur les objets de la police municipale... mais encore d'apprécier, suivant les circonstances de la cause, si l'administrateur n'a pas dans l'espèce pris un arrêté ne se justifiant pas par la nécessité de maintenir l'ordre public. »

Le juge de l'excès de pouvoir doit donc contrôler, en appréciant les faits, la réalité des possibilités de désordres qui motivent les arrêtés de police. Il doit apprécier toutes les circonstances qui, d'après le texte de l'arrêté, d'après son contenu, d'après le dossier et l'instruction, ont motivé l'intervention du maire. Pour statuer sur la légalité de l'arrêté qui, dans le but d'éviter les incendies, prohibe les constructions en planches, le Conseil d'Etat doit examiner les lieux où cet arrêté prétend s'appliquer, parce que l'interdiction est illégale si elle s'étend à des constructions isolées qui, de ce fait, ne présentent aucun danger (7 mai 1926, Sourisse, R. p. 461). L'arrêté qui défend à un commerçant de corrompre les eaux d'une source, l'amène à rechercher si elles servent à la consommation générale, faute de quoi il y aurait atteinte à la salubrité publique (4 novembre 1927, Legrand, R. p. 1012). Enfin, l'interdiction d'un cortège l'oblige à apprécier l'état psychologique de la commune, puisque c'est cette donnée qui détermine les risques réels de crise, de désordres ou de contre-manifestations.

Le Conseil d'Etat ajoute qu'il ne doit jamais y avoir disproportion entre la gravité de la prescription de police et l'importance du trouble qu'elle a pour but d'éviter.

§ 3. — Le contrôle de l'opportunité de la mesure de police.

Nous sommes ici à l'extrême avancée du contrôle juridictionnel. Les règles précédentes ne déterminent, selon M. Teitgen, que « les conditions de légalité préliminaires et évidentes » des prescriptions de police municipale. Mais en posant la règle selon laquelle il ne doit pas y avoir disproportion entre la gravité d'une prescription de police et le désordre qu'elle a pour but d'éviter, le Conseil d'Etat aborde et résout « le problème essentiel ». Si l'on développe cette règle pour lui donner conformément aux arrêts toute sa portée, on constate qu'elle contient trois propositions. Le droit du maire, l'étendue de la mesure qu'il peut légalement prendre dans une hypothèse donnée, dépend :

- 1° De la gravité du désordre qu'il veut empêcher;
- 2° De la valeur juridique de la liberté qu'il atteint, parce qu'une mesure de police est d'autant plus grave qu'elle porte atteinte à une liberté jugée plus essentielle;
- 3° De l'importance réelle de l'entrave ou de la gêne que la mesure proposée apporterait en fait à l'exercice de cette liberté (2).

Que le droit du maire dépende de la valeur juridique du droit ou de la liberté qui lui est opposé, voilà qui laisse entendre que ce qui détermine le contrôle du juge, c'est l'existence, en la personne du requérant, d'un droit ou d'une liberté.

Quand la police municipale se trouve en présence, non pas d'une liberté, mais d'une licence dangereuse pour l'ordre public, elle peut à son gré la restreindre, la réglementer ou la supprimer.

Lorsqu'elle s'exerce à l'encontre de simples facultés, elle dispose encore d'un large pouvoir discrétionnaire. Notre droit reconnaît, par exemple, la liberté de circuler individuellement, mais il ne connaît pas de liberté de manifester sur la voie publique. En conséquence, lorsque l'autorité de police limite ou interdit une manifestation sur la voie publique, elle se borne à supprimer une faculté. Elle ne doit pas le faire arbitrairement, mais elle ne doit pas non plus, nécessairement, rechercher la conciliation entre l'ordre public et la liberté, car, précisément, il n'y a pas de liberté en cause.

En revanche, lorsqu'une activité constitue une liberté publique garantie par la Constitution ou par la loi, la jurisprudence du Conseil d'Etat fait à l'autorité de police un devoir de rechercher la conciliation entre la gravité de la menace à l'ordre public et la gravité de l'atteinte portée à la liberté publique.

(2) La police municipale générale - L'ordre public et les pouvoirs du maire, p. 417.

Lorsqu'une réunion menace, par exemple, de troubler l'ordre public à raison des contre-manifestations qu'elle est susceptible de provoquer, l'autorité de police doit rechercher les moyens propres à assurer la liberté de réunion en garantissant la réunion projetée contre les manifestations hostiles, et ce n'est que si elle n'a pas à sa disposition les moyens nécessaires pour le maintien de l'ordre qu'elle est fondée à l'interdire.

Ce bref aperçu d'une jurisprudence classique appelle une double conclusion.

D'une part, ce n'est que dans la mesure où le pouvoir de police municipale se heurte à un droit ou à une liberté qu'il est soumis au contrôle juridictionnel très strict que nous venons de décrire.

D'autre part, ce contrôle s'instaure en suivant un itinéraire bien défini, dont le contrôle du détournement de pouvoir, puis de l'appréciation du fait, enfin de l'opportunité de la décision, jalonnent les étapes essentielles.

On peut donc s'attendre à ce qu'en matière d'atteintes au droit de propriété, le juge fasse preuve de la même hardiesse et à ce qu'il établisse son contrôle suivant le même processus.

Alinéa 2. — LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DES RÉQUISITIONS

Restées jusqu'à la dernière guerre d'une pratique occasionnelle, les réquisitions deviennent, avec l'entrée en vigueur de la loi du 11 juillet 1938, le procédé par excellence destiné à satisfaire les besoins du pays.

Cette loi énonce en son article 20 que « la fourniture des prestations nécessaires pour assurer les besoins du pays est obtenue par voie d'accord amiable et, à défaut, par réquisition ».

Cette brève disposition va susciter un contentieux abondant.

L'attitude du juge est d'abord réservée : il hésite à pénétrer sur un terrain qu'il estime relever de l'opportunité administrative. Un arrêt du 22 mai 1942 (sieur Cornier, R. p. 164) illustre ce respect par le juge du pouvoir discrétionnaire de l'administration : « Considérant que l'article 23 de la loi du 11 juillet 1938 dispose que sur toute l'étendue du territoire national la propriété de l'usage des biens meubles ou immeubles peut être requise pour les besoins du pays, et qu'aux termes de l'article 54, § 1, du décret du 28 novembre 1938 portant règlement d'administration publique pour l'application de la loi précitée, le Ministère de l'Intérieur est habilité à pourvoir d'urgence, par voie de réquisition, à la nourriture des personnes évacuées de leur domicile et transférées dans un autre lieu, lorsqu'elles sont sans ressources et dans l'impossibilité de se procurer les prestations nécessaires; que la réquisition prononcée par la décision attaquée en vue de permettre la création de jardins au profit des Lorrains et Alsaciens réfugiés dans le territoire de la commune de Lamalou-les-Bains, entre dans le champ d'application des dispositions susvisées; que l'opportunité

de cette mesure n'est pas susceptible d'être discutée devant le Conseil d'Etat; que, par suite, le sieur Cornier n'est pas fondé à soutenir qu'elle est entachée d'excès de pouvoir.»

Le Conseil d'Etat ne va pas tarder à se départir de cette réserve. A partir de 1943, il se fait plus exigeant. Les solutions se multiplient, qui précisent progressivement les conditions de régularité d'un ordre de réquisition. Successivement, son but, ses motifs, son objet tombent sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir.

§ 1. — Le contrôle du détournement de pouvoir

Alors même qu'il se refusait à apprécier les faits qui avaient motivé l'ordre de réquisition et à contrôler l'opportunité de la décision attaquée, le Conseil d'Etat se réservait le droit de vérifier si les motifs de cette décision étaient « de nature » à la justifier.

Il fut ainsi conduit à censurer une intervention de l'autorité requérante dans un litige d'ordre privé (22 juin 1945, Pietrini, R. p. 130): « Considérant que, par la décision attaquée, en date du 23 juillet 1942, le général commandant d'armes de la place d'Alger a réquisitionné au profit du sieur Sabiani, fonctionnaire des domaines, l'usage d'un appartement que celui-ci occupait avec divers membres de sa famille et dont le propriétaire, le sieur Pietrini, lui avait donné congé; qu'en admettant même que les conditions de l'habitation à Alger aient à cette époque rendu nécessaire le recours au procédé de la réquisition pour assurer le logement d'un fonctionnaire, il résulte de l'instruction que la réquisition dont il s'agit, portant sur un appartement de quatre pièces, a été uniquement motivée par le désir de maintenir en jouissance le sieur Sabiani contre le gré du propriétaire; que, dans les circonstances de l'affaire, le sieur Pietrini est fondé à soutenir que la décision attaquée a été prise non dans l'intérêt du service, mais pour la commodité personnelle du sieur Sabiani et qu'elle est, de ce fait, entachée d'excès de pouvoir. »

Fut de même censuré un échec à la règle de l'équitable répartition des charges entre les prestataires possibles (1^{er} février 1946, Sornin de Leysat, R. p. 35): « Considérant qu'il résulte de l'instruction, qu'en prenant les ordres de réquisition contestés qui ont imposé à la dame Sornin de Leysat des prestations plus lourdes que celles assignées à la généralité des propriétaires de bois de la commune de La Gaillarde, le préfet de la Seine-Inférieure a méconnu, pour des motifs étrangers aux besoins en raison desquels le pouvoir était conféré, la règle de l'équitable répartition de cette charge légale entre les personnes en état de fournir les produits requis; que, dès lors, ces décisions sont entachées d'excès de pouvoir. »

Le Conseil d'Etat fit échec à une dépossession immobilière définitive cachée sous le couvert d'une simple réquisition d'usage

(4 juillet 1947, consorts Navello, R. p. 299): « Considérant qu'il résulte des pièces versées au dossier, et notamment des observations présentées sur le pourvoi par le ministre des Travaux publics et des Transports que la réquisition à l'usage des terrains sis à Nice dans le quartier dit de la Californie et appartenant aux consorts Navello, devait permettre l'aménagement d'un aérodrome civil; qu'en égard tant au but réellement poursuivi par l'administration qu'aux circonstances dans lesquelles elle est intervenue, cette opération, qui tendait à l'appropriation définitive des terrains en cause en vue d'installations permanentes, ne pouvait trouver son fondement à la date du 1^{er} avril 1943 où sont intervenues les décisions attaquées, dans les dispositions de la loi du 11 juillet 1938 sur l'organisation générale de la nation en temps de guerre; qu'elle nécessite l'emploi, à défaut d'accord amiable, de la procédure d'expropriation; que, dès lors, les requérants sont fondés à soutenir que les ordres de réquisition attaqués sont entachés de détournement de pouvoir. »

Il fut décidé qu'une sanction ne pourrait être prise sous le couvert d'une réquisition à l'encontre d'un concessionnaire en faute (20 décembre 1946, Electricité de Marseille, R. p. 316): « Considérant qu'il ressort des pièces du dossier, et notamment des observations présentées par le ministre de l'Intérieur sur le pourvoi que la réquisition des établissements de la Société L'Electricité de Marseille par l'arrêté attaqué, avait pour effet d'éviter l'interruption éventuelle du service public de la distribution de l'énergie électrique en raison d'un conflit imminent entre la direction et le personnel de cette Société; que, dès lors, la Société L'Electricité de Marseille est fondée à soutenir que l'arrêté du 20 septembre 1944, par lequel le commissaire de la République à Marseille a réquisitionné ses établissements, est entaché d'excès de pouvoir. »

Le Conseil d'Etat s'opposa à la poursuite d'une fin inavouée de nationalisation d'une entreprise privée (6 juin 1947, Société provençale des constructions navales et autres, R. p. 253): « Considérant que les arrêtés attaqués ont prononcé la réquisition des sociétés requérantes avec tous leurs éléments actifs, y compris les fonds de banque, et ont institué un mode de gestion des entreprises non prévu à l'article 34 du règlement d'administration publique du 28 novembre 1938; qu'il ne résulte pas de l'instruction que le fonctionnement des entreprises desdites sociétés fut compromis; qu'en tout cas les mesures contestées n'ont pas eu pour objet de parer par des dispositions temporaires à une interruption momentanée de leur activité dans les termes de l'ordonnance du 10 janvier 1944; qu'il est établi par les pièces versées au dossier que ces mesures ont eu pour but de permettre de réaliser la nationalisation des établissements en cause; qu'elles ne trouvent ainsi aucun fondement légal dans les dispositions de la loi du 11 juillet 1938; que, par suite, les sociétés requérantes sont fondées à

demander annulation dans leur ensemble des arrêtés de réquisition dont il s'agit.»

Il ressort des arrêts que nous venons de citer que le juge de l'excès de pouvoir déduit dans certains cas la licéité ou l'illicéité du but de l'ordre de réquisition de la licéité ou de l'illicéité du but visé par son auteur.

Mais, dans d'autres cas, il n'hésite pas à examiner, sans utiliser ce détour, les motifs de l'acte et à contrôler « leur nature ». De là, à contrôler « leur valeur », il n'y a qu'un pas que le juge ne va pas tarder à franchir.

§ 2. — Le contrôle de l'appréciation des faits

A partir de 1945, le Conseil d'Etat se fait juge du point de savoir si les réquisitions répondaient bien, « dans les circonstances de l'espèce », aux besoins du pays.

Il annule ainsi la réquisition ordonnée au profit de services d'un ministère installés dans d'autres locaux afin de regrouper les services, mais alors qu'il ne résulte pas du dossier que ce regroupement était « nécessaire » pour leur fonctionnement (9 novembre 1945, Morand, R. p. 230) : « Considérant que l'ordre de réquisition dont s'agit a eu pour but de grouper dans l'immeuble sis 4, rue Foncet, à Nice, divers services dépendant du Ministère de l'Agriculture qui étaient auparavant installés dans d'autres locaux et qui sont dirigés sous l'autorité ou le contrôle du préfet par des chefs indépendants les uns des autres; qu'il ne résulte pas de l'instruction que ce groupement ait été nécessaire pour le fonctionnement desdits services; que, dès lors, il ne justifiait pas légalement le recours à une mesure de réquisition... »

Le Conseil d'Etat censure la réquisition ordonnée au profit d'un organisme privé n'assurant aucun service public (10 avril 1946, Société Labeylonie et C^{ie}, R. p. 112) : « Considérant que la décision attaquée a ordonné la réquisition de l'immeuble appartenant à la Société requérante, sis 36, boulevard des Italiens, au profit du groupement dit *Front National*; que le groupement est un organisme privé et n'est à aucun titre chargé d'assurer un service public; que l'occupation de l'immeuble dont s'agit, par le groupement sus-mentionné, ne présente pas le caractère d'une prestation répondant à un besoin du pays au sens de l'article 20 de la loi du 11 juillet 1938; que, dès lors, la Société Labeylonie et C^{ie} est fondée à soutenir que l'ordre de réquisition contesté est entaché d'excès de pouvoir. »

Est de même censurée la réquisition ordonnée au profit d'une Union départementale des syndicats confédérés (22 janvier 1947, Marquigny, R. p. 25) : « Considérant que, par la décision attaquée, le préfet des Ardennes a ordonné la réquisition d'une voiture automobile au profit de l'Union des syndicats confédérés du département des Ardennes, groupement qui n'est pas chargé d'assurer un service public; que l'utilisation de cette voiture par l'Union

sus-mentionnée ne présente pas le caractère d'une prestation répondant à un besoin du pays au sens de l'article 20 de la loi du 11 juillet 1938. »

Le Conseil d'Etat contrôle ainsi la nature, la réalité, l'étendue, la gravité, l'urgence du besoin qui concerne l'ordre de réquisition. Comme en matière de police municipale, ce contrôle de « l'appréciation » des faits va orienter la jurisprudence dans le sens d'un contrôle de l'opportunité de la décision attaquée.

§ 3. — Le contrôle de l'opportunité

Le juge de l'excès de pouvoir ne tarde pas en effet à étendre son emprise sur ce que son contrôle laissait subsister à la discrétion de l'autorité administrative. Il affirme en 1947 que la nature, l'étendue et la gravité de la restriction édictée par l'ordre de réquisition relèvent de son appréciation. Saisi d'un recours contre un arrêté préfectoral ordonnant la réquisition d'un terrain pour permettre l'installation de deux baraquements destinés à reloger des sinistrés, il reconnaît que le but visé répond en principe à un besoin du pays mais que la totalité du terrain n'était pas nécessaire pour l'installation projetée. Il annule, par conséquent, la réquisition en tant qu'elle portait sur une portion de terrain non indispensable pour l'édification des deux baraquements prévus (17 octobre 1947, Dupuis de Cultures, R. p. 379) : « Considérant qu'il résulte de l'instruction que le sieur Dupuis n'est pas fondé à prétendre que la réquisition contestée, laquelle a été prononcée par l'administration afin de permettre l'installation de baraques destinées au logement des sinistrés, ne répondait à aucune nécessité. Mais, considérant qu'il ressort des pièces versées au dossier et notamment du rapport de l'architecte communal en date du 8 avril 1946 que l'arrêté attaqué n'a été pris qu'en vue d'assurer l'édification de deux baraquements provisoires qui ont été seuls construits par la suite; qu'il est constant que la réquisition totale du terrain n'était pas nécessaire pour l'installation desdites baraques; que, dès lors, le sieur Dupuis est fondé à soutenir que l'ordre litigieux est entaché d'excès de pouvoir en tant qu'il a compris dans la réquisition une portion de terrain qui n'était pas nécessaire pour l'édification et l'utilisation des deux baraques dont s'agit... »

Au terme de cette évolution, tous les éléments d'un ordre de réquisition sont susceptibles de faire l'objet d'un contrôle par le juge administratif. Celui-ci a progressivement transféré à son profit une liberté d'appréciation dont la loi de 1933 autorisait, semble-t-il, l'administration active à se prévaloir.

A la même époque et dans les mêmes conditions, le Conseil d'Etat en matière de contrôle des opérations immobilières faisait preuve de la même hardiesse.

*Alinéa 3. — LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL
DES OPÉRATIONS IMMOBILIÈRES.*

La loi du 16 novembre 1940, aujourd'hui disparue, subordonnait toutes les mutations immobilières à une autorisation préfectorale.

Le législateur n'ayant pas indiqué les circonstances en fonction desquelles l'autorité préfectorale pourrait ou non refuser les autorisations demandées, l'admission d'un moyen d'annulation tiré d'un détournement de pouvoir ou, à plus forte raison, d'une violation de loi, paraissait difficile.

La loi du 16 novembre 1940 et les textes pris pour son application n'indiquaient pas le but de la formalité imposée. Un recours arguant de détournement de pouvoir un refus d'autorisation ne semblait donc offrir aucune chance de succès si, du moins, l'on excepte le cas où le requérant aurait pu prouver ou l'instruction révéler que la décision préfectorale était inspirée par des considérations personnelles et non par la poursuite d'une fin d'intérêt général.

La loi étant demeurée absolument muette sur les motifs de l'autorisation ou du refus d'autorisation, un moyen tiré de la violation de la loi pour inexistence des motifs paraissait voué à un échec plus certain encore.

La loi du 16 novembre 1940 semblait donc conférer à l'administration une compétence discrétionnaire excluant l'idée même d'un contrôle du détournement de pouvoir ou, à fortiori, de l'appréciation des faits. C'est pourtant dans cette double direction que le Conseil d'Etat allait exercer sa censure.

§ 1. — *Le contrôle du détournement de pouvoir.*

Ni la loi, ni les documents annexes ne déterminent le but en vue duquel le préfet doit exercer les pouvoirs qu'il tient de la loi du 16 novembre 1940, mais, selon l'expression du commissaire du gouvernement Léonard, « il demeure toujours du devoir du juge de rechercher quel est le but en vue duquel un certain pouvoir est donné à l'administration, même si le législateur a omis de le préciser » (3). Ce but, il le trouve dans le désir du législateur de mettre obstacle aux transactions immobilières anormales.

Sera donc entaché de détournement de pouvoir un refus d'autorisation fondé sur un motif tiré uniquement de la profession non agricole des acquéreurs. Un tel motif, en raison de sa généralité et en l'absence de toute appréciation des inconvénients que pouvait présenter, en l'espèce, pour l'intérêt général, la réalisation de l'opération projetée, n'est pas de ceux qui peuvent légalement justifier un refus d'autorisation (9 juillet 1943, Tabouret et Laroche, R. p. 182; 11 février 1944, Auvray, R. p. 418; 5 juillet 1944,

Gauthier, R. p. 418; 28 février 1945, époux Provini, R. p. 44; 20 juillet 1945, Messie, R. p. 343).

Le préfet ne saurait non plus se fonder, pour rejeter une demande formée par un particulier à l'effet d'être autorisé à acquérir un bois mis en adjudication, sur ce que ce bois est susceptible d'exploitation et qu'il convient d'en réserver l'acquisition aux seuls exploitants forestiers (18 octobre 1946, époux Moreau et Bazin, R. p. 237); ou sur ce qu'il y avait lieu, en raison de la pénurie des logements, de favoriser l'achat des petits immeubles par les habitants de la région en éliminant systématiquement les acquéreurs résidant dans les localités éloignées (22 décembre 1944, sieur Baudouin, R. p. 330). Serait de même illégal un refus d'autorisation fondé sur des considérations d'urbanisme (30 juin 1944, Compagnie anonyme des Sablières de la Seine, R. p. 189), ou opposé à l'effet de favoriser des intérêts purement privés (10 juillet 1946, Fourquet, R. p. 448).

Le refus opposé par le préfet doit être motivé par « les inconvénients particuliers » que présenterait pour l'intérêt général, dans les circonstances de l'espèce, la réalisation de l'opération projetée. « Considérant, déclare un arrêt du 18 janvier 1946, sieur Panagopoulos, R. p. 19, que ni le préfet de la Seine-et-Marne, ni le ministre de l'Intérieur dans ses observations sur le pourvoi n'ont fait connaître les raisons de ce refus et n'ont allégué qu'il serait motivé par des inconvénients particuliers qu'aurait présentés pour l'intérêt général, dans les circonstances de l'espèce, la réalisation de l'opération projetée par le sieur Panagopoulos; que dans ces conditions le requérant est fondé à soutenir que le préfet a pris sa décision pour un motif n'entrant pas au nombre de ceux qui sont de nature à justifier légalement le refus de l'autorisation exigée par la loi du 16 novembre 1940 et que, par suite, ladite décision est entachée d'excès de pouvoir ».

Les motifs étant « d'ordre particulier », le Conseil d'Etat ne poursuivra-t-il pas plus avant son contrôle? Non, car le juge de l'excès de pouvoir va opérer un choix parmi les motifs qui sont de nature à justifier un refus d'autorisation. Il va, en d'autres termes, se livrer à un contrôle de l'appréciation des faits.

§ 2. — *Le contrôle de l'appréciation des faits.*

Dans un arrêt rendu le 28 juillet 1944 (dame Constantin, R. p. 219), le Conseil d'Etat décide, en effet, que le préfet doit se fonder sur « des motifs déduits d'un examen de l'origine des ressources, de l'activité habituelle ou des intentions de l'acquéreur éventuel » :

« Considérant qu'en subordonnant à une autorisation préfectorale, par la loi du 16 novembre 1940, les mutations entre vifs de propriété ou de jouissance ainsi que tous les démembrements de propriété immobilière ou de droits immobiliers, le législateur a

(3) C.P. 1943, 2, 65.

entendu éviter les spéculations portant sur ces biens ou leur accaparement; qu'il suit de là que le préfet peut refuser son autorisation quand l'origine des ressources, l'activité habituelle ou les intentions de l'acquéreur éventuel ne lui paraissent pas exclusives d'un but de spéculation ou d'accaparement; que la situation du vendeur peut rendre plus ou moins vraisemblable ou probable l'existence d'un tel but, mais n'est pas à elle seule de nature à justifier un refus d'autorisation qui aurait pour conséquence de rendre la propriété inaliénable entre les mains de son détenteur... Considérant qu'il résulte de l'instruction que, pour refuser à la dame Barrière, épouse Constantin, l'autorisation de consentir une hypothèque sur un de ses immeubles, le préfet de la Haute-Garonne, sans la déclarer non recevable comme n'émanant pas de l'acquéreur éventuel de ce droit réel, a statué sur le mérite de la demande ainsi présentée; que, pour ce faire, il s'est borné à tirer argument de renseignements recueillis sur le compte du conjoint de la requérante et ne s'est pas fondé sur des motifs déduits d'un examen de la situation, des attitudes ou des intentions du prêteur bénéficiaire éventuel de l'hypothèque; que, dès lors, il a, par la décision attaquée, fait une inexacte application des dispositions législatives ci-dessus rappelées.»

Il ressort des termes de cet arrêt que le Conseil d'Etat exerce un contrôle plus serré que celui auquel il se livre en matière de détournement de pouvoir. Il ne se borne pas à vérifier si tel motif envisagé en lui-même est de nature à fournir une base légale à la décision attaquée. Il apprécie « la valeur » du motif invoqué. Au fond, et le Conseil d'Etat le reconnaît explicitement, « la situation du vendeur peut rendre plus ou moins vraisemblable l'existence d'un but de spéculation ». On est dès lors fondé à considérer que l'arrêt dame Constantin oriente la jurisprudence dans le sens d'un contrôle de l'appréciation des faits.

Un arrêt du 16 janvier 1946 (sieur Jouhaneau, R. p. 16) illustre nettement cette tendance : « Considérant que le sieur Jouhaneau était propriétaire de trois exploitations agricoles d'une contenance totale de 46 hectares; qu'il n'est pas établi, eu égard aux circonstances de l'affaire, qu'en sollicitant l'autorisation d'acquérir une propriété de 7 hectares 60, voisine et complémentaire d'un domaine qui lui appartient déjà, le sieur Jouhaneau, bien qu'il ne se soit pas proposé de l'exploiter lui-même, ait envisagé une opération de la nature de celles qui peuvent légalement justifier le refus d'autorisation prévu par la loi du 16 novembre 1940, alors en vigueur; qu'ainsi, la décision a fait de la loi une fausse application. »

Le contrôle de l'appréciation du fait dans lequel le Conseil d'Etat s'engageait ainsi ne devait d'ailleurs susciter qu'un maigre contentieux, la loi du 16 novembre 1940 ayant disparu avec le Gouvernement de Vichy. L'épuration administrative ayant été organisée tour à tour par le Gouvernement de Vichy puis par le

Gouvernement provisoire devait donner lieu à un contentieux beaucoup plus abondant.

*Alinéa 4. — LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL
DE L'ÉPURATION ADMINISTRATIVE*

L'épuration administrative fut organisée par une loi du 17 juillet 1904, puis par une ordonnance du 27 juin 1944. Le contrôle juridictionnel auquel donnèrent lieu les mesures qui intervinrent en application de ces textes devait donc se dérouler sur une période de temps dont l'ampleur allait lui permettre de se déployer librement.

Limité sous l'empire du premier texte à la censure du détournement de pouvoir, il devait aboutir sous l'empire du second à une appréciation des faits ne laissant aucune part au pouvoir discrétionnaire de l'administration.

§ I. — Le contrôle du détournement de pouvoir.

La loi du 17 juillet 1940 disposait, dans son article premier, que : « Les fonctionnaires et agents civils ou militaires de l'Etat peuvent être relevés de leurs fonctions, nonobstant toute disposition législative ou réglementaire, par décret, sur le seul rapport du ministre compétent et sans autre formalité. »

« On pouvait, à bon droit, observe M. Morange, douter de l'efficacité pratique d'un moyen tiré du détournement de pouvoir en présence d'un texte aussi large et il était légitime de penser que ce moyen d'annulation ne serait appelé à jouer que dans les hypothèses tout à fait exceptionnelles où le requérant serait à même de prouver que la mesure avait été prise dans un sentiment de vengeance personnelle par exemple » (4).

La jurisprudence du Conseil d'Etat devait tendre cependant à donner « une réelle vitalité » en notre matière au moyen fondé sur le détournement de pouvoir. La juridiction administrative s'est orientée dans cette voie en découvrant un but relativement limité à l'action administrative dans l'exposé des motifs d'une loi de prorogation, la loi du 29 mars 1941. Les décisions prises en exécution de la loi du 17 juillet 1940 doivent tendre à écarter des services les agents dont le maintien, en raison de leur comportement général, paraît incompatible avec les exigences de l'intérêt public.

Ainsi le but de la loi n'étant pas, d'après le Conseil d'Etat, d'opérer un rajeunissement des cadres, l'âge de l'intéressé ne peut en lui-même motiver légalement un relèvement de fonctions (24 juillet 1942, sieur Piron, R. p. 233) : « Considérant que les décisions prévues par la loi du 17 juillet 1940 ont pour objet d'écarter des services les agents dont le maintien, en raison de leur comportement général, paraît incompatible avec les exigences de l'intérêt public; que ces décisions ne peuvent être valablement

(4) Note D.C. 1944, p. 99.

prises que sur l'examen de chaque cas particulier; considérant qu'il résulte de l'instruction que le sieur Piron a été relevé de ses fonctions de gardien de la paix pour l'unique motif qu'il se trouvait au nombre des agents ayant dépassé l'âge de cinquante-cinq ans, que l'administration s'est bornée à lui faire application d'une décision de principe, sans procéder à l'examen de sa situation particulière et sans rechercher si, en ce qui le concernait, son âge était de nature à s'opposer à son maintien en fonctions alors qu'en raison de ses charges de famille il devait rester en activité au-delà de cinquante-cinq ans d'après la législation antérieure... »

De même, la législation de 1940 n'ayant pas entendu viser un but de répression disciplinaire, une faute de cette nature ne saurait justifier légalement une telle mesure (23 juillet 1943, sieur Chapelle, R. p. 201): « Considérant, d'une part, que si la loi du 17 juillet 1940 permettant de relever de leurs fonctions les agents de l'Etat, n'a pas pour objet de substituer les mesures qu'elle prévoit aux sanctions disciplinaires dont ils seraient passibles, elle ne s'oppose pas à ce que les autorités chargées de son application tiennent compte des fautes commises par ces agents pour apprécier si, en raison de leur comportement général, leur maintien est incompatible avec les exigences de l'intérêt public; que, dès lors, le secrétaire d'Etat à la Production industrielle n'a pas méconnu la portée de ladite loi en retenant parmi les motifs qui l'ont déterminé à relever le sieur Chapelle de ses fonctions de chef de bureau à l'administration centrale des faits qui, envisagés isolément, eussent été de nature à entraîner une poursuite disciplinaire... »; (4 février 1944, Duplat, R. p. 46): « Considérant que la loi du 17 juillet 1940, qui autorise le gouvernement à relever de leurs fonctions les agents de l'Etat, n'a pas pour objet de substituer les mesures qu'elle prévoit aux sanctions disciplinaires dont seraient passibles les fonctionnaires; que si elle ne s'oppose pas à ce que les autorités chargées de son application tiennent compte des fautes commises par ces agents pour apprécier si leur comportement général rend leur maintien incompatible avec les exigences de l'intérêt public, il résulte tant des observations du secrétaire d'Etat à la Guerre sur le pourvoi que de toutes les pièces du dossier que le sieur Duplat a été relevé de ses fonctions de sous-agent militaire pour l'unique motif qu'il n'avait pas exécuté l'ordre qui lui avait été donné, le 19 juillet 1940, de quitter Bordeaux pour rejoindre son dépôt en zone non occupée; que le secrétaire d'Etat à la Guerre ne s'est livré à aucune appréciation du comportement général de ce fonctionnaire et s'est borné à envisager un fait qui, pris isolément, comme il l'a été en l'espèce, était seulement de nature à entraîner une poursuite disciplinaire... »

De même serait considérée comme entachée d'un détournement de pouvoir une mesure de relèvement de fonctions prononcée à raison de l'appartenance de l'intéressé à une société secrète (6 mars 1946, sieur Klein, R. p. 72): « Considérant que si le

gouverneur général a fondé la mesure prise à l'encontre du sieur Klein sur l'application de la loi du 17 juillet 1940 et du décret du 5 septembre suivant qui prévoit que les fonctionnaires et, en Algérie, les officiers publics et ministériels, pourront être relevés de leurs fonctions, nonobstant toute disposition législative ou réglementaire contraire, il est constant que le sieur Klein a été frappé, en décembre 1941, après l'intervention de la loi du 11 août 1941 sur les sociétés secrètes, loi dont la nullité a été constatée par l'ordonnance du 9 août 1944, et pour l'unique motif qu'il avait été dignitaire de la franc-maçonnerie; considérant qu'il résulte de ce qui précède que le gouverneur général a usé des pouvoirs que lui donnaient la loi du 17 juillet 1940 et le décret du 5 septembre 1940 pour un but autre que celui en vue duquel ils lui avaient été conférés. »

Le Conseil d'Etat se reconnaît donc le droit de contrôler si le motif allégué est de ceux qui peuvent légalement justifier la décision mais il ne va pas jusqu'à opérer un contrôle de la valeur du motif. C'est ainsi que le motif attaqué étant relatif au comportement général de l'intéressé, le Conseil d'Etat admet, par là même, la légalité du relèvement de fonctions, sans s'attacher à rechercher si, « dans les circonstances particulières de l'espèce », les faits étaient de nature à justifier la décision attaquée (29 mai 1942, Chastenet de Gery, R. p. 177): « Considérant qu'aux termes de la loi du 17 juillet 1940, prorogée par la loi du 23 octobre 1940 qui était applicable au requérant, en sa qualité de fonctionnaire de l'Etat, à l'exclusion de la loi du 27 septembre 1940 visant les agents des cadres locaux des colonies et invoquée à tort par la requête, « les magistrats et les fonctionnaires et agents civils ou « militaires de l'Etat pourront être relevés de leurs fonctions « nonobstant toute disposition législative ou réglementaire « contraire », que ce texte qui lui seul a été appliqué n'oblige pas l'autorité qui prononce le retrait de fonctions à motiver sa décision et lui laisse un plein pouvoir d'appréciation sur l'opportunité de la mesure; considérant que le motif tiré de l'attitude du requérant lors de la dissidence des territoires placés sous son autorité était au nombre de ceux qui pouvaient légalement entraîner l'application de la loi du 17 juillet 1940; considérant que le sieur Chastenet de Gery n'établit pas que le décret du 5 février 1941 le relevant de ses fonctions de gouverneur des Etablissements français de l'Océanie et le décret du 12 mai 1941 l'admettant à la retraite à la suite de cette mesure conformément au décret du 18 septembre 1940 reposent sur des faits matériellement inexacts et soient entachés de détournement de pouvoir »; (9 novembre 1945, Bérard, R. p. 226): « Considérant que cette mesure a été prise en raison du comportement général du sieur Bérard et que celui-ci n'est pas fondé à soutenir que le ministre des Travaux publics a excédé les pouvoirs qu'il tenait de la loi, alors en vigueur, du 17 juillet 1940... ».

Le contrôle juridictionnel des mesures d'épuration intervenues en application de l'ordonnance du 27 juin 1944 allait donner au Conseil d'Etat l'occasion de pousser plus avant son contrôle.

§ 2. — *Le contrôle de l'appréciation des faits.*

L'épuration des fonctionnaires ayant, durant l'occupation, favorisé l'ennemi, porté atteinte aux institutions et libertés fondamentales, ou tiré sciemment bénéfice des règlements de Vichy fut organisée par une ordonnance du 27 juin 1944. Le contrôle juridictionnel des mesures prises sous l'empire de cette législation devait donner lieu à une abondante jurisprudence du Conseil d'Etat.

Celui-ci va examiner avec une très grande liberté non seulement si les faits ont existé mais si, par leur nature et leur gravité, ils justifiaient l'épuration.

« Lorsque vous eûtes à connaître, observait le commissaire du gouvernement Odent dans ses conclusions sous l'arrêt Aramu du 26 octobre 1945 (R. p. 213), des mesures prises en exécution de la loi du 17 juillet 1940 qui permettait au gouvernement de relever de leurs fonctions sans aucune formalité les magistrats et les fonctionnaires civils et militaires, vous réussîtes, en invoquant les principes généraux du droit et la volonté que vous attribuâtes au législateur, à exercer un contrôle effectif de légalité que semblait pourtant exclure la concision des trois lignes instituant lesdites mesures; vous avez annulé des décisions relevant des fonctionnaires de leurs fonctions » (5).

Après ce rappel qui constitue une invitation à la hardiesse, le commissaire du gouvernement jette les bases de la jurisprudence à venir.

« Il faut, croyons-nous, poser en principe qu'appelés à statuer sur des pourvois formés contre des décisions infligeant des sanctions administratives à des fonctionnaires, vous devez vous en tenir aux règles qu'a dégagées votre jurisprudence en matière de sanctions disciplinaires : les matières sont si voisines que, sauf texte contraire, une simple transposition permet de déterminer les pouvoirs du juge de l'excès de pouvoir. »

Or, lorsqu'il s'agit du contentieux des sanctions disciplinaires, le Conseil d'Etat se reconnaît le droit d'examiner si les faits qui ont motivé une sanction sont, d'une part, matériellement exacts, d'autre part, de nature à justifier l'application d'une sanction.

Mais, « en raison du caractère infamant des activités antinationales poursuivies comme de la gravité des sanctions encourues, le législateur a limitativement énuméré les catégories de faits entrant dans le champ d'application de l'ordonnance du 27 juin. Il s'ensuit que, chaque fois qu'un requérant discutera la qualification des faits qui lui sont reprochés à ce titre, votre contrôle sera plus profond et plus efficace qu'en matière disciplinaire

normale où la généralité des dispositions législatives ou réglementaires qui visent les faits punissables, réduit en pratique le nombre des hypothèses où les faits conditionnent le droit ».

L'ordonnance du 27 juin 1944 prévoyait que des sanctions allant du blâme à la révocation sans pension pourraient être infligées aux fonctionnaires qui, depuis le 16 juin 1940 et jusqu'à la Libération, avaient favorisé les entreprises de toute nature de l'ennemi, contrarié l'effort de guerre de la France et de ses alliés, porté atteinte aux institutions constitutionnelles ou aux libertés publiques fondamentales ou sciemment tiré ou tenté de tirer un bénéfice matériel direct des règlements de l'autorité de fait contraires aux lois en vigueur le 16 juin 1940.

De nombreux arrêtés ministériels ont prononcé, en vertu de cette disposition législative, des sanctions contre les fonctionnaires qui avaient adhéré à des groupements de collaboration franco-allemande; si le Conseil d'Etat s'en était tenu à sa jurisprudence antérieure, il ne pouvait que rejeter les recours formés contre ces arrêtés : eu égard aux termes de la loi, cette adhésion était, par elle-même, de nature à justifier une sanction; mais la Haute Juridiction administrative a, au contraire, recherché dans chaque cas les conditions dans lesquelles les intéressés avaient donné leur adhésion, apprécié l'activité qu'ils avaient déployée et retenu la durée de l'adhésion; si, par exemple, le requérant n'a accepté de faire partie du groupement que parce qu'il ignorait le but exact, si dès qu'il a connu ce but, il a démissionné, si, durant sa présence, il n'a, en réalité, exercé aucune activité nocive, le juge de l'excès de pouvoir pourra dire que le grief retenu contre lui n'était pas de nature « dans les circonstances de l'affaire » à motiver une sanction au titre de l'épuration (24 mars 1950, Combes, R. p. 765) : « Dans les circonstances où ils sont intervenus et alors qu'aucun grief n'a été articulé contre l'intéressé au sujet de son attitude pendant l'occupation, le fait, par un magistrat d'avoir assisté, sans qu'aucun acte de propagande ait été relevé contre lui, à l'inauguration de la permanence du groupement antinational dit « Légion des Volontaires français contre le bolchevisme » et le fait d'avoir adhéré en 1941 à un groupement antinational alors qu'il est constant qu'il a donné sa démission au bout de quelques jours et n'a exercé aucune activité au sein de cet organisme, ne permettent pas de regarder ledit intéressé comme ayant accompli des actes de nature à le rendre passible des sanctions édictées par l'ordonnance du 27 juin 1944 »; (26 mai 1950, Chasserat, R. p. 320) : « N'est pas de nature à justifier légalement une sanction l'exercice par un maître des requêtes au Conseil d'Etat des fonctions de directeur du contentieux, de la justice militaire et de la gendarmerie, étant établi que l'intéressé s'est constamment employé avec courage et efficacité, soit secrètement, soit parfois même ouvertement, à contrarier les entreprises de l'ennemi ou des partisans de la collaboration et s'est opposé aux directives du gouvernement

(5) S. 1946, III, 1.

de fait, dont il a souvent réussi à restreindre et même à annuler les effets »; (rapp. 3 novembre 1950, Ganel, R. p. 765) : pour une adhésion au Parti populaire français antérieure à la guerre et non retirée après 1941; (3 février 1950, Asso, R. p. 765) : pour une adhésion au S.O.L.

De même si un fonctionnaire a tenu certains propos qui, par eux-mêmes, seraient de nature à motiver une sanction, le Conseil d'Etat examine quand et où ils ont été tenus; s'ils n'ont eu aucune publicité, s'ils n'ont été prononcés que devant des collègues, il recherche dans quelles circonstances les paroles regrettables ont été dites : si elles l'ont été à titre de propagande, si elles ont été répétées ou si elles n'ont été formulées qu'accidentellement, dans un moment d'énerverment par exemple.

(27 juillet 1949, Germain, R. p. 715) : « Même en tenant pour établi le fait qu'un fonctionnaire ait tenu certains propos regrettables, ces propos isolés et d'ailleurs imprécis ne permettraient pas, en l'espèce, d'affirmer que ce fonctionnaire a, comme le porte l'avis de la commission d'épuration, « manifesté une attitude favorable à l'occupant et nettement antifrançaise » et il y a lieu d'annuler la sanction d'épuration prononcée contre l'intéressé. »

(19 avril 1950, Barbier, R. p. 218) : « Considérant que s'il... n'est pas démontré par les pièces du dossier que le sieur Barbier n'a pas réellement tenu les propos qui lui sont reprochés, ces propos dans les circonstances de l'affaire et eu égard à la participation effective de l'intéressé à la Résistance, ne sont pas au nombre de ceux qui peuvent légalement justifier une sanction... »

(7 novembre 1951, Grund, R. p. 516) : « Dans les circonstances de l'affaire et eu égard au comportement général ainsi qu'à la personnalité de l'intéressé — lequel ne s'est livré à aucune propagande en faveur des puissances ennemies et a, au contraire, manifesté activement son hostilité à leur égard — le fait, par un fort des Halles dont les parents étaient naturalisés français d'origine allemande, d'avoir, dans l'accomplissement de son travail aux Halles, servi d'interprète aux soldats allemands qui venaient y faire des achats, ainsi que d'avoir reçu à son domicile certains militaires de l'armée d'occupation qu'il avait connus au cours de son enfance passée en Allemagne, n'était pas de nature à motiver une sanction au titre de l'épuration administrative. »

Il arrive au juge de l'excès de pouvoir de tenir compte, pour arrêter sa conviction, de l'attitude générale de l'intéressé pendant l'occupation et d'établir une compensation entre ce qui peut être reproché au requérant et ce qui peut être mis à son actif (4 avril 1951, Canac, R. p. 731) : « Le fait d'avoir occupé sans y exercer aucune activité politique l'un des postes de secrétaire particulier du vice-président du Conseil et du chef du Gouvernement de fait au cours des années 1940, 1942 et 1943 n'est pas, eu égard au comportement de l'intéressé, de nature, à lui seul, à rendre ledit intéressé passible

d'une sanction au titre de l'épuration administrative » (dans le même sens, voir 1^{er} juin 1951, Le Gros, R. p. 305).

L'appréciation des faits qui incombe au juge de l'excès de pouvoir est encore plus considérable quand le motif qui a déterminé la sanction n'est pas un acte précis mais une activité générale pendant l'occupation.

« En pareille hypothèse, le Conseil d'Etat passe au crible toute l'activité de l'intéressé, examine les actes qu'il a plus ou moins quotidiennement pris, apprécie leur importance et est conduit parfois à mettre en balance certains faits, peut-être contestables, qu'il a commis et certains autres, patriotiques, dont il se prévaut » (6).

Le Conseil d'Etat va jusqu'à poser des critères différents pour juger du comportement des préfets selon qu'il s'agit de fonctionnaires appartenant déjà à l'administration préfectorale où ils poursuivaient une carrière normale ou de personnes entrées après l'armistice dans les cadres préfectoraux. Les premiers ne sont déclarés justiciables de l'épuration que s'ils ont fait preuve d'un zèle répréhensible dans l'exercice de leurs fonctions (9 juin 1948, Chassigne, R. p. 254); les seconds sont soumis à l'épuration du seul fait de leur occupation de fonctions préfectorales (9 juin 1948, Blanchet, R. p. 254).

Enfin, poussant son contrôle à son extrême limite, le Conseil d'Etat fait intervenir dans son appréciation des faits la contrainte exercée par l'administration ou par des tiers.

Il admet que constituait une excuse absolue l'ordre du supérieur auquel un subordonné ne pouvait se soustraire. On lit, dans un arrêt Masselin, en date du 15 juillet 1949, R. p. 353, que : « L'arrestation de deux aviateurs américains par les autorités allemandes reprochée au sieur Masselin avait été rendue inévitable par les initiatives du préfet et que le requérant n'y a été mêlé que par les injonctions de ce dernier. » Dès lors, ce grief n'est pas au nombre de ceux qui peuvent légalement justifier une sanction au titre de l'ordonnance du 27 juin 1944 (voir dans le même sens : 12 janvier 1951, sieur Noual, R. p. 730, pour un fonctionnaire qui n'a fait que se conformer aux injonctions reçues de son supérieur).

Un arrêt du 20 juillet 1951, sieur Martineau (?), admet qu'un grief formulé à l'encontre d'un policier d'avoir procédé à l'arrestation de trois israélites n'est pas de nature à justifier légalement une sanction s'il est établi que le requérant n'a pu se refuser à faire partie des détachements ayant opéré cette arrestation.

En sens inverse, le fait pour un policier d'avoir procédé à l'arrestation de patriotes permet l'application d'une mesure d'épuration si l'intéressé n'apporte pas la preuve qu'il s'est borné à

(6) LETOURNEUR : *L'appréciation des faits par le Conseil d'Etat de France*, R.J.D.A. 1952.

(7) Cité in LETOURNEUR, *Etudes et Documents*, 1953 : *Apparition de nouveaux éléments subjectifs dans le recours pour excès de pouvoir*.

obéir à des ordres formels de ses supérieurs à l'exécution desquels il n'aurait pu se soustraire (15 mai 1951, sieur Pichaut, R. p. 268).

L'épuration en Alsace et en Lorraine a donné au Conseil d'Etat de nombreuses occasions de tenir compte de l'idée de contrainte exercée par des tiers. La Haute Juridiction administrative a souvent annulé des sanctions infligées à des Alsaciens ayant acquis la nationalité allemande ou adhéré au parti nazi par le motif que cette acquisition et cette adhésion n'avaient été acceptées ou formulées que sous l'empire de la contrainte (12 novembre 1949, sieur Holtzinger, R. p. 476); ou sous la pression d'un chef nazi qui menaçait l'intéressé de représailles (20 janvier 1950, sieur Schaefer, R. p. 767); ou en raison du régime auquel l'Alsace a été soumise dans les derniers temps de l'occupation (2 avril 1952, sieur Weber [8]).

Le contrôle juridictionnel de l'épuration administrative offre, on le voit, un exemple saisissant de la méthode par laquelle la juridiction administrative s'attribue l'intégralité des pouvoirs de libre appréciation de l'administration active (9). Cet exemple illustre d'ailleurs remarquablement l'analyse théorique du pouvoir discrétionnaire dans l'acte administratif que nous avons conduite d'un point de vue logique et formel dans la première partie de ce travail.

En présence d'un texte qui attribue un pouvoir apparemment discrétionnaire à l'administration, le Conseil d'Etat instaure son contrôle par étapes successives. Au terme de la première, il « découvre le but en vue duquel le législateur a attribué compétence à l'autorité administrative : « lutte contre la spéculation ou l'accaparement », mise à l'écart des agents « dont le maintien en raison de leur comportement général paraît incompatible avec les exigences de l'intérêt public ». Ce but, il l'objective en une catégorie de motifs. Le Conseil d'Etat recherche alors si les motifs donnés par l'administrateur à l'appui de sa décision « étaient en eux-mêmes de nature à fournir une base légale à la décision » ou « étaient de la nature de ceux qui pouvaient légalement la justifier ». Au terme de cette première étape, tout pouvoir discrétionnaire n'a donc pas disparu au profit de l'administration active.

Il n'en est plus de même au terme de la seconde étape du contrôle juridictionnel.

Le Conseil d'Etat ne se borne plus à décider si un motif déterminé est, théoriquement, pris en lui-même, « de nature » à servir de fondement légal à l'acte. Il apprécie s'il en est ainsi « dans les circonstances particulières de l'affaire » : expression dont l'apparition dans les arrêts témoigne que le transfert intégral de la liberté d'appréciation de l'administrateur au juge est alors consommé.

(8) Ibid.

(9) Le juge administratif ne va cependant pas jusqu'à contrôler la proportionnalité de la sanction à la faute.

Mais il est des cas dans lesquels le contrôle juridictionnel ne peut pas s'instaurer par étapes. Le particularisme des conditions dans lesquelles il s'exerce alors interdit de confondre leur étude avec celle des cas que nous venons d'examiner.

Sous-Section II

Cas où le contrôle de la qualification ne peut être dissocié du contrôle de l'appréciation des faits

Il faut bien voir comment les hypothèses que nous allons étudier se différencient des précédentes.

Dans ces dernières, le juge administratif avait la faculté d'exercer sur les faits un contrôle de légalité sans pour autant substituer son appréciation à celle de l'administrateur. Dans chacune des matières que nous avons examinées, nous avons vu en effet, le juge administratif procéder au terme d'un premier stade de l'évolution jurisprudentielle à un contrôle du motif envisagé *in abstracto* qui laissait « l'appréciation des faits » à la discrétion de l'administration active.

Ici, rien de tel, la qualification des faits étant indissociable de leur appréciation, le juge de l'excès de pouvoir est contraint, s'il veut exercer un contrôle plus sévère que le simple contrôle du détournement de pouvoir et de l'exactitude matérielle des faits, de se livrer à la même appréciation que l'administrateur et donc de substituer sa propre appréciation des faits à celle de l'administration active.

Aussi bien, la jurisprudence est-elle en ces matières d'une singulière complexité.

Lorsque l'action de l'administration se heurte à un droit ou à une liberté ou encore s'exerce en matière quasi pénale, le juge n'hésite pas à exercer son contrôle.

Dans les autres matières, en revanche, il adopte une attitude plus nuancée; son contrôle se fait plus hésitant.

Nous étudierons donc successivement les cas où l'action de l'administration se heurte à un droit ou à une liberté et ceux dans lesquels se trouve seul en jeu « l'aménagement interne du secteur administratif ».

Alinéa 1. — CAS OÙ L'ACTION DE L'ADMINISTRATION SE HEURTE A UN DROIT OU A UNE LIBERTÉ

Nous allons retrouver ici la projection, sur un plan différent, des solutions jurisprudentielles que nous avons précédemment étudiées.

Le juge de l'excès de pouvoir n'hésite pas à contrôler l'appréciation des faits en matière d'atteinte au droit de propriété et en matière quasi pénale.

L'article 118 de la loi du 13 juillet 1911 indique que le constructeur de maisons devra se conformer, à Paris, « aux prescriptions

qui lui seront faites dans l'intérêt de la sûreté publique, de la salubrité ainsi que de la conservation des perspectives monumentales et des sites, sauf recours au Conseil d'Etat par la voie contentieuse ». Deux intérêts se trouvent en conflit : l'intérêt ou tout au moins la liberté du propriétaire, d'une part, l'intérêt de l'esthétique, de l'autre. Ce texte indique d'autant moins comment les concilier qu'il emploie des termes dont la signification varie avec les jugements esthétiques de chacun. Les notions de perspective monumentale ou de site sont insusceptibles, en effet, d'un contrôle de la qualification distinct du contrôle de l'appréciation des faits : ou, si l'on préfère, la qualification se prend ici d'un examen global des faits dont on ne peut la dissocier. Si l'on veut comprendre l'attitude du juge qui décide que les notions de « perspective monumentale » et de « site » relèvent de son contrôle, il faut donc se reporter non pas à la loi de 1911 mais au droit de propriété lui-même qui est en jeu. Le Conseil d'Etat pense qu'étant donné l'importance du droit individuel engagé, il faut remplacer la liberté de l'administrateur par celle du juge. Ainsi en a-t-il été pour la place Beauvau (4 avril 1914, Gomel, R. p. 488) ; pour l'avenue de Villepreux, prolongeant la perspective du grand canal de Versailles (13 mars 1935, époux Moranville, R. p. 325) ; pour le val de Vée, à côté de Bagnoles-de-l'Orne (21 juillet 1937, dame veuve Duval, R. p. 752) ; pour l'hôtel de Sagonne (5 décembre 1947, Ploix, R. p. 461) ; pour le plateau d'Assy (19 mars 1948, Société Passy-Mont-Blanc, R. p. 140) ; pour une pinède du Lavandou (17 décembre 1952, dame veuve Moskon, R. p. 583).

L'ordonnance du 11 octobre 1945 qui instituait la procédure du logement d'office perpétuait en matière immobilière et au profit des particuliers le recours aux réquisitions. Les dispositions de cette ordonnance étaient précises et détaillées et certaines des solutions jurisprudentielles dégagées antérieurement se trouvaient applicables aux réquisitions de logement. Ce qui fait que le Conseil d'Etat, lorsqu'il fut saisi de très nombreux recours, n'eut pas à édifier une jurisprudence aussi prétorienne qu'autour de la loi du 11 juillet 1938. L'ordonnance du 11 octobre 1945 a autorisé les réquisitions dans les communes où existe une « crise grave du logement » ; dans les mêmes communes, elle a prévu la perception d'une taxe de compensation sur les logements « insuffisamment occupés ». Le juge de l'excès de pouvoir recherche si la commune en cause dans le pourvoi qui lui est soumis subit une « crise grave du logement ».

(9 janvier 1948, Barbédienne, R. p. 15) : « Considérant qu'aux termes de l'article 1^{er} de l'ordonnance du 11 octobre 1945, dans les villes où il existe une crise grave du logement, des mesures exceptionnelles et temporaires sont prises en vue de réaliser une meilleure répartition des locaux de manière que puisse être assurée l'installation de ceux qui, en raison de leur travail ou de leur situation de famille, doivent être pourvus d'un logement.

« Considérant que, en vertu de l'alinéa 3 de l'article 24 de la même ordonnance, « à titre transitoire et jusqu'à une date qui sera fixée par arrêté du ministre de l'Intérieur, du ministre de l'Economie nationale et du ministre de la Reconstruction et de l'Urbanisme », le préfet peut exercer le droit de réquisition dans une commune non pourvue d'un service municipal du logement à la condition qu'une crise grave du logement sévisse dans cette commune.

« Considérant qu'il résulte de l'instruction que tel n'est pas le cas de la commune de Benodet » ; (14 mai 1948, commune de Veules-les-Roses, R. p. 212) : « Considérant que l'arrêté interministériel attaqué a rangé la commune de Veules-les-Roses parmi celles où serait perçue la taxe de compensation, qu'il est constant que bien que cette commune ait subi quelques dégâts du fait de la guerre, aucune crise grave du logement n'y sévissait ; que, dès lors, elle est fondée à soutenir que ledit arrêté en tant qu'il la concerne est dépourvu de base légale. »

La loi, en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, a prévu une procédure plus simple que la procédure qu'elle a édictée normalement lorsque les travaux pour lesquels l'expropriation est envisagée ont un caractère militaire ; le Conseil d'Etat vérifie dans chaque espèce si les travaux présentent ce caractère.

(20 janvier 1950, commune de Tignes, R. p. 46) : « Considérant que les deux décrets attaqués déclarent applicables aux travaux d'aménagement de la chute des Brévières la procédure d'expropriation simplifiée prévue pour les travaux militaires dans le décret du 30 octobre 1935. Considérant que l'article 18 du décret du 17 juin 1938 n'assimile aux travaux militaires pour l'application de la procédure d'expropriation simplifiée que les travaux d'aménagement hydraulique présentant, au point de vue de la défense nationale, un caractère d'urgence ; qu'il est constant, eu égard à la nature des travaux envisagés et à l'époque prévue pour leur réalisation, que l'aménagement de la chute des Brévières ne présentait pas un caractère d'urgence au point de vue de la défense nationale ; qu'ainsi, les décrets attaqués ne peuvent trouver de fondement légal dans les seules dispositions de l'article 18 du décret du 17 juin 1938. »

Le Conseil d'Etat exerce un contrôle aussi hardi en matière d'épuration administrative qu'en matière d'atteinte au droit de propriété : une ordonnance du 29 novembre 1941 a prévu la réintégration des agents publics révoqués ou privés de leur emploi en vertu des lois d'exception du Gouvernement de Vichy, sauf dans les cas où la privation de l'emploi pouvait être en fait justifiée par l'insuffisance professionnelle grave de l'intéressé ; pour tous les refus de réintégration, le Conseil a recherché si la mesure prise par le Gouvernement de Vichy avait été ou non motivée par une insuffisance professionnelle grave, appréciation de pur fait.

La même ordonnance a, d'autre part, décidé que la carrière

des fonctionnaires ainsi réintégrés devait être reconstituée de manière à leur assurer un avancement comparable à celui accordé à la moyenne de leurs collègues demeurés en fonctions; chaque fois que le Conseil d'Etat a été saisi, il a recherché si le reclassement attribué au requérant a eu, en fait, pour résultat, de le replacer dans la situation qu'il aurait eue, compte tenu de l'avancement auquel, eu égard à ses notes, il aurait pu prétendre s'il n'avait été évincé illégalement des cadres. Pour ce faire, il a dû procéder à de délicates appréciations de fait puisqu'il lui a fallu notamment apprécier quelle était la « valeur professionnelle » du fonctionnaire et quel avancement il aurait dû « normalement » subir (8 juillet 1949, Barbier) (10).

Dans les différents cas que nous venons d'examiner, l'action de l'administration se heurtait à l'existence, en la personne du requérant, d'un droit ou d'une liberté.

Mais il est d'autres hypothèses dans lesquelles le juge administratif substitue son appréciation à celle de l'administration active alors que se trouve, seul en jeu, l'aménagement interne du secteur administratif.

Alinéa 2. — CAS OÙ SE TROUVE SEUL EN JEU

L'AMÉNAGEMENT INTERNE DU SECTEUR ADMINISTRATIF

Le contrôle du juge se fait alors singulièrement plus hésitant. Tantôt il se refuse, tantôt il feint d'ignorer l'impossibilité de dissocier le contrôle de la qualification des faits et celui de leur appréciation. Parfois même, il n'hésite pas à exercer un contrôle de l'appréciation des faits en feignant de n'exercer qu'un contrôle de leur exactitude matérielle.

Il paraît à vrai dire difficile de dégager les idées qui inspirent une jurisprudence en pleine évolution.

Aussi en est-on réduit à exposer purement et simplement les hypothèses dans lesquelles le juge administratif opère sous le couvert d'un contrôle de la qualification ou de l'exactitude matérielle des faits un contrôle de leur appréciation.

La loi du 19 octobre 1946, portant statut des fonctionnaires, prévoit en son article 128 que l'autorité compétente procède aux mouvements des fonctionnaires « après avis des commissions paritaires », mais que, toutefois, une mutation peut être prononcée sans cet avis préalable, quand « il s'agit de remplir une vacance d'emploi compromettant le fonctionnement du service ». Saisi d'un recours contre un arrêté ministériel ordonnant une mutation de fonctionnaire sans consultation préalable de la commission paritaire, le Conseil d'Etat recherche si la vacance à laquelle la mutation contestée a pour but de pourvoir, compromettait la

(10) Cité in LETOURNEUR : *L'appréciation des faits par le Conseil d'Etat de France*, R.J.D.A. 1952.

bonne marche du service. Il substitue aussi sa propre appréciation à celle du ministre (30 juillet 1949, Syndicat national autonome des inspecteurs de la population, R. p. 395) : « Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que la vacance de l'emploi du directeur départemental de la population du Jura qui était occupé à titre provisoire par un inspecteur de la population depuis novembre 1946, ne pouvait pas être regardée comme remplissant les conditions prévues au dernier alinéa de l'article précité... »

La délivrance d'une licence pour l'ouverture d'une officine pharmaceutique, lorsque l'agglomération où cette ouverture est projetée est un centre d'approvisionnement pour la population des localités environnantes, est soumise à autorisation; le juge de l'excès de pouvoir, pour contrôler la légalité des décisions prises, est obligé d'apprécier l'étendue de la zone territoriale pour laquelle la location ou la création d'une nouvelle officine est demandée, « constitue le centre d'approvisionnement le plus probable »; (31 juillet 1948, Rabelle, R. p. 369) : « Considérant qu'il résulte de l'instruction que les circonstances particulières de l'espèce et notamment le fait que le pharmacien déjà installé à Ribemont cumulait, d'ailleurs illégalement, avec la gestion de l'officine, l'exercice de la profession de chirurgien-dentiste, étaient de nature à influencer sur le nombre des clients qui fréquentaient effectivement ladite officine... »

On peut également indiquer comme matières où le juge de l'excès de pouvoir se livre à une appréciation complète des faits, les affaires concernant le caractère représentatif des organisations syndicales (4 février 1949, Fédération régionale des mineurs et similaires du Gard, première espèce, R. p. 56; 4 février 1950, Fédération des travailleurs du sous-sol, deuxième et troisième espèce, R. p. 57, avec, au S. 1950-3-57, les conclusions de M. Barbet; 22 juin 1951, Confédération générale du travail, R. p. 366, avec, au D.S. 1952, p. 110, les conclusions du commissaire du Gouvernement et, p. 472, une note de M. Jean Donnedieu de Vabres) : « Considérant qu'aux termes de l'article 31 du livre I^{er} du Code du travail, modifié par la loi du 11 février 1950, la commission supérieure des conventions collectives comprend notamment quinze représentants des travailleurs répartis obligatoirement par un décret entre toutes les organisations syndicales les plus représentatives; qu'il n'est pas contesté que la Confédération générale du travail Forcée ouvrière est l'une des organisations syndicales de travailleurs les plus représentatives sur le plan national et qu'elle doit ainsi être appelée à participer aux désignations prévues à l'article 31. »

De même encore, le Conseil d'Etat, définissant le contenu de la notion d'« affaires courantes », annule un décret transposant en Algérie le système de la loi du 11 mai 1945 relative à l'expropriation de certaines entreprises de presse et à la création de la Société nationale des entreprises de presse, au motif que, si le gouvernement jouissait d'un pouvoir discrétionnaire pour déter-

miner le contenu de la notion d'« affaires courantes », il jouirait d'un pouvoir discrétionnaire pour déterminer sa propre compétence (C.E., 4 avril 1952, Syndicat régional des quotidiens d'Algérie et autres, G.P., 9-11 avril 1952, conclusions Delvolvé).

De même encore, le Conseil d'Etat vérifie si les décisions prises par une caisse de sécurité sociale sont de nature à compromettre son équilibre financier (8 janvier 1954, Rommel, R. p. 21); si un journal, qui prétend bénéficier de l'insertion d'annonces légales, présente « un caractère évident d'utilité générale justifié par son tirage » (22 janvier 1954, Société tourangelle d'édition et de propagande, R. p. 40); si l'exploitation d'un brevet a fait l'objet d'une « exploitation normalement réduite » par suite des circonstances de guerre (29 juillet 1953, Etablissements Merlin et Gerin, R. p. 404); « l'absence manifeste d'emploi équivalent » (13 novembre 1953, Denizet, R. p. 489).

Les arrêts que nous venons de citer témoignent d'une extension du contrôle juridictionnel. Cette extension devait entraîner le juge de l'excès de pouvoir à exercer sous le couvert d'un contrôle de l'exactitude matérielle des faits, un contrôle de leur appréciation.

Dans certains arrêts, en effet, la notion de « fait matériellement inexact » ne recouvre plus seulement la constatation de l'existence ou de l'inexistence d'un fait mais encore le contrôle du point de savoir si l'interprétation de ce fait a été exactement donnée par l'autorité administrative :

(13 juin 1951, sieur Desjardins) (11) : une amende administrative a été infligée pour obtention irrégulière de combustibles minéraux du mois de novembre 1945 au mois de février 1947; le motif de l'irrégularité retenue était tiré du fait que la boulangerie requérante ayant été équipée dès le mois de novembre 1945, avec un four électrique, ne pouvait plus depuis cette date prétendre à l'attribution de combustibles. Le Conseil d'Etat annule la décision attaquée comme reposant sur un fait matériellement inexact : le four électrique n'avait été installé en novembre 1945 qu'à titre d'essai et n'avait fonctionné normalement qu'à la fin de 1946.

(28 juillet 1951, Société des Laboratoires S.M.P., R. p. 835) : Est annulée comme fondée sur des faits matériellement inexacts une décision du ministre de la Santé par laquelle il refuse d'accorder son visa à une spécialité pharmaceutique par le motif que le demandeur n'avait pas accepté d'apporter à la formule soumise au visa une modification exigée par l'administration pour mettre en concordance le libellé de cette formule et la composition du remède : si l'intéressé, à la suite de la demande de modification précitée, avait sollicité une nouvelle analyse du médicament afin d'y faire déceler l'existence d'un produit dont la présence était

(11) Cité in LETOURNEUR : *op. cit.*

contestée, il n'avait pas entendu subordonner son acceptation de la demande administrative à l'intervention de cette analyse.

(Voir dans le même sens : 7 mai 1952, Urrutiagen, R. p. 226; 3 juin 1953, Reyboubet, R. p. 257.)

Il est certain que la jurisprudence que nous venons d'étudier manifeste une emprise croissante de la juridiction administrative sur les pouvoirs de libre appréciation de l'administration active.

Cet impérialisme devait être à l'origine de certaines tentatives d'interprétations doctrinales. C'est à confronter la jurisprudence du Conseil d'Etat avec les essais d'explication que la doctrine en a proposés que nous devons maintenant nous attacher.

SECTION II

LES INTERPRÉTATIONS DOCTRINALES

Il faut rappeler le lien étroit qui unit la notion de pouvoir discrétionnaire et l'interprétation des solutions que nous venons d'étudier.

Nous l'avons dit et nous y insistons, toute définition du pouvoir discrétionnaire implique une certaine interprétation du donné jurisprudentiel; tout parti pris sur les solutions de la jurisprudence sous-entend une certaine conception du pouvoir discrétionnaire.

Dénoncer l'échec des interprétations classiques de la jurisprudence du Conseil d'Etat, ce sera donc établir que la conception du pouvoir discrétionnaire dont elles s'inspirent, est affectée d'un vice fondamental et doit être largement révisée.

Le pouvoir discrétionnaire se définit dans la conception classique : le résultat de l'indétermination de la réglementation juridique. Mais la notion de réglementation juridique est susceptible de recouvrir des réalités différentes et le contenu concret que lui donnent les auteurs, est la ligne de partage qui permet de les distinguer.

Pour une partie de la doctrine, le pouvoir discrétionnaire répond à l'idée d'indétermination de la réglementation légale; pour d'autres auteurs, il correspond à la notion plus compréhensive d'indétermination de la réglementation légale et jurisprudentielle.

Nous allons confronter la jurisprudence du Conseil d'Etat avec l'une et l'autre de ces deux conceptions.

Sous-Section I

Le pouvoir discrétionnaire défini par rapport à la loi

Une partie de la doctrine pose le problème du pouvoir discrétionnaire par rapport à la loi et à la loi seulement. Le problème du pouvoir discrétionnaire est pour elle « un problème de rapports entre la loi et l'administration » : « le problème du degré de

liaison de l'administration par la loi » (12). Il y a pouvoir discrétionnaire pour l'administration dès lors que la loi ne lie pas entièrement son action mais lui laisse une certaine liberté d'appréciation. Selon les auteurs qui se réclament de cette conception, le pouvoir discrétionnaire est fonction de la réglementation légale et de la réglementation légale seulement.

« C'est une position tout à fait fautive du problème et une définition absolument inacceptable, observe M. Eisenmann, parce que contraire à des faits qui sont admis par tous. Elle est en contradiction purement et simplement avec le caractère jurisprudentiel dans une si large mesure du droit administratif. Seuls pourraient logiquement soutenir cette thèse ceux qui soutiendraient que toute la réglementation juridique se réduit à la seule réglementation législative » (13).

Le pouvoir discrétionnaire ne peut pas se définir par rapport à la loi et à la loi seulement, parce que la jurisprudence que nous avons étudiée est irréductible à un contrôle de la légalité au sens strict de ce terme.

Ce serait cependant ne prendre de la doctrine des auteurs qui définissent le pouvoir discrétionnaire par rapport à la loi qu'une vue très simplifiée que de s'en tenir aux observations que nous venons de présenter.

Si « la thèse de l'énoncé légal des motifs » du doyen Bonnard est la forme la plus simple de définition du pouvoir discrétionnaire par rapport à la réglementation légale, « la thèse du conflit de lois » de M. Waline est une forme plus élaborée de définition du pouvoir discrétionnaire par rapport à la loi.

Alinéa 1. — LA THÈSE DE L'ÉNONCÉ LÉGAL DES MOTIFS

C'est la forme la plus simple de définition du pouvoir discrétionnaire par rapport à la réglementation légale.

On reconnaît, selon le doyen Bonnard, qu'il y a pouvoir discrétionnaire lorsque la loi n'énonce pas les motifs pour lesquels l'autorité administrative pourra exercer sa compétence.

Il y a, au contraire, compétence liée lorsque ces motifs sont énoncés par la loi avec une suffisante précision, c'est-à-dire « de manière telle que leur contrôle donne lieu à une simple constatation d'existence matérielle sans appréciation de qualité et de valeur ».

Si la loi n'énonce pas les motifs ou si elle ne les énonce que d'une façon tout à fait générale, le pouvoir reste discrétionnaire. L'agent apprécie librement la valeur des motifs et l'opportunité de la décision; le Conseil d'Etat s'abstient d'exercer son contrôle.

(12) EISENMANN : *op. cit.*, p. 434.

(13) *Op. cit.*, p. 434.

(14) BONNARD : *Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir*, R.D.P. 1923, p. 363.

Si, au contraire, la loi indique les motifs, l'appréciation de l'agent cesse d'être libre aussi bien pour la valeur des motifs que pour l'opportunité de la décision; sa compétence est liée, le juge administratif exerce son contrôle.

En matière de police municipale, par exemple, les pouvoirs du maire ne sont pas discrétionnaires; pour la police municipale, en effet, on trouve le critérium de la compétence liée; les motifs des mesures de police sont fixés par la loi. En indiquant les objets possibles de la police municipale, l'article 97 de la loi municipale du 5 avril 1884 exprime aussi clairement les cas dans lesquels ces mesures pourront intervenir.

Le Conseil d'Etat contrôle donc en certains cas la valeur des motifs et l'opportunité de la décision.

Ce faisant, il reste sur le terrain de la « légalité ».

Vainement, alléguerait-on, en effet, que l'on se trouve en pareils cas en présence d'un pouvoir qui reste discrétionnaire mais qui est contrôlé par le juge, de sorte que le Conseil d'Etat cesserait d'être juge de la légalité pour devenir juge de l'opportunité.

« Lorsque la loi précise les motifs de la décision, elle ne se borne pas à dire qu'il faut qu'il y ait un motif. Elle indique aussi quel motif doit être à la base de la décision. Alors, comme le motif est une des conditions pour l'exercice légal du pouvoir qui se manifeste dans l'acte, pour que cette décision existe et pour que ce pouvoir soit légalement exercé, il faut, non seulement que le motif existe, mais qu'il soit tel qu'il a été prévu par la loi. Sinon, l'exercice du pouvoir est irrégulier et l'acte est illégal. Or, rechercher si les motifs invoqués ont bien les caractères de ceux prévus par la loi, c'est examiner leur valeur, c'est apprécier la qualité des faits qui constituent les motifs. »

L'examen de la valeur de motifs est donc bien une question de légalité.

D'une séduisante simplicité, la thèse de l'énoncé légal des motifs allait exercer sur la doctrine une influence remarquable. M. Réglade et M. Teitgen devaient s'y rallier sans réserves.

Il y a compétence liée, selon M. Réglade, toutes les fois que la loi enlève au pouvoir discrétionnaire de l'agent l'appréciation d'un élément de l'opportunité et l'incorpore au domaine de la légalité (15).

Il est, par exemple, des cas où la loi supprime le choix des motifs, impose à l'agent ceux qui doivent servir de base à sa décision.

Lorsque le Conseil d'Etat apprécie dans ces hypothèses la valeur des motifs, il ne contrôle pas l'opportunité de l'acte, il reste dans son rôle de juge, c'est la loi écrite elle-même dont il fait application. « Il invoque expressément les textes qui visent certaines

(15) Du prétendu contrôle juridictionnel de l'opportunité, R.D.P. 1925, p. 415.

circonstances de fait prévues pour que le fonctionnaire soit compétent pour prendre une décision. Par ces dispositions légales, les motifs, les faits de la cause cessent exceptionnellement d'être un élément de l'opportunité pour devenir un élément de la légalité et l'on ne peut pas dire qu'il y ait un contrôle juridictionnel de l'opportunité. »

M. Teitgen, dans une thèse consacrée à la police municipale générale, voit, lui aussi, dans l'énoncé légal des motifs, le critérium de la compétence liée (16).

Il estime que l'article 97 de la loi municipale du 5 avril 1884 constitue cet énoncé légal des motifs qui suffit à justifier les pouvoirs de contrôle du juge de l'excès de pouvoir.

D'une part, l'article 97 ne permet à la police municipale d'exercer son pouvoir que pour des motifs réels d'ordre public et les lois qui garantissent les libertés individuelles n'autorisent leur restriction par la police que dans la mesure où cette restriction est nécessaire. Dès lors, en matière de police, l'inexistence des motifs ne constitue pas une simple erreur de fait, mais une double violation de la loi que le juge de l'excès de pouvoir doit sanctionner à ce titre (17).

D'autre part, ce que l'article 97 permet à l'autorité municipale de réglementer, ce sont « les causes de désordres » au sens qu'il donne à ce mot. Une mesure de police n'est donc légale que si elle a d'abord pour objet une activité que l'on puisse qualifier de cause de désordres au sens de l'article 97.

« Or, il a toujours été admis que les questions de qualification sont des questions de droit et non pas des questions de fait : et, par exemple, lorsque la jurisprudence judiciaire avait créé la notion de chose dangereuse pour limiter le domaine d'application de la présomption de faute qu'elle déclare incluse dans l'article 1384 du Code civil, la doctrine civiliste affirmait que la qualification de chose dangereuse devait être contrôlée par la Cour de cassation, parce qu'elle constituait une question de droit » (18).

A plus forte raison, en est-il ainsi pour l'application de la qualification d'activité dangereuse incluse dans l'article 97 de la loi de 1884 : elle nécessite des recherches de fait mais elle pose un problème de légalité qui relève du recours pour excès de pouvoir.

Les auteurs qui se réclament de la thèse de l'énoncé légal invoquent à l'appui de leur démonstration l'exemple tiré de la jurisprudence relative au pouvoir de police municipale. L'établissement du contrôle juridictionnel sur d'autres secteurs de l'action de l'administration devait infirmer irrémédiablement une thèse à

(16) La police municipale générale - L'ordre public et les pouvoirs du maire, thèse, Paris, 1934.

(17) Op. cit., p. 247.

(18) Op. cit., p. 247-248.

laquelle on pouvait, à l'époque où elle fut soutenue, adresser les deux critiques que voici :

Pour que le juge de l'excès de pouvoir puisse exercer sa censure, il faut, selon le doyen Bonnard, que les motifs soient énoncés « avec une suffisante précision », c'est-à-dire, selon l'auteur, de manière telle que leur contrôle donne lieu à une simple « constatation d'existence matérielle » sans « appréciation de qualité et de valeur ».

Or, il est impossible de réduire le contrôle exercé par le Conseil d'Etat sur l'appréciation des faits à un simple contrôle de leur exactitude matérielle. Sans doute, lorsque le juge administratif examine en matière de police municipale « la réalité de troubles à l'ordre public », peut-on considérer qu'il recherche l'existence ou l'inexistence d'une situation de fait. Mais qui ne voit qu'il s'agit là d'un contrôle qui dépasse le simple contrôle objectif de la matérialité des faits et qui comporte une large part d'appréciation subjective ?

Et le même raisonnement pourrait être tenu à propos de l'application de la loi de 1911. Le Conseil d'Etat, observe M. Vedel, a décidé que la place Beauvau ne constituait pas une perspective monumentale. « Ainsi, le juge a apprécié non pas à vrai dire la matérialité des faits, tels que l'existence de la place Beauvau, mais la qualification qu'il convient de donner à cette situation de fait et notamment le point de savoir s'il y a ou non perspective monumentale. Il s'agissait là, en somme, de vérifier l'exactitude de l'appréciation juridique de la qualification des faits et non de vérifier l'exactitude matérielle des faits » (19).

Sans doute, avons-nous observé une tendance de la jurisprudence à confondre parfois le contrôle de l'appréciation des faits et celui de leur exactitude matérielle. Mais il ne s'agit là que d'un phénomène limité dans l'espace, le Conseil d'Etat n'opérant cette confusion que dans des hypothèses, somme toute, assez rares et dans le temps, puisque, de l'aveu même des membres de la Haute Juridiction administrative, il ne s'agit que d'un phénomène relativement récent (20).

Cette illusion dissipée, il apparaît à l'évidence que le contrôle du Conseil d'Etat est irréductible à un simple contrôle de la légalité, stricto sensu :

Il est vraiment impossible de soutenir que c'est l'article 97 de la loi de 1884, aux termes imprécis, qui a permis à l'autorité de police d'interdire certains itinéraires ou la circulation à certaines heures aux auto-écoles.

Mais il y a plus. Difficile à soutenir lorsque la loi n'indique que d'une manière vague les motifs de l'acte administratif, la thèse

(19) Cours de droit administratif, lic. 2^e année, 1953-1954, p. 666.

(20) LETOURNEUR : L'apparition de nouveaux éléments subjectifs dans le recours pour excès de pouvoir, Etudes et Documents, 1953.

de l'énoncé légal apparaît radicalement insuffisante lorsqu'on la confronte à des solutions jurisprudentielles de la nature de celles auxquelles a donné lieu l'application de la loi du 17 juillet 1940.

Cette loi, rappelons-le, qui disposait que les fonctionnaires ou agents civils et militaires de l'État pourraient être relevés de leurs fonctions, demeurerait muette sur les circonstances en fonction desquelles ces relèvements de fonctions pourraient avoir lieu. Or, le Conseil d'État a jugé qu'ils ne pourraient être opérés que pour certaines catégories de motifs et il n'est pas douteux que si la disparition du Gouvernement de Vichy n'avait prématurément mis un terme à l'évolution jurisprudentielle, celle-ci se serait poursuivie et aurait transformé en une compétence liée un pouvoir qui, selon la thèse de l'énoncé légal, semblait manifestement discrétionnaire.

Equivoque dans la mesure où elle essaie de confondre le contrôle de la matérialité des faits et celui de leur appréciation, trop étroite puisqu'elle ne peut justifier le contrôle que le Conseil d'État exerce sur certains secteurs de l'action de l'administration, la thèse de l'énoncé légal est aussi trop large car elle ne parvient pas à expliquer pourquoi la juridiction administrative n'exerce qu'un contrôle réduit dans des hypothèses ou les motifs prévus par la loi ou découverts par le juge ne sont pas moins explicites que dans celles que nous avons étudiées (21).

Au fond, on aperçoit clairement les raisons pour lesquelles le doyen Bonnard et, avec lui, M. Réglade et M. Teitgen se sont efforcés de réduire à un contrôle de la « légalité » le contrôle que le Conseil d'État exerçait au-delà de la réglementation légale.

Ces efforts ne visaient à rien moins qu'à sauvegarder la notion même de pouvoir discrétionnaire.

Ceci demande quelques explications.

Les notions de pouvoir discrétionnaire et de réglementation juridique, partant de contrôle juridictionnel de cette réglementation sont, nous l'avons dit, des notions exclusives l'une de l'autre. Là où il y a pouvoir discrétionnaire, aucun contrôle du juge n'est possible, ni même concevable.

Or, cette vérité a été, à un moment donné de l'évolution jurisprudentielle, méconnue par certains auteurs. Ceux-ci, voyant le juge exercer sa censure à l'égard de compétences apparemment discrétionnaires, ont soutenu que parallèlement au « contrôle de la légalité » se développait un « contrôle juridictionnel de l'opportunité ». Ils l'expliquaient en disant que le Conseil d'État n'agissait pas seulement comme un juge mais comme un supérieur hiérarchique de l'administration.

Il est clair que cette thèse, indépendamment des objections qu'elle soulevait, aboutissait à ruiner la notion même de pouvoir

(21) Nous renvoyons sur ce point à nos développements ultérieurs : chapitre II, section II.

discrétionnaire, puisqu'elle impliquait qu'il n'était, de principe, aucun secteur de l'action de l'administration qui fût susceptible d'échapper au contrôle du juge.

Il était donc nécessaire, si l'on voulait sauvegarder cette notion, d'assigner à ce contrôle une limite au-delà de laquelle il ne saurait s'étendre. Par sa précision, par son « objectivité », la notion de réglementation légale apparut comme « la frontière naturelle » du pouvoir discrétionnaire et de la compétence liée et l'on s'efforça par voie de conséquence de montrer que le contrôle du juge de l'exces de pouvoir n'excédait jamais les limites qui lui étaient assignées par cette réglementation.

La thèse du conflit de lois soutenue par M. Waline devait répondre à des préoccupations identiques à celles qui avaient donné naissance à la thèse de l'énoncé légal, mais elle allait donner au problème du pouvoir discrétionnaire une solution que les mathématiciens qualifieraient de plus élégante.

Alinéa 2. — LA THÈSE DU CONFLIT DE LOIS (22)

Elaborée comme la thèse de l'énoncé légal des motifs à partir de la jurisprudence relative au contrôle juridictionnel des pouvoirs de police municipale, la thèse du conflit de lois répond à une définition plus subtile du pouvoir discrétionnaire par rapport à la loi qui lui vaut de pouvoir, à la différence de la thèse précédente, être confrontée avec l'ensemble des solutions jurisprudentielles que nous avons étudiées.

M. Waline estime que le juge de l'exces de pouvoir, lorsqu'il détermine les droits de la police municipale en une matière donnée, tranche « un conflit de lois » et c'est précisément parce qu'elles posent « un conflit de lois » que les questions relatives aux droits de la police municipale sont des « questions de droit » de la compétence du juge de l'exces de pouvoir.

Il se peut que le maintien de l'ordre ne puisse être obtenu qu'au prix d'une atteinte à la liberté du commerce, par exemple.

Or, ou bien le maire manquera à sa mission de police et désobéira ainsi à la loi de 1884, ou bien il restreindra une liberté publique dont il violera ainsi la loi organique.

Inéluctablement, le maire doit sacrifier une des deux lois. « Il y a donc dans son attitude la solution implicite d'un véritable conflit de lois. Or, c'est là une question de droit de la compétence d'un juge, par conséquent » (23).

Mais c'est en même temps une question commandée par les faits. Prenons le cas des cortèges sur la voie publique. « En principe, ils ne peuvent être interdits sans violation de la liberté d'aller et de venir. Il n'en est autrement que si ces cortèges risquent de troubler

(22) WALINE : *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel*, R.D.P. 1930, p. 197.

(23) *Op. cit.*, p. 222.

l'ordre public, ce qui est pour chacun une question de fait. Si tel cortège doit troubler l'ordre public, il est à la fois légal et opportun de l'interdire. Dans le conflit de lois qu'il doit trancher, le maire doit préférer la loi de 1884. Si, au contraire, le cortège ne doit pas troubler l'ordre public, il est à la fois inopportun et illégal de l'interdire et, dans le conflit de lois, le maire doit préférer la liberté d'aller et de venir » (24).

Toutes les fois qu'une liberté publique est restreinte par une mesure de police, la mesure n'est légale qu'à la condition d'être nécessaire donc opportune et l'autorité juridictionnelle devra, saisie d'un recours, vérifier cette nécessité et cette opportunité.

« ... Généralisons. Chaque fois que les pouvoirs de l'administration se heurteront aux droits des administrés, le juge substituera son appréciation à celle de l'autorité administrative. »

Ce qui fait la valeur de la thèse du conflit de lois, c'est qu'elle épouse étroitement les contours de la jurisprudence du Conseil d'Etat.

L'étude des solutions jurisprudentielles nous a, en effet, permis de constater que la compétence de l'administration est liée par le juge chaque fois qu'elle consiste en des mesures restrictives d'un droit ou d'une liberté. Sans doute avons-nous observé que le Conseil d'Etat substitue parfois son appréciation des faits à celle de l'administration active en dehors de ces hypothèses. Mais il s'agit précisément de cas où il est contraint de le faire s'il ne veut pas que la décision échappe à son contrôle. Ce qui montre d'ailleurs que le juge hésite à exercer sa censure en ces matières, c'est qu'il dissimule un contrôle de l'appréciation des faits sous le couvert d'un contrôle de leur qualification ou de leur exactitude matérielle.

La doctrine allait donc se trouver réduite à faire à l'auteur de la thèse du conflit de lois un procès d'intentions.

L'ordre public, observe M. Teitgen, n'est pas l'antagoniste des libertés individuelles mais leur « bien commun ». « Il ne se réalise pas contre elles, par leur amputation, il se réalise pour elles par leur conciliation dans l'intérêt de tous » (25).

Dès lors, il est inexact de considérer l'article 97 et les lois relatives à la protection des libertés publiques comme des textes en conflit : le maire qui prend une mesure nécessaire au maintien de l'ordre public ne porte pas atteinte au contenu légal de la liberté qu'il réglemente, parce que la loi ne garantit cette liberté que sous la réserve des mesures de police indispensables au maintien de l'ordre.

A l'inverse, le maire qui impose aux libertés des administrés des restrictions inutiles ou excessives viole non seulement la loi qui garantit ces libertés, mais également l'article 97 parce que le bon ordre public visé par ce texte suppose le respect des libertés

(24) *Op. cit.*, p. 222.

(25) *Op. cit.*, p. 384 et suiv.

des membres de l'agglomération et la protection de leur exercice paisible dans toute la mesure compatible avec l'intérêt général.

L'article 97 et les lois qui consacrent les libertés ne sont donc pas en conflit.

La critique adressée par M. Teitgen à la thèse de M. Waline est dénuée de fondement car elle procède d'une dénaturaison de la pensée de cet auteur.

M. Waline écrit en effet : « En principe, les cortèges sur la voie publique ne peuvent être interdits sans violation de la liberté d'aller et de venir. Il n'en est autrement que si ces cortèges risquent de troubler l'ordre public » (26).

Il reconnaît ainsi que si un cortège risque de troubler l'ordre public, il peut être interdit sans violation de la liberté d'aller et de venir. On ne peut donc raisonnablement soutenir que dans son esprit les dispositions de l'article 97 et celles des lois qui consacrent les libertés sont contradictoires. Ce sont, selon M. Waline, des textes qui donnent à un même problème, une même solution mais de deux points de vue différents : par quoi l'on rejoint les observations de M. Teitgen.

M. Eisenmann, s'il ne critique pas le principe même de l'interprétation proposée par M. Waline s'en prend au contenu que selon lui cet auteur donne à la thèse qu'il défend (27).

Selon la thèse du conflit de lois, en effet : « Ce n'est pas parce que le juge contrôle l'administration que celle-ci perd son pouvoir discrétionnaire, c'est parce que la loi lui a déjà enlevé ce pouvoir que le juge peut intervenir. Le contrôle est un effet et non pas une cause. Le juge constate ces limites, il ne les crée pas » (28).

M. Waline ne tombe-t-il pas dès lors dans l'erreur précédemment dénoncée des auteurs qui définissent le pouvoir discrétionnaire par rapport à la loi et à la loi seulement ?

Oui, assurément, répond M. Eisenmann : « Nombre d'auteurs, quand ils parlent du contrôle du juge, entendent sans toujours le rappeler expressément : contrôle de légalité et de légalité seulement. Par suite, leur idée est bien au fond que le problème du pouvoir discrétionnaire est le problème de la liaison de l'administration par la loi, c'est-à-dire, que l'on en revient ainsi exactement à la première thèse. Si l'on postule : contrôle du juge = contrôle de légalité c'est-à-dire intervention du juge pour vérifier la conformité des actes de l'administration à la réglementation législative, on peut dire que, pratiquement, contrôle du juge et réglementation législative sont liés. Par conséquent, cette définition ne se distingue pas du tout de la précédente » (29).

Cette formule est donc inacceptable : « Marqué d'une idée

(26) *Op. cit.*, p. 222.

(27) *Op. cit.*, p. 434 et suiv.

(28) *Op. cit.*, p. 209.

(29) *Op. cit.*, p. 437.

légaliste du droit et du rôle du juge, qui se traduit par une conception légaliste du pouvoir discrétionnaire (le point de vue de M. Waline) ne conviendrait pas au droit administratif, ni d'ailleurs à aucune branche du droit » (30).

La critique adressée par M. Eisenmann à la thèse du conflit de lois serait d'une irréfutable logique si la démonstration dont elle procède, ne reposait sur une pétition de principe.

L'interprétation de M. Waline n'est, en effet, nullement exclusive de la reconnaissance à la jurisprudence d'un large pouvoir normatif à la seule condition que ce pouvoir s'exerce dans certaines limites, celles-là même qui lui sont assignées par les lois qui confèrent aux particuliers un droit ou une liberté. Il y a entre la thèse de l'énoncé légal des motifs, selon laquelle la compétence de l'administration est liée lorsque son action est strictement et impérativement réglementée et la thèse du conflit de lois pour laquelle il suffit que le pouvoir conféré dans les termes les moins précis à l'administration se heurte à un droit ou à une liberté pour cesser d'être discrétionnaire, une différence de degrés qui confine à une différence de nature et qui nous conduit à rejeter la critique de M. Eisenmann.

Pour écarter la thèse de M. Waline, il faut résolument renoncer à lui donner un sens ou un contenu qu'elle n'a pas.

Il suffit simplement d'observer que pour cet auteur, si le juge administratif est compétent pour contrôler dans son entier le libellé d'un acte administratif intervenant en matière de libertés publiques, c'est parce que se pose alors « une question de droit » de la compétence du juge de l'excès de pouvoir (31). Le fondement de la compétence du juge administratif en matière de libertés publiques résiderait dans le fait que c'est une « question de droit », donc de la compétence du juge, qui se trouve alors posée.

L'objection surgit aussitôt : en quoi l'appréciation de « l'équivalence » de deux emplois serait-elle moins une « question de droit » que l'appréciation des exigences de « l'ordre public » ? C'est ici le lieu de rappeler avec M. Teitzgen que « les questions de qualification sont des questions de droit ». Et nous nous permettons de poser la question : la Cour de cassation quand elle a contrôlé la qualification de « chose dangereuse » aurait-elle excédé les pouvoirs d'un juge ?

Assigner comme fondement à la compétence du juge administratif son aptitude à connaître des seules questions de droit mais de toutes les questions de droit, c'est étendre sa compétence au-delà des limites qui lui sont assignées par la jurisprudence du Conseil d'Etat.

La thèse de M. Waline doit donc être rejetée.

Faut-il alors renoncer à définir le pouvoir discrétionnaire par

(30) *Op. cit.*, p. 438.

(31) *Op. cit.*, p. 222.

rapport à la loi et poser le problème par rapport aux règles légales et jurisprudentielles ?

C'est l'opinion de M. Eisenmann.

Sous-Section II

Le pouvoir discrétionnaire défini par rapport aux règles légales et jurisprudentielles

M. Eisenmann formule le problème de la manière suivante : « Est-ce que le pouvoir discrétionnaire n'est limité que par la loi ? Ou est-il limité par d'autres règles aussi ; pratiquement, par les règles jurisprudentielles ? »

L'alternative étant ainsi posée, il est proprement impossible, selon lui, d'hésiter un seul instant. La seconde réponse s'impose et elle s'impose évidemment car elle est seule conforme aux faits les moins contestés et aux idées qui y correspondent sur les sources du droit administratif : « Si l'on veut être positif, il faut reconnaître que l'administration n'a de pouvoir discrétionnaire que ce que lui en laisse au total le cumul des règles légales et des règles jurisprudentielles limitant sa liberté d'action ».

Beaucoup d'auteurs, observe M. Eisenmann, raisonnent comme si l'administration disposait réellement de tout le pouvoir discrétionnaire que lui laisse la réglementation législative. Mais l'étude attentive des réalités jurisprudentielles conduit à des conclusions toutes différentes.

Elle permet de constater que le pouvoir discrétionnaire ne coïncide pas du tout avec la sphère de liberté que la réglementation législative lui laisse. Il arrive, en effet, et très fréquemment, que cette réglementation, prise seule, laisserait subsister une très grande liberté pour l'administration mais que ce soit le juge qui s'approprie le bénéfice de cette discrétionnalité, c'est-à-dire, vienne restreindre par des règles nouvelles ou des éléments de règles complémentaires la liberté dont bénéficierait l'administration aux termes de la loi ; le pouvoir du juge s'intercale, pour ainsi dire, entre celui du législateur et de l'administration, il s'ajoute au premier, le complète et diminue d'autant, au-delà de la loi, le pouvoir libre de cette dernière.

M. Eisenmann ne fait donc aucune distinction valant restriction selon les sortes de règles qui peuvent entrer en ligne de compte. Il ne dit pas : le pouvoir discrétionnaire résulte d'un certain état de la loi, de la légalité, résulte de l'indétermination de la réglementation législative ; il emploie l'expression de réglementation « juridique » qui est bien plus compréhensive que celle de « réglementation législative ». En d'autres termes, pour savoir si un agent a du pouvoir discrétionnaire, il faut, selon lui, faire entrer en

(32) EISENMANN : *op. cit.*, p. 440 et suiv.

ligne de compte toutes les règles qui régissent son action quelle que soit leur origine.

Le caractère des règles est absolument indifférent. Dès lors qu'un agent doit respecter une certaine réglementation, son pouvoir discrétionnaire n'existe plus dans cette mesure. Concrètement ce que M. Eisenmann affirme ainsi, c'est l'équivalence absolue au point de vue de la définition du pouvoir discrétionnaire entre les règles législatives et les règles jurisprudentielles.

Il n'est que d'exposer la conception de M. Eisenmann pour se rendre compte que la thèse de cet auteur ne se situe pas au même plan que les thèses que nous avons précédemment examinées. Il était, en effet, relativement aisé en ce qui concerne ces dernières et nous faisons essentiellement allusion à la thèse de l'énoncé légal des motifs, de déduire le rejet de la définition du pouvoir discrétionnaire qu'elles impliquaient, de leur contradiction avec la jurisprudence du Conseil d'Etat.

En revanche, aucun désaccord ne peut être relevé entre la jurisprudence de la Haute Juridiction administrative et la thèse de M. Eisenmann. Et nous voudrions à cet égard écarter d'une façon liminaire une objection que l'on pourrait songer à adresser à cet auteur.

Cette objection trouverait son fondement dans une analyse de la notion de réglementation juridique. On pourrait croire, en effet, que dans la pensée de M. Eisenmann la réglementation juridique ce sont les règles d'origine légale et jurisprudentielle existant au moment où le juge statue sur la régularité d'une décision administrative. On ne manquera pas dès lors d'objecter que le juge administratif exerce fréquemment son contrôle dans des cas dans lesquels l'activité de l'administration ne fait l'objet d'aucune réglementation que celle-ci soit d'origine légale ou d'origine jurisprudentielle.

Il est bien évident que cette objection n'atteint en aucune façon la thèse de M. Eisenmann. Par réglementation juridique, il faut, en effet, entendre non seulement les règles d'origine légale et jurisprudentielle existant au moment où le juge statue mais encore la règle jurisprudentielle qui est créée par le juge au moment même où celui-ci en fait application. La thèse de M. Eisenmann ne paraît donc pouvoir en aucune façon être critiquée sur la base de la jurisprudence du Conseil d'Etat. Dans la mesure où cet auteur constate que le juge crée la règle de droit et que par voie de conséquence le pouvoir discrétionnaire doit se définir par opposition non seulement aux règles d'origine légale, mais aussi aux règles d'origine jurisprudentielle, il ne fait qu'enregistrer un ensemble de faits devant lesquels le juriste ne peut que s'incliner. Aussi bien, est-ce sur un autre terrain qu'il convient de se placer si l'on désire porter sur la thèse de M. Eisenmann une appréciation critique.

La définition du pouvoir discrétionnaire donnée par cet auteur

est absolument inattaquable. Seulement, il est permis de se demander si cette définition ne correspond pas simplement à un certain type de définition.

On sait qu'il existe une distinction entre deux catégories de définitions : les définitions caractéristiques et les définitions explicatives. « La condition rigoureusement indispensable de toute définition c'est de distinguer l'objet défini d'avec tout autre en lui assignant une propriété qui lui appartienne exclusivement... Mais ce but peut être atteint en général de deux manières très différentes : ou par une définition caractéristique, c'est-à-dire indiquant une propriété qui, quoique vraiment exclusive, ne fait pas connaître la génération de l'objet, ou par une définition explicative, c'est-à-dire caractérisant l'objet par une propriété qui exprime un de ses modes de génération » (33).

Dans la mesure où la définition du pouvoir discrétionnaire proposée par M. Eisenmann vise à exprimer l'incompatibilité des notions de pouvoir discrétionnaire et de réglementation juridique, cette définition nous paraît être une définition simplement caractéristique, c'est-à-dire une définition qui n'expose pas, comme le ferait une définition par génération, le mode de production du pouvoir discrétionnaire, c'est-à-dire encore et concrètement une définition qui ne répond pas et qui n'a pas à répondre à la question essentielle en matière de pouvoir discrétionnaire : est-ce l'intervention du juge qui supprime le pouvoir discrétionnaire ou est-ce l'absence de pouvoir discrétionnaire qui autorise l'intervention du juge ?

Ceci posé et étant admis que l'on s'en tient au plan de la caractérisation et non au plan de l'explication, on ne peut que se rallier à la définition proposée par M. Eisenmann. Il est parfaitement exact, en effet, que les notions de pouvoir discrétionnaire et de réglementation juridique (c'est-à-dire légale et jurisprudentielle) sont exclusives l'une de l'autre. Ceci est absolument sûr. Il est absolument sûr que là où un juge intervient pour exercer un contrôle de régularité, c'est-à-dire pour vérifier la conformité à une règle obligatoire, impérative, il n'y a pas de pouvoir discrétionnaire. Inversement il est non moins certain que là où il y a pouvoir discrétionnaire, l'idée d'un contrôle de régularité et, par conséquent, l'idée d'une réglementation stricte de l'action est exclue. Mais il reste qu'« en thèse générale, quand même un objet quelconque ne serait d'abord connu que par une définition caractéristique, on ne devrait pas moins l'envisager comme susceptible de définitions explicatives que ferait nécessairement découvrir l'étude ultérieure de cet objet » (34).

Ce qui est dire que la définition proposée par M. Eisenmann dans la mesure où elle se présente comme une définition sim-

(33) A. COMTE : Cours, XII^e leçon, p. 243.

(34) A. COMTE : op. cit.

plement caractéristique laisse place à une autre définition se situant, elle, au plan de l'explication.

Nous disons bien : dans la mesure, Nous avons, en effet, dans ce qui précède, donné, en vue de simplifier, une interprétation de la définition du pouvoir discrétionnaire selon M. Eisenmann qu'il convient maintenant de nuancer. Nous avons raisonné comme si cette définition n'était susceptible que de revêtir un sens caractéristique. Or, il convient de remarquer que la formule qui selon M. Eisenmann définit le pouvoir discrétionnaire, peut se voir assigner un sens caractéristique ou un sens explicatif.

Si l'on définit, en effet, le pouvoir discrétionnaire comme le résultat de l'indétermination de la réglementation juridique, on peut vouloir exprimer par là simplement l'incompatibilité des notions de pouvoir discrétionnaire et de réglementation juridique. Dans cette perspective, l'absence de réglementation juridique est considérée simplement comme le « signe » du pouvoir discrétionnaire. On reste sur le plan de la caractérisation. Mais définir le pouvoir discrétionnaire comme le résultat de l'indétermination de la réglementation juridique, cela peut aussi sous-entendre que l'on considère cette absence de réglementation non plus comme le « signe », mais comme la « source » du pouvoir discrétionnaire. On passe alors sur le plan de l'explication. On considère, en effet, le pouvoir discrétionnaire comme une concession faite par le juge administratif à l'administration active.

M. Eisenmann donne-t-il à sa définition une valeur explicative ? Certaines des formules qu'il emploie pourraient inciter à le penser. « En droit administratif, écrit-il, ce sont deux groupes d'autorités publiques distinctes qui sont en lutte pour l'exercice du pouvoir discrétionnaire : l'administration active et la juridiction administrative. En définitive, c'est le Conseil d'Etat qui est maître de cette répartition du pouvoir discrétionnaire ; c'est lui qui discrétionnairement répartit le pouvoir discrétionnaire entre les deux groupes d'organes, étant le principal élément de l'un d'entre eux » (35).

On ne saurait cependant se montrer trop prudent dans l'interprétation de la pensée d'un auteur qui n'aborde l'étude du pouvoir discrétionnaire que d'une façon incidente à propos d'une étude plus générale consacrée à l'action de l'administration. Quoi qu'il en soit, le problème est posé et doit être résolu de savoir si le juge est libre de limiter à sa guise le pouvoir discrétionnaire de l'administration.

Ce problème doit selon nous être résolu par la négative. Mais avant d'indiquer les raisons qui nous dictent cette attitude, il convient de nuancer quelque peu le caractère par trop brutal de notre affirmation liminaire.

(35) *Op. cit.*, p. 454.

Si nous ne pensons pas, en effet, que le pouvoir discrétionnaire ou la compétence liée dépendent du bon vouloir du juge administratif, il reste cependant que, dans l'opération de contrôle de la régularité des actes de l'administration, ce juge joue le rôle d'un relais nécessaire et que ce rôle lui permet d'apparaître comme étant un facteur essentiel de la genèse « immédiate » du pouvoir discrétionnaire ou de la compétence liée. De plus, quand bien même il serait théoriquement démontré que dans telle hypothèse le juge doit exercer un contrôle de régularité de l'acte déféré à sa censure, s'il se refuse à exercer ce contrôle, l'administration jouira, en fait, en pareil cas d'un pouvoir discrétionnaire. Inversement, quand bien même il serait théoriquement démontré que dans telle autre hypothèse le juge ne doit pas exercer son contrôle, s'il l'exerce, l'administration se verra, en fait, dépouillée dans une telle espèce de son pouvoir discrétionnaire. Cas limite (36), fausses exceptions (37), sans doute, mais qui permettent de comprendre que l'on puisse à la première apparence attribuer au juge un rôle décisif dans la génération du pouvoir discrétionnaire.

Ces réserves faites et ces précautions prises, peut-on poser à titre de principe général que l'administration n'a de pouvoir discrétionnaire, que ce que lui en laisse le juge administratif qui, écrit M. Vedel, « en créant du droit (pourrait) presque à volonté faire passer dans le domaine de la légalité des matières qui étaient auparavant du domaine de l'opportunité » (D.A. 1955-1956, p. 336). Nous ne le pensons pas. Et ce, pour des raisons de force d'ailleurs inégale.

En premier lieu, lorsque le juge administratif s'incline devant le pouvoir discrétionnaire, celui-ci n'apparaît nullement comme une concession faite par la juridiction administrative à l'administration active. Il se présente au contraire sous la forme d'une « réalité » extérieure au juge et contre laquelle vient se briser son contrôle.

En second lieu, le point de vue que nous critiquons néglige le fait que le Conseil d'Etat ne lie la compétence de l'administration que dans un nombre limité de matières dont la spécificité requiert une explication que le simple recours à la notion de « politique jurisprudentielle » paraît insuffisant à fournir.

Mais surtout considérer que le juge est libre de limiter à sa guise le pouvoir discrétionnaire de l'administration, c'est s'élever contre le système officiel des sources du droit, c'est-à-dire contre le système selon lequel le juge est chargé d'interpréter les textes et non de se substituer au législateur. Cette assimilation du juge au législateur nous paraît devoir être repoussée avec la dernière énergie.

Elle est, en effet, contraire aux principes les plus fondamentaux

(36) Cf. p. 135, note 34.

(37) Cf. p. 135 et suiv.

de notre droit public général. Elle néglige en second lieu le fait que les lois n'ont pas, de principe, de portée rétroactive. Nous pensons surtout que l'on n'est habilité à rejeter les principes fondamentaux d'un système juridique que lorsque l'on en a épuisé toutes les ressources. Bref, plutôt que de considérer que le juge administratif est un législateur, nous préférons tenter d'expliquer pourquoi le juge peut dans certains domaines exercer son activité créatrice et comment ce pouvoir normatif est susceptible de faire l'objet d'une interprétation en accord avec les données fondamentales de notre système juridique.

Si nous voulions, en effet, rassembler les observations que nous ont livrées l'étude des solutions jurisprudentielles et celle de leurs essais d'interprétation doctrinale, il nous faudrait conclure que la jurisprudence administrative a un pouvoir normatif, mais que ce pouvoir ne s'exerce qu'à l'intérieur de certaines limites.

M. de Laubadère se range à ces conclusions. Il résulte certainement de la jurisprudence, observe cet auteur, que la loi n'est pas la seule source du pouvoir lié, une autre source étant la jurisprudence elle-même : à côté du pouvoir lié par la loi, il existe un pouvoir lié par le juge lui-même⁽³⁸⁾.

Cette observation conduit M. de Laubadère à se demander s'il subsiste dans ces conditions un pouvoir discrétionnaire des autorités administratives puisque le juge fait pénétrer son contrôle dans le domaine même où la loi ne liait pas la compétence de l'administration. Ne doit-on pas dire qu'il existe un contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire (ou de l'opportunité), ou encore, qu'il existe peut-être un pouvoir discrétionnaire vis-à-vis de la loi mais non vis-à-vis du juge.

En réalité, il n'en est rien car le Conseil d'Etat n'élargit pas à l'infini les cas de compétence liée. La jurisprudence crée des cas de compétence liée mais elle ne le fait pas dans n'importe quelle matière. Il semble bien apparaître à son analyse que la compétence administrative soit ainsi liée chaque fois qu'elle consiste en des mesures restrictives de libertés publiques⁽³⁹⁾.

Mais ce qu'il convient de souligner, c'est le problème que pose au regard de la définition du pouvoir discrétionnaire cette analyse de la jurisprudence du Conseil d'Etat.

Nous voici, en effet, parvenu au centre du problème jurisprudentiel du pouvoir discrétionnaire.

Face à face, deux séries d'arrêts en apparence contradictoires : dans les uns, le Conseil d'Etat accepte de lier la compétence de l'administration, alors même que la loi n'a pas précisé quels pouvaient être les motifs légitimes de son action ; dans les autres, il refuse en l'absence d'une réglementation légale, d'empiéter sur

(39) *Op. cit.*, p. 228.

(38) *Op. cit.*, p. 228.

La contradiction est flagrante. Pour la résoudre, il faut accepter de remettre en cause la conception classique du pouvoir discrétionnaire qui sous-tendait les divers essais d'interprétation doctrinale dont nous avons pu constater qu'aucun ne parvenait, qu'il définit le pouvoir discrétionnaire par rapport à la loi et à la loi seulement ou par rapport à la règle légale et jurisprudentielle, à rendre un compte exact de la jurisprudence du Conseil d'Etat, des appréciations qui, dit-il, « ne sont pas susceptibles d'être discutées devant lui ».

CHAPITRE II

ESSAI D'UNE THEORIE DU POUVOIR DISCRETIONNAIRE

« C'est une insoluble tentative, écrit M. Rivero, que de prétendre élucider une notion juridique par le seul approfondissement des solutions concrètes qu'elle inspire. Si poussée que soit l'analyse, il vient un moment où elle a dit son dernier mot et où le juriste se trouve dans l'impossibilité d'aller plus avant sans changer de méthode. Les solutions contre lesquelles vient buter son effort, et qui, considérées en elles-mêmes, ne disent plus rien, peut-être s'éclaireront-elles et livreront-elles leur principe si elles sont confrontées avec des solutions apparemment différentes, mais voisines quant à leur fondement » (1).

Le problème du pouvoir discrétionnaire illustre d'une manière frappante cette observation d'ordre méthodologique.

L'échec de la conception classique du pouvoir discrétionnaire procède de ce que les auteurs qui s'en réclament, envisagent ce pouvoir comme un phénomène propre au droit administratif ou à tout le moins élaborent leurs constructions respectives à partir des seuls matériaux offerts par la jurisprudence du Conseil d'Etat.

Or, l'exploration la plus superficielle de la jurisprudence des tribunaux judiciaires permet d'observer que la notion de pouvoir discrétionnaire ne lui est pas inconnue et que le problème ne se pose pas ici et là en des termes sensiblement différents.

La similitude des solutions jurisprudentielles relatives au pouvoir discrétionnaire de l'administration et au pouvoir discrétionnaire du « chef d'entreprise » ne permet-elle point, dès lors, de considérer que la notion d'« entreprise » constitue le principe qui, par delà la distinction du droit public et du droit privé, inspire les jurisprudences administrative et judiciaire ?

Une étude systématique de ces deux jurisprudences nous permettra de répondre à cette question par l'affirmative.

(1) *Les mesures d'ordre intérieur administratives*, p. 239.

Outre qu'elle livre une vue exacte de la notion de pouvoir discrétionnaire, le recours à l'idée d'« entreprise » permet d'intégrer la jurisprudence que nous avons étudiée, dans une construction cohérente.

En proposant enfin une solution au problème du pouvoir discrétionnaire, elle permet par là même de résoudre celui de son contrôle.

Nous étudierons donc :

- le fondement du pouvoir discrétionnaire;
- le domaine du pouvoir discrétionnaire;
- le contrôle du pouvoir discrétionnaire.

SECTION I

LE FONDEMENT DU POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE

Il est impossible de définir le pouvoir discrétionnaire en se référant simplement à la notion d'indétermination de la réglementation juridique ; abstraction faite de son impuissance à rendre compte de la jurisprudence du Conseil d'Etat, cette définition négative ne correspond pas à l'idée du pouvoir discrétionnaire.

Cette idée est celle de l'« autonomie » de l'administration, de pouvoirs indépendants à elle attribués. « Il y a, observe M. Eisenmann, une parenté trop rarement relevée entre l'idée de discrétionnaire et, d'autre part, l'idée d'autonomie, c'est-à-dire, d'auto-détermination du sujet. L'acte ou le pouvoir « discrétionnaire » comporte cette auto-détermination » (2).

L'idée de pouvoir discrétionnaire postule pour l'administration l'indépendance dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont dévolus la liberté d'action à l'intérieur des limites tracées par la règle de droit. « La question du pouvoir discrétionnaire, écrit M. André Hauriou, n'est qu'un aspect particulier du problème plus général de la soumission aux règles de droit des acteurs juridiques ou sujets de droit » (3). Les sujets de droit sont soumis aux règles juridiques comme à des limites extérieures venant modifier ou arrêter leurs initiatives. Les règles de droit ne sont pas des principes d'action : bien plutôt des bornes, des restrictions apportées à la liberté et à l'autonomie des sujets de droit.

Mais « si les règles de droit ne sont que des limites extérieures, on comprend que dans la mesure où elles n'ont pas posé de bornes à l'indépendance des sujets ou même à l'intérieur des cadres tracés par elles, ceux-ci conservent leur autonomie et leur liberté ».

Pour quelle raison ont-ils droit à cette autonomie et à cette liberté ? Parce que, répond M. André Hauriou, ils sont « chefs

(2) *Op. cit.*, p. 423.

(3) A. HAURIOU : *Le pouvoir discrétionnaire et sa justification*, Mélanges Carré de Malberg, p. 233.

d'entreprise ». « Le particulier fait, à tout le moins, l'entreprise de sa vie, les administrations celle de l'ordre public et de l'utilité publique. Cette idée rend compte de cette réserve de l'opportunité qui est le domaine d'élection du pouvoir discrétionnaire, car ce qu'il y a d'imprévisible et de spontané dans l'entreprise, c'est l'action opportune, imprévisible et spontanée, comme le sont les circonstances et les difficultés rencontrées.

Le pouvoir discrétionnaire de l'administration trouve donc son fondement dans le caractère d'« entreprise » de son action.

« Le service public, considéré dans ses éléments les plus immédiatement perceptibles, écrit M. Rivero, est une entreprise » qui se trouve subordonnée à une fin particulièrement astreignante : la poursuite de l'intérêt public, « l'intérêt public est mobile. Pour s'y conformer à tout instant, le service doit faire preuve d'une certaine plasticité. Et il peut d'autant moins s'y dérober qu'il répond à des intérêts plus vitaux et qu'il en répond devant le pays. La liaison de la responsabilité et d'un certain pouvoir de commandement a été reconnue par la majorité des auteurs. Au point de rencontre de ces diverses idées, nous trouvons l'existence du pouvoir discrétionnaire » (4).

Il convient donc de substituer à la conception classique, essentiellement négative, une conception positive de pouvoir discrétionnaire auquel le caractère d'entreprise de l'action de l'administration paraît seul susceptible de fournir un fondement principal adéquat.

Pour échapper cependant à un grief : celui d'avoir simplement substitué à une intuition négative fondée sur l'idée d'indétermination de la réglementation juridique, une intuition positive fondée sur une hypothèse d'école, il convient d'établir l'existence d'une relation de réciprocité entre la notion d'entreprise et celle de pouvoir discrétionnaire.

Cette relation résulte d'une double constatation : d'une part, le caractère d'entreprise d'une activité est la « source » d'un pouvoir discrétionnaire ; d'autre part, le pouvoir discrétionnaire est le « signe » du caractère d'entreprise d'une activité.

Nous montrerons d'abord que le pouvoir discrétionnaire n'est pas contenu tout entier dans la seule activité de l'administration et que les exigences auxquelles doit satisfaire l'entreprise privée impliquent la reconnaissance d'un pouvoir discrétionnaire au profit de son chef.

Nous établirons ensuite que c'est parce qu'elle présente les caractères d'une entreprise que l'action de l'administration appelle un pouvoir discrétionnaire.

Nous montrerons enfin que le pouvoir discrétionnaire exerce en droit public et en droit privé une fonction identique.

(4) *Op. cit.*, p. 255.

Sous-Section I

Le pouvoir discrétionnaire en droit privé

L'entreprise privée se présente sous la forme d'une société organisée (5).

A sa tête, un chef : l'entrepreneur. A la disposition de celui-ci de larges prérogatives. A ces prérogatives, un fondement commun : la responsabilité assumée par leur détenteur « charge d'assurer la production et les échanges, couvrant le risque de son exploitation et devant assurer le bien commun des membres de l'entreprise » (6).

L'exploration la plus sommaire de la jurisprudence révèle que la Cour de cassation inspirée par le désir de maintenir intactes les prérogatives du chef d'entreprise comme contrepartie de ses responsabilités, a toujours estimé que celui-ci doit jouir de pouvoirs discrétionnaires de direction et de répression.

§ 1. — *Le pouvoir discrétionnaire dans l'exercice par le chef d'entreprise de son pouvoir de direction.*

Prérogative naturelle du chef d'entreprise, le pouvoir de direction singularise le contrat de travail par rapport aux autres contrats de droit privé; alors que dans ces derniers l'objet de l'obligation est fixé par un libre accord de deux volontés d'égale valeur, dans le contrat de travail, au contraire, le chef d'entreprise acquiert un pouvoir de direction continu sur l'activité du salarié.

Limité par les différentes règles applicables aux relations de travail, conditionné par l'obligation faite à son détenteur de l'exercer « en vue d'obtenir une bonne organisation du travail dans l'entreprise », le pouvoir de direction du chef d'entreprise s'exerce librement à l'intérieur de ces limites, qu'il se présente sous la forme d'un pouvoir d'organisation de l'entreprise ou sous l'aspect d'un pouvoir de commandement sur les salariés.

La Cour de cassation décide qu'un patron « chef d'une entreprise dont il a la charge et la responsabilité » est libre d'organiser ses services, comme il l'entend, pour en assurer le fonctionnement dans son intérêt comme dans l'intérêt du personnel qu'il emploie.

Dans un arrêt du 25 novembre 1938 (D.H. 1939, p. 53) la Chambre sociale de la Cour de cassation a très nettement affirmé sa doctrine en posant, en principe, que « l'employeur est seul juge vis-à-vis de ses employés des besoins de son entreprise et des modalités d'organisation de celle-ci et que ce pouvoir ne peut être restreint que par des clauses non équivoques du contrat de louage de services » (J. Cl. Travail, fasc. 30 n° 58 bis).

(5) DURAND : *Traité de droit du travail*, tome I, p. 422.

(6) *Eod. loc.*, p. 424.

La Cour de cassation a, dans le même sens, également décidé que l'employeur est seul juge du choix des moyens propres à sauvegarder les intérêts de son entreprise étroitement liés à ceux de son personnel lorsqu'ils sont menacés par une crise économique dont les phases et l'évolution peuvent déjouer toutes les prévisions (Cass. civ., 21 mars 1932, S. 1932, I, 187, G.P. 1932, II, 39, deux arrêts; 26 janvier 1932, G.P. 1932, I, 621, S. 1932, I, 86; 3 novembre 1932, S. 1932, I, 389, G.P. 1932, I, 135; 28 décembre 1932, G.P. 1933, I, 403, sous-note B).

D'une manière générale, il peut prendre toutes mesures de réorganisation de ses services, notamment par compression du personnel (Cass. civ. 10 mai 1933, 14 mai 1935, S. 1935, I, 263).

Sans doute certaines décisions récentes semblent-elles dénoter une orientation nouvelle de la jurisprudence. Des décisions retentissantes du juge de paix de Méreville et du tribunal civil d'Etampes ont jugé qu'une société qui a déposé son bilan, arrêté son entreprise et licencié tout le personnel, doit être condamnée à réparer le préjudice ainsi causé à ses employés (Just. de paix de Méreville, 6 avril 1954, Brossin c/ Brinon : J.C.P. 1954, II, 8197, et sur appel Trib. civ. Etampes, 24 juin 1954 : Droit ouvrier 1954, 275, Trib. civ. Etampes 24 juin 1954, Niard c/ Brinon, J.C.P. 1954, II, 8256).

Il convient cependant de ne pas attribuer à cette jurisprudence plus d'importance qu'elle n'en a. D'une part, en effet, la juridiction d'appel s'est opposée à la jurisprudence inaugurée et suivie par le tribunal civil d'Etampes. La Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 14 décembre 1954 (Société des Etablissements Brinon c/ dame Objoie et autres, J.C.P. 1955, II, 8559, note Brethe de la Gressaye) a considéré que « l'employeur qui porte la responsabilité de l'entreprise est seul juge des moyens propres à conserver l'activité de celle-ci comme aussi des circonstances qui le déterminent à cesser son exploitation » et « qu'il n'appartient pas aux tribunaux de se substituer à l'employeur dans l'appréciation de ces circonstances s'il n'est pas rapporté la preuve d'un abus commis par l'employeur dans l'exercice de son pouvoir » (6 bis). D'autre part, il s'agissait de la fermeture de l'entreprise et du congédiement de la totalité du personnel, mesures dont la gravité pouvait paraître susceptible de justifier une dérogation au principe du pouvoir discrétionnaire de l'employeur que la Cour de cassation consacre d'une manière constante dans le cas de renvois individuels ou de licenciement collectif d'une partie du personnel.

Le chef d'entreprise dispose en effet sur celui-ci d'un large pouvoir de commandement.

La Cour de cassation décide qu'un patron est seul juge des raisons d'ordre technique et des considérations d'économie qui peuvent le déterminer à se priver du concours d'un collaborateur

(6 bis) Dans le même sens : Cass. civ., 31 mai 1956 (Et. Brinon et fils c. Dlle Brière), D. 1935, J. 21, note LEVASSEUR).

et que, dans ce cas, le fait que l'assiduité et le travail de l'employé donnaient satisfaction ne saurait servir de soutien à une condamnation pour renvoi abusif prononcée contre son employeur (Cass. civ. 10 mai 1933, D. 1935, I, 108, note Pic; 27 novembre 1935, D.H. 1936, 50, G.P. 1936, I, 44; Cass. soc. 9 octobre 1941, J.C.P. 1942, II, 1797, première espèce, D.A. 1942, J. 1; Cass. civ. 29 mai 1945, D. 1946, som. p. 3; Cass. soc. 3 juillet 1953, D. 1954, som. 50).

Un patron est, en principe, libre du choix de ceux qu'il entend prendre ou garder à son service (Cass. soc. 23 octobre 1941, J.C.P. 1942, II, 1792, deuxième et troisième espèces).

Le chef d'entreprise, contraint par les nécessités économiques de réduire son personnel, peut choisir librement les employés dont il entend se séparer (Cass. civ. 21 mars 1932, S. 1932, I, 187; 14 mai 1935, S. 1935, I, 263).

L'employeur peut donc résister à une demande d'indemnité pour renvoi abusif en invoquant les nécessités économiques de l'entreprise qui imposent une suppression d'emploi, voire même le remplacement d'un employé par un autre plus qualifié. La Cour de cassation a toujours estimé que ces raisons, à les supposer sincères et fondées, sont légitimes et n'entraînent pas un abus quels que soient l'âge et l'ancienneté de services de l'employé congédié (Cass. civ. 14 mai 1936, D.H. 1935, 380; 11 juillet 1935, D.H. 1935, 492; 27 novembre 1935, D.H. 1936, 50; 14 avril 1937, S. 1937, I, 204; Cass. soc. 2 novembre 1938, G.P. 1939, I, 254; 2 mai 1941, quest. Prud'hom. 1941, n° 5).

Le pouvoir de direction du chef d'entreprise a pour corollaire un pouvoir de répression : le fonctionnement de l'entreprise serait, en effet, compromis si l'autorité responsable ne pouvait sanctionner les règles de conduite imposées aux salariés.

§ 2. — *Le pouvoir discrétionnaire dans l'exercice par le chef d'entreprise de son pouvoir de répression.*

Le pouvoir de répression du chef d'entreprise ne fait pas dans notre droit l'objet d'une réglementation générale (7). La loi du 5 février 1932 se borne à aménager le régime des amendes contenues dans le règlement d'atelier et le décret du 19 octobre 1939 relatif au statut des requis a seulement imposé au chef d'entreprise de faire figurer dans le règlement intérieur les peines disciplinaires.

L'employeur jouit donc d'une liberté de principe. Sans doute, connaît-elle des limites : le pouvoir de répression est limité comme le pouvoir de direction par sa finalité : il doit seulement servir à maintenir « l'ordre dans l'entreprise » ; la sanction disciplinaire doit reposer sur des motifs matériellement et juridiquement exacts (8) ; mais ces limites laissent au chef d'entreprise un pouvoir

(7) LÉCAL et BRËTHE DE LA GRESSAYE : *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, p. 488 et suiv.

(8) Le contrôle de la faute disciplinaire étant très poussé.

discrétionnaire d'appréciation de la proportionnalité de la sanction à la faute en ce qui concerne le congédiement : la Cour de cassation considère en effet que l'employeur est seul juge de la question de savoir si un employé qui a commis une faute doit être congédié et elle refuse de voir un abus du droit dans un congédiement prononcé pour des raisons suffisamment graves (Cass. civ. 17 février 1903, S. 1903, I, 405).

Ce rapide aperçu d'une jurisprudence classique appelle une double conclusion :

Le pouvoir discrétionnaire n'est pas une notion propre au droit public. Les institutions du droit privé connaissent l'existence au profit des sujets de ce droit d'une sphère d'autonomie qui rappelle étrangement celle qui, en droit public, préserve l'administration de l'emprise du juge.

La jurisprudence judiciaire reconnaît au chef d'une entreprise privée un pouvoir discrétionnaire identique à celui que la jurisprudence administrative reconnaît à un chef de service.

La notion de pouvoir discrétionnaire est, en effet, en droit privé, étroitement liée à la notion d'entreprise.

La reconnaissance à son chef d'un pouvoir discrétionnaire est la réponse apportée par la Cour de cassation aux nécessités élémentaires que postule la structure interne de l'entreprise. Il n'est, pour s'en convaincre, que de se reporter aux arrêts que nous avons cités. Présenté par eux comme la contrepartie « nécessaire » des responsabilités qu'il assume, le pouvoir discrétionnaire du chef d'une entreprise leur paraît en quelque sorte imposé par la nature même de celle-ci.

Se présentant sous une forme identique dans les jurisprudences administrative et judiciaire, étroitement lié en droit privé à la notion d'entreprise, le pouvoir discrétionnaire ne révèle-t-il pas, en droit public, le caractère d'entreprise de l'action de l'administration ?

Seule l'exploration directe de la jurisprudence du Conseil d'Etat nous permettra d'apporter une réponse à cette question.

Sous-Section II

Le pouvoir discrétionnaire en droit public

Il ne s'agit pas ici de procéder à une étude exhaustive de la jurisprudence relative au pouvoir discrétionnaire de l'administration.

Outre qu'elle déborderait par son ampleur le cadre de ce travail, une telle étude ne serait pas appropriée à la fin que nous poursuivons.

Nous entendons, en effet (et il nous suffira pour cela de nous en tenir à ses éléments « les plus immédiatement perceptibles »), montrer que l'action de l'administration présente les caractères élémentaires auxquels on reconnaît une « entreprise » et que le

pouvoir discrétionnaire est une manifestation du caractère d'entreprise de l'action de l'administration.

§ 1. — *Le caractère d'« entreprise » de l'action de l'administration.*

L'entreprise se caractérise par « l'existence à la tête d'un groupe humain organisé d'un élément directeur responsable de la poursuite d'une fin et disposant d'un faisceau de prérogatives destinées à lui permettre d'orienter vers cette fin l'activité des membres du groupe » (9).

Nous préférons à dessein cette formule à celle du doyen Hauriou (10) et à celle de M. Rivero (11). Celle-ci vise exclusivement le service public, celle-là implique la prise en considération de certains éléments de droit public. La formule que nous avons donnée pourrait, au contraire, s'appliquer aussi bien à l'activité de police qu'à celle de service public, à l'entreprise privée qu'à l'action de l'administration.

L'étude des principes constitutionnels et de leur interprétation par la jurisprudence du Conseil d'Etat permet, en effet, d'affirmer que l'action de l'administration présente les caractères élémentaires de l'entreprise ainsi définie.

L'alinéa premier de l'article 47 de la Constitution de 1946 est ainsi conçu : « Le président du Conseil des ministres assure l'exécution des lois. » Ce texte reprend en le modifiant l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 qui énonçait : « Le Président de la République surveille et assure l'exécution des lois. »

« L'article 47 de la Constitution, écrit M. Vedel, a un contenu très riche malgré la sécheresse apparente de ses termes. Cet article 47 investit le chef du pouvoir exécutif de la mission d'assurer l'ordre public, d'une part, le bon fonctionnement des services publics, d'autre part, et ceci en dehors de toute habilitation expresse du législateur; cette mission revient à l'exécutif en vertu de ses pouvoirs propres, elle est la base même de l'administration » (12).

Cette interprétation de la Constitution trouve son fondement dans la jurisprudence du Conseil d'Etat.

Visant implicitement l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, la Haute Juridiction administrative a, en effet, décidé dans un arrêt Labonne du 8 août 1919 (R. p. 737) que le Gouvernement chargé de l'exécution des lois est investi d'une mission constitutionnelle générale dont un des éléments est d'assurer le maintien de l'ordre public sur l'ensemble du territoire.

(9) Ce dernier élément étant d'ailleurs impliqué par les autres.

(10) Cf. *Précis de droit administratif*, p. 64.

(11) « Un groupe d'hommes organisés en vue de satisfaire à certains besoins », *op. cit.*

(12) *Cours de droit administratif*, lic. 2^e année, 1953-1954, p. 19.

Visant explicitement ce même article 3, le Conseil d'Etat a, d'autre part, décidé dans un arrêt Heyries du 28 juin 1918 (R. p. 651) que le chef de l'administration doit veiller à ce qu'à toute époque les services publics soient en état de fonctionner qu'il faut, dès lors, lui reconnaître les pouvoirs nécessaires à cette fin : ceci même en dehors de tout texte législatif l'habilitant.

« L'arrêt Heyries combiné avec l'arrêt Labonne, écrit M. Vedel, aboutit donc aux principes suivants : même en dehors d'une investiture spéciale, le Gouvernement est responsable du maintien de l'ordre public qu'il doit assurer par la réglementation de police et du fonctionnement des services publics » (13).

Si l'on veut bien rapprocher cette analyse de la définition que nous avons donnée plus haut, on ne manquera pas de relever que l'action de l'administration présente les caractères élémentaires auxquels on reconnaît l'« entreprise » telle que nous l'avons définie.

Un élément directeur responsable de la poursuite d'un fin, voilà, avons-nous dit, son signe le plus net. Le pouvoir exécutif est investi de la mission d'assurer l'ordre public et le fonctionnement des services publics; il en est responsable. Il est donc permis de considérer que l'action de l'administration répond à notre définition.

L'idée que nous venons de dégager va nous permettre d'aborder avec quelque sécurité les aspects plus complexes d'une réalité qui, à vrai dire, nous échappe encore.

L'analyse dont elle procède ne nous a, en effet, livré qu'une vue globale et approximative de l'action de l'administration qui ne se précisera que dans la mesure où nous aurons surmonté les difficultés qui contribuent à l'obscurcir.

La première de ces difficultés se rattache à la distinction classique du Gouvernement et de l'administration. Ne serions-nous pas victime d'une confusion entre ces deux notions qui nous conduirait à interpréter l'action du pouvoir administratif selon un schéma qui serait valable seulement pour celle du pouvoir gouvernemental ?

L'objection ne nous retiendra guère car il faut rejeter, au moins en tant qu'on entendrait lui donner une portée juridique, une distinction à laquelle on ne peut assigner aucun fondement : ce sont, en effet, les mêmes organes qui sont compétents pour accomplir les tâches prétendument gouvernementales et les tâches administratives; en outre, les actes faits au titre de l'action gouvernementale et les actes faits au titre de l'action administrative ne sont pas soumis à un régime juridique différent (14).

Le chef du pouvoir exécutif est donc indistinctement responsable de l'exercice du pouvoir gouvernemental et du pouvoir administratif.

(13) *Op. cit.*, p. 17.

(14) *VEDEL : op. cit.*, p. 24.

Le problème posé par l'analyse de l'action de l'administration que nous avons retenue, n'est pas un problème de distinction entre les différentes fonctions du pouvoir exécutif. C'est un problème de répartition du pouvoir discrétionnaire à l'intérieur de l'administration.

En cherchant à établir le caractère d'entreprise de l'action de celle-ci considérée dans sa totalité, nous avons raisonné comme si le chef de l'administration était le seul attributaire du pouvoir discrétionnaire. Mais la question est précisément de savoir s'il en est le détenteur exclusif et, au cas d'une réponse négative à cette première question, si l'analyse que nous avons proposée est ou non controuvée.

Or, l'examen le plus sommaire du droit positif laisse apparaître que la subordination de l'ensemble de l'appareil administratif au chef du pouvoir exécutif ne correspond pas à la réalité administrative. Celle-ci révèle, en revanche, la subordination à chaque ministre d'un département ministériel. Le ministre apparaît comme le chef administratif, le principal dirigeant de l'administration constituée autour de lui. Il répond de l'entière gestion de ses services par des mesures prises par lui-même ou émanant des agents qui relèvent de son pouvoir hiérarchique; du moment où il ne désavoue pas ses subordonnés et ne réforme pas leurs actes, il est considéré comme les approuvant et en assumant la responsabilité devant le Parlement. Le ministre, selon les termes employés par M. Delvolvé dans ses conclusions sous l'arrêt Melamède (27 avril 1951, R. p. 226), a seul la responsabilité de l'organisation et du fonctionnement du service public. Relisons cette formule; elle rend un son qui nous est maintenant familier. Loin d'infirmes, en effet, notre analyse, la fragmentation de l'administration en départements ministériels, partant, la répartition du pouvoir discrétionnaire entre les différents ministres, la confirme, au contraire.

Un élément directeur responsable de la poursuite d'une fin, voilà, avons-nous dit, le signe de l'entreprise. Or, le ministre est responsable devant le Parlement de la marche de ses services. Il est donc permis de considérer que l'action de son département répond à notre définition.

Mais cette conclusion éveille à son tour un problème nouveau que l'on peut formuler de la manière suivante : les ministres sont-ils les seuls attributaires du pouvoir discrétionnaire ?

Cette question se ramène à celle de savoir si les ministres sont les seuls chefs de la hiérarchie administrative. Dans la mesure, en effet, où un agent est soumis au pouvoir hiérarchique du ministre, c'est-à-dire dans la mesure où le ministre est en droit de faire prévaloir sa volonté dans ses rapports avec cet agent, soit en le dirigeant, soit en le corrigeant, il apparaît à l'évidence que ce dernier ne détient aucune parcelle de pouvoir discrétionnaire.

Si, en revanche, une autorité administrative est indépendante de l'autorité ministérielle, on peut, à la seule condition que la

réglementation juridique de son action ne soit pas rigoureusement impérative, considérer cette autorité comme attributaire d'un pouvoir discrétionnaire.

La question de savoir s'il existe des agents indépendants du ministre paraît, a priori, devoir être résolue par la négative.

De droit commun, en France, tout service administratif d'Etat est rattaché à un ministère, c'est-à-dire placé en définitive sous la direction suprême d'un ministre.

L'ensemble des services administratifs de l'Etat se présente, selon un schéma classique, comme une série de pyramides au sommet de chacune desquelles se trouve un ministre. Assurée par le moyen d'actes réglementaires, arrêtés et circulaires et d'actes individuels intéressant la carrière des fonctionnaires, la prépondérance du ministre tient surtout à ce que l'on pourrait appeler son « pouvoir de dernier mot ». Les affaires administratives sont résolues et les décisions prises et signées par lui. La formalité de la « signature » matérialise cette prérogative et montre bien que c'est du ministre que dépend en dernier ressort l'ensemble du mécanisme administratif.

Si tel est bien l'état de principe, il faut admettre qu'il connaît des exceptions. Il existe en effet, en droit positif français, un certain nombre de services d'Etat à la tête desquels sont placées des autorités supérieures qui ne sont ni des ministres, ni des subordonnés hiérarchiques d'un ministre (15). Des secteurs de l'administration sont soustraits à la direction de l'autorité qui, en principe, dirige le groupe de services auxquels ils appartiennent, et constitués en administrations à direction propre, distincte et plus ou moins autonome. Ce phénomène est connu en droit administratif sous le nom de « décentralisation par service ». Il consiste à placer à la tête d'un service administratif ou de quelques services déterminés une autorité indépendante du pouvoir central. Le phénomène de la décentralisation par services se caractérise par le caractère hiérarchiquement suprême de l'autorité directrice. Partant, il éveille un rapprochement qui va nous permettre de déceler l'existence d'un troisième groupe d'autorités administratives attributaires d'un pouvoir discrétionnaire.

La notion d'autonomie ou de direction autonome constitue, en effet, le fondement de la « décentralisation territoriale » comme elle constitue le principe de la « décentralisation par services ».

Le problème de l'attribution du pouvoir discrétionnaire de l'administration à des autorités autres que les chefs des différents « départements ministériels » se ramène donc au problème de l'attribution du pouvoir discrétionnaire aux « autorités décentralisées ».

L'action de celles-ci ne s'analyse pas en des termes différents de ceux qui nous ont permis de caractériser l'action du chef de

(15) EISENMANN : Centralisation, décentralisation, p. 23.

L'administration ou celle des chefs des différents départements ministériels. Que la mission accomplie par une autorité revêtu des aspects distincts selon qu'elle s'exerce dans le cadre de l'Etat, dans celui de la collectivité locale ou dans celui du service, que la responsabilité assumée par cette autorité le soit devant le Parlement, devant un collège électoral ou devant une autre autorité administrative, il y a là des différences de degrés qui n'affectent en rien le caractère d'« entreprise » de l'action considérée.

L'analyse que nous avons proposée de l'action de l'administration nous est apparue tout d'abord sous la forme d'une simple hypothèse d'école : soumise à l'épreuve du droit positif, confrontée avec les principes constitutionnels et la jurisprudence du Conseil d'Etat, elle s'est révélée susceptible d'épouser étroitement les données du réel.

L'étude de la jurisprudence relative au pouvoir discrétionnaire doit donc nous permettre de constater que celui-ci n'est que la manifestation, au plan du contentieux administratif, du caractère d'entreprise de l'action de l'administration.

§ 2. — Le pouvoir discrétionnaire, manifestation du caractère d'entreprise de l'action de l'administration.

Il s'agit ici de montrer que le pouvoir discrétionnaire est en relation directe avec la structure de l'administration, telle que nous venons de la décrire.

Sur quelles bases conduire cette étude ?

Il existe, avons-nous dit, une fragmentation dans l'espace de l'« entreprise administrative ». La distinction entre les départements ministériels, les collectivités décentralisées, les services, ne sauraient pourtant servir de base à l'étude que nous allons entreprendre.

D'une part, en effet, le problème du pouvoir discrétionnaire ne se pose dans la très grande majorité des cas qu'à propos des décisions prises par les chefs des différents départements ministériels.

D'autre part, et surtout, du point de vue juridique le problème du pouvoir discrétionnaire ne se formule pas en termes différents selon qu'on l'envisage dans le cadre de l'administration générale, dans le cadre des collectivités locales ou dans celui des services.

Or, s'il existe une fragmentation dans l'espace de l'entreprise administrative, celle-ci connaît aussi dans l'ordre juridique une série de modalités d'existence.

L'ordre intérieur en est une. « Il définit, au sein des services publics, des institutions secondaires qui n'existent pas vis-à-vis de la collectivité des citoyens qui valent au contraire à l'intérieur du corps dont elles sont les éléments » (16).

(16) RIVERO : *op. cit.*, p. 381.

Au degré supérieur, nous trouvons le service public. « Au point de vue juridique, écrit M. Waline, le service public forme une institution incluse dans l'Etat. Les prescriptions des chefs de service constituent les règles de droit interne de cette institution administrative, droit qui n'a de valeur qu'à l'intérieur de cette administration et qu'à l'égard de ses membres c'est-à-dire des fonctionnaires » (17).

Mais le fonctionnement de l'administration ne concerne pas seulement le service public, il comporte aussi des relations avec les tiers. Il existe donc une troisième modalité d'existence de l'entreprise administrative dont les règles de droit sont constituées par les prescriptions qui s'adressent aux particuliers.

Il faut ici mettre en garde contre une confusion. La distinction que nous venons d'esquisser ne doit pas être confondue avec celle à laquelle nous avons fait allusion lorsque nous avons dit que l'action de l'administration visait au maintien de l'ordre public et au bon fonctionnement des services publics.

On pourrait, en effet, être tenté de penser que lorsque l'administration exerce une activité de police visant au maintien de l'ordre public, les prescriptions qu'elle édicte s'adressent aux seuls particuliers et que lorsqu'elle exerce une activité de service public, ses prescriptions ont pour seuls destinataires les agents publics.

Il faut pourtant distinguer les deux points de vue. D'une part, en effet, on ne peut affirmer que les prescriptions édictées par l'administration à l'occasion de son activité de service public s'adressent aux seuls agents publics, car il arrive fréquemment qu'elles intéressent les particuliers, se traduisant par des obligations à eux imposées.

D'autre part, l'administration agit par l'intermédiaire de « services » aussi bien lorsqu'elle exerce une activité de service public que lorsqu'elle régleme la conduite des particuliers.

En revanche, la distinction que nous avons esquissée recouvre celle que nous avons faite entre les départements ministériels, les collectivités décentralisées et les services en ce sens que l'action d'un ministre, d'un maire ou d'un chef de service connaît les trois modalités d'existence que nous avons décrites.

On ne sera point surpris, dès lors, si l'étude du pouvoir discrétionnaire nous apparaît dans l'ordre intérieur, dans le service public et dans les relations de l'administration avec les tiers comme la marge de liberté avec laquelle l'administration exerce les prérogatives qui sont inhérentes à sa qualité de « chef d'entreprise ». Dans les trois domaines que nous allons explorer, nous allons voir jouer des idées qui nous sont maintenant familières : liaison nécessaire de la responsabilité et d'un certain pouvoir de commandement, existence d'un chef détenteur de prérogatives, sanction du juge de maintenir celles-ci intactes, comme contrepartie des responsa-

(17) *Traité élémentaire de droit administratif*, 6^e éd., p. 343.

bilités assumées; partant, reconnaissance à leur titulaire d'un large pouvoir discrétionnaire dans leur usage; tels sont les thèmes généraux autour desquels s'ordonne la jurisprudence que nous allons étudier.

*Alinéa 1. — LE POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE
DANS L'ORDRE INTÉRIEUR*

Les mesures dites « d'ordre intérieur » ou « d'administration intérieure » sont des mesures prises à l'intérieur des services publics par les autorités qui dirigent le service en vue du meilleur aménagement et fonctionnement de celui-ci, sans toutefois toucher à la situation légale des agents (18).

L'ordre intérieur englobait à l'origine de notre organisation administrative la quasi-totalité des rapports du supérieur hiérarchique et de ses subordonnés.

L'histoire de la fonction publique est celle de son effacement progressif. Le développement du statut, conférant aux agents des garanties légales, a vidé l'ordre intérieur d'une partie de son contenu. Mais, dans la mise en œuvre des mesures qui présentent le double caractère auquel on reconnaît l'ordre intérieur, le supérieur hiérarchique jouit encore d'un large pouvoir discrétionnaire de direction et de répression.

*I. — Le pouvoir discrétionnaire dans l'exercice
par l'administration de son pouvoir de direction.*

Le pouvoir de direction de l'administration dans l'ordre intérieur s'exerce dans le champ de l'emploi des fonctionnaires. Il se conjugue avec un pouvoir d'auto-organisation du service.

En principe, le supérieur hiérarchique jouit, pour la fixation de l'emploi des fonctionnaires, d'une autorité discrétionnaire. Si son grade est, en effet, garanti au fonctionnaire, son emploi reste à la disposition du chef hiérarchique. « Responsable, en définitive, de la bonne marche du service, il ne peut assumer cette responsabilité s'il n'a pas en main la possibilité d'utiliser son personnel au mieux des nécessités du moment » (19).

Consciente de ces nécessités, la jurisprudence consacre l'idée que « le chef de service est libre d'utiliser le fonctionnaire là où ses services paraissent le plus efficaces, de placer chaque subordonné dans l'emploi où il peut le mieux servir, de réaliser au maximum l'adaptation du fonctionnaire à sa fonction » (20).

Le pouvoir d'emploi se manifeste dans l'espace par les changements de postes, les permutations et les mutations d'office.

La jurisprudence a consacré depuis longtemps le caractère discrétionnaire des changements de postes (13 février 1914, Chevaller, R. p. 19; 6 juillet 1917, Druhot, R. p. 23; 28 août 1942, dame

(18) Voir, sur ces points, RIVERO : *op. cit.*, p. 131 et suiv.

(19) RIVERO : *op. cit.*, p. 132.

(20) *Eod. loc.*, p. 133.

Nass, R. p. 255; 18 juin 1943, Bonnet, R. p. 156; 29 octobre 1943, Cochenet, R. p. 235; 12 décembre 1947, Chambran, R. p. 620; 30 novembre 1951, Zeghib, R. p. 657) et des permutations. Il appartient au supérieur hiérarchique de les autoriser ou de les interdire en se plaçant au point de vue de l'intérêt du service; quant aux mutations d'office édictées par « les nécessités du service », elles relèvent, elles aussi, du pouvoir d'emploi, partant discrétionnaire, du chef de service. Parce qu'on est dans le domaine de l'emploi, domaine où la responsabilité du chef de service rend nécessaire son autorité, la situation du fonctionnaire reste précaire, son intérêt particulier doit s'effacer devant l'intérêt du service qui exige la reconnaissance au profit du supérieur d'un large pouvoir discrétionnaire quant à l'emploi de ses subordonnés.

Dans le temps, le pouvoir d'emploi du supérieur se manifeste par la délivrance ou le refus des congés sollicités par les fonctionnaires (25 juillet 1934, Fréné, R. p. 897; 1^{er} juin 1953, Hourt, R. p. 254), par la fixation de la date exacte à laquelle sera mis à la retraite un fonctionnaire ayant réuni ses droits à pension, lorsque les règlements ne sont pas venus imposer une limite d'âge automatique, enfin par le pouvoir de suspension d'office.

La jurisprudence avait toujours admis l'existence du pouvoir de suspension d'office qui lui paraissait inhérent à la nature même de la hiérarchie. Le supérieur hiérarchique pouvait suspendre de ses fonctions son subordonné pour une période de temps limitée. Pouvoir discrétionnaire, le pouvoir de suspension permettait d'apporter une solution immédiate et temporaire à des problèmes délicats en mettant fin à la continuation d'une activité jugée fâcheuse (12 août 1916, Hery, R. p. 380).

La loi du 19 octobre 1946, en confirmant cette jurisprudence qui s'était établie en dehors de tout texte, en a atténué la portée.

Le pouvoir de suspension a cessé d'être tout à fait discrétionnaire; il doit avoir pour motif de son exercice une faute grave. Il est également limité dans ses effets. Il demeure néanmoins très large; cela s'explique par le fait que, conséquence logique des règles de la hiérarchie elle-même, il n'a en toute hypothèse que des effets précaires.

Le pouvoir discrétionnaire d'emploi implique des relations d'homme à homme. Le pouvoir discrétionnaire d'organisation du service se définit dans la position du chef de service par rapport aux textes qui établissent les règles d'organisation du service.

Le pouvoir d'auto-organisation du service répond à une nécessité « non pas même juridique ou logique, mais biologique » (21), en ce sens que si l'on prétendait éliminer ce pouvoir, le service ne pourrait subsister et fonctionner normalement. « Le service public voit les principes essentiels de son organisation définis par les textes législatifs et réglementaires, mais ces textes ne sauraient

(21) Note RIVERO sous C.E., 7 février 1936, JAMART, S. 1937, 3, 113.

enfermer toutes les règles nécessaires à sa bonne marche : entre le caractère général et abstrait des décisions du législateur et les problèmes d'organisation et de fonctionnement que pose chaque jour la vie du service, il existe un fossé qui ne peut être comblé que par l'intervention d'un agent responsable » (22).

La jurisprudence consacre l'existence, au profit de cet agent responsable, d'un pouvoir discrétionnaire d'auto-organisation du service (pour les mesures relatives à la durée et à la répartition du travail des fonctionnaires : 22 juillet 1910, Fedel, R. p. 620; 12 juillet 1907, Bouvet, R. p. 673; 25 juillet 1913, Fédération des instituteurs, R. p. 922; 22 octobre 1930, Doineau, R. p. 202; 28 février 1930, Remoux, R. p. 205); (pour les mesures relatives à l'organisation intérieure du service : 13 mars 1914, Wuillermoz, R. p. 354; 12 avril 1930, Oger et autres, R. p. 202; 7 juillet 1916, Jarry, R. p. 198; 5 juin 1929, Guerry, R. p. 206; 2 décembre 1931, Hilaire Darrigand, R. p. 200).

Le pouvoir de direction du supérieur hiérarchique se conjugue avec le pouvoir de répression qu'il possède d'une manière générale tant que la sanction ne met pas en cause les droits du fonctionnaire.

II. — Le pouvoir discrétionnaire dans l'exercice par l'administration de son pouvoir de répression.

Les mesures de répression d'ordre intérieur sont essentiellement les mesures disciplinaires les moins graves prises dans l'armée et dans les établissements d'enseignement.

Dans l'armée, un supérieur possède le pouvoir de punir de sanctions variées et d'ailleurs limitées dans le temps. Le Conseil d'Etat se refuse à examiner de telles mesures lorsqu'elles sont déferées à sa censure (11 juillet 1947, Dewawrin, R. p. 307). Le recours à la notion de pouvoir discrétionnaire lui paraît, en effet, insuffisant. Mais pour être plus énergique, la fin de non-recevoir qu'il oppose ne s'inspire pas d'un fondement différent de celui qui justifie la reconnaissance au chef de service d'un pouvoir discrétionnaire de direction.

De même, il ne faut pas rechercher ailleurs que dans le souci d'assurer l'indépendance des chefs d'établissement de l'enseignement la justification du rejet des recours dirigés contre les mesures disciplinaires prises par eux (21 octobre 1938, Lote, R. p. 786).

Que le pouvoir du supérieur hiérarchique s'exerce dans le champ de l'emploi, de l'organisation du service ou de la sanction, la délimitation du domaine de l'ordre intérieur et de celui du service public est délicate à opérer car ce sont des considérations d'ordre formel et non d'ordre matériel qui permettent de distinguer les mesures d'ordre intérieur et celles qui relèvent de la légalité générale.

(22), *Eod. loc.*

Si la notion de pouvoir discrétionnaire répond, comme nous le pensons, à une réalité qui s'inscrit en quelque sorte dans la nature des choses, il y a, dès lors, tout lieu de penser que cette notion déborde le cadre des catégories formelles et ne se présente pas dans le service public avec des caractères différents de ceux qu'elle revêt dans l'ordre intérieur.

Alinéa 2. — LE POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE DE L'ADMINISTRATION DANS LE SERVICE PUBLIC

Le caractère d'entreprise de l'action de l'administration, dont nous venons d'étudier les manifestations dans le cadre de l'ordre intérieur, s'affirme avec une netteté toute particulière dans celui du service public. Cette affinité n'a pas échappé à la vigilance de tous les auteurs.

Ce qui, selon M. Rivero, distingue le service public de l'entreprise privée, ce sont « moins des particularités de structure que des éléments de droit... Entre une industrie monopolisée... et la même industrie aux mains des particuliers, les différences sont non dans l'organisation intérieure de l'usine mais dans les principes juridiques qui font de l'une un établissement public, de l'autre une entreprise de droit privé » (23).

M. Rolland, analysant les caractères élémentaires du service public et de l'entreprise privée, attire l'attention sur leur parfaite symétrie (24) : dans toute entreprise, il y a une idée directrice : le souci d'aboutir à une certaine réalisation. De même, dans tout service public, gouvernants et autorité publique entendent satisfaire à un besoin collectif du public. Dans le service public comme dans toute entreprise, il y a un élément organisateur qui agence le service, un élément directeur qui en assure la marche continue et régulière. Enfin, dans le service public comme dans toute entreprise, il y a une certaine « vie ».

Allons plus loin. Dans le service public, comme dans toute entreprise, le chef responsable détient un pouvoir de direction et un pouvoir de répression. Dans le service public comme dans toute entreprise, le pouvoir discrétionnaire est la charge de liberté avec laquelle leur titulaire exerce ces prérogatives.

I. — Le pouvoir discrétionnaire dans l'exercice par l'administration de son pouvoir de direction.

A l'origine de notre organisation administrative, les relations du chef de service et de l'agent témoignent de l'entière dépendance de celui-ci à l'égard de celui-là. Alors, le principe hiérarchique est « l'âme » de la fonction publique; il semble participer de son essence. Son histoire est celle de son déclin progressif au profit de la notion nouvelle, issue de l'idéologie démocratique d'une

(23) *Les mesures d'ordre intérieur administratives*, p. 238.

(24) *Cours de droit administratif*, D.E.S. droit public, 1939-1940.

participation de l'agent à la gestion du service. Le premier quart du XX^e siècle caractérise une période de coexistence pacifique entre le principe hiérarchique et le principe démocratique. Le pouvoir du chef de service n'est pas mis en cause. Seuls sont critiqués les abus auxquels il peut donner lieu. On assiste au développement d'un mouvement législatif et jurisprudentiel qui, visant à substituer le règne de la « légalité » à celui du « bon plaisir », enserme le pouvoir discrétionnaire du chef de service dans des limites de plus en plus étroites. Les thèses syndicalistes réclament aujourd'hui non plus la soumission du supérieur à la loi, mais bien la disparition du principe hiérarchique. Elles trouvent dans le statut de la fonction publique l'ébauche d'une consécration.

En droit cependant, sinon en fait, la décision reste au supérieur, qu'il s'agisse de son pouvoir de commandement sur les agents ou de son pouvoir d'organisation sur le service.

Nous allons vérifier que dans ces deux domaines le principe d'autorité n'est pas abandonné par le statut qui laisse subsister un large pouvoir discrétionnaire au profit du chef de service.

Responsable du bon fonctionnement du service, l'autorité qui le dirige doit pouvoir choisir en toute liberté ceux qui serviront sous ses ordres. Les candidats à un poste ou à un concours doivent posséder les qualités requises pour l'exercice de l'emploi auquel ils postulent. L'appréciation de ces qualités doit être faite en fonction des attributions correspondant à chaque emploi. Le chef de service possédera donc un pouvoir d'appréciation qui lui permettra d'éliminer de la liste des candidats ceux qui lui paraissent indésirables, pour des motifs tirés de l'intérêt du service (26 juin 1939, Pacha, R. p. 626; 3 juillet 1939, Mayent, R. p. 652; 25 novembre 1942, Sommier, R. p. 330; 15 avril 1942, dame veuve Schir, R. p. 405; 25 mars 1942, Fiol, R. p. 405; 2 juillet 1943, Bizé, R. p. 376; 25 juillet 1952, Loubeyre, R. p. 397; 6 février 1952, demoiselle Cazarré, R. p. 87).

Sauf au cas d'élection, les divers procédés de recrutement aboutissent toujours à une nomination. Ces procédés, quels qu'ils soient, laissent subsister un pouvoir discrétionnaire au profit de l'autorité responsable. Le chef de service dispose, en effet, d'un large pouvoir d'appréciation en ce qui concerne l'opportunité du moment de la nomination, le choix de l'individu désigné, l'attribution de la résidence : 29 novembre 1950, dame Fontaine, R. p. 778; pour une nomination de candidats en sus de ceux proposés par le jury (1^{er} février 1950, Gardies, R. p. 68); pour un refus de nomination et d'ouverture d'un second concours (30 juin 1950, Bruère, R. p. 400); pour les pouvoirs de l'administration en ce qui concerne les délais pour nommer les candidats reçus au concours : voir encore : 5 décembre 1941, Barbe, R. p. 248; 16 mai 1941, Honorat, R. p. 85; 30 janvier 1942, Escoffier, R. p. 368; 4 juin 1943, Soulier, Blanchard, R. p. 343; 16 novembre 1951, Benachenchou, R. p. 657.

Responsable de la bonne marche de son service, le supérieur hiérarchique doit pouvoir apprécier librement la qualité de la collaboration apportée par les agents; en conférant à ceux-ci des garanties légales, le développement du statut a, sans doute, restreint le pouvoir discrétionnaire de promotion du chef de service; l'avancement au choix ne peut avoir lieu que selon le tableau d'avancement préparé par l'administration. Mais le pouvoir consultatif de la commission paritaire, le pouvoir de recommandation du Conseil supérieur de la fonction publique laissent, en principe, intact le pouvoir de promotion du chef de service. Aussi réglemente soit-il, ce pouvoir s'exerce encore avec un résidu considérable de pouvoir discrétionnaire (voir, pour le pouvoir discrétionnaire du chef de service antérieurement au statut du 19 octobre 1946 : 8 juin 1928, Corre et autres, R. p. 725; 11 février 1932, Tisseront, R. p. 167; 20 juillet 1935, Mennesson, R. p. 845).

Libre de choisir les agents qui serviront sous ses ordres, le chef de service doit rester seul juge de la légitimité des motifs qui sont de nature à justifier le relâchement du lien qui les unit au service, voire même la rupture de ce lien.

La carrière d'un agent peut être interrompue sans que, pour autant, le lien qui l'unit à l'Etat soit définitivement brisé, par l'octroi de la mise en disponibilité. Il est normal que cette situation, qui doit demeurer exceptionnelle, soit strictement réglementée par la loi. Mais il est essentiel aussi que le régime de la disponibilité conserve la souplesse nécessaire pour permettre de dispenser de l'exercice de leurs fonctions les agents qui ont des motifs légitimes de cesser momentanément leur activité. L'appréciation de la légitimité de ces motifs est évidemment discrétionnaire car, à les définir trop strictement, on risquerait de contrevenir à l'intérêt du service dont le supérieur hiérarchique est le juge naturel.

La rupture du lien qui unit le fonctionnaire au service peut revêtir la forme soit d'une acceptation de démission, soit d'un licenciement pour suppression d'emploi. Le « pouvoir de retrait d'emploi » est un pouvoir discrétionnaire qui, dans la mesure où il s'exerce en conformité des dispositions légales et dans l'intérêt du service, n'est pas susceptible d'être critiqué devant le juge de l'excès de pouvoir.

Les convenances personnelles de l'agent étant subordonnées à l'intérêt général du fonctionnement régulier du service, la cessation de l'investiture ne devra se produire qu'au moment où elle ne risquera pas de désorganiser le service : le chef de service saisi d'une demande de démission aura donc un pouvoir discrétionnaire d'appréciation (23 mars 1872, Pichon, R. p. 188; 27 janvier 1888, Germain, R. p. 83; 20 février 1891, Deve, R. p. 136; 28 juillet 1951, Rousseau, R. p. 449).

L'idée que l'intérêt du fonctionnaire ne peut tenir en échec celui du service domine encore la jurisprudence relative aux licenciements pour suppression d'emplois.

Ceux-ci étaient, avant 1946, considérés par la doctrine comme une des mesures d'ordre intérieur relevant du pouvoir discrétionnaire du chef de service (25).

L'article 134 du statut de 1946 dispose que « en cas de suppression d'emplois permanents occupés par des fonctionnaires, ces derniers ne peuvent être licenciés qu'en vertu de lois spéciales de dégageant des cadres ». Conformément à cet article, la loi du 3 septembre 1947 a prévu le dégageant des cadres des fonctionnaires de l'Etat. Il ne paraît donc plus possible de classer les licenciements pour suppression d'emplois dans la catégorie des mesures d'ordre intérieur. Mais il reste que les dispositions légales et réglementaires ont laissé subsister au profit du chef de service un large pouvoir discrétionnaire.

Invitant la juridiction administrative à ne point contrôler pour l'application de la loi du 3 septembre 1947 l'appréciation de « l'équivalence » de deux emplois, M. Delvolvé déclarait : « Ce qui est en cause, c'est uniquement l'organisation et le fonctionnement du service public dont le ministre a, seul, la responsabilité. C'est lui qui doit prendre sa décision, compte tenu de tous les éléments d'appréciation permanents ou momentanés. On ne saurait ni substituer à son appréciation celle d'un organisme consultatif ou juridictionnel, ni lui imposer un bouleversement dans la répartition de son personnel sous prétexte de certaines similitudes » (26) (26 juillet 1947, Courrèges, R. p. 363; 4 juin 1947, Estève, R. p. 632; 23 janvier, 19 novembre 1948, Desgranges et Chaniac, Marcillac, R. p. 534; 9 novembre 1949, Couderc, R. p. 465; 22 février 1950, dame Lecouzo, R. p. 116; 2 juin 1950, Deslandes, R. p. 338; 22 juin 1951, Riedinger, R. p. 360; 27 avril 1951, Melamède, R. p. 226; 18 juin 1952, demoiselle Touzet; 4 juillet 1952, Boudol, R. p. 360; 10 juin 1953, Pauphillat, R. p. 639; 13 novembre 1953, Denizet, R. p. 489).

Le caractère discrétionnaire de la décision individuelle par laquelle, faisant application de la mesure générale de suppression d'emploi au détenteur de l'emploi supprimé, le supérieur procède à son licenciement n'est d'ailleurs que la conséquence de cette mesure elle-même. La décision de suppression d'emploi se rattache, en effet, au pouvoir discrétionnaire dont est investi le supérieur hiérarchique pour tout ce qui a trait à l'organisation du service.

L'autorité responsable jouit, en effet, d'un pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne l'organisation ou la modification du service. Les administrés, non plus que les agents publics, n'ont le pouvoir d'exiger juridiquement la modification ou la non-modification de l'organisation ou du fonctionnement d'un service public. Seul, le défaut d'intérêt, qui rend en général leur action irrecevable, explique la rareté relative des arrêts qui consacrent en la matière

(25) RIVERO : *op. cit.*, p. 134.

(26) Recueil Lebon, 1951, p. 226.

le pouvoir discrétionnaire du chef de service (voir cependant : 20 avril 1888, Casse et autres, R. p. 343; 13 mars 1914, Wuillermoz, R. p. 354; 5 mai 1922, Vaiklingam, R. p. 1136; 18 juillet 1924, Embry, R. p. 1370; 26 juillet 1929, Piovani, R. p. 877; 10 janvier 1936, Jeannin, R. p. 40).

Un arrêt plus récent du 6 février 1948 (Compagnie Carcassonnaise, R. p. 69) définit remarquablement l'attitude du juge administratif en la matière. Les requérants l'invitaient à juger que les modifications imposées par l'autorité ministérielle au fonctionnement d'un service public ne correspondaient pas aux circonstances : « Sans doute, déclare dans ses conclusions le commissaire du gouvernement Chenot dont le Conseil d'Etat devait consacrer la doctrine, lorsqu'une liberté publique est en cause, le juge de l'excès de pouvoir est compétent pour vérifier si les circonstances exigeaient ou non les dérogations que le pouvoir exécutif a cru devoir apporter à la règle ou à la liberté. » Mais, dans le domaine des transports publics de voyageurs, la liberté n'est pas la règle et un régime de service public de plus en plus strict s'est institué. Dès lors, « les pouvoirs conférés au ministre n'ont d'autre limite que celle qu'implique l'obligation qui lui est faite de prendre les mesures qui lui paraissent de nature à assurer l'exécution des transports dans les conditions les meilleures pour l'économie générale... » Et, notamment, « le ministre a la faculté de réduire ou de supprimer à tout moment les services dont il juge le fonctionnement coûteux pour l'économie nationale, en vue de leur substituer des services plus économiques » (27).

La jurisprudence administrative consacre donc l'existence, au profit du chef de service, d'un pouvoir discrétionnaire de direction et d'organisation analogue à celui que la jurisprudence judiciaire reconnaît au chef d'une entreprise privée. Plus frappante encore est l'analogie des solutions jurisprudentielles en matière disciplinaire. Le juge administratif, comme le juge judiciaire, reconnaît en la matière un pouvoir discrétionnaire à l'autorité responsable. Mais, à l'égard de ce pouvoir, la jurisprudence administrative trahit la même réticence que la jurisprudence judiciaire (28).

II. — Le pouvoir discrétionnaire dans l'exercice par l'administration de son pouvoir de répression.

La discipline militaire nous a fourni l'exemple d'un pouvoir discrétionnaire absolu. A l'origine de notre organisation administrative, la jurisprudence relative au pouvoir de répression de l'administration s'inspirait dans tous les services de principes identiques à ceux auxquels obéit encore l'institution militaire et, en 1903, le doyen Bonnard pouvait, dans sa thèse, caractériser ainsi la répression disciplinaire : « Un agent unique prononce,

(27) R.D.P. 1948, p. 244.

(28) Voir p. 110.

sans être astreint à aucune formalité, pour une faute laissée à son appréciation, une peine dont il fixe nature et quotité » (29).

Déjà, les exceptions au principe du caractère absolument discrétionnaire de la répression disciplinaire s'étaient considérablement développées. Elles se sont multipliées depuis lors, caractérisant une tendance générale à la juridictionnalisation et une évolution visant à transférer au juge administratif les pouvoirs de libre appréciation du supérieur hiérarchique (13 mars 1953, Teissier, R. p. 133; 5 février 1954, Addad-Abdel Kader, R. p. 78). Il tient compte notamment de la contrainte exercée sur un fonctionnaire en raison d'un événement assimilable à un cas de force majeure (5 novembre 1952, sieur Vrecord, R. p. 487 : une réprimande ayant été infligée à un directeur d'école qui s'était abstenu de participer à des cérémonies officielles malgré les instructions de ses supérieurs, le Conseil d'Etat rejette le pourvoi en précisant que le requérant n'établissait pas l'existence de circonstances qui « auraient été de nature à enlever à son abstention le caractère fautif qu'elle a présenté »).

Il ne faudrait pas pour autant conclure à la disparition de tout pouvoir discrétionnaire. Des survivances se font jour dans deux directions :

D'une part, la juridiction administrative n'exerce pas, en général, sur l'appréciation des faits, un contrôle aussi strict que celui qu'elle exerce en matière d'épuration administrative, par exemple.

D'autre part, lorsqu'un fonctionnaire a commis une faute de nature à justifier une sanction disciplinaire, le juge de l'exces de pouvoir ne se reconnaît le droit ni de porter un jugement sur la rigueur de la sanction prononcée (29 octobre 1948, Maussac, R. p. 397), ni d'apprécier si cette sanction est proportionnée à la rigueur de la faute commise (11 juillet 1952, dame veuve Monluc, R. p. 378).

Il serait erroné de penser que les affinités que nous venons de relever entre l'action de l'administration agissant dans le cadre du service public et celle du chef d'une entreprise privée, procèdent simplement de l'identité des structures du service public et de l'entreprise privée. Il faut, en effet, rappeler que la notion d'entreprise, telle que nous l'avons définie, est une notion de caractère matériel et non de caractère organique. Elle s'attache au contenu d'une action et non aux formes qu'elle revêt. L'étude de l'action de l'administration dans l'ordre de ses relations avec les tiers va nous permettre de vérifier que, lors même qu'elle s'exerce en dehors du cadre du service public, cette action présente les caractères élémentaires auxquels on reconnaît l'entreprise.

(29) La répression disciplinaire des fautes commises par les fonctionnaires, cit. in RIVERO : op. cit., p. 159.

Alinéa 1. — LE POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE

DANS LES RELATIONS DE L'ADMINISTRATION AVEC LES PARTICULIERS

L'action de l'administration ne s'analyse pas suivant un schéma différent selon qu'elle s'exerce dans le cadre du service public ou dans l'ordre de ses relations avec les particuliers.

Il faut pourtant signaler que, s'il n'existe pas entre les prérogatives dont elle dispose ici et là une différence de nature, il existe entre ces prérogatives une différence d'intensité.

Les prérogatives dont jouit l'administration dans l'ordre de ses relations avec les particuliers s'imposent à eux en dehors de leur consentement, alors que l'entrée au service public est un acte de libre volonté. Par ailleurs, ces prérogatives s'imposent non plus à une catégorie d'individus limitée, comme celle qui englobe les agents du service public, mais à la collectivité tout entière des administrés.

Cette dernière considération interdit de procéder en notre matière à autre chose qu'une simple esquisse des traits caractéristiques de l'action de l'administration, qui suffira d'ailleurs à montrer qu'ici encore le pouvoir discrétionnaire de l'administration n'est que la manifestation des prérogatives qui sont inhérentes à sa qualité de chef d'entreprise.

1. — Le pouvoir discrétionnaire dans l'exercice par l'administration de son pouvoir de commandement.

L'administration, dans l'exercice de son activité de service public et de police, détient un vaste pouvoir de commandement sur les administrés. Le fonctionnement des services publics se traduit, dans une large mesure, par des obligations directement imposées aux particuliers qui subissent le contre-coup de la réglementation de ces services : ils auront, par exemple, l'obligation de recourir à ces services ou celle de participer à leurs charges. Mais c'est dans l'exercice du pouvoir de police que se manifeste avec le plus d'éclat le pouvoir de commandement de l'administration. L'activité de police, à la différence de celle de service public, a, en effet, pour objet exclusif de réglementer la conduite des particuliers. Son domaine a été longtemps limité au maintien de l'ordre, de la sécurité, de la tranquillité et de la salubrité, mais, depuis 1940, l'activité de la police s'est annexée des provinces nouvelles, empruntant à la police traditionnelle ses procédés formels : interdictions, injonctions, autorisations.

Le pouvoir de commandement de l'administration se traduit, en effet, par diverses attitudes qu'elle adopte dans ses relations avec les administrés ; soit qu'elle prohibe, soit qu'elle provoque, soit qu'elle permette, l'administration dispose en général d'un large pouvoir discrétionnaire.

L'administration se propose parfois de prévenir une certaine conduite, ou, plus brutalement, de l'interdire. C'est le domaine des prohibitions, des interdictions édictées par l'administration

(30 juillet 1941, Chaouti Abder Kader, R. p. 255 : pour une décision de préfet retirant à un indigène l'autorisation de porter une arme); (18 août 1944, Chaumeil, R. p. 235 : pour un arrêté interdisant à un particulier l'accès des hippodromes et cynodromes).

Tantôt, au contraire, l'administration se propose de provoquer de la part des administrés une certaine conduite positive. C'est le domaine des injonctions (8 mars 1940, Kamoloeff, R. p. 95 : pour une expulsion); (21 octobre 1949, Persager, R. p. 431 : *idem*); (Société française pour le Commerce extérieur, R. p. 229 : pour l'application du décret du 9 septembre 1939, subordonnant la création des établissements commerciaux à une autorisation préfectorale); (20 octobre 1943, de Chomel et autres, R. p. 226 : pour l'application du décret du 27 octobre 1939, réglementant le ravitaillement de la métropole en blés durs et en semoules); (11 juillet 1944, Blitgen, R. p. 199 : pour un arrêté ministériel décidant que les possibilités d'attribution de chaque détaillant seraient déterminées par l'inscription des consommateurs chez le détaillant de leur choix).

L'administration peut, enfin, permettre une certaine activité aux particuliers, autoriser une certaine conduite ou refuser de l'autoriser (13 février 1942, Société d'exploitation des eaux et thermes d'Enghien-les-Bains, R. p. 50 : pour une décision du ministre de l'Intérieur refusant au Casino d'Enghien-les-Bains le droit d'exploiter le jeu de trente et quarante); (10 décembre 1943, demoiselle Sée, R. p. 285 : pour un refus d'autorisation d'ouverture d'un commerce de chaussures à Montpellier); (12 novembre 1943, société Nouvelle maison de Limoges : pour un refus à une société d'ouvrir un bazar déjà aménagé mais non ouvert au public au moment de la parution du décret); (10 novembre 1944, société Usines Vallier, R. p. 287 : pour le rejet de la demande d'agrément d'une société comme usine de régénération des huiles minérales de graissage); pour la jurisprudence intervenue en application du décret du 9 septembre 1939 subordonnant la création d'établissements commerciaux à une autorisation préfectorale : voir (15 décembre 1944, Jaillette, R. p. 321; 18 février 1944, Melchior, R. p. 61; 4 mai 1945, Le Her, R. p. 90; 3 juillet 1946, Fernon, R. p. 365; 14 mars 1947, Chrétien, demoiselle Dupraz, R. p. 524; 23 mai 1947, Couty, R. p. 215).

L'extension du pouvoir de commandement de l'administration n'implique pas une transformation radicale du régime juridique antérieur. Il n'en va pas de même avec le développement de son pouvoir de répression.

II. — Le pouvoir discrétionnaire dans l'exercice par l'administration de son pouvoir de répression.

Le procédé des sanctions administratives a connu, au cours des années récentes, une extension remarquable « Il méme, selon M. Waline, à la création et au développement qui est un des

phénomènes les plus caractéristiques de notre époque, de ce qu'on peut appeler un droit pseudo-pénal » (30).

Une loi du 11 décembre 1942, par exemple, a puni les dépassements de consommation de gaz et d'électricité par des amendes administratives et même par la coupure du branchement temporaire ou définitive. Un décret-loi du 20 novembre 1939 a prévu la mise en résidence forcée des individus jugés dangereux pour la sécurité nationale; une loi du 3 septembre 1940 puis, après la Libération, une ordonnance du 4 octobre 1944, leur internement administratif. Enfin la loi du 3 avril 1955, instituant un état d'urgence, a donné pouvoir au préfet, au cas de déclaration de l'état d'urgence, d'interdire le séjour dans tout ou partie du département à toute personne cherchant à entraver de quelque manière que ce soit l'action des pouvoirs publics et au ministre de l'Intérieur et, en Algérie, au gouverneur général, d'assigner à résidence toute personne dont l'activité s'avère dangereuse pour la sécurité et l'ordre publics.

Le Conseil d'Etat n'admet ces sanctions qu'au cas d'infraction à une loi ou à un règlement (6 octobre 1944, Société La Maroquinerie dauphinoise, R. p. 259), il exige que la sanction soit prévue par une loi (20 décembre 1944, Société d'utilisation moderne des déchets industriels animaux, R. p. 326; 28 juin 1946, Société des phosphates de Nurlu, R. p. 187); il tient la main à ce qu'avant toute sanction l'intéressé ait été mis à même de présenter ses moyens de défense; enfin, il contrôle l'exactitude matérielle des faits invoqués par l'administration (12 mars 1944, Duran, R. p. 125).

Mais, quelle que soit l'étendue de ces garanties, elles laissent subsister un large pouvoir discrétionnaire au profit de l'administration (16 mai 1941, dame Koch, R. p. 84; 27 février 1942, Monossohn, R. p. 66; 1^{er} juin 1943, Magnas, R. p. 138; 4 mai 1945, Demeure frères, R. p. 90; 10 janvier 1947, Schneider, R. p. 524; 19 février 1947, Bosquain, R. p. 63; 16 juillet 1947, Galabert, R. p. 320; 26 février 1947, Leymarie, R. p. 81; 7 mai 1947, Matssony, R. p. 200; 15 novembre 1950, Ilari, R. p. 697; 25 janvier 1950, Culié, R. p. 54; 23 mai 1952, Riol, R. p. 794).

Le pouvoir discrétionnaire de l'administration apparaît donc comme le point d'émergence au plan du contentieux administratif d'une réalité dont nous venons d'essayer de fixer les traits essentiels. Dans l'ordre intérieur, dans le service public, dans l'ordre de ses relations avec les particuliers, nous avons décelé, par-delà l'existence du pouvoir discrétionnaire de l'administration, celle de prérogatives dont elle est titulaire et, par-delà ces prérogatives elles-mêmes, nous avons découvert le caractère « d'entreprise » de son action.

En bref, le pouvoir discrétionnaire nous est apparu comme l'expression au plan du contentieux administratif du respect par

(30) Cours de droit administratif, lic. 2^e année, 1952-1953, p. 508.

le juge des prérogatives qui appartiennent à l'administration en sa qualité de « chef d'entreprise ».

Rapprochons ces conclusions de celles que nous formulions au terme de notre étude de la jurisprudence judiciaire; nous constatons que si le pouvoir discrétionnaire fait son apparition dès lors qu'une activité est organisée en entreprise, sa seule présence manifeste, aussi bien, le caractère d'entreprise d'une activité.

Il est donc légitime de considérer que le pouvoir discrétionnaire trouve son fondement dans la notion d'entreprise autour de laquelle viennent s'ordonner les solutions des jurisprudences administrative et judiciaire.

Qu'il s'exerce à propos de l'action du chef d'une entreprise privée ou à propos de celle de l'administration, le pouvoir discrétionnaire répond aux nécessités que postule le caractère d'entreprise de l'action considérée. Ici et là, il remplit une même fonction.

Sous-Section III

La fonction du pouvoir discrétionnaire en droit public et en droit privé

Il n'est sans doute pas inutile, avant de montrer que le pouvoir discrétionnaire exerce une même fonction en droit public et en droit privé, de s'élever au-dessus des solutions fragmentaires que l'étude des jurisprudences administrative et judiciaire nous a livrées jusqu'ici et de montrer que l'ensemble de ces solutions s'ordonne autour de principes identiques.

S'il fallait en effet synthétiser l'ensemble des solutions apportées par le Conseil d'Etat au problème du pouvoir discrétionnaire, c'est autour de la notion d'« intérêt public » que cette étude devrait s'ordonner. C'est elle qui donne la mesure du pouvoir discrétionnaire comme elle en dessine la limite. Legitime s'il s'exerce à l'intérieur de ce cadre, le pouvoir discrétionnaire cesse de l'être si d'aventure il vient à en sortir.

Certes, nous entendons bien et nous avons suffisamment insisté sur ce point pour qu'il soit inutile d'y revenir plus longuement, que la directive générale d'intérêt public se présente dans la plupart des cas sous la forme plus différenciée de l'« intérêt du service », s'il s'agit des relations de l'administration avec ses agents ou de l'intérêt de l'« ordre public », par exemple, s'il s'agit des relations de l'administration avec les particuliers.

C'est à dessein cependant que nous préférons retenir la notion d'« intérêt public » pour bien marquer que la directive d'intérêt du service ou l'une des directives en lesquelles on peut concevoir que la directive générale d'intérêt public vienne à se fragmenter, ne légitimeront l'action de l'administration que dans la mesure où elles seront susceptibles de s'intégrer dans la catégorie plus compréhensive de l'intérêt public.

Ces précisions apportées, on peut définir les pouvoirs que l'administration possède sur les administrés de deux points de vue différents. Mais, en pratique, quel que soit le point de vue adopté, le résultat est le même : la notion d'intérêt public consitue la mesure et la limite du pouvoir discrétionnaire en droit public. Que l'on soit plus particulièrement sensible au caractère discrétionnaire des pouvoirs de l'administration ou que l'on mette l'accent sur les limites de la liberté dont elle dispose, le résultat est identique.

Si l'on examine, en effet, le problème du point de vue de la liberté de l'administration, on rencontre une limite à cette liberté dans le principe qui subordonne la légitimité de toute action administrative à l'intérêt public.

Inversement, si l'on prend comme point de départ la soumission à l'intérêt public de toute l'activité de l'administration, on sera conduit, tout au moins dans notre organisation administrative, à valider toute décision qui n'apparaîtra pas prise contrairement à cet intérêt.

Ainsi, la notion d'« intérêt public » domine l'ensemble des solutions du Conseil d'Etat relatives au pouvoir discrétionnaire de l'administration.

Or, il est saisissant de constater que la jurisprudence de la Cour de cassation relative au pouvoir discrétionnaire du chef d'entreprise s'ordonne autour d'une notion exactement symétrique.

« Quel est, interroge M. le doyen Poplawski dans une note sous Cass. soc., 7 décembre 1944 (J.C.P., 1945, n° 3206) le critérium qui permettra de dire si le motif du congé (donné à un salarié) est légitime ? Ne peut-on pas essayer de dégager de la diversité des cas concrets soumis à la Cour de cassation une idée générale permettant de séparer les cas de rupture abusive de ceux où elle n'est pas fautive ? »

Le désir de nuire, l'intention dolosive n'est plus nécessaire pour imprimer à la résiliation un caractère abusif. La Cour de cassation assimile, en effet, à l'intention dolosive le fait d'agir avec une légèreté blâmable. C'est donc à un critère objectif que l'auteur est conduit à faire appel pour discerner le caractère légitime ou illégitime d'un congé.

Cela étant admis : « Il y a ou il n'y a pas, de la part de l'employeur, motif légitime exclusif de faute surant que la rupture du contrat de travail est ou non justifiée par l'intérêt de l'entreprise (Cass. soc., 18 septembre 1939 et 23 octobre 1941; J.C.P., 1942, II, 1797 : « Les mesures de congédiement reconnues légitimes sont celles prises dans l'intérêt général de l'entreprise. ») C'est par cette notion de l'intérêt de l'entreprise que s'expliquent les solutions de la jurisprudence en matière de résiliation unilatérale du contrat de travail à durée indéterminée du fait de l'employeur, bien qu'une telle idée ne soit pas explicitement énoncée par celle-ci. Et, notamment, la règle tant de fois proclamée

par les arrêts et en vertu de laquelle il appartient à la partie congédiée d'établir la faute de l'auteur du congédiement, signifie en réalité que l'employeur auteur de la rupture est présumé avoir pris cette mesure dans l'intérêt de l'entreprise lorsque tout au moins il allègue qu'il en est ainsi. Et c'est à renverser cette présomption que devra s'attacher le demandeur en dommages-intérêts. »

Ces considérations, lorsqu'on les rapproche de celles que nous développons plus haut, jettent une singulière lueur sur les rapports du pouvoir discrétionnaire du chef d'entreprise privée et de l'administration.

Comment ne pas discerner, derrière l'unité d'inspiration des jurisprudences administrative et judiciaire, l'identité de fondement du pouvoir discrétionnaire du chef d'entreprise et de l'administration, partant l'identité des fonctions que le pouvoir discrétionnaire exerce en droit public et en droit privé.

En droit public et en droit privé le pouvoir discrétionnaire correspond à la part irréductible d'autodétermination qui est nécessaire à toute entreprise, comme contrepartie de la responsabilité assumée par ceux qui la dirigent, pour poursuivre sa fin propre.

Etroitement lié, en droit public, à la responsabilité de l'autorité qui le détient, par un lien qu'il appartiendrait au législateur seul de dénouer, le pouvoir discrétionnaire s'impose au juge avec la force du fait naturel.

Ainsi s'explique la persistance de ces arrêts dans lesquels, inlassablement, le Conseil d'Etat affirme que telle ou telle appréciation n'est pas de nature à être discutée devant lui. Il y a, en effet, dans la notion de pouvoir discrétionnaire, un élément de « pouvoir » irréductible à l'examen contentieux. Pour l'avoir méconnu, la doctrine classique s'est condamnée à ne pouvoir justifier cette jurisprudence. Le pouvoir discrétionnaire, disait-elle, c'est le résultat de l'indétermination de la réglementation juridique. Or, l'examen des solutions jurisprudentielles nous a permis de vérifier que cette indétermination de la réglementation juridique ne représente nullement un obstacle pour le Conseil d'Etat, qui se comporte fréquemment, si l'on ose dire, comme un « législateur secondaire ».

Si le juge administratif s'incline devant le pouvoir discrétionnaire, c'est parce qu'il se heurte à une réalité objective. Ses investigations viennent se briser non pas certes contre une indétermination de la réglementation juridique, mais contre un « pouvoir » qui est la contrepartie nécessaire de la responsabilité assumée par son détenteur.

C'est, en effet, à la structure interne de l'entreprise, aux nécessités élémentaires qu'elle postule que le pouvoir discrétionnaire vient répondre. C'est parce qu'elle est « une entreprise organisée en une institution » que l'action de l'administration appelle un pouvoir discrétionnaire.

De manière plus profonde encore qu'au caractère d'entreprise du service public, c'est à sa nature institutionnelle que se rattache le pouvoir discrétionnaire.

On connaît les thèmes majeurs autour desquels s'ordonne la théorie de l'institution : une idée à réaliser qui intéresse un groupe d'hommes et qui est mise en œuvre grâce à une organisation permanente; une autorité exercée par des organes est nécessaire pour conduire l'institution vers son but. Les rapports entre les membres et les organes sont à base d'autorité et non d'égalité comme les rapports entre parties contractantes : ces relations inégalitaires sont commandées par la primauté de l'intérêt collectif sur les intérêts et la volonté de chacun. Dans la mesure où la fin est légitime et où elle ne porte pas une atteinte injustifiée à la fin poursuivie par d'autres institutions, ni aux droits individuels irréductibles de ses membres, la « corporation » est souveraine. L'autorité est inhérente à l'institution, c'est là un principe imposé par la nature des choses.

Il n'est que de reprendre ces thèmes un par un pour se rendre compte que la théorie de l'institution correspond simplement à une « mise en forme » juridique de la notion d'entreprise.

A la fragmentation de l'« entreprise » administrative en une série d'« entreprises » secondaires (départements ministériels, collectivités décentralisées, services) correspond donc une fragmentation de l'« institution » administrative en une série d'« institutions particulières ». Et M. Waline, lorsqu'il écrit : « On peut concevoir l'institution nationale comme englobant de nombreuses institutions particulières qui ne l'épuisent sans doute pas, mais qui en sont tout de même des éléments essentiels... communes, départements, services publics » (31), ne donne-t-il pas à notre analyse de l'action de l'administration un précieux *confirmatur* ?

Mais le caractère d'entreprise de l'action de l'administration, s'il constitue le fondement du pouvoir discrétionnaire, en trace aussi la limite. C'est ce que nous allons constater en étudiant le domaine de ce pouvoir.

SECTION II

LE DOMAINE DU POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE

Si le caractère d'entreprise de son action constitue le fondement de son pouvoir discrétionnaire, il est clair que l'administration ne disposera de ce pouvoir qu'à l'égard de ceux qui sont « agrégés » à l'entreprise administrative.

Dans la mesure en effet où l'administré, se dégageant de la subordination à l'administration, se dégage par là même de cette

(31) Observations sur la gradation des normes juridiques établies par Carré de Malberg, R.D.P. 1934, p. 553.

entreprise, l'obstacle disparaît contre lequel venait se heurter le pouvoir de contrôle du juge. Aux relations inégalitaires de l'administration et de l'administré succède l'affrontement de deux volontés entre lesquelles il s'interpose pour exercer son arbitrage. Ainsi s'explique le fait que ses investigations tantôt se brisent contre l'obstacle du pouvoir discrétionnaire et tantôt s'exercent avec la plus grande liberté.

Le pouvoir discrétionnaire, qui trouve son fondement dans le caractère d'entreprise de l'action de l'administration, disparaît lorsque se trouve rompue l'appartenance de l'administré à l'entreprise administrative.

L'appartenance de l'intégralité des administrés, « citoyens de l'institution administrative », comme écrivait le doyen Hauriou, à cette institution est une règle qui, de prime abord, paraît ne souffrir aucune exception.

L'institution administrative englobe, avons-nous dit, une série d'institutions secondaires. Mais cette fragmentation laisse intact le fait que la collectivité des citoyens relève dans sa totalité de cette institution.

Mais si telles sont les règles de l'appartenance à l'institution administrative, il est à cette appartenance une limite générale : « celle qui fonde l'existence, au profit de l'administré, d'un droit ou d'une liberté opposables à l'administration ».

Lorsque l'administré les exerce, il se dégage par là même de la subordination à la puissance publique; partant, se trouve rompu le lien qui l'agrégait à l'institution administrative : « A la personne publique, il oppose sa personne; devant le juge, ils comparaissent sur un pied d'égalité » (32). Cette situation incompatible avec le caractère institutionnel de l'administration est, par voie de conséquence, exclusive de la reconnaissance à cette dernière d'un pouvoir discrétionnaire étroitement lié à ce caractère.

Et point n'est besoin, pour rompre l'appartenance de l'administré à l'institution administrative, que le législateur ait strictement et impérativement lié la compétence de l'administration. Il suffit qu'il ait manifesté sa volonté de placer l'administration et l'administré sur un pied d'égalité et, de cette manifestation de volonté, la reconnaissance, même en termes très généraux, d'un droit ou d'une liberté apportera une preuve suffisante. Ainsi se trouve intégrée dans notre construction la jurisprudence que nous avons étudiée.

A la fin du XIX^e siècle, le Conseil d'Etat ne réprimait la simple violation de la loi, et même, semble-t-il, le détournement de pouvoir, que là où il existait un droit acquis. On s'est aperçu, au début du XX^e siècle, que toute loi engendrait un droit individuel au sens juridique, qu'il n'y avait donc pas intérêt à faire de ce

(32) RIVERO : *op. cit.*, p. 272.

droit une condition de recevabilité distincte du recours pour excès de pouvoir.

Mais l'idée de droits plus profonds que les autres ne s'est pas perdue. C'est elle qui domine aujourd'hui le problème du pouvoir discrétionnaire (33). Là où les libertés publiques étaient menacées par le pouvoir de police, là où le droit de propriété se trouvait compromis par la législation d'économie dirigée ou l'exercice du droit de réquisition, là enfin où les sanctions prises au titre de l'épuration administrative risquaient de porter atteinte des plus graves à l'honneur de celui qu'elles frappaient, le juge n'a pas hésité à substituer son appréciation à celle de l'administration active (34).

Et si le contrôle du pouvoir disciplinaire s'est élargi au point de se rapprocher chaque jour un peu plus du développement atteint par le contrôle juridictionnel dans les matières précédentes c'est, à n'en pas douter, parce que le juge a assimilé la sécurité de l'emploi pour les agents publics à la liberté du commerce et de l'industrie pour les simples particuliers.

Mais la jurisprudence relative au contrôle de l'épuration éveille une réflexion qui va nous conduire à préciser le domaine du pouvoir discrétionnaire et à introduire au sein de notre construction certaines perspectives relativistes.

En la matière, en effet, la rupture de l'appartenance de l'administré à l'entreprise administrative ne procède pas directement de ce que le législateur lui a conféré un droit ou une liberté mais, plutôt de ce qu'il se trouve dans une situation identique à celle dans laquelle il se trouverait si un droit ou une liberté lui était conféré : notamment, de ce qu'il peut invoquer un intérêt dont la force est telle qu'elle le place sur un pied d'égalité avec l'administration. Il semble donc que, le juge administratif s'attachant au sens de la reconnaissance d'un droit ou d'une liberté plutôt qu'à cette reconnaissance elle-même, opère en quelque sorte une extrapolation et admette que l'administré peut se dégager de la subordination à l'administration, alors même qu'aucun droit ou aucune liberté *stricto sensu* n'est en cause.

Droit et liberté sont englobés dans la catégorie plus large des principes généraux du droit.

On aperçoit aussitôt que ce phénomène donne à notre explication un certain caractère contingent.

Le pouvoir discrétionnaire, avons-nous dit, est un obstacle contre lequel vient se briser le contrôle du juge et, en ce sens,

(33) GOLDENBERG : *Le Conseil d'Etat, juge du fait*, p. 52 et suiv.

(34) Il faut noter cependant que dans certaines matières qui touchent à la liberté individuelle, le Conseil d'Etat se montre particulièrement prudent : décisions prononçant des internements administratifs ou d'autres mesures restrictives de liberté, prévues par la législation de guerre (voir *supra*, p. 129 et suiv.). Le souci de ne pas gêner l'action de l'administration paraît en ces matières l'emporter sur celui de protéger le droit en cause.

il est parfaitement exact de dire avec M. Waline que « ce n'est pas parce que le juge contrôle l'administration que celle-ci perd son pouvoir discrétionnaire » (35). C'est la rupture de l'appartenance de l'administré à l'entreprise administrative qui permet au juge d'intervenir. « Le contrôle est un effet et non pas une cause » (36).

Mais il est bien évident que le pouvoir discrétionnaire ne fait obstacle aux investigations du juge que dans la mesure où l'appartenance ou la non-appartenance de l'administré à l'institution administrative ne dépend pas du juge lui-même. Si celui-ci, par l'appel aux principes généraux du droit, « découvre » l'existence au profit de l'administré d'un « droit » opposable à l'administration qui le dégage de sa subordination à la personne publique comme ce fut le cas en matière d'épuration administrative, comme ce sera sans doute le cas dans un proche avenir en matière de sanctions disciplinaires, il apparaît, à l'égal du législateur, comme le répartiteur du pouvoir discrétionnaire et de la compétence liée.

Vainement, cependant, nous reprocherait-on en introduisant cette nuance de ruiner notre thèse. Nous ferons, en effet, observer que le juge ne procède qu'avec la plus extrême prudence à la création d'un principe général.

Par ailleurs, le nombre de principes généraux assimilables à la reconnaissance d'un droit ou d'une liberté apparaît, somme toute, assez limité. Et tirer argument des observations que nous venons de présenter pour prétendre que le pouvoir discrétionnaire n'est jamais qu'une concession du juge à l'administration, serait accorder à un cas limite plus d'importance qu'il n'en a.

S'il était, en effet, nécessaire, dans une étude qui se veut aussi proche que possible des réalités jurisprudentielles, de marquer ces nuances, il ne faudrait pas en conclure que le Conseil d'Etat soit guidé uniquement dans son contrôle par des considérations d'opportunité. On a fait remarquer depuis longtemps déjà que le Conseil d'Etat, s'il avait une politique jurisprudentielle, avait aussi une jurisprudence. De cette jurisprudence, nous nous sommes efforcé de fixer les traits essentiels. Elle nous est apparue, dans son ensemble, susceptible de fournir les matériaux d'une construction cohérente. La spécificité des matières dans lesquelles le juge administratif substitue son appréciation à celle de l'administration active, la spécificité aussi des techniques auxquelles il recourt pour opérer cette substitution nous ont paru révéler une unité d'inspiration et se prêter à un essai de systématisation.

Le contrôle juridictionnel, il ne faut jamais le perdre de vue, se déroule dans le temps. Ce caractère paraît à certains infirmer toute tentative visant à introduire un principe d'ordre en une

(35) Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel, R.D.P. 1930, p. 209.

(36) Eod. loc.

matière qui paraît a priori y répugner. Mais, pour peu que l'on prenne un peu de recul, les contradictions et les incohérences s'effacent pour ne plus laisser voir que des lignes directrices dont la fermeté étonne quelquefois.

Nous allons retrouver, en étudiant le problème du contrôle du pouvoir discrétionnaire, la même cohérence, la même unité d'inspiration et comme l'écho de certains thèmes qui sont maintenant familiers.

SECTION III

LE CONTROLE JURIDICTIONNEL DU POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE

Il est peu de problèmes relatifs au pouvoir discrétionnaire qui aient soulevé en doctrine autant de controverses que celui de son contrôle.

Nié par les uns, affirmé par les autres, on pourrait, à juste titre, le considérer comme un exemple typique de problème né d'une mésentente sur le contenu des notions qu'il met en cause.

Il suffit, en effet, de considérer ce problème dans sa simplicité première pour se rendre compte qu'il a été plus obscurci par la doctrine qu'il ne présentait de réelle difficulté.

Un trait caractéristique du pouvoir discrétionnaire, fait-on remarquer, c'est que s'il est limité quant à son domaine, en ce sens qu'il n'existe pas toujours, du moins là où il existe, ne peut-il par définition, donner prise à aucun contrôle (37).

La thèse ainsi présentée est d'une logique parfaite et ce n'est certes pas nous qui y contredirons. Le contrôle du juge ne peut, en effet, et contrairement à la doctrine professée par les tenants de la thèse du Conseil d'Etat, supérieur hiérarchique, s'exercer qu'en vertu d'une réglementation. Or, nous savons que les notions de pouvoir discrétionnaire et de réglementation juridique sont exclusives l'une de l'autre. Il semble donc qu'il ne puisse exister aucun contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire, sinon un contrôle de ses limites.

La thèse que nous venons de présenter n'est donc pas fautive. Simplement, elle est insuffisante. Elle repose sur le postulat : contrôle juridictionnel = réglementation juridique = compétence liée.

Partant, elle méconnaît le fait qu'il existe une modalité du contrôle juridictionnel qui, tout en s'exerçant sur le pouvoir discrétionnaire lui-même et non sur ses limites, n'aboutit pas pour autant à transférer au juge les pouvoirs de libre appréciation de l'administrateur.

(37) BONNARD : Précis de droit administratif, p. 81.

On assiste, en effet, depuis quelques années, au développement d'un contrôle portant sur « l'exercice » du pouvoir discrétionnaire. Les solutions jurisprudentielles relatives à ce contrôle s'ordonnent autour de l'idée qu'un acte que l'autorité administrative aurait pu prendre en vertu de son pouvoir discrétionnaire doit être annulé lorsque cette autorité, par la façon dont elle a procédé, s'est mise dans l'impossibilité de faire une saine appréciation de son opportunité ou a renoncé à l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Ce contrôle ne vise nullement à supprimer le pouvoir discrétionnaire de l'administration mais, tout au contraire, à garantir aux administrés qu'il en sera fait un usage normal.

Nous examinerons successivement les trois aspects qu'il revêt :

- contrôle de l'obligation pour l'administration d'examiner les circonstances particulières de l'affaire;
- contrôle de l'excès de pouvoir négatif;
- contrôle de la renonciation à l'exercice du pouvoir discrétionnaire.

Sous-Section I

L'obligation pour l'administration d'examiner les circonstances particulières de l'affaire

L'étude de la jurisprudence récente du Conseil d'Etat permet d'affirmer que la juridiction administrative a posé le principe qu'une autorité administrative saisie d'une demande qu'elle a toute liberté pour agréer ou rejeter, est tenue, avant d'exercer son pouvoir discrétionnaire, de procéder à un examen des circonstances propres de l'affaire et ne peut se borner à la repousser en faisant état d'un motif d'ordre général (38).

Il existe, en effet, au sein de l'administration, une tendance à prendre une position de principe rigide dans des matières où elle dispose cependant de pouvoirs discrétionnaires qui ne lui ont été conférés que pour régler des situations individuelles après examen des circonstances propres à chaque affaire. Cette tendance s'inspire du désir d'opposer un moyen de défense efficace aux pressions et interventions de toute nature en invoquant une décision de principe et en se retranchant derrière elle.

Elle s'inspire aussi du désir d'accélérer le fonctionnement du service grâce à l'existence d'une doctrine administrative comportant un certain automatisme.

Cette attitude est pourtant juridiquement incorrecte car une autorité qui dispose d'un pouvoir discrétionnaire doit en user d'une façon nuancée en tenant compte des circonstances particulières à chacun des cas qui lui sont soumis, ce qui l'oblige à

(38) MÉCRET : De l'obligation pour l'administration de procéder à un examen particulier des circonstances de l'affaire, avant de prendre une décision, même discrétionnaire, Etudes et Documents, 1953, p. 77.

procéder à un examen préalable particulier de ces circonstances. C'est là une exigence impliquée par la notion même de pouvoir discrétionnaire.

Des décisions isolées du Conseil d'Etat dont les premières remontent, à notre connaissance, à l'année 1907 (39), avaient depuis longtemps sanctionné cette attitude; mais c'est, nous semble-t-il, avec l'arrêt Piron (Conseil d'Etat ass., 24 juillet 1942, R. p. 233, avec au S. 1943, III, I : les conclusions de M. Segalat et une note de M. Mestre) que l'obligation pour l'administration de procéder à un examen des circonstances particulières de l'affaire s'installe définitivement dans la jurisprudence :

Un gardien de la paix avait été relevé de ses fonctions par application de la loi du 17 juillet 1940; la décision n'avait vraisemblablement pas été motivée, mais il résultait de l'instruction qu'elle était intervenue « par l'unique motif que l'intéressé se trouvait au nombre des agents ayant dépassé l'âge de cinquante-cinq ans ». Une considération tirée de l'âge (l'un agent était-elle de nature à justifier l'application de la loi ?

L'objet de la loi du 17 juillet 1940, tel que le Conseil d'Etat l'avait précisé dans sa décision Godard du 31 janvier 1942 (R. p. 31), était d'écarter des services les agents dont le maintien paraissait, en raison de leur comportement général, incompatible avec les exigences de l'intérêt public.

« L'âge, observe le commissaire du gouvernement, est un facteur du comportement général d'un fonctionnaire. Il peut motiver le recours à la loi du 17 juillet 1940. Un ministre peut estimer indispensable d'écarter des fonctionnaires trop âgés. Cette préoccupation de rajeunissement des cadres est légitime. Mais il ne peut le faire d'une manière absolue, en posant comme règle générale que tous les agents ayant dépassé un certain âge devront être relevés de leurs fonctions. Il doit rechercher pour chaque agent si son âge rend son maintien en fonctions incompatible avec les exigences physiques ou intellectuelles de son service. » et M. Segalat en arrivait à cette règle que la loi du 17 juillet 1940 ne permet de tenir compte de l'âge que dans la mesure où il est un élément du comportement général de l'agent et que, pour cela, l'autorité administrative doit procéder à un examen de la situation individuelle des intéressés.

L'arrêt relevant le sieur Piron de ses fonctions est annulé : « Considérant que l'administration s'est bornée à lui faire application d'une décision de principe sans procéder à l'examen de sa situation particulière et sans rechercher si, en ce qui le concernait, son âge était de nature à s'opposer à son maintien en fonctions... »

(39) Voir : C.E., 8 février 1907, Lévy et autres, R. p. 143; 22 mars 1907, Syndicat des Employés de Commerce de Perpignan, R. p. 302; 26 avril 1907, sieur CRÉMEUX, R. p. 393.

Depuis l'arrêt Piron, la même jurisprudence a été appliquée dans des hypothèses variées : les décrets des 17 juin et 12 novembre 1938 ont prévu que les étrangers ne pourraient exercer en France une profession industrielle ou commerciale qu'en justifiant de la possession d'une carte spéciale. Le Conseil d'Etat a précisé que l'administration avait le pouvoir d'apprécier à l'occasion de chaque demande l'opportunité de la délivrance ou du refus d'une carte de commerçant étranger mais il a annulé une décision refusant d'accorder une carte de cette nature à un étranger par le motif que « les fonds de commerce disponibles sont, en principe, réservés aux Français » : le ministre devait examiner le cas individuel du requérant et non se borner à se fonder sur l'affirmation d'un principe d'ordre général (15 juin 1951, Galetzky, R. p. 337).

Le Conseil d'Etat a décidé de même que si l'article 29 de la loi du 11 septembre 1941 confère aux préfets le droit d'accorder l'autorisation d'exercer la pharmacie aux « docteurs en médecine établis dans les agglomérations où il n'y a pas de pharmacie ayant une officine ouverte au public », il ne soumet à aucune autre condition l'exercice du pouvoir d'appréciation qu'il attribue en cette matière mais que les préfets devaient déterminer dans chaque cas, d'après l'ensemble des circonstances de l'affaire et notamment en tenant compte de l'état des communications, si la distance de l'officine desservant la circonscription où opère le médecin est assez grande pour motiver une décision autorisant celui-ci à délivrer des médicaments; il a annulé, en conséquence, la décision d'un préfet refusant une autorisation par application d'une instruction ministérielle fixant uniformément à cinq kilomètres de la pharmacie la plus proche le périmètre dans lequel aucun médecin ne pouvait être admis à délivrer des médicaments (21 décembre 1945, sieur Bomnier, R. p. 266) (voir encore, pour l'application de cette jurisprudence au contentieux des refus d'autorisation d'ouverture ou d'extension de commerce prévus par le décret du 9 septembre 1939: Le Her, 4 mai 1945, R. p. 90; à l'interdiction par mesure générale et absolue d'installations de colonies de vacances dans une commune en vertu du décret du 17 juin 1938: 13 février 1953, Laugier, R. p. 70; à l'éligibilité aux fonctions de délégué du personnel d'une entreprise: 20 mai 1952, Etablissements Lang, R. p. 270; à de nombreuses décisions concernant des fonctionnaires et prises par mesure générale: 3 décembre 1948, Trebuchet, R. p. 452; 19 mai 1950, Coquard, R. p. 302; 30 juin 1950, Grobel, R. p. 398; 13 juin 1952, Bruntz, R. p. 307; 18 juin 1952, Jeannin, R. p. 316).

Quel est le fondement de la jurisprudence qui décide ainsi que l'autorité administrative excède ses pouvoirs, même discrétionnaires, lorsque, sans examiner les circonstances propres de l'affaire, elle se borne à repousser une demande en faisant état d'un motif d'ordre général ?

Il paraît, en effet, difficile de voir dans cette attitude la violation d'aucune loi, d'aucun texte de droit écrit.

C'est pourtant dans cette direction que paraît s'être tout d'abord engagée une partie de la doctrine.

« Le ministre, observait M. Mestre dans ses observations sous l'arrêt Piron, a interposé une « décision de principe », une mesure générale et réglementaire entre la loi et le cas individuel. La loi lui donnait le droit de relever le fonctionnaire si son comportement pouvait lui faire supposer que l'agent aurait des difficultés à s'adapter au nouveau régime. Comment une pareille décision peut-elle être prise sans un examen minutieux et personnel de chaque cas... l'illégalité a consisté à substituer à l'examen particulier du cas une mesure générale. On est ici en présence d'une sorte d'abus du pouvoir réglementaire. S'il est, en effet, des lois dont les applications particulières appellent nécessairement l'intervention préalable de mesures générales, il en est d'autres, au contraire, qui excluent absolument cette intervention. Il s'agit d'hypothèses dans lesquelles la loi investit l'administration du droit d'accomplir des actes qui comportent par eux-mêmes un appel à l'appréciation individuelle formulée sous la responsabilité de leur auteur. »

M. Mestre reconnaissait d'ailleurs qu'il n'y avait pas eu de règlement proprement dit mais seulement une décision de principe que, seule, l'instruction avait permis de déceler et dont la mesure individuelle dont se plaignait le requérant n'avait été que l'application pure et simple.

C'est en effet, l'annulation de la mesure individuelle relevant le sieur Piron de ses fonctions que réclamait le commissaire du gouvernement et non l'annulation de la mesure de principe dont l'existence excluait nécessairement l'examen des cas individuels.

C'est pourtant, comme M. Mestre, à une violation de la loi du 17 juillet 1940 que concluait M. Segalat.

« Cette loi, déclarait-il, ne permet de tenir compte de l'âge que dans la mesure où il est un élément du comportement général de l'agent et, pour cela, l'autorité administrative doit procéder à un examen de la situation individuelle des intéressés... Le ministre a exercé dans des conditions irrégulières les pouvoirs qu'il tient de la loi du 17 juillet 1940. »

Que cette loi implique par sa texture même l'obligation pour l'autorité administrative d'examiner les circonstances particulières de l'affaire, nous l'admettons volontiers mais nous doutons que cette obligation puisse être déduite des termes mêmes de la loi. Plutôt que dans la notion de la violation de la loi, c'est dans la méconnaissance d'un principe plus général qu'il faut, nous semble-t-il, rechercher l'explication de la jurisprudence Piron.

M. Mestre lui-même paraît proche d'adopter cette interprétation lorsqu'il écrit : « Le règlement doit être exclu toutes les fois

que la nature des choses suppose un pouvoir discrétionnaire d'appréciation.»

« Il est difficile, observe M. Marcel Waline, d'expliquer dans certains cas certaines annulations d'actes administratifs, sauf à faire appel à une notion plus large que celle de la légalité... »

L'idée qui, selon cet auteur, est à la base de la jurisprudence que nous venons d'étudier : « c'est qu'un acte administratif est nul et doit être annulé lorsque l'autorité administrative, par la façon dont elle a procédé, s'est mise elle-même dans l'impossibilité de faire une saine appréciation de l'opportunité de prendre une décision; en somme, tout se passe comme si, dans l'esprit du Conseil d'Etat, l'autorité administrative avait, même lorsqu'elle a un pouvoir entièrement discrétionnaire, l'obligation de se mettre dans les meilleures conditions pour prendre la meilleure décision » (40).

L'interprétation de M. Waline rend un compte exact de la jurisprudence que nous avons étudiée mais nous éprouvons quelque hésitation à assigner à cette jurisprudence le fondement autonome qui est, selon M. Waline, seul susceptible de l'expliquer; nous préférons considérer plus simplement que lorsqu'une autorité administrative dispose en vertu d'une loi d'une faculté de libre appréciation, elle a l'obligation de ne pas dénaturer un pouvoir que la loi veut discrétionnaire.

Ce principe explique qu'une autorité ne puisse statuer en bloc sur plusieurs demandes qu'elle aurait dû examiner séparément : si le Conseil d'Etat prononce ainsi l'annulation, c'est parce qu'il pense qu'en prenant une décision globale, cette autorité s'est, par là-même, interdit d'examiner les circonstances propres à chaque cas d'espèce.

Par exemple, un Conseil général statue, par un seul vote, sur plusieurs propositions tendant à sectionner au point de vue électoral différentes communes ou plusieurs circonscriptions, ou bien à supprimer les sectionnements électoraux qui existaient jusque-là. Le Conseil d'Etat annule la délibération parce que le Conseil général a statué sans examiner les circonstances particulières de chaque espèce (16 novembre 1928, Foucher, D. 1929, 3, 33, note Waline).

Le législateur a dit que toutes les réquisitions d'immeubles existant au profit d'une administration prendraient fin à une certaine date, mais il a indiqué qu'exceptionnellement les réquisitions pourraient être prolongées sur l'avis d'une certaine commission. La commission consultative dans un département donne en bloc un avis favorable au maintien de toutes les réquisitions existant dans le département au profit de l'administration. La procédure est viciée (18 mars 1949, Société des Etablissements Veuve Cote et C^{ie}, R. p. 139).

Enfin, l'idée que les administrés ont un droit à l'exercice du

pouvoir discrétionnaire rend compte des solutions jurisprudentielles qui décident que doit être annulée la décision par laquelle une autorité administrative a rejeté à la suite d'une erreur de droit une demande qu'elle avait pouvoir discrétionnaire d'adopter ou de rejeter, commettant ce qu'un auteur a appelé « un excès de pouvoir négatif » (41).

Sous-Section II

L'excès de pouvoir négatif

Lorsqu'une autorité administrative qui avait un pouvoir discrétionnaire pour rejeter une demande l'a fait en donnant un motif qui est reconnu juridiquement inexact, sa décision se trouve enchaînée d'excès de pouvoir et encourt l'annulation. « L'autorité administrative, observe M. Waline, ne pourrait-elle rétorquer à l'argumentation des requérants : « Peu importe les motifs de ma décision. Puisque la loi me conférerait le pouvoir de décider souverainement de la réponse à faire à une requête dans laquelle vous ne pouviez invoquer aucun droit, mais seulement demander une faveur. » Certes, l'intéressé n'a aucun droit à ce qu'il soit répondu favorablement à sa demande mais il a au moins un droit : c'est que l'autorité administrative ne rejette celle-ci que parce que l'intérêt public s'y oppose; que ce soit uniquement après l'appréciation de la façon dont cet intérêt sera le mieux servi et en conclusion de cette appréciation, que l'autorité publique rejette la demande » (42).

Nous retrouvons ici l'idée que l'administration a l'obligation juridique de faire usage du pouvoir discrétionnaire dont elle dispose.

Par exemple, les lois des 31 janvier 1920 et 31 mars 1931 interdisent la pratique du jeu de boule et de jeux similaires dans les casinos des stations thermales situés à moins de cent kilomètres de Paris. Le ministre de l'Intérieur, se fondant sur ce que le jeu de la roulette était un jeu similaire à celui de boule, refuse au Casino d'Enghien l'autorisation d'exploiter la roulette; le Conseil d'Etat, tout en reconnaissant que le ministre aurait pu, pour des motifs d'opportunité, refuser cette autorisation, annule comme reposant sur un motif de droit erroné la décision ministérielle, parce que la roulette et la boule ne présentent pas des caractères analogues, ne comportent pas pour l'ensemble du public des risques comparables et ne sont donc pas des jeux similaires (25 juin 1948, Société d'exploitation des eaux et thermes d'Enghien, R. p. 301).

L'arrêt Legros (20 juin 1952, R. p. 327) fournit un autre exemple d'excès de pouvoir négatif : confondant une intégration après une période de disponibilité avec une nomination, le ministre a cru avoir compétence liée pour rejeter une demande de réintégration.

(41) GOLDENBERG : *Le Conseil d'Etat juge du fait*, p. 185.

(42) Note R.D.P. 1953, p. 725.

(40) *Cours de droit administratif*, lic. 2^e année, 1952-1953, p. 467.

Il n'a donc pas examiné si celle-ci était souhaitable ou non dans l'intérêt du service. Sa décision est annulée.

Dans les hypothèses que nous venons d'étudier, nous avons vu que le Conseil d'Etat tenait la main à ce que l'autorité administrative exerce de manière effective son pouvoir discrétionnaire.

On peut donc parler d'un droit, puisque assorti d'une sanction juridique, de l'administrer à l'exercice du pouvoir discrétionnaire. La question se pose alors de savoir si une autorité administrative peut renoncer à exercer ce pouvoir ou le transférer à une autre autorité.

Sous-Section III

La renonciation à l'exercice du pouvoir discrétionnaire

Peut-on admettre une renonciation à l'exercice du pouvoir discrétionnaire ? La réponse à cette question dépendra du contenu de la notion de renonciation. Nous ne pensons pas qu'une autorité investie d'un pouvoir discrétionnaire puisse décider qu'elle sera liée par l'avis qu'elle demandera à un organisme consultatif. Sans doute n'y a-t-il aucun obstacle à ce que les autorités administratives compétentes s'entourent, avant de se décider, d'avis qu'elles ne sont pas tenues de prendre. Un préfet peut, au cours de l'instruction d'une demande d'autorisation d'établissements dangereux, prendre l'avis, non prévu par les règlements, d'une commission consultative (10 février 1939, Syndicat professionnel de défense agricole et viticole de Cassis et autres, R. p. 73) ; un comité d'organisation pouvait consulter une commission dont l'intervention n'était pas obligatoire (16 octobre 1946, Govin, R. p. 233) ; un gouverneur des colonies pouvait prendre l'avis du maire d'une commune avant de nommer les membres d'une commission administrative de l'hôpital de ladite commune (30 juillet 1948, Nata, R. p. 355). Rien ne s'oppose donc, en principe, à ce qu'une autorité administrative provoque des avis consultatifs, mais ce qu'il ne lui serait pas permis de faire, ce serait de se considérer comme liée par ces avis car elle abdiquerait ainsi une fraction de sa compétence propre (43).

En revanche, il arrive parfois qu'une autorité administrative ait la possibilité de prendre une décision soit en vertu de son pouvoir discrétionnaire, soit en conformité de l'avis d'un organisme consultatif. La jurisprudence décide que, dans la mesure où cette autorité a provoqué cet avis, elle ne peut plus, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, prendre une décision qui ne lui serait pas conforme.

Le Conseil d'Etat décide par exemple dans un arrêt du 6 mars 1925 (R. p. 1117), que le ministre de la Marine qui aurait pu retirer discrétionnairement son grade à un aspirant de réserve,

(43) Cf. *supra*, sous-section I et sous-section II.

en vertu notamment de la loi du 5 décembre 1922, ayant adopté la procédure disciplinaire prévue, en cas de faute grave, par l'article 1148 du décret du 15 juillet 1914 sur les équipages de la flotte, ne pouvant plus s'écarter de cette procédure et le Conseil de discipline dont l'appréciation ne peut être modifiée que dans un sens favorable à l'inculpé, n'ayant pas retenu la faute grave, le ministre commet un excès de pouvoir en retirant pour faute grave son grade à l'inculpé.

Cette attitude jurisprudentielle rejoint les solutions étudiées dans les deux sections précédentes dans la mesure où le Conseil d'Etat annule une décision que l'autorité administrative aurait pu prendre en vertu de son pouvoir discrétionnaire. Elle s'en écarte car il ne s'agit pas de sanctionner le droit de l'administré à l'exercice par l'administration de son pouvoir discrétionnaire. Il semble plutôt que cette jurisprudence soit inspirée du principe : *electa una via, non datur recursus ad alteram...*

Nous avons examiné au cours de cette étude le problème du pouvoir discrétionnaire sur la base des solutions jurisprudentielles intervenues en la matière et nous avons cru pouvoir conclure au caractère positif d'une notion qui, par-delà la distinction du droit public et du droit privé, s'inscrit en quelque sorte dans la nature des choses puisqu'elle répond aux nécessités postulées par la notion d'« entreprise » dont l'action de l'administration comme celle du chef d'entreprise privée présentent, sous des revêtements juridiques différents, les caractères élémentaires.

A ce pouvoir discrétionnaire nous avons assigné comme limite celle de l'entreprise administrative et nous avons dit que la rupture du lien qui unit l'administré à celle-ci lève l'obstacle qui faisait échec au pouvoir normatif du juge.

En proposant une solution au problème du pouvoir discrétionnaire, nous avons pu prendre une vue plus nette du problème de son contrôle.

Au terme de cette étude que nous avons voulu mener au plus près des réalités administratives et jurisprudentielles, le moment paraît venu de nous demander si les conclusions que nous venons de présenter ne peuvent contribuer à la solution de problèmes qui débordent par leur ampleur le cadre modeste dans lequel nous avons conduit jusqu'ici ce travail.

TROISIEME PARTIE

**LE POUVOIR DISCRETIONNAIRE
DANS L'ORDRE JURIDIQUE**

Deux méthodes s'offrent au juriste désireux d'étudier le problème du pouvoir discrétionnaire. Il peut soit élaborer son étude en la voulant strictement liée aux faits (le droit administratif positif et aux solutions jurisprudentielles de ce droit, soit aborder le problème sous l'angle de la théorie pure et s'efforcer de lui apporter, en dehors des données fournies par le droit positif national, une solution fondée sur des considérations de pure logique.

La simple évocation de ce choix suffit à indiquer la voie que nous avons empruntée. Nous n'avons à aucun moment essayé de construire une « reine Rechtslehre », car « autant nous croyons », avec Carré de Malberg, « à la logique des institutions et à l'influence qu'elle doit exercer sur l'investigation et le raisonnement juridique, autant nous douterions qu'il pût être reconnu une force juridique absolue à une logique qui prendrait son point de départ ailleurs que dans les institutions positives elles-mêmes » (1).

Nous pensons, en effet, que les constructions théoriques n'ont de valeur que dans la mesure où elles se révèlent susceptibles d'épouser les données de la réalité administrative et jurisprudentielle.

Nous allons donc entreprendre de confronter les conclusions de notre travail avec celles des auteurs qui ont envisagé sa matière sur une autre base et vérifier si et jusqu'à quel point les données positives du droit administratif français sont compatibles avec les théories élaborées par ces auteurs à propos de la nature du pouvoir discrétionnaire, de sa répartition entre la juridiction administrative et l'administration active, de sa fonction dans le processus d'élaboration du droit.

voir la théorie
du pouvoir
discrétionnaire

(1) CARRÉ DE MALBERG : *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, p. 16.

CHAPITRE PREMIER

LA NATURE DU POUVOIR DISCRETIONNAIRE

La doctrine, en droit administratif français, ne s'est pas attachée, si l'on excepte M. A. Hauriou, à l'étude théorique de la nature du pouvoir discrétionnaire. Les auteurs se contentent, en général, de faire observer que dans toute organisation administrative, il est nécessaire qu'une part, plus ou moins importante selon les domaines, de pouvoir discrétionnaire soit laissée aux autorités administratives; cette nécessité procéderait de ce qu'il serait impossible tant au législateur qu'au juge d'avoir une vue exacte des éléments concrets qui, au moins en partie et dans certains cas, conditionnent l'opportunité des décisions administratives. La justification, on le voit, est d'ordre essentiellement pratique.

L'école normativiste de M. Kelsen a, en revanche, proposé une justification théorique du pouvoir discrétionnaire liée à sa conception de la formation du droit par degrés (1).

Cette justification a suscité les critiques de M. A. Hauriou qui a été conduit à proposer au lieu et place de l'analyse kelsénienne une explication théorique personnelle du pouvoir discrétionnaire (2). De telle sorte qu'à l'heure actuelle, la doctrine de M. Kelsen et celle de M. A. Hauriou dominent le problème de la nature du pouvoir discrétionnaire. Nous exposerons ces deux conceptions. Nous rechercherons ensuite la mesure exacte de leur antagonisme. Nous montrerons enfin que dans notre conception du pouvoir discrétionnaire, elles sont l'une et l'autre exactes *pro parte*.

Le pouvoir discrétionnaire se présente, dans la théorie de la formation du droit par degrés, comme un élément logiquement nécessaire dans le processus de la formation du droit.

(1) BONNARD : *La théorie de la formation du droit par degrés dans l'œuvre d'Alfred Merkl*, R.D.P. 1928, p. 668.

(2) *Op. cit.*

Aux yeux de M. Kelsen et de ses disciples, l'ordonnement juridique constitué exclusivement de normes juridiques ou de règles de droit forme un tout homogène et peut être soumis dans tous ses éléments à la même loi de formation.

Cette loi se formule ainsi : « Les normes s'engendrent l'une, l'autre. »

Par suite, dans l'ordonnement juridique, les normes se présentent en une série de degrés hiérarchisés.)

A chacun de ces degrés, on trouve le même phénomène de création et d'exécution du droit ainsi qu'une concrétisation croissante de l'ordonnement juridique; tout cela, parce que les normes de chaque degré conditionnent les normes du degré inférieur.

On voit, dès lors, le rôle joué par le pouvoir discrétionnaire dans ce processus d'élaboration du droit.)

Chaque norme juridique se forme par exécution d'une norme de degré supérieur. Elle est plus concrète que la norme de formation et celle-ci est plus abstraite que la norme formée. Le déroulement du processus de formation du droit s'accompagne donc nécessairement d'une concrétisation croissante. Or, un acte abstrait qui sert de base à un acte plus concret ne peut pas déterminer entièrement ce dernier. Il ne peut que fournir les éléments de la concrétisation et doit laisser la place à un autre élément qui est l'appréciation de l'organe compétent pour la concrétisation. Ici s'insère le pouvoir discrétionnaire : « Il y a ainsi pour l'organe de création du droit une détermination hétéronome qui est le droit du degré supérieur et une déterminante complémentaire autonome qui est sa libre appréciation dans l'acte de concrétisation. L'acte de concrétisation comporte ainsi une liaison juridique grâce à sa déterminante objective hétéronome et un acte de libre appréciation grâce à sa déterminante subjective autonome. Finalement, si le processus de formation du droit implique une liaison juridique, il implique aussi, à raison du phénomène de concrétisation, un pouvoir discrétionnaire » (3).

Or, et c'est là un aspect fondamental de la théorie kelsénienne sur lequel nous nous permettons d'attirer l'attention, l'Ecole de Vienne parut tout d'abord nier que le pouvoir discrétionnaire impliquât une quelconque liberté au bénéfice de son détenteur.

« La différence nécessaire entre les deux degrés successifs de concrétisation, écrit M. Kelsen, n'implique pas une liberté pour l'auteur de la seconde norme. Il ne fait jamais qu'exécuter la première » (4). « On ne peut parler d'une activité étatique libre dans les limites du droit mais seulement d'une réalisation de ces limites, de ces règles » (5). Et « qu'on n'objecte pas, par exemple,

(3) BONNARD : *op. cit.*

(4) *Hauptprobleme der Staats Rechtslehre 1911*, 2^e édit., 1923, p. 499; cité in GOLDENBERG : *op. cit.*, p. 96.

(5) *Allgemeine Staats Lehre*, Vienne, 1925, p. 240; cité in GOLDENBERG : *op. cit.*, p. 96.

la liberté dont jouit le monarque pour déclarer la guerre; ce qu'on lui abandonne, c'est le droit de dire quand l'Etat veut la guerre. Mais c'est l'Etat qui veut cette guerre; seulement il la veut dans des conditions dont la détermination est abandonnée au monarque et, dans cette détermination, il n'y a pas de liberté véritable » (6).

L'analyse logique et formelle de M. Kelsen ne pouvait manquer, tant les conclusions en paraissaient choquantes, de susciter en doctrine une vive réaction.

La critique allait être conduite par M. A. Hauriou et s'orchestrer autour de deux thèmes principaux : l'affirmation de l'existence dans l'ordre juridique de deux éléments irréductibles l'un à l'autre : les règles juridiques et les sujets de droit; l'idée que le pouvoir discrétionnaire est la manifestation d'une volonté s'exerçant librement dans le cadre de la règle de droit.

Tout le raisonnement de M. Kelsen et de ses disciples repose, selon M. A. Hauriou, sur un postulat : « Il n'existerait dans l'ordonnement juridique, c'est-à-dire sur le plan du droit, que des normes ou règles de droit et des relations entre ces normes dont le pouvoir discrétionnaire serait un exemple » (7). Or, cette façon d'envisager le problème est, selon l'auteur, radicalement fautive. Dans la réalité des choses, le droit connaît au moins deux ordres d'éléments irréductibles l'un à l'autre : les règles juridiques et les sujets de droit, et le pouvoir discrétionnaire n'est qu'un épisode des relations qui s'établissent entre eux.

Quelle est la nature de ces relations ?

« Les sujets de droit, écrit M. Hauriou, sont soumis aux règles juridiques comme à des limites extérieures venant modifier ou arrêter leurs initiatives. Ces règles de droit ne se présentent pas comme des principes d'action, ce sont bien plutôt des bornes, des restrictions apportées à la liberté et à l'autonomie des sujets de droit » (8).

Dans la mesure où elles n'ont pas posé de bornes à l'indépendance des sujets ou même à l'intérieur des cadres tracés par elles, ceux-ci conservent leur autonomie et leur liberté.

Loin donc de s'analyser en une application exécutive des règles de droit, le pouvoir discrétionnaire correspond, tout au contraire, à l'exercice d'une volonté libre dans le cadre de ces règles.

L'analyse de M. A. Hauriou appelle une observation très générale; on voit mal comment la distinction qu'il établit entre les règles de droit et les sujets de droit peut servir de support à sa conception du pouvoir discrétionnaire.

Il semble que, dans l'esprit de l'auteur, le caractère originaire du pouvoir discrétionnaire trouve son fondement dans l'antériorité du sujet de droit par rapport aux règles de droit.

(6) *Hauptprobleme*, p. 499.

(7) *Op. cit.*

(8) *Op. cit.*

Mais cette explication, si elle correspond bien à la pensée de l'auteur, doit être rejetée car elle procède d'une confusion entre le point de vue historique et le point de vue normatif.

M. Kelsen met en garde contre une confusion de cette nature (9). Le droit international, observe-t-il, s'est formé à une époque où il existait déjà de nombreux ordres juridiques nationaux mais cela n'empêche pas qu'il soit considéré comme le fondement de leur validité. La communauté juridique de la famille est, elle aussi, plus ancienne que l'Etat centralisé groupant un grand nombre de familles mais elle a aujourd'hui son fondement dans l'ordre juridique de l'Etat. De même dans un Etat fédéral, les ordres juridiques des Etats confédérés sont subordonnés à la Constitution fédérale bien que celle-ci ait uni des Etats précédemment indépendants.

Donc, il importe peu que le pouvoir discrétionnaire soit le résidu historique d'une liberté préexistante à la règle de droit. Si l'on envisage le problème du pouvoir discrétionnaire du point de vue normatif, l'antériorité réelle ou supposée du sujet de droit par rapport à la règle de droit ne fait pas obstacle à ce que l'action du sujet de droit s'analyse en une concrétisation, en une application exécutive de la règle de droit.

Nous pensons que l'explication du caractère originaire du pouvoir discrétionnaire est à la fois plus modeste et plus contingente. La « spontanéité » de ce pouvoir trouve simplement son support dans la structure de l'ordre juridique positif; elle résulte notamment de la façon dont sont agencées les relations du législateur et de l'autorité exécutive.

Recherchant l'explication du caractère spontané du pouvoir de commandement intérieur, M. Rivero écrit : « La vie intérieure des services est le résultat nécessaire de leur existence même; elle constitue le contenu, soit du principe hiérarchique, soit de la règle qui subordonne le service à une certaine fin. Elle naît des rapports qu'exige l'accomplissement de cette fin. Or, c'est le législateur qui crée le service, qui institue sa hiérarchie et qui lui assigne une tâche; dans la mesure où cette tâche ne peut se réaliser sans l'ensemble des moyens que définit la vie intérieure, celle-ci est donc voulue par le législateur lui-même; la base légale de la vie intérieure et des pouvoirs de commandement qui s'y font jour réside donc dans les textes formels qui créent le service et qui, en posant son existence, rendent légitimes toutes les conséquences qui en découlent nécessairement » (10).

Le problème du caractère originaire du pouvoir discrétionnaire, ne doit pas être résolu sur des bases différentes. Des lors qu'il résulte de l'examen du droit positif que le législateur a « lié » la

liberté d'action de l'autorité exécutive et sa responsabilité, il est permis de penser qu'il a « voulu » le pouvoir discrétionnaire dont elle dispose. On ne peut analyser ce pouvoir en une application exécutive de la volonté de l'organe souverain.

Le pouvoir discrétionnaire de l'autorité exécutive, lorsqu'il est la contrepartie de la responsabilité qu'elle assume, doit être considéré comme correspondant à l'exercice d'une volonté libre dans le cadre de la règle de droit, non comme une concrétisation de cette règle.

Vainement, objecterait-on à cette analyse, qu'elle définit la fonction du pouvoir discrétionnaire plutôt que sa nature. Nous pensons, en effet, que du point de vue du contenu de l'acte administratif, il est impossible d'opter pour la thèse de M. Kelsen plutôt que pour celle de M. A. Hauriou, d'analyser le pouvoir discrétionnaire en une concrétisation de la règle de droit ou de voir en lui la manifestation d'une volonté libre dans le cadre de cette règle.

L'option est impossible pour la raison très simple que le choix n'existe pas. Les deux thèses ne sont nullement exclusives l'une de l'autre; moins qu'à un antagonisme réel, elles correspondent plutôt à deux présentations différentes d'un même phénomène. Tout acte discrétionnaire comporte, en effet, une part de création et une part d'exécution.

M. Kelsen, pour qui, nous l'avons vu, le pouvoir discrétionnaire s'analyse essentiellement en un acte de concrétisation ne comportant aucune liberté véritable, paraît avoir adopté récemment une attitude singulièrement plus nuancée. « Dans tous les cas de non-détermination voulue ou involontaire d'un acte juridique, écrit-il, la norme supérieure est un cadre ouvert à plusieurs possibilités et tout acte d'application est conforme à la norme s'il ne sort pas de ce cadre mais le remplit de l'une des manières possibles.

Si l'on entend par interprétation la détermination du sens de la norme à appliquer, le résultat de cette activité ne peut être que la détermination du cadre constitué par la norme; par conséquent la constatation des diverses manières possibles de le remplir. L'interprétation d'une norme ne conduit donc pas nécessairement à une solution unique qui serait la seule juste. Elle peut fournir plusieurs solutions qui, au point de vue juridique, sont toutes d'égale valeur si elles sont en accord avec la norme à interpréter. En revanche, l'organe chargé d'appliquer la norme peut attribuer à ces solutions des valeurs différentes, s'il les considère au point de vue politique ou moral. Il a la compétence de choisir celle qui lui paraît la plus appropriée, de telle sorte que, parmi les diverses interprétations possibles, une seule deviendra du droit positif pour le cas concret. Dire que la décision est fondée en droit signifie simplement qu'elle se tient à l'intérieur du cadre constitué

(9) *Théorie pure de droit*, p. 165, trad. franç., 1953.

(10) *Op. cit.*, p. 378.

par la norme, qu'elle est l'une mais non pas la seule manière de le remplir » (11).

A l'inverse, il serait erroné de penser qu'un acte administratif, alors même qu'il n'est pas strictement et impérativement déterminé par la réglementation juridique, ne peut, d'un certain point de vue, s'analyser en un acte de concrétisation de la règle supérieure dont il procède : « L'autorité gouvernementale, écrit Carré de Malberg, les administrateurs, les juges eux-mêmes tiennent des lois en vigueur des pouvoirs plus ou moins larges d'appréciation libre, de choix entre des mesures diverses, parfois même de création de mesures inédites qu'ils introduiront par leur propre détermination... Mais d'abord, il va de soi que les actes ainsi entrepris par ces simples autorités, les prescriptions ou décisions par elles adoptées ne sauraient en aucun cas aller contre les volontés formulées par le souverain ou son représentant : et ceci implique déjà que toute leur activité est conditionnée par la législation en vigueur, en ce sens qu'il lui est interdit d'y porter atteinte. D'autre part et surtout, cette activité est conditionnée par les lois en ce sens que même dans les cas où elle consiste en innovations, elle ne présente jamais un caractère pleinement initial, attendu qu'elle ne procède point chez les autorités qui l'exercent d'une puissance autonome » (12).

Il apparaît ainsi que les deux thèses que nous avons examinées, si l'on situe le problème sur le terrain du contenu de l'acte administratif, loin de s'opposer, éclairent simplement deux aspects différents mais complémentaires de cet acte : son aspect d'exécution, son aspect de création.

Comment convient-il donc d'interpréter l'antagonisme des thèses de M. A. Hauriou et de M. Kelsen dont l'une présente le pouvoir discrétionnaire comme la manifestation d'une volonté libre dans le cadre de la règle de droit et l'autre ce pouvoir comme une concrétisation de cette règle.

Cette divergence de vue ne peut, selon nous, s'analyser qu'en un désaccord portant sur la « fonction » du pouvoir discrétionnaire.

La thèse qui admet que le pouvoir discrétionnaire correspond à l'exercice d'une volonté libre repose sur l'idée que la fonction de ce pouvoir est de rendre effective la responsabilité de celui qui le détient.

La thèse qui soutient, au contraire, que le pouvoir discrétionnaire s'analyse en une concrétisation de la règle légale répond à l'idée que le législateur est dans l'impossibilité de prévoir la complexité des situations particulières et d'indiquer à l'administration en chaque hypothèse de quelle façon et à quel moment elle doit agir.

(11) *Théorie pure de droit*, p. 137, trad. franç., 1953.

(12) *Op. cit.*, p. 33.

La fonction du pouvoir discrétionnaire est alors d'assurer l'adaptation au réel de la règle de droit. « Par-delà les catégories intellectuelles les plus savantes, observe M. Goldenberg, il subsiste toujours une frange de réel qui résiste à l'analyse. Celle-ci reculera sans doute encore les limites du champ exploré, elle ne parviendra pas à y faire rentrer toute la réalité. La courbe de nos concepts, pour employer une expression mathématique, n'est jamais qu'asymptote au monde extérieur; elle s'en rapproche sans cesse sans jamais se confondre avec lui. Il en est ainsi à plus forte raison pour la règle de droit. Si minutieuse qu'elle puisse être, comment épuiserait-elle une réalité sur laquelle elle anticipe, puisqu'elle réglemente pour l'avenir bien plus qu'elle n'étudie le présent ? Elle ne peut envisager toute la complexité des situations qui se présenteront ni même décrire complètement celui de leurs aspects auxquels elle attache des conséquences déterminées. Le législateur qui voudrait supprimer tout pouvoir discrétionnaire, devrait avoir réussi à tout prévoir » (13).

Le pouvoir discrétionnaire apparaît donc dans cette conception comme une notion « résiduelle » abandonnée, comme à regret, par le législateur. Il apparaît au contraire dans la thèse opposée comme la marge irréductible de liberté sans laquelle la responsabilité de l'autorité qui en est investie, serait illusoire.

Si tel est bien le sens de l'opposition des thèses de M. Kelsen et de M. A. Hauriou, il apparaît clairement que leur antagonisme se résout sur la base des conclusions que nous avons permis de formuler l'étude du pouvoir discrétionnaire dans l'action de l'administration.

Il est exact d'interpréter comme l'exercice d'une volonté libre le pouvoir discrétionnaire dont dispose l'administration dans l'exercice des prérogatives qui sont inhérentes à sa qualité de chef d'entreprise. Il est possible de considérer, en pareille hypothèse, que le législateur, en liant étroitement l'autorité de l'administration et sa responsabilité, a « voulu » le pouvoir discrétionnaire dont elle dispose. Ce pouvoir, manifestement, ne peut s'analyser en une « application » de la volonté du législateur.

Mais il est non moins exact d'analyser les hypothèses dans lesquelles le législateur a rompu l'appartenance de l'administré à l'institution administrative en lui conférant un droit ou une liberté comme manifestant sa volonté de ne conférer aucun pouvoir discrétionnaire à l'administration.

Si, en pareil cas, la compétence de celle-ci n'est pas liée, c'est à coup sûr malgré la volonté du législateur. Il est bien exact d'affirmer qu'alors l'indétermination de la réglementation résulte simplement de l'impossibilité pour le législateur de tout prévoir.

La liberté d'appréciation qui résulte pour l'autorité exécutive de l'indétermination de la réglementation législative répond donc

(13) *Op. cit.*, p. 29.

tantôt à la nécessité de rendre effective la responsabilité dont elle est investie, tantôt à l'impossibilité où se trouve le législateur de prévoir toutes les circonstances de fait dans lesquelles la règle qu'il pose aura à s'appliquer.

Le point de vue que nous venons d'exposer ne manquera pas de susciter une double critique. On lui objectera d'abord qu'il est arbitraire de distinguer ainsi une double fonction de la liberté d'appréciation de l'autorité exécutive; que cette liberté, si on l'envisage par rapport au législateur, ne résulte jamais que de l'impossibilité où il se trouve de prévoir les circonstances concrètes dans lesquelles la loi devra s'appliquer; qu'il est inexact, en particulier, de poser comme une donnée première la responsabilité de l'autorité exécutive, responsabilité qui appellerait la reconnaissance d'une certaine liberté; que c'est plutôt le contraire qui a toutes chances d'être vrai.

Nous ne méconnaissions certes pas la force de cette objection qui, pourtant, ne nous atteint pas, pour la raison que voici : nous pensons qu'il est vain de poser le problème du pouvoir discrétionnaire par rapport au législateur. Ce problème doit être posé par rapport au juge. Il n'appartient pas au juriste de scruter les arrières-pensées du législateur. Mais il appartient, en revanche, au juge d'interpréter les données du droit positif, telles que les lui livre le législateur.

Que la liberté d'appréciation de l'autorité exécutive procède dans tous les cas de l'impossibilité pour le législateur de tout prévoir, cela importe peu pour le juge. Dès l'instant où le législateur assortit cette liberté d'une sanction qui consiste précisément en la responsabilité de l'autorité exécutive, il s'opère en quelque sorte une novation de la fonction du pouvoir discrétionnaire. Les deux termes : autorité, responsabilité sont, au regard du juge, inversés ou plutôt ils deviennent étroitement liés par un lien de causalité réciproque qu'il appartiendrait au législateur seul de dénouer.

Le juge est alors en droit de considérer que le pouvoir discrétionnaire est en pareille hypothèse « voulu » par le législateur et que la fonction de ce pouvoir est de rendre effective la responsabilité de celui qui le détient.

Et que l'on n'objecte pas à cette analyse qu'elle repose sur une interprétation de la volonté présumée du législateur. L'analyse que nous proposons se présente comme une explication « objective » extérieure à la pensée du législateur, dont elle ne prétend pas rendre compte. Il s'agit d'une méthode d'analyse d'usage courant qui vise simplement à rendre le réel juridiquement intelligible.

Il serait inexact de croire que la controverse relative à la nature du pouvoir discrétionnaire ne présente qu'un intérêt théorique. Elle commande directement la solution du problème de la répartition du pouvoir discrétionnaire entre l'administration active et la juridiction administrative.

CHAPITRE II

LA REPARTITION DU POUVOIR DISCRETIONNAIRE ENTRE L'ADMINISTRATION ACTIVE ET LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE

Le pouvoir discrétionnaire ne se rencontre-t-il que dans les actes administratifs, n'existe-t-il que pour l'administration ?

Où bien la juridiction comporte-t-elle aussi du pouvoir discrétionnaire, nous entendons : « la vraie juridiction », la juridiction contentieuse ?

Il importe de souligner que ce problème est en relation directe avec le problème précédemment étudié de la nature du pouvoir discrétionnaire.

Si l'on analyse le pouvoir discrétionnaire de l'administration en une concrétisation, en une application exécutive de la règle de droit, rien ne s'oppose à ce que le juge administratif s'approprie l'intégralité du pouvoir discrétionnaire que la réglementation législative a laissé subsister. Il faut même aller plus loin et dire qu'il est de la nature même de la juridiction administrative, de son essence, d'exercer ce pouvoir puisque l'un des objets essentiels de la fonction juridictionnelle est de concrétiser la règle légale, d'assurer l'adaptation de cette règle aux circonstances particulières des causes qui lui sont soumises (1). Que si l'on définit, au contraire, le pouvoir discrétionnaire comme la liberté dont bénéficie l'autorité exécutive en contrepartie de la responsabilité qu'elle assume, alors il faut sans hésiter refuser au juge administratif, organe irresponsable, le droit d'exercer un contrôle sur le pouvoir discrétionnaire.

(1) « C'est à la jurisprudence que nous abandonnons les détails trop variables et trop contentieux, qui ne doivent point occuper le législateur, et tous les objets que l'on s'efforcera inutilement de prévoir ou qu'une imprévoyance précipitée ne pourrait définir sans danger » (PORTALIS : *Discours préliminaire*, Fenet, tome I, p. 467 et 469 à 476).

tionnaire, car ce contrôle aboutirait nécessairement à rendre illusoire la responsabilité de l'autorité qui en ferait l'objet.

Que le problème de la nature du pouvoir discrétionnaire soit lié, ainsi qu'il vient d'être dit, à celui de sa répartition entre la juridiction administrative et l'administration active, la doctrine des auteurs qui ne voient dans le pouvoir discrétionnaire qu'une concrétisation de la règle de droit en porte témoignage puisqu'elle affirme que l'exercice du pouvoir discrétionnaire rentre dans les attributions du juge administratif.

Pour les théoriciens de l'École de Vienne, en effet, le pouvoir discrétionnaire n'est pas un phénomène spécifique de la fonction administrative. Il se retrouve identiquement dans toutes les fonctions de l'Etat. Le pouvoir discrétionnaire est, en effet, un élément nécessaire de la formation du droit. Comme cette formation s'opère de la même façon à chaque degré, comme les fonctions de l'Etat représentent, chacune, une étape de la formation du droit, le pouvoir discrétionnaire existe dans chacune des fonctions et il présente dans chacune la même nature. « Entre le pouvoir discrétionnaire du juge et celui de l'administrateur, écrit Verdross, pas de différence juridique possible » (2).

Rien, dès lors, ne fait obstacle à ce qu'il contrôle celui de l'administrateur; le tribunal peut, lui aussi, interpréter tel ou tel aspect de l'intérêt général. M. Merkl surtout développera cette conséquence: « La jurisprudence administrative, écrit-il, n'est qu'un des procédés du contrôle administratif; elle est le moyen de technique juridique qui permet de subordonner des organes dépendants à des organes indépendants » (3).

Rien ne fait donc obstacle à ce qu'au pouvoir discrétionnaire de l'administrateur vienne se superposer celui du juge.

Ce n'est pas assez dire. Si l'on développe toutes les conséquences logiques de la thèse de l'École autrichienne, on doit admettre que le juge administratif doit contrôler la totalité du pouvoir discrétionnaire de l'administration pour la raison très simple que si ce pouvoir s'analyse en une « application » du droit, la mission du juge lui commande de vérifier s'il a été fait de celui-ci une exacte application.

Il suffit d'énoncer cette ultime conséquence pour aussitôt prendre conscience du fait que la thèse que nous étudions est en complet désaccord avec le droit positif français qui consacre l'existence d'un vaste pouvoir discrétionnaire au profit de l'administration.

Aussi bien voit-on les auteurs français qui s'inspirent de la théorie kelsenienne, nous entendons par là les auteurs qui consi-

(2) *Das Problem des Freien Ermessens und die Freirechtsbewegung*, in *Oesterreiche Zeitschrift für öffentliches Recht* 1914, p. 360; cité in GOLDENBERG : op. cit., p. 94.

(3) *Allgemeine Verwaltungslehre*, Vienne-Berlin, 1927, p. 369; cité in GOLDENBERG : op. cit., p. 294.

dèrent que le pouvoir discrétionnaire répond à l'impossibilité pour le législateur de tout prévoir, recourir à des explications assez embarrassées: « Le juge, écrit le doyen Duez, n'est pas de la maison administrative et il n'a pu vivre intégralement l'affaire qui lui est soumise » (4). M. Waline fonde l'incompétence du juge pour connaître de l'opportunité des actes qui lui sont déferés sur son inaptitude à contrôler un fait toujours lointain dans l'espace et dans le temps ainsi que sur sa méconnaissance de la vie administrative concrète: « Le juge est trop loin du lieu où se sont passés les faits, il statue trop tard et il n'a pas l'habitude des situations auxquelles il s'agit de parer » (5).

Outre qu'elles sont très éloignées d'emporter la conviction, ces explications, qui s'appuient sur des considérations de pur fait, sont, par là, insusceptibles de servir de fondement à une construction juridique.

Il faut, pour lever la difficulté, se reporter à la distinction que nous avons établie en conclusion de notre étude de la nature du pouvoir discrétionnaire et rappeler que l'indétermination de la réglementation législative s'analyse dans certaines matières en une concrétisation, une application exécutive de la règle de droit, mais correspond, en d'autres matières, à la marge de liberté qui est indispensable à l'autorité exécutive pour rendre effective la responsabilité dont elle est investie.

On comprend, dès lors, que la juridiction administrative s'approprie dans certains cas, mais dans certains cas seulement, la liberté d'appréciation laissée par la règle légale. Et, en ce sens, il est légitime de dire que la juridiction exerce un pouvoir discrétionnaire mais à la condition expresse de préciser que ce pouvoir s'analyse, en pareille hypothèse, en une concrétisation, une application exécutive de la règle de droit, en un pouvoir d'indépendance par rapport aux textes et qu'une différence de nature le sépare du pouvoir discrétionnaire proprement dit de l'administration « pouvoir de commandement », contrepartie nécessaire de la responsabilité de son détenteur.

Nous allons montrer que ce n'est que dans la mesure où elle s'analyse en une concrétisation de la règle de droit et où le juge se l'approprie que la liberté d'appréciation qui résulte de l'indétermination de la réglementation légale contribue à l'élaboration du droit.

(4) *Les actes de gouvernement*, p. 12.

(5) *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel*, R.D.P. 1930, p. 197.

CHAPITRE III

LE RÔLE DU POUVOIR DISCRETIONNAIRE DANS L'ÉLABORATION DU DROIT

La distinction que nous avons établie en conclusion de notre étude de la nature du pouvoir discrétionnaire permet de proposer une solution au problème du rôle joué par celui-ci dans l'élaboration du droit.

Nous voudrions montrer que le pouvoir discrétionnaire ne participe à cette élaboration que dans la mesure où il s'analyse en une concrétisation de la règle de droit et où, par voie de conséquence, il est exercé par la juridiction.

Le pouvoir discrétionnaire, et nous rappelons que pour les théoriciens de l'École autrichienne celui-ci s'analyse toujours en une application exécutive de la règle de droit, constitue pour M. Kelsen et pour ses disciples un élément fondamental dans le processus d'élaboration du droit.

L'importance ainsi accordée au pouvoir discrétionnaire procède directement de la conception même du droit professée par ces auteurs, c'est-à-dire de leur analyse de l'ordonnement juridique.

Pour M. Kelsen et pour ses disciples, l'ordre juridique se trouve constitué de toutes les règles destinées à régir la conduite et les relations humaines, que ces règles soient générales ou individuelles et quel que soit l'objet sur lequel elles portent ou les actes de fonction d'État qui les ont engendrées (1).

M. Kelsen et ses disciples renversent ainsi toute une tradition juridique selon laquelle l'ordre juridique prend seulement sa consistance dans les règles soit générales, soit portant sur le régime juridique des particuliers.

(1) CARRÉ DE MALBERG : *op. cit.*, p. 8 et suiv.

Il existe, en effet, un courant doctrinal qui, partant de l'idée que le droit consiste en règles et que ce qui fait la règle c'est sa portée générale d'application, dénie soit aux décisions juridictionnelles, soit à la mesure administrative portant sur une espèce individuelle, la nature de règle créatrice de droit car il ne voit, en elles, que des produits d'une fonction qui, n'ayant d'autre objet que de donner une solution à une question isolée ou de pourvoir à un cas particulier, demeure impuissante à engendrer des éléments de droit doués de cette portée régulatrice qui ne peut venir que de la généralité de la disposition.

L'acte législatif lui-même, s'il statue sur un point individuel, ne peut être une règle de droit.

Une autre tradition doctrinale enseigne que la sphère des relations administratives se situe hors du domaine juridique proprement dit qui englobe seulement le statut juridique ou patrimonial des sujets. De là, la distinction établie par la doctrine allemande entre les Rechtsverordnungen (ou ordonnances de droit) et les Verwaltungsvverordnungen (ou ordonnances d'administration).

« Le droit, écrit Laband, consiste à limiter les droits et les devoirs mutuels des individus; par sa nature, il suppose une collectivité de personnes dont les volontés peuvent entrer en conflit. Le droit civil est un pouvoir placé au-dessus des individus. Mais les règles de conduite qu'un individu s'impose ne peuvent jamais être des dispositions juridiques. Les règles qui restent dans les limites de l'administration même, qui, en aucun sens, n'imposent des limites, ne confèrent des pouvoirs à un individu étranger à cette administration... ne sont pas des dispositions juridiques. Quand l'administration règle sa propre conduite à l'intérieur du domaine où sa volonté est libre et fait loi, il n'y a pas plus d'empiètement sur la sphère du droit que lorsqu'un particulier prend des mesures relatives à son ménage » (2).

C'est contre l'une et l'autre de ces traditions que M. Kelsen et ses disciples devaient s'insurger. Ils font valoir qu'un acte, en forme législative, qui prend une mesure à l'égard d'une personne déterminée, crée indubitablement du droit : il édicte le droit qui va régir, en tel ou tel point, la personne visée. Pareillement, une loi qui, par voie de prescription générale ou de mesure isolée, organise ou réglemente l'activité à exercer à l'intérieur des services publics, impose aux agents du service des devoirs qui les lient juridiquement. Il en va de même des décrets ou ordonnances qui régissent le fonctionnement interne des services de l'État ainsi que des instructions ou prescriptions générales émises par les chefs de services administratifs en vertu de leur pouvoir hiérarchique. Les actes administratifs spéciaux ou individuels eux-mêmes et, pareillement, les décisions juridictionnelles, enrichissent à leur tour l'ordre juridique de règles qui contribuent à son développement.

(2) Droit public de l'Empire allemand, trad. franç., tome II, p. 518 et suiv.

En définitive, donc, les fondateurs de la Stufentheorie estiment que depuis la Constitution jusqu'à l'exercice de la fonction administrative ou juridictionnelle le phénomène que l'on retrouve à chaque degré de l'échelle par eux construite est celui d'une activité régulatrice consistant à déduire d'une règle supérieure déjà créée la création d'une règle consécutive, « chacune de ces règles successives fournissant en tant que règle de droit un nouvel apport à l'ordre juridique préexistant. »

Il n'est que de rappeler le rôle éminent joué par le pouvoir discrétionnaire dans le processus d'élaboration des normes pour aussitôt prendre conscience de son rôle joué dans le processus de création du droit, puisque chaque norme est une règle de droit.

« Le pouvoir discrétionnaire prend donc dans cette doctrine de la formation du droit par degrés logiquement sa place dans le mécanisme de réalisation du droit; il en constitue même véritablement l'élément vivant et créateur » (3).

Il est certain que l'on ne peut porter un jugement sur la conception de M. Kelsen, partant, sur le rôle du pouvoir discrétionnaire dans l'élaboration du droit, qu'en se fondant sur une certaine conception de la règle de droit.

Nous voudrions montrer que, dans la mesure où l'on caractérise, avec la majorité de la doctrine juridique française, la règle de droit par son caractère abstrait et impersonnel et où l'on estime qu'elle consiste dans une prescription de portée générale, le problème de la contribution du pouvoir discrétionnaire à l'élaboration du droit doit être résolu sur les mêmes bases que le problème de la répartition de ce pouvoir entre la juridiction et l'administration.

Le pouvoir discrétionnaire ne contribue à l'élaboration du droit que lorsqu'il s'analyse en une concrétisation de la règle légale et que, par voie de conséquence, il est exercé par le juge.

On a depuis longtemps fait remarquer que le sort d'un pouvoir discrétionnaire est différent suivant que ce pouvoir est confié à la juridiction ou à l'administration (4).

La juridiction se caractérise aujourd'hui par l'autorité de la chose jugée et par l'obligation de motiver la décision prise.

Ces deux traits impriment un caractère particulier à la liberté d'appréciation dont dispose le juge.

Cette liberté, d'abord, ne dure qu'un instant. L'effet de dessaisissement produit par la sentence détruit le pouvoir discrétionnaire, en même temps que tous les autres pouvoirs du juge, dans un litige déterminé : *Lata sententia, desinit iudex*.

Mais, il y a plus : la liberté du juge ne se trouve pas seulement détruite par la sentence qu'il rend dans un litige. La solution

(3) CHATELAIN : De la compétence discrétionnaire du gouvernement dans l'application des lois et des jugements, thèse, Paris, 1942, p. 272.

(4) GOLDENBERG : op. cit., p. 40 et suiv.

qu'il apporte à un problème déterminé l'engage à résoudre dans le même sens le même problème s'il vient à se représenter à lui : l'obligation de motiver sa décision conduit le juge à formuler, au besoin en la créant, la règle de droit dont elle procède; s'il se présente demain une espèce identique, le juge sera incité, par les motifs de sa première décision, à lui donner une solution analogue. « Une fois adoptée dans un cas particulier, la solution jurisprudentielle demeure, elle constitue un précédent auquel les parties et le juge se référeront dans les litiges postérieurs. Une coutume jurisprudentielle naît, une véritable législation secondaire apparaît... de par leur insertion dans les arrêts, les solutions d'espèce acquièrent une valeur générale, elles se détachent des circonstances particulières d'où elles sont nées. La conclusion d'un examen du fait est érigée en droit » (5).

Il s'agit là d'un processus d'élaboration du droit infiniment curieux et attachant du point de vue théorique. La jurisprudence paraît ainsi obéir à une loi de la formation du droit par degrés mais à une loi exactement inverse de celle formulée par M. Kelsen. Carré de Malberg, envisageant le problème du point de vue de la logique pure, avait d'ailleurs eu l'intuition de ce phénomène. « Du point de vue de la logique pure, écrit-il, on concevrait fort bien qu'au lieu de débiter par l'émission de règles générales et abstraites donnant lieu ultérieurement à des applications concrètes ou individuelles, la formation du droit s'opérât par voie de décisions ou mesures d'espèces qui, en se répétant à propos d'espèces semblables et à la condition qu'elles fussent conçues dans les mêmes termes, finiraient par engendrer sur le point qu'elles règlent des résultats équivalents à ceux d'une règle générale » (6).

Le pouvoir discrétionnaire connaît un sort tout différent entre les mains d'un administrateur. Celui-ci conserve, de par la faculté dont il dispose, de ne pas motiver ses décisions une liberté que l'usage n'entame point. Il peut revenir sur sa décision. Le précédent ne préjuge pas de l'avenir, les règles créées présentent un caractère de particularisme, une précarité par où elles apparaissent comme ayant une portée et une nature autres que celles de la règle de droit. Tout au plus constituent-elles un ordre juridique secondaire.

On sait que pour Carré de Malberg il existe deux sortes d'ordres juridiques (7). L'un pour l'ensemble des personnes soumises à la puissance étatique de la communauté nationale, l'autre pour les individus qui, à raison de leurs relations particulières avec les services publics, tombent sous la prise des règles édictées au sein de ces services et destinées à régir ce qui s'y passe intérieurement. Cette distinction évoque irrésistiblement la doctrine des

publicistes allemands qui distinguaient entre les mesures portant atteintes au statut des citoyens et celles visant à l'organisation des services de l'Etat.

Il suffira de rappeler, pour montrer comment la doctrine de Carré de Malberg et celle de Laband rejoignent notre analyse, que le pouvoir discrétionnaire n'est exercé par la juridiction et, par voie de conséquence, ne contribue à l'élaboration du droit que lorsque l'administration se propose de pénétrer dans la sphère d'autonomie des particuliers. « Le droit, écrit Laband, suppose une collectivité de personnes dont les volontés puissent entrer en conflit. »

Le pouvoir discrétionnaire de l'administration, avons-nous dit, est incompatible avec l'affrontement de « deux volontés d'égale valeur ». La liberté d'appréciation laissée par le législateur doit alors être dévolue à la juridiction.

On nous permettra de voir dans ces « correspondances » autre chose que l'effet du hasard.

Que notre analyse du pouvoir discrétionnaire dans l'action de l'administration nous permette d'introduire un principe d'ordre dans l'examen des problèmes purement théoriques soulevés par ce pouvoir et que les conclusions de cette analyse interprétées en termes théoriques concordent avec celles des auteurs qui ont abordé le problème sous l'angle de la logique pure, voilà qui doit nous inciter à persister avec confiance dans ces conclusions.

(5) *Eod. loc.*

(6) *Op. cit.*, p. 27, note 1.

(7) *Op. cit.*, p. 161.

CONCLUSION

Nous voudrions, au terme de cette étude, écarter une objection qui pourrait nous être adressée et qui serait de dire que nous avons élaboré notre essai d'explication en dehors des cadres législatifs : on observera ainsi qu'il existe des hypothèses où la compétence de l'administration est liée par le législateur, qui sont insusceptibles de s'intégrer dans notre essai de systématisation à raison, notamment, de ce qu'aucun droit ou aucune liberté n'est en cause.

L'objection ne nous atteint pas. C'est en effet le propre des théories que de s'élaborer ainsi en dehors des prévisions du législateur. Il existe, par exemple, en droit public une théorie de la responsabilité de la puissance publique, théorie qui ne joue que lorsque le dommage causé ne peut être réparé en application d'un régime légal d'indemnisation.

Que les solutions apportées par le législateur diffèrent de celles suggérées par les théories, il n'y a dès lors, là, rien de surprenant. Ce n'est pas assez dire. Ces différences sont impliquées par le caractère même de l'action du législateur et la notion même de théorie juridique.

De par l'autorité souveraine qui s'attache à ses actes, le législateur peut, en effet, agencer les relations sociales de la manière qu'il lui plaît, sans se soucier, outre mesure, d'édifier une construction satisfaisante pour l'esprit.

La théorie juridique doit, tout au contraire, puiser en elle-même la force qui lui permettra de s'imposer.

De là le souci du juriste de proposer des solutions qui correspondent aux exigences d'une pensée logique, solutions qui auront toutes chances de ne point recouper celles du législateur. « Sans doute, écrit M. Rivero, le droit est-il une science du contingent... mais à l'intérieur de ce contingent il est cependant une logique qu'il appartient au juriste de déceler. Retrouver les rapports nécessaires de phénomènes contingents, tel est, semble-t-il, l'objet propre de la science juridique » (1).

Puisse cet ouvrage ne point trop s'en être écarté.

(1) RIVERO : *op. cit.*, p. 293.

BIBLIOGRAPHIE

I. — TRAITES, MANUELS, COURS

- APPLETON : *Traité élémentaire du contentieux administratif*, 1927.
BONNARD : *Précis de droit administratif*, 1943.
DUEZ et DEBEYRE : *Traité de droit administratif*, 1952.
EISENMANN : *Cours de droit administratif*, D.E.S. droit public, 1949-1950.
HAURIUO (M.) : *Précis de droit administratif*, 1933.
LAFERRIÈRE (E.) : *Traité de la juridiction administrative*, 1896.
LAUBADÈRE (A. DE) : *Traité élémentaire de droit administratif*, 1953.
ROLLAND : *Cours de droit administratif*, D.E.S. droit public, 1939-1940.
VEDEL : *Cours de droit administratif*, lic. 2^e année, 1953-1954.
WALINE : *Traité élémentaire de droit administratif*, 1950. — *Cours de droit administratif*, lic. 2^e année, 1952-1953.

II. — OUVRAGES, THÈSES

- ALIBERT : *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, 1926.
BELIN : *Recherches sur la notion d'utilité publique*, thèse, Paris, 1933.
BEURDELEY : *Du détournement de pouvoir dans l'intérêt financier ou patrimonial de l'administration*, thèse, Paris, 1920.
BONNARD : *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, 1934. — *De la répression disciplinaire des fautes commises par les fonctionnaires publics*, thèse, Bordeaux, 1903.
CARRÉ DE MALBERG : *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français*, 1933. — *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, 1920, 22.
CHALVON-DEMERSAY : *De l'examen du fait par le Conseil d'Etat statuant en matière de recours pour excès de pouvoir*, thèse, Paris, 1922.
CHATELAIN : *De la compétence discrétionnaire du gouvernement dans l'application des lois et des jugements*, thèse, Paris, 1942.
CRUET : *Etude juridique de l'arbitraire administratif*, thèse, Paris, 1906.
DEBELMAS : *Les pratiques administratives comme source du droit*, thèse, Toulouse, 1932.
DUBISSON : *La distinction entre la légalité et l'opportunité dans le recours pour excès de pouvoir*, thèse, Paris, 1955.
DUEZ : *Les actes de gouvernement*, 1935.
EISENMANN : *Centralisation et décentralisation*, 1947.
FLEINER : *Les principes généraux du droit administratif allemand*, traduction EISENMANN, 1933.
GOLDENBERG : *Le Conseil d'Etat juge du fait*, thèse, Paris, 1932.
GRACH : *De la limite des pouvoirs des tribunaux administratifs sur les actes de l'administration*, thèse, Paris, 1912.
KELSEN : *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1921. — *Allgemeine Staatslehre*, 1925. — *Théorie pure du droit*, trad. franç., 1933.
LABAND : *Le droit public de l'Empire allemand*, 1904.
LADREIT DE LACHARRIÈRE : *Le contrôle hiérarchique de l'administration dans la forme juridictionnelle*, thèse, Paris, 1937.
LONDON : *Aux sources du recours pour excès de pouvoir*, 1943.
LAUN : *Das freie Ermessen und seine Grenzen*, 1910.
LÉGAL et BRÈTHE DE LA GRESSAYE : *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, 1938.
LÉVÊQUE : *Les actes d'administration discrétionnaire*, thèse, Paris, 1916.
LODOVICI : *L'évolution de la notion de pouvoir discrétionnaire*, thèse, Lille, 1937.

MARTY : *La distinction du fait et du droit*, thèse, Toulouse, 1929.

MERKL : *Allgemeine Verwaltungslehre*, 1927.

ODENT : *Contentieux administratif*, 1953-1954.

PHILIBERT : *Le but et le motif dans l'acte juridique*, thèse, Bordeaux, 1931.

RENAULT : *Des actes discrétionnaires*, thèse, Paris, 1899.

RIVERO : *Les mesures d'ordre intérieur administratives*, thèse, Paris, 1934.

TEITGEN : *La police municipale générale*, thèse, Paris, 1934.

VEDEL : *Essai sur la notion de cause en droit administratif français*, thèse, Toulouse, 1934.

WEI TENG LIN : *Le pouvoir discrétionnaire et le contrôle juridictionnel de l'administration*, thèse, Lyon, 1944.

WELTER : *Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative*, thèse, Nancy, 1929.

III. — ARTICLES

BONNARD : *Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir*, R.D.P. 1923, p. 363. — *La théorie de la formation du droit par degrés dans l'œuvre d'Adolf Merkl*, R.D.P. 1928, p. 668. — *L'origine de l'ordonnement juridique*, Mélanges Hauriou.

GIRAUD : *Etude sur la notion de pouvoir discrétionnaire*, Revue générale d'administration, 1924.

HAURIQU (M.) : *Le pouvoir, l'ordre, la liberté et les erreurs des systèmes objectivistes*, Revue de métaphysique et de morale, 1928. — *Police administrative et fonds du droit*, Revue trimestrielle de droit civil, 1926.

HAURIQU (A.) : *Le pouvoir discrétionnaire et sa justification*, Mélanges Carré de Malberg.

JÈZE : *Essai d'une théorie générale de la compétence pour l'accomplissement des actes juridiques en droit public français*, R.D.P. 1923, p. 58. — *Appréciation par les gouvernants et leurs agents de l'opportunité d'agir : création, organisation et fonctionnement des services publics*, R.D.P. 1943, p. 1.

KELSEN : *Théorie générale de l'Etat*, R.D.P. 1926, p. 561.

LETOURNEUR : *L'appréciation des faits par le Conseil d'Etat de France*, R.J.D.A. 1952. — *L'apparition de nouveaux éléments subjectifs dans le recours pour excès de pouvoir*, Etudes et Documents, 1953.

MAURY (J.) : *Observations sur les idées du professeur Kelsen*, Revue critique, 1929, p. 537.

MÉGRET : *De l'obligation pour l'administration de procéder à un examen particulier des circonstances de l'affaire avant de prendre une décision même discrétionnaire*, Etudes et Documents, 1953.

MICHOUD : *Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration*, Revue générale d'administration, 1914, tome III; 1915, tome I.

NICOLAS : *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration*, Recueil E. Lambert, II-III, p. 361.

REGLADE : *Du prétendu contrôle de l'opportunité*, R.D.P. 1925, p. 413.

WALINE : *Observations sur la gradation des normes juridiques établie par Carré de Malberg*, R.D.P. 1934, p. 553. — *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel*, R.D.P. 1930, p. 209. — *Etendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'administration*, Etudes et Documents, 1956.

IV. — REVUES

Dalloz : Recueil de doctrine de jurisprudence et de législation (cité : D.).

La Gazette du Palais (cité G.P.).

Recueil des arrêts du Conseil d'Etat statuant au contentieux et des décisions du Tribunal des Conflits (cité : R.).

Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger (cité : R.D.P.).

La Semaine juridique : Jurisclasseur périodique, Doctrine, Jurisprudence, textes (cité J.C.P.).

Sirey : Recueil général des lois et des arrêts (cité S.).

TABLE DES MATIERES

AVANT-PROPOS	
PREMIÈRE PARTIE	
LE POUVOIR DISCRETIONNAIRE DANS L'ACTE ADMINISTRATIF	
CHAPITRE PREMIER. — LE POUVOIR DISCRETIONNAIRE ET L'OBJET DE L'ACTE ADMINISTRATIF	19
CHAPITRE II. — LE POUVOIR DISCRETIONNAIRE ET LES MOTIFS DE L'ACTE ADMINISTRATIF	23
CHAPITRE III. — LE POUVOIR DISCRETIONNAIRE ET LE BUT DE L'ACTE ADMINISTRATIF	33
CHAPITRE IV. — LA NOTION DE POUVOIR DISCRETIONNAIRE DANS L'ACTE ADMINISTRATIF	45
DEUXIÈME PARTIE	
LE POUVOIR DISCRETIONNAIRE DANS L'ACTION DE L'ADMINISTRATION	
CHAPITRE PREMIER. — EXAMEN CRITIQUE DE LA CONCEPTION CLAS- SIQUE DU POUVOIR DISCRETIONNAIRE	59
Section I. — Les solution jurisprudentielles	60
Sous-section I. — Cas où le contrôle de la qualification peut être dissocié du contrôle de l'appréciation des faits	61
Alinéa 1. — Le contrôle juridictionnel du pouvoir de police muni- cipale	61
§ 1. — Le contrôle du détournement de pouvoir (ou contr- ôle de la qualification « in abstracto »)	62
§ 2. — Le contrôle de l'appréciation des faits (ou contrôle de la qualification « in concreto »)	63
§ 3. — Le contrôle de l'opportunité de la mesure de police ...	64

<i>Alinéa 2.</i> — Le contrôle juridictionnel des réquisitions.....	65
§ 1. — Le contrôle du détournement de pouvoir.....	66
§ 2. — Le contrôle de l'appréciation des faits.....	68
§ 3. — Le contrôle de l'opportunité.....	69
<i>Alinéa 3.</i> — Le contrôle juridictionnel des opérations immobilières.....	70
§ 1. — Le contrôle du détournement de pouvoir.....	70
§ 2. — Le contrôle de l'appréciation des faits.....	71
<i>Alinéa 4.</i> — Le contrôle juridictionnel de l'épuration administrative.....	75
§ 1. — Le contrôle du détournement de pouvoir.....	75
§ 2. — Le contrôle de l'appréciation des faits.....	76
<i>Sous-section II.</i> — Cas où le contrôle de la qualification ne peut être dissocié du contrôle de l'appréciation des faits.....	81
<i>Alinéa 1.</i> — Cas où l'action de l'administration se heurte à un droit ou à une liberté.....	81
<i>Alinéa 2.</i> — Cas où se trouve seul en jeu l'aménagement interne du secteur administratif.....	84
<i>Section II.</i> — Les interprétations doctrinales.....	87
<i>Sous-section I.</i> — Le pouvoir discrétionnaire défini par rapport à la loi.....	87
<i>Alinéa 1.</i> — La thèse de l'énoncé légal des motifs.....	88
<i>Alinéa 2.</i> — La thèse du conflit de lois.....	93
<i>Sous-section II.</i> — Le pouvoir discrétionnaire défini par rapport aux règles légales et jurisprudentielles.....	97
CHAPITRE II. — ESSAI D'UNE THEORIE DU POUVOIR DISCRETIONNAIRE.....	105
<i>Section I.</i> — Le fondement du pouvoir discrétionnaire.....	106
<i>Sous-section I.</i> — Le pouvoir discrétionnaire en droit privé.....	108
§ 1. — Le pouvoir discrétionnaire dans l'exercice par le chef d'entreprise de son pouvoir de direction.....	108
§ 2. — Le pouvoir discrétionnaire dans l'exercice par le chef d'entreprise de son pouvoir de répression.....	110
<i>Sous-section II.</i> — Le pouvoir discrétionnaire en droit public.....	111
§ 1. — Le caractère d'« entreprise » de l'action de l'administration.....	112
§ 2. — Le pouvoir discrétionnaire, manifestation du caractère d'entreprise de l'action de l'administration.....	116
<i>Alinéa 1.</i> — Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre intérieur....	118
I. — Le pouvoir discrétionnaire dans l'exercice par l'administration de son pouvoir de direction.....	118
II. — Le pouvoir discrétionnaire dans l'exercice par l'administration de son pouvoir de répression.....	120
<i>Alinéa 2.</i> — Le pouvoir discrétionnaire de l'administration dans le service public.....	121
I. — Le pouvoir discrétionnaire dans l'exercice par l'administration de son pouvoir de direction.....	121

II. — Le pouvoir discrétionnaire dans l'exercice par l'administration de son pouvoir de répression.....	125
<i>Alinéa 3.</i> — Le pouvoir discrétionnaire dans les relations de l'administration avec les particuliers.....	127
I. — Le pouvoir discrétionnaire dans l'exercice par l'administration de son pouvoir de commandement.....	127
II. — Le pouvoir discrétionnaire dans l'exercice par l'administration de son pouvoir de répression.....	128
<i>Sous-section III.</i> — La fonction du pouvoir discrétionnaire en droit public et en droit privé.....	130
<i>Section II.</i> — Le domaine du pouvoir discrétionnaire.....	133
<i>Section III.</i> — Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire....	137
<i>Sous-section I.</i> — L'obligation pour l'administration d'examiner les circonstances particulières de l'affaire.....	138
<i>Sous-section II.</i> — L'excès de pouvoir négatif.....	143
<i>Sous-section III.</i> — La renonciation à l'exercice du pouvoir discrétionnaire.....	144

TROISIÈME PARTIE

LE POUVOIR DISCRETIONNAIRE
DANS L'ORDRE JURIDIQUE

CHAPITRE PREMIER. — LA NATURE DU POUVOIR DISCRETIONNAIRE.....	151
CHAPITRE II. — LA REPARTITION DU POUVOIR DISCRETIONNAIRE ENTRE L'ADMINISTRATION ACTIVE ET LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE.....	159
CHAPITRE III. — LE ROLE DU POUVOIR DISCRETIONNAIRE DANS L'ELABORATION DU DROIT.....	163
CONCLUSION	169
BIBLIOGRAPHIE	171
TABLE DES MATIERES	173